

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası
Journal of Istanbul University Law Faculty

İÜHFİM (ISSN: 1303 – 4375) Hakemli Bir Dergidir / Peer reviewed Journal

Editörler Kurulu / Editorial Board

Başkan / Editor in Chief: Prof. Dr. Adem Sözüer

Üyeler / Vice Editors: Prof. Dr. Ayşenur Tütüncü; Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç;
Prof. Dr. Halil Akkanat

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Cumhuri Şahin, Gazi Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Gazi Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. Muhammet Özekes, Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)

Prof. Dr. Murat Doğan, Erciyes Üniversitesi (Kayseri)

Prof. Dr. Şahin Akıncı, Selçuk Üniversitesi (Konya)

Yayın Kurulu / Publishing Board

Prof. Dr. Fethi Gedikli

Prof. Dr. Cemil Kaya

Doç. Dr. Bilgehan Çetiner

Yard. Doç. Dr. Tuba Topçuoğlu

Araş. Gör. Barış Demirsatan

Araş. Gör. Fatih Tahiroğlu

Araş. Gör. Caner Taşatan

Araş. Gör. F. Pelin Tokcan

Cilt / Volume: LXXIV

Sayı / Issue: 2

Yıl / Year: 2016



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasının hukukçulara ulaştırılması, yaşıatılması ve desteklenmesi amacıyla, dergimizin basım, dağıtım ve satışı Legal Yayıncılık A.Ş. tarafından üstlenilmiş olup, katkı ve destekleri için Legal Yayıncılık'a teşekkür ederiz.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

The publication, distribution and sale of our Journal has been assumed by Legal Yayıncılık AŞ in order that Journal of Istanbul University Law Faculty is sustained, supported and reach lawyers. We thank Legal Publishing for their contribution and support.

Deanship of Istanbul University Law Faculty

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Journal of Istanbul University Law Faculty

Bu Dergi ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veritabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

This Journal is a peer reviewed journal indexed by ULAKBİM (Turkish National Academic Network and Information Centre) National Law Database.

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Üniversitesi

Yayın Sahibi Temsilcisi/ Representative of the Publisher: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Adem Sözüer

Sorumlu Müdürü/ Director in Chief: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü
Prof. Dr. Halil Akkanat

Yazışma Adresi/ Correspondence Address:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
34116 Beyazıt/İstanbul
Tel: + 90 (212) 440 01 05
Fax: + 90 (212) 512 41 35
e-posta: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
www.istanbul.edu.tr/hukuk
Copyright © 2016

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülte sözkonusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yapmak isteyenlere, "İÜHF" kısaltmasını kullanması önerilir.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of Istanbul University Law Faculty. The opinions expressed in the papers published in this journal belong exclusively to the authors. The Faculty accepts no responsibility for such views. For citations please use

the abbreviation: "İÜHF"

ISSN: 1303 – 4375

Yıl/Year: 2016

Cilt/Volume: LXXIV

Sayı/Issue: : 2

Basım ve Cilt/Printing and Volume: Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti
(Sertifika No/Certificate No.: 20179)
Tel: 0 212 269 30 00

Basıldığı Yer/Place of Publication:: Nispetiye Mahallesi Birlik Sokak No:2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul

Basıldığı Tarih/Publication Date:: 2016

Yayın Dili/Published on Language: Türkçe/İngilizce

Yayın Türü/Type of Publication: Yerel, Süreli, Altı Aylık Hukuk Dergisi

BASIM, DAĞITIM VE SATIŞ/PUBLICATION, DISTRIBUTION AND SALE



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

(Sertifika No: 27563)

Caferğa Mah. General Asım Gündüz Cad.
(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İstanbul
Tel: 0 216 449 04 85 – 449 04 86 Faks: 0 216 449 04 87

www.legal.com.tr, legal@legal.com.tr

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI YAYIN İLKELERİ

*PUBLICATION PRINCIPLES OF JOURNAL OF ISTANBUL
UNIVERSITY LAW FACULTY*

1. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Ocak, Haziran) olarak yayımlanır.

Journal of İstanbul University Law Faculty is a peer reviewed Journal that is published biannually (in January and in June) and indexed by ULAKBİM.

2. Mecmuaya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication guidelines by the editorial board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the editorial board. Papers that are approved by the editorial board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

5. Mecmuanın yazı dili Türkçedir. Yazının başlığının İngilizce çevirisi ile en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin de İngilizce ve Türkçe olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.

The Journal accepts and publishes articles written in Turkish. Title, abstract which consists of 150 to 200 words and five key words must be added to the paper in English and Turkish languages.

6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

9. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

To use abbreviations: If the name or title, which will be abbreviated, is to be used for the first time in the text, the name or title should be used as the original form with the abbreviation in brackets or the original forms of the abbreviations should be given place at the end of the paper before the bibliography; original form of the abbreviations used in footnotes may only take place in the abbreviation list.

10. Dipnotlarında kitaplar [Yazarın **Adı Soyadı**, Kitabın Başlığı, Basım Yeri, Yıl, s. sayfa numarası veya N. paragraf/kenar numarası] şeklinde yer almalıdır. Kaynakça da ise önce yazarın Soyadı yer almalıdır [**Soyadı Adı**, Kitabın Başlığı, Basım Yeri, Yıl].

Örnek: **Kemal Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 17

In footnotes, a book that is referred should take place as: [Full Name of the author, Title of the Book, Place of Publication, Year, Page number (s.) or paragraph number (N.)]. In bibliography, the last name of the author of the referred book should be indicated first [Last name first name of the author, Title of the Book, Place of Publication, Year of Publication].

Example (for footnotes): Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 17.

11. Dipnotlarında makaleler [Yazarın **Adı Soyadı**, "Makalenin Başlığı", Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı, s. sayfa numarası veya N. paragraf/kenar numarası] şeklinde yer almalıdır. Kaynakça da ise önce yazarın Soyadı yer almalıdır [**Soyadı Adı**, "Makalenin Başlığı", Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı].

Örnek: **Lütfi Duran**, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130

Birden fazla yazarlı eserlere [Yazarın **Adı Soyadı/Adı Soyadı**] şeklinde atıf yapılmalıdır.

Sonraki dipnotlarında ise [Yazarın **Soyadı**, s. sayfa numarası] şeklinde atıf yapılmalıdır. Örnek: **Oğuzman**, s. 46 – **Dönmezer/Erman**, s. 65

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda yazarın **Soyadı**, Eserin Başlığı, sayfa numarası verilmelidir. Eser başlığı kısaltılabilir.

Örnek: **Duran**, İdarenin Sükûtu, s. 134

Yargı kararlarına yapılan atıflarda ise aşağıdaki örneğe uyulması gerekmektedir.

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/Karar numarası (Kararın Yayın Yeri)

Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 35, Sayı 3, 2009, s. 438)

In footnotes the articles should take place as: [Full Name of the author, "Title of the article", Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year, Page number (p.) or paragraph number (N.)]. In bibliography, the last name of the author of the referred article should be indicated first [Last name first name of the author, Title of the Article, Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year].

Example (for footnotes): Lütfi Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130.

In the footnotes and bibliography books/articles with several authors should be cited as: [Full Name of the author / Full Name of the author]

In the following footnotes the citations should be made as: [Last name of the author, page number (s.)].

Example: Oğuzman, s. 46

Dönmezer/Erman, s. 65

When citing more than one book/article of the same author Surname of the author, title of the book/article and the page number should be given. The title of the book/article may be abbreviated.

Example: Duran, İdarenin Sükûtu, s. 134.

When citing a case law, the author should comply with the example below.

Abbreviation of the Court Name, Number of the Court, Date of Decision, Number of the Case/Decision (Place of Decision)

Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 35, S. 3, 2009, s. 438)

12.Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

13.Mecmuada, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers, might be approved or rejected by the editorial board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

14.İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasında yayımlanması istenen yazıların hukuk_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to hukuk_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Cilt: LXXIV

Sayı: 2

2016

İÇİNDEKİLER

Kamu Hukuku

- İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu 549
Yusuf Enes Kaya
- Hukukun Erdemi ve Fuller'ın Ahlakları 573
Araş. Gör. O. Vahdet İşsevenler

Özel Hukuk

- İngiltere'den Türkiye'ye Yapılacak Adli Tebligatın Hukuki Rejimi 591
Prof. Dr. Murat Atalı
Yard. Doç. Dr. Ersin Erdoğan
- Alacaklının Temerrüdü mü Haksız Elatma mı?
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 Tarihli ve E.2015/983
K. 2015/1638 Sayılı Kararının İncelenmesi 611
Dr. Tuba Birinci Uzun
- 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data
(Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi 629
Yard. Doç. Dr. Mesut Serdar Çekin
- Uluslararası Normların Özel Hukuka ve Hukuk Metodolojisine Etkisi 645
Yard. Doç. Dr. Mesut Serdar Çekin
- Avusturya Yargı Kararları ve Öğretisi Işığında Finansal Açıda Aşırı Yük
Getiren Kefalet Sözleşmelerinin Ahlakla Aykırılık Denetimi 675
Ahmet Hakan Dağdelen
- Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi 685
Araş. Gör. Barış Demirsatan
- Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27 709
Yard. Doç. Dr. H. Kübra Ercoşkun Şenol
- Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması 739
Doç. Dr. Mehmet Serkan Ergüne
- Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat 757
Doç. Dr. Mehmet Serkan Ergüne
- Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi 773
Araş. Gör. Semra Karabacak Furuncu

Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk
Sistemine Genel Bir Bakış..... 807

Doç. Dr. Seda Özmumcu

Volkswagen (VW) Grubu Dizel Arabalarındaki Emisyon Manipülasyonu ve
Hukuki Sonuçları..... 843

Yard. Doç. Dr. Hamdi Pınar

Çeviri

Karşılaştırmalı Hukuk ve Kullanıcıları 879

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow

Çev.: Gökçe Kurtulan

Kripto Para Birimi Üstün Vergi Cenneti mi? 919

Omri Marian

Çev.: Sedef Pelin Gürlek Keleş

Modern Uluslararası Toplumda Hukukçu 931

Prof. Dr. Dr. h.c. Ingo von Münch

Çev.: Araş. Gör. Çiğdem Vardar

CONTENTS

Public Law

- Blasphemy Phenomenon in Terms of Human Rights Law..... 549
Yusuf Enes Kaya
- Virtue of Law and Moralities of Fuller..... 573
Res. Asst. O. Vahdet İşseverler

Private Law

- Regulations on Service of Judicial Documents from England to Turkey 591
Prof. Dr. Murat Atalı
Asst. Prof. Dr. Ersin Erdoğan
- Default of Obligee or Unwarranted Interference? The Analysis of the
Judgment of the 15th Civil Chamber of the Cassation Court (Date of
Judgment: 31.3.2015, Reg. No.2015/983 Judgment No.2015/1638)..... 611
Dr. Tuba Birinci Uzun
- An Analyze of the New Turkish Code on the Protection of Personal Data
Nr. 6698 Regarding Big Data and Freedom of Will..... 629
Asst. Prof. Dr. Mesut Serdar Çekin
- Impacts of International Rules on Civil Law and Legal Methodology..... 645
Asst. Prof. Dr. Mesut Serdar Çekin
- The Immorality Inspection of the Financially Overstraining Suretyship
Agreements in the Light of the Austrian Jurisprudence and Doctrine 675
Ahmet Hakan Dağdelen
- Effects of Unlawful Liquidation on Legal Entity 685
Res. Asst. Barış Demirsatan
- Freedom to Determine the Content of the Agreement and General Limitations
to This: Turkish Code of Obligations Article 27 709
Asst. Prof. Dr. H. Kübra Ercoşkun Şenol
- Pledge Establishment on Corporate Shares 739
Assoc. Prof. Dr. Mehmet Serkan Ergüne
- Pecuniary Damages in Case of Breach of Engagement 757
Assoc. Prof. Dr. Mehmet Serkan Ergüne

The Sequence Between the Limited Rights in Rem 773

Res. Asst. Semra Karabacak Furunci

A General View on the Mandatory Mediation System with Regards to the
Turkish and Comparative Law 807

Assoc. Prof. Dr. Seda Özmumcu

Emission Manipulation of Volkswagen (VW) Group's Diesel Cars and Its
Legal Results 843

Asst. Prof. Dr. Hamdi Pınar

Translations

Comparative Law and Its Clients 879

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow
Translated by: Gökçe Kurtulan

Is Cryptographic Currency an Outstanding Tax Heaven? 919

Omri Marian
Translated by: Sedef Pelin Gürlek Keleş

Lawyer in Modern International Society 931

Prof. Dr. Dr. h.c. Ingo von Münch
Translated by: Res. Asst. Çiğdem Vardar

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

İNSAN HAKLARI HUKUKU AÇISINDAN DİNE HAKARET OLGUSU*

(BLASPHEMY PHENOMENON IN TERMS OF HUMAN RIGHTS LAW)

Yusuf Enes Kaya**

ÖZ

Dine hakaret konusu; insan hakları açısından tartışılmaya değer ve çözümlenmesi zor bir sorundur. Dine hakaret kavramının, günümüzün sekülerleşen dünyasında ve sekülerleşen hukuk sistemlerinde bir yerinin olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Dine hakaret olgusu açısından akla gelebilecek bir diğer kavram, dinsel nefret söylemidir. Dine hakaret ile dinsel nefret söyleminin karıştırılmaması gerekir. Dine hakaret yasaları dinleri ve dini hisleri korurken, nefret söylemi yasaları insan onurunu ve eşitliğini korur. Nefret söylemi yasaları ayrıca dinsel azınlıkların şiddete ve ayrımcılığa maruz kalmasını önleme amacını taşır. Bu çalışmada dine hakaret olgusu insan hakları hukuku açısından incelenecektir. Bu kapsamda dine hakaret olgusunun din ve vicdan özgürlüğü ve ifade özgürlüğüyle olan ilişkisi tartışılacaktır. Bu kapsamda Din ve vicdan özgürlüğünün dini hislerin korunması hakkını kapsayıp kapsamadığı belirlenecektir. İfade özgürlüğü açısından ise kamu düzeninin dine hakaret söz konusu olduğunda meşru bir sınırlama sebebi olup olmayacağı tartışılacaktır. Son olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya yaklaşımına eleştirel bir bakış açısı getirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dine Hakaret, İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İfade Özgürlüğü, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Dinsel Nefret Söylemi

ABSTRACT

Concept of blasphemy is a problem that is worth discussing and difficult to solve in terms of human rights. It should also be assessed whether the concept of blasphemy have any place in the secularized world and secularized legal systems. Another notion that may come to mind when blasphemy is mentioned is religious hate speech. But, blasphemy and religious hate speech should not be confused with each other. While blasphemy laws protect religious feelings and religions, religious hate speech laws protect human dignity and equality. and this laws also serve to protect religious minorities from violence and discrimination. In this study The phenomenon of blasphemy will be examined in terms of human rights law. In this context, connection between free speech, freedom of religion and phenomenon of blasphemy will be discussed. In this context, It will be determined whether freedom of religion and conscience covers the right to protect

* Bu makale, 28.06.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 09.09.2016 tarihinde birinci hakem; 08.08.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı.

religious feelings. With regard to freedom of expression, it will be argued whether or not public order will be a legitimate cause of restriction for blasphemy. Finally, It will be tried to bring a critical perspective to European Court of Human Rights' approach to this subject.

Keywords: *Blasphemy, Human Rights, European Court of Human Rights, Freedom Of Speech, Right to Freedom of Religion, Religious Hate Speech*

Giriş

Dine hakaret konusu; insan hakları açısından tartışılmaya değer ve çözümlenmesi zor bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Bu çalışmada da dine hakaret konusuna insan hakları açısından yaklaşılabilecek ve dine hakaret konusu özellikle ifade özgürlüğü açısından değerlendirilecektir. Bu çalışma kapsamında birinci ve ikinci bölümde dine hakaret kavramı irdelenecek ardından dine hakaret kavramıyla karıştırılmaması gereken dinsel nefret söylemine değinilecektir. Üçüncü bölümde dine hakaret kavramı din ve vicdan özgürlüğü açısından incelenecek; din ve vicdan özgürlüğünün dinî hislere karşı hakareten korunmayı kapsayıp kapsamadığı tartışılacaktır. Dördüncü bölümde dine hakaret konusu ifade özgürlüğü açısından değerlendirilecektir. Bu bölümde ifade özgürlüğünün dine hakaret bağlamında, başkalarının haklarının korunması ve kamu düzeni sebepleriyle sınırlanıp sınırlanamayacağı tartışılacaktır. Son bölümde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ifade özgürlüğüyle çatışma içinde olan dine hakaret konusunu nasıl değerlendirdiği, nasıl yorumladığı üzerinde durulacak ve AİHM'in kararlarına eleştirel bir bakış açısı getirilmeye çalışılacaktır.

I. Dine Hakaret Kavramı

Dine hakaretin belli ve tek bir tanımını yapmak zordur. Dine hakaret, Batı'daki kullanımıyla "Blasphemy" kelimesi Grekçe zarar vermek, incitmek anlamına gelen "Blapto" kelimesi ile ifade, konuşma anlamına gelen "PHEME" kelimesinin birleşiminden oluşmaktadır.¹ **Meriam Webster** sözlüğünde dine hakaret; tanrıya yönelik aşağılayıcı, hakaretamiz ve saygısızlık içeren ya da tanrının özelliklerini taşıdığı iddia eden ifadeler veya kutsal ve dokunulmaz olduğu düşünülen şeylere yönelik saygısızca ifadeler olarak tanımlanmıştır. Bir başka tanımda dine hakaret; dine, tanrıya, dinî doktrine, dinî sembollere ya da dince kutsal sayılan şeylere yönelik hakaret edici, alaycı, saygısızca yapılan ifadeler olarak tanımlanmıştır.² Dine hakaret, yukarıdaki tanımlardan yola çıkılırsa, kutsal olarak görülen şeyin ne olduğuna bağlı olarak çağdan çağa kültürden kültüre değişen bir kavramdır.

Dine hakaret olgusu, hem ayrıncı hem de birleştirici bir fonksiyona sahiptir. Belli bir dine sahip olan ve belli tabuları olan kültürlerde dine küfür kavramı vardır çünkü idealize edilen kutsallık ona yönelik olan ters bir inanç olmaksızın var olamaz yani dine hakaret (suçları) hâkim dinle alay eden ve onu

¹ Nazeem Goolam, "The Cartoon Controversy: A Note on Freedom of Expression, Hate Speech and Blasphemy", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol.39, No:2, July 2006, s.343.

² <http://law.yourdictionary.com/blasphemy> Erişim Tarihi: 15.05.2016

eleştirenleri toplumdan dışlayarak ya da onları cezalandırarak toplumun bir arada olmasını sağlar. Diğer taraftan kutsalın ne olduğuna ilişkin farklılıkların sonucu olarak toplumda gruplaşmalar, ayrışmalar ve şiddet olayları meydana gelebilir.³ Dine hakareti dine yönelik bir eleştiriden ya da bir dini kabul etmemekten ayıran en önemli unsurun sahip olduğu nefret, kızgınlık gibi duyguların yoğunluğu olduğu söylenebilir. Ancak burada dine hakaret ile dinî eleştiriyi birbirinden ayırmanın çok da kolay olmadığını belirtmek gerekir. Örneğin, Hz. İsa'nın tanrının oğlu olduğunu kabul etmemek dinî bir eleştiri olarak görülebilir de bir Hristiyan açısından kendisine yapılmış hakaret olarak da görülebilir. Zira bu husus onun dininin temellerinden birisidir. Aynı şekilde Hz. İsa'nın tanrının oğlu olduğunu söylemek de Hz. İsa'nın bir insan ve peygamber olduğuna inanan bir Müslüman açısından hakaret olarak görülebilir. İşte bu ayrımın çok sübjektif olduğu gerçeğinden yola çıkarak bu makalede dine eleştiriyi de içerecek şekilde dine hakaret (kutsala hakaret) kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Dine hakaretin cezalandırılmasında amacın kutsalları korumak olduğu söylenebilir. Bu bağlamda kutsal denilince ilk olarak akla dinlerin gelmesi doğal karşılanabilir. Ancak bu anlayış, kutsal diye tabir edilen şeylerin sadece bir dinle mümkün olabileceğine ilişkin yaygın bir yanılgıdan kaynaklanır. Kutsallığın dinle özdeşleştirilmesi dinî bir yorumdur. Bu ise din dışı kutsallaştırılmaları hakarete karşı korunmayacağı sonucunu doğuracaktır.⁴

Dinî anlamda hakaret bir din içinde, yani mezhepler arasında, ya da dinler arasında değişiklik gösterebilir. Bu açıdan bir dinin hakarete olarak gördüğü şey, başkasının derin bir dinî inancı olabilir. Burada hakarete karşı korunmanın sadece belli kurumlaşmış dinler söz konusu olduğunda mı gündeme geleceği sorusunun cevaplanması gerekir. Bu soruya verilecek cevap kutsala atfedilen şeye bağlı olarak değişir. Bu bağlamda modern dünyadaki değerlerin (millet, ideoloji, çok önem verilen bir filozof, çok önem verilen bir siyasi lider vb.) kutsal olduğunu düşünen insanlar korunmayacak mıdır? Her toplumun din dışında da bazı kutsal gördüğü değerler vardır. Eğer dine hakaret edenler cezalandırılacaksa, aynı şekilde, din dışı kutsallara hakaret edenlerin de cezalandırılması gerekecektir.⁵ Günümüzde din ve devlet işleri birbirinden ayrılmış ve devletin tarafsızlığı anlayışı hâkim olmaya başlamıştır. Bu anlayışa göre devlet, ülkede yaşayan kişilerin dünya görüşleri, dinleri, inançları, inançsızlıkları kısaca onların iyi anlayışları karşısında eşit mesafede durmalıdır ve herhangi bir iyi anlayışını ya da ona dayanan bir söylemi, doktrini veya ideolojiyi resmî olarak tanımamalıdır.⁶ Sekülerleşmeyle birlikte din, sosyal yaşamın pek çok alanından çekilmeye başlamıştır. Bu durum dinin bireyselleşmesine yol açmış, din, bireylerin hayatlarını yönlendirmeye devam etmekle birlikte bireyin özel alanında kalan bir niteliğe bürünmüştür. Kurumsallaşmış dini yapılar toplumsal normlar üzerindeki etkisini ve görünümünü yitirmeye başlamıştır.⁷ Batı'da Hırsti-

³ Jeremy Patrick, "The Curious Persistence Of Blasphemy", Florida Journal of International Law, Vol. 23, 2011,s.204.

⁴ Coleman, Elizabeth Burns, and Kevin White, "Stretching the Sacred." Negotiating the Sacred: Blasphemy and Sacrilege in a Multicultural Society, Edited by Elizabeth Burns Coleman and Kevin White, ANU Press, 2006, ss. 65-78

⁵ Jeremy Patrick, a.g.m., s.206.

⁶ Zühtü Arslan, "Anayasa Teorisi", Seçkin Yayıncılık, 2. baskı, Ankara,2008, s. 26.

⁷ Hassan, Riaz. "Expressions of Religiosity and Blasphemy in Modern Societies." Negotiating the Sacred: Blasphemy and Sacrilege in a Multicultural Society, Edited by Elizabeth Burns Coleman and Kevin White, ANU Press, 2006, ss.120-126

yanlığın ya da onun kurumsallaşmış temsilcisi olan kilisenin egemenliğinin hâkim olduğu dönemlerde bu tür yasalar, dinin yanında devleti de koruyordu.⁸ Modern öncesi dönemde devletin belli bir dini koruması, kendi otoritesini korumak gibi meşru bir zemine sahipken, günümüz tarafsız devlet anlayışında devletin belli dinleri koruması meşru bir zemine dayanmamaktadır. Diğer ideolojiler, önemli şahsiyetler, kuramlar (evrim teorisi gibi) vs. korunmazken dinler neden bu kadar korunmaya değer bir şey olarak görülmüştür? Bu soruya dinlerin tarih boyunca, insanın anlam arayışına cevap vermesi bakımından hep en önde gelen bir kurum olduğu, aynı zamanda gündelik hayatın tamamını kuşatan birer ahlâk düzeni sunduğu için kişiliğin oluşumuna yön verdiği ve insanların uğruna öldükleri bir olgu olması hasebiyle insanın kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olduğu ve dolayısıyla korunması gereken bir olgu olduğu şeklinde cevap verilebilir. Bu argüman doğru olmakla birlikte burada zikredilenler bir insanın bağlı olduğu ideoloji açısından da pekâlâ söylenebilir. Dolayısıyla bu durum dine hakaretin neden suç sayılması gerektiğini açıklamaz. Dine hakaretin suç sayılmasını savunanlara göre, dine hakaret yasalarının amacı din ve vicdan özgürlüğünü, kamu düzenini korumak ile çok kültürlülüğün dolayısıyla toplumun devam etmesini sağlamaktır. Bu yasaların hoşgörüyü ve farklılıkların bir arada yaşamasını sağlayarak kamusal barışı sağladığı iddia edilmektedir.⁹ Yine bu dine hakaret yasalarının savunanlar, dine hakaret içeren ifadelerin ayrımcı olduğunu, saldırılan grupların din özgürlüğünün olumsuz bir şekilde etkilendiğini iddia ederek bu yasaların insan haklarının korunmasını genişlettiğini ifade etmişlerdir. Ancak dine hakaret yasalarının uygulanmasının insan haklarını korumadığı, aksine şiddetin artmasına neden olduğu ve insan hakları üzerinde olumsuz etkileri olduğu gözlenmiştir.¹⁰ Dine hakareti suç sayan yasalarda sıklıkla muğlak ifadelerin kullanılması, dine hakaretin iyi tanımlanmaması, kötüye kullanımları engelleyecek denge mekanizmalarının olmaması bu yasaların geniş ve keyfi uygulamasına yol açmaktadır. Özellikle demokrasilerin zayıf olduğu ülkelerde bu tür yasalar, hükümetlerin siyasi muhalifleri susturma aracı olarak kullanılmaktadır. Bu yasalar yoluyla devlet destekli dinî kurumlar, devlet yaptırımıyla desteklenen bir dinî yorumu, sapkın olarak görülen dinî mezheplere kabul ettirmeye çalışmaktadır. Ayrıca dinî radikaller, bu tür yasaları dinî azınlıklara yönelik şiddeti haklılaştırmak için kullanılmaktadırlar.¹¹ Bu tür yasalar bazı ülke uygulamalarında dinî azınlıkları, sapkın olarak görülen mezhepleri ölçüsüz biçimde hedef aldığı için dine dayalı ayrımcılığı artırmaktadır. Bazı ülkelerde insanlar asılsız suçlamalarla tutuklanmakta ve uzun süre tutuklu kalabilmektedir ve tutuklanan kişiler işkence ve kötü muameleye maruz kalabilmektedir. Ayrıca bu suçlamayla yakalanan kişiler serbest kalsa bile devlet dışında üçüncü kişiler tarafından tehditler alabilmekte, linç edilme tehlikesiyle karşılaşmakta ve özgürlük, güvenlik hakları ihlâl edilmektedir.¹²

⁸ Visconsi, Elliott. "The Invention of Criminal Blasphemy: Rex v. Taylor (1676)" *Representations*, Vol. 103, Sayı 1, 2008, s. 31

⁹ Jeremy Patrick, "The Curious Persistence of Blasphemy", *Florida Journal of International Law*, Vol: 23, 2011, s.215-216.

¹⁰ Freedom House Special Report, "Policing Belief: The Impact of Blasphemy Laws on Human Rights" October 2010, s.1.

¹¹ Freedom House s.2.

¹² Freedom House s.2.

Dine hakareti suç sayan ülkeler genellikle dinî farklılıklara yönelik hoşgörüsüzlüklerin artacağından duydukları endişeden dolayı dine hakaret yasalarını çıkarmaktadırlar.¹³ Bu anlayışta olanlara göre dine hakaret, o dine mensup kişilerle zamanla değişmez bir kültürel aşağılık duygusuna yol açmakta ve bu aşağılık duygusu zamanla dışlanmaya ve sonunda marjinalleşmeye neden olmaktadır. Dolayısıyla insanların dinlerinden dolayı ayrımcılığa uğramasını önlemek için bu yasalar gereklidir denilmiştir.¹⁴ Karşı olanlara göre dinî hoşgörüsüzlükle mücadele etmek için en iyi yol, dine yönelik eleştiriyi ve farklı dinlere yönelik analizlere ilişkin tartışmaları yani ifade özgürlüğünü açık tutmaktır.¹⁵ Amerika Din Özgürlüğü Raporu'na göre, dine hakareti yasaklayan ulusal ve uluslararası düzeydeki yasalar dine dayalı ayrımcılık ve zulüm sorununu çözmektedir ve gerçekte bu yasalar faydadan çok zarar getirmektedir.¹⁶ Dine hakareti suç sayan yasaların din ve vicdan özgürlüğüne daha iyi hizmet ettiği ya da daha iyi koruduğuna dair bir kanıt yoktur. Dine hakaret yasaları insanlar üzerinde bir korku iklimi yaratmakta, sansüre ve otosansüre yol açmakta, sanatsal ve bilimsel yaratıcılığı, akademik çalışmaları da engelleyici bir niteliğe bürünmektedir. Son olarak bu yasalarda ölüm ve hapis cezasının öngörülmesi, yaşam hakkı, insanın ruhsal ve fiziksel bütünlüğü ve özgürlüğü gibi temel haklarının ihlâl edilmesine yol açmaktadır.¹⁷

II. Dine Hakaret ve Dinsel Nefret Söylemi

Nefret söylemi, kurbanlarına doğrudan psikolojik bir zarar veren ve yöneldiği gruba karşı şiddet eylemlerini teşvik edebilecek nitelikte kötü niyetli özel bir ifade şeklidir. Nefret söylemini, belirli özellikleri ile tanımlanan gruplara yönelik beslenen önyargı ve nefret kaynaklı ve bu gruplara ve bunların üyelerine yönelik aşağılama, hakaret etme, alay etme, kötüleme, küçümseme, incitici ve saldırganlık içeren sözel ve görsel bütün ifade formları olarak tanımlayabiliriz.¹⁸ Yani bu ifadeler belli bir fikri eleştirmenin ötesinde o fikre mensup kişileri hedef alan ve onlara yönelik öfke ve nefret uyandırmak suretiyle onları şiddet tehdidi altına sokan ifadelerdir. Bu tür ifadelerin engellenmemesi, insanların kendilerini toplumun eşit bir bireyi olarak görmesini engeller. Nefret söylemi belli bir gruba, o grubun taşıdığı ortak özelliklerden dolayı yöneltilen ifade biçimidir. Nefret söylemi oldukça geniş bir tabir olmakla birlikte genel olarak saldırgan, incitici ve yaralayıcı kelimelere ve sembollere işaret eder ve etnik

¹³ Rebecca J. Dobras, "Is The United Nations Endorsing Human Rights Violations? An Analysis of The United Nations' Combating Defamation of Religions Resolutions and Pakistan's Blasphemy Laws", *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.37, Sayı 2, 2009, s.364.

¹⁴ Rebecca J. Dobras, s.364.

¹⁵ Rebecca J. Dobras, s.366.

¹⁶ United States Commission on International Religious Freedom Policy Focus: "The Dangerous Idea of Protecting Religions from "Defamation": A Threat to Universal Human Rights Standards", fall 2009, s.8.

¹⁷ Agnes Callamard, "Freedom of Speech and Offence: Why Blasphemy Laws Are Not The Appropriate Response", European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (EUMC), Issue 18, June 2006 <http://eumc.europa.eu/eumc/material/pub/ev/ev18/ev-18.pdf>. Erişim Tarihi 15.05.2016

¹⁸ Cennet Uslu, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 38, s.188.

özelliklere, cinsiyete, dinî bağlılığa veya cinsel tercihe yönelik olabilir.¹⁹ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 20. maddesinin 2. fıkrası bu konuyu doğrudan düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre: “*Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin, ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma biçimini alacak şekilde savunulması, yasalarca yasaklanır.*”²⁰

Dine hakaret düzenlemeleri, dinleri ya da dinî inançları korurken, dinî nefret söylemi düzenlemeleri inananları şiddet eylemlerine ve ayrımcılığa karşı korur. Dinsel nefret söyleminin (religious hatred) cezalandırılması konusunda tartışmalı da olsa güçlü bir eğilim bulunmakla birlikte, din ve dinsel duyguları aşağılamaya yönelik suçların (blasphemy, religious insult) cezalandırılmaması konusunda liberal demokrasilerde yaygın bir kabul oluşmuş durumdadır.²¹ Mesela İngiltere’de 2006 yılında Dinsel ve İrksal Nefret Yasası (The Racial And Religious Hatred Act) yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın 29. maddesinin (a) bendine göre dinsel nefret, dinî inanca ya da dinî inancın olmamasına bağlı olarak gerçekleşebilir. Ayrıca Dinsel ve İrksal Nefret Yasası, dinî eleştiriyi o dine bağlı olanların pratikleriyle ve bu dinin üyelerine yönelik nefreti tahrik eden tehdit edici bir dil kullanılması arasında ayırım yapmıştır. Buna göre Hıristiyan inancına yönelik bir ifade meşru bir dinî tartışmadır. Ancak Hıristiyanlara yönelik fiziksel saldırıları teşvik eden ve onlara yönelik şiddeti körükleyen ifadeler bu kapsamda korunmayacaktır. Yani dinsel ve ırksal nefreti yasaklayan bu tür yasalar kişilerin dinî doktrinini, inancını ve pratiklerini korumaz. Bu tür yasalar, o dine bağlı olanları kendilerine ve ibadethanelerine yönelik saldırılara yol açacak nefretin teşvik edilmesinden korur. Nitekim Dinsel ve İrksal Nefret Yasası’nın 29. maddesinin j bendinde belli bir dine yada o dinin pratiklerine yönelik eleştiri, antipati, beğenmeme, alay, hakaret anlamına gelen ifadelerin yasaklanamayacağı açıkça belirtilmiştir.²² Sonuç olarak, dine hakaret olgusu ile dinsel nefret söylemini birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Nefret söylemi ve özel görünüm biçimi olan dinsel nefret söylemi, insan hakları hukuku açısından korunmaya değer ifade şekilleri olarak görülmemektedir.²³

III. Din ve Vicdan Özgürlüğü Açısından Dine Hakaret

Demokratik hukuk devletinin en önemli güvencelerinden bir tanesi olan ve insanın temel hak ve özgürlüklerinden birisi olarak görülen din ve vicdan özgürlüğü, gerek ulusal düzeyde gerekse de uluslararası düzeyde demokratik çoğulculuk anlayışının korunması ve geliştirilmesi amacıyla garanti altına alınmıştır.²⁴ Genel kabul gören anlayışa göre din ve vicdan özgürlüğü, belli bir

¹⁹ Robert Trager, Donna L. Dickerson, “21. YY’da İfade Özgürlüğü”, Çev. A.Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.157.

²⁰ Resmi çeviri metni İçin Bkz. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/81204--Medeni-ve-Siyasi-Haklara-Iliskin-Uluslararası-Sozlesme.pdf>, Erişim Tarihi, 15.10.2016

²¹ Kerem Altıparmak, “Fazıl Say’ın Tweetleri ve Doğru Sandığınız Yedi Yanlış” <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/146003-fazil-say-in-tweetleri-ve-dogru-sandiginiz-yedi-yanlis>, Erişim Tarihi: 18.08.2013.

²² Malik Amjad, “Speech Crimes: What Constitutes The Act of Stirring Up Religious Hatred?”, <http://www.36bedfordrow.co.uk/cmsfiles/The-Barrister---Amjad-Malik-QC.pdf>. Erişim Tarihi: 18.08.2015.

²³ Anne Weber, “Nefret Söylemi El Kitabı”, Avrupa Konseyi Yayınları, Fransa, 2009, ss.7-17.

²⁴ Şennur Ağırbaşı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:101, Temmuz- Ağustos 2012, s. 84.

inanca sahip olmak ve bu inançları açığa vurmamak üzere iki boyutta ele alınmaktadır. Birinci boyutu (forum internum) vicdan özgürlüğü olarak ifade edilen kişinin içsel alanında varlık bulan, devlet tarafından sınırlandırılmaması mutlak bir hak iken, din özgürlüğü olarak ifade edilen ve kişinin sahip olduğu inancı çeşitli şekillerde açığa vurma şeklinde ortaya çıkan ikinci boyutu (forum externum) belli şartlar altında sınırlandırılabilir.²⁵

Daha geniş bir ifadeyle din ve vicdan özgürlüğü bir dine sahip olmayı ya da olmamayı, din değiştirmeyi veya bu inancı ibadetler yoluyla ortaya koymayı, eğitimi yapmayı ve göreneklerini yerine getirmeyi içerir. ²⁶ Bu noktada din ve vicdan özgürlüğünün insanların dini duygularına hakaret edilmekten korunması hakkını ya da dinî hislerin korunması hakkını kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi gerekir. Öncelikle belirtilmelidir ki din, insan haklarının korumasından yararlanmamalıdır. İnsan hakları, insanları korur ve insanlar din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. İnsan hakları hukuku, dinlerin eleştiriden, hakaretten alay edilmekten korunması gibi bir hak tanımaz. Diğer bir deyişle din ve vicdan özgürlüğü dolaylı olarak tüm insanlara dinlere saygı duymak gibi bir yükümlülük yüklemeyiz.²⁷ Uluslararası insan hakları belgelerinde dine saygı duyulmasını isteme hakkı diye bir hak yoktur. Örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımı farklı olsa da din vicdan özgürlüğünün uzantısı olarak böyle bir hak öngörülmemiştir. Bu kapsamda dinlere saygı duymak gibi bir yükümlülük yüklediği düşünülebilecek Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesinin 2.fıkrası; ayrımcılığa kin, nefret veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulmasını yasaklamaktadır. Ancak anılan sözleşmenin bu hükmüyle amaçlanan dinlerin korunması değil, dinsel nefret söyleminin önlenmesi ve insanları şiddet ve ayrımcılıktan korumaktır. Dolayısıyla bu hüküm, dinleri her türlü eleştiriden muaf tutmak için getirilmemiştir. Bu hükümlerin dini eleştiriye uygulanacak şekilde genişletilmesi mümkün değildir.²⁸ Dinî hislerin korunmasının din ve vicdan özgürlüğünün bir uzantısı olarak görülmesi durumunda da karşımıza birtakım sorunlar çıkacaktır. Öncelikle, dinî hisleri korumanın sınırını belirlemek kolay olmayacaktır. Dinî hisleri koruma işi çok ciddiye alınırsa bu ilginç sonuçlara yol açabilir. Bilindiği gibi çoğu din, özellikle de semavi dinler insana ilişkin olan hemen hemen her alanda düzenleme yapmış ve yaşamın tümünü kuşatmıştır. Dolayısıyla dinin düzenlediği bütün alanlar o dinin mensuplarının hassasiyetini oluşturabilecektir. Bu durum da beraberinde devletin çok geniş bir sansür ağını kurmasını gerektirecektir ki bu noktada ifade özgürlüğünün bir anlamı kalmayacaktır. Ancak sorun bununla da bitmemektedir. Devletin hangi dine mensup insanların dinî hislerini koruyacağı sorusu gündeme gelecektir. Eğer devlet sadece belli dinleri koruyacak olursa keyfi bir şekilde hangi ifadelerin koruma-

²⁵ Hande Seher Demir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü", 1. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 69-70.

²⁶ Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı:4, 2002, s.67.

²⁷ Jeroen Temperman, "Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law" Netherlands Quarterly of Human Rights Law, Vol.26, No:4, 2008, s.526.

²⁸ Leonard.A.Leo, D.Gaer,Felice, K.Cassidy, Elizabeth "Protecting Religions From "Defamation":A Threat To Universal Human Rights Standards" Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol.34, s.770.

ya değer olduğunu belirleyecek, böylece diğer ifade biçimleri karşısında ayırmıcılık yapmış olacaktır. Bir dine hakaret edildiği zaman hakaret edilen dine mensup olan kişinin din ve vicdan özgürlüğünün ihlâl edildiği yani kişinin dini inanca sahip olma ya da dini inancını açıklama hakkına müdahale edildiği söylenebilir mi? Bu soruya olumlu bir cevap vermek zor görünmektedir. Din ve vicdan özgürlüğü, insanların dinlerine başkaları tarafından saygı duyulmasını, bir dini grubun ya da o dine mensup kişinin hassasiyetlerine yönelik saldırıda bulunanları her koşulda soruşturmaya tâbi tutmayı gerektirmez. Dini özgürlükleri korumak, devletin belli dine mensup kişilerin ibadetlerini herhangi bir müdahale olmadan özgürce yapmasını sağlayacak düzenlemeler yapmasını gerektirebilir. Her ne kadar, aşağıda açıklayacağımız gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dine hakaret edilmemesini din ve vicdan özgürlüğünün bir parçası olarak görse de, din ve vicdan özgürlüğü o dine bir saldırı yapıldığında değil kişinin dinini serbestçe yayması, açıklaması ve dinini serbestçe seçmesi engelleniyorsa ihlâl edilir.²⁹ Bu noktada din ve vicdan özgürlüğünü oldukça geniş bir biçimde yorumlayarak ve bunu ifade özgürlüğünün bir sınırlama sebebi olarak uygulamak ölçüsüzlük olacaktır. Din ve vicdan özgürlüğünü bu kadar genişletmek, başkasının din ve vicdan özgürlüğünün ihlâli de olabilir. Şöyle ki; dinler neyin doğru olduğuna dair farklı iddialar öne sürer, dolayısıyla birisine göre sapkınlık olan bir inanış diğerinin dini inancını oluşturabilir. Hatta bu husus aynı din içinde de gündeme gelebilir. Bir mezhebe göre doğru kabul edilen bir durum, başka bir mezhebe göre sapkınlık ve hakaret olarak addedilebilir. O halde kendi dinini açıklamak ya da tebliğ etmek hakkını kullanmak isteyen kişi, başkasının dini hislerine saygısızlık yapmış olabilecektir. Eğer dini hisleri korumayı meşru bir sebep olarak görecekssek, dinini tebliğ eden kişinin din ve vicdan özgürlüğünü kısıtlamamız gerekecektir. Diğer taraftan din ve vicdan özgürlüğü, dine sahip olma özgürlüğünü içerdiği gibi bir dine sahip olmama ve dinini değiştirebilme haklarını da ihtiva eder. Kişinin dinini değiştirebilmesi, diğer bir deyişle dinini serbestçe seçebilmesi için birçok farklı dinamiğin etkin bir şekilde devlet yapısı içerisinde oluşturulmuş olması gerekir. Öncelikle diğer inançlar hakkında serbestçe fikir edinebileceği bir ortamda bulunmalı ve yeni inançları tanımakla kalmayarak, bu inançları benimsemesi halinde, gelişimi için gerekli eğitim olanaklarına ve gereklerini yerine getirebilmek için yeterli ibadet imkânlarına sahip olmalıdır.³⁰ Eğer devlet dini eleştirmeyi ya da dinle alay etmeyi yasaklarsa, bireylerin o dine duyduğu inancını ya da o dinle ilgili inandığı gerçekleri değiştirmesini engelleyecek, dolayısıyla insanların gerçek anlamda dinlerini değiştirme özgürlüğünden yararlandığı söylenemeyecektir.

IV. İfade Özgürlüğü Açısından Dine Hakaret

İfade özgürlüğü, gerek Anayasamızda (26. madde) gerekse birçok uluslararası hukuk belgesinde koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birisidir. İfade özgürlüğü insanların görüş, kanaat, düşünce ve taleplerini başlarına kötü bir şey gelmesi, özellikle kamu otoriteleri tarafından başlarına kötü bir şey getirilmesi korkusu taşımadan serbestçe ifade edebilmeleridir. İnsanlar

²⁹ Helen Fenwick, "Civil Liberties and Human Rights", First Edition, Cavendish Publishing, 2002, s.324.

³⁰ Mehmet Cengiz Uzun, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2006, s.65.

kendilerini çok değişik yollarla ifade edebilirler. En çok bilinen ve kullanılan, en kolay ve en düşük maliyetli kendini ifade etme yolu konuşmaktır. Ancak, insanlar yazarak, belli tarzlarla davranarak, belli biçimlerde giyinerek, belli tarzlarla ibadet ederek de kendilerini ifade ederler. Sadece kitap, makale, deneme, roman ve hikâye yazmak ve yayınlamak değil; fakat aynı zamanda bir resim veya heykel yapmak, bir oyun sahnelemek, belli bir kıyafeti giymek, bir gösteri yürüyüşüne veya bir toplantıya katılmak, bir dernek veya topluluk kurmak da kişisel veya toplu ifade biçimleridir.³¹

İfade özgürlüğü, toplumda kanaat oluşumunun ve kamusal tartışmanın varlığını mümkün kılar. Fikirlerin serbestçe dile getirilemediği bir toplumda kamusal meseleler hakkında sağlıklı bilgi edinmek ve neyin kamunun iyiliğine olduğunu hep birlikte tespit etmemize imkân verecek bir tartışma ve müzakere ortamını oluşturmak mümkün değildir.³² Düşünen bir varlık olarak insanın düşüncelerini dışa vurması, insani varoluşunun en belirgin görünümüdür.³³ Ancak her temel hak ve özgürlükte olduğu gibi ifade özgürlüğünün de birtakım sınırları vardır. İfade özgürlüğünün uluslararası sözleşme metinlerde çeşitli amaçlarla sınırlanacağı belirtilmiştir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, ifade özgürlüğünün kullanımının özel birtakım görevler, sorumluluklar getirdiğini belirttiikten sonra, bu hakkın başkalarının haklarına ve şöhretlerine saygı ve ulusal güvenlik, kamu sağlığı, kamu ahlakı ve kamu düzeninin korunması sebebiyle sınırlanacağını belirtmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesince yapılan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinin 34 sayılı genel yorumunda aşırı saldırgan sayılabilecek ifadelerin de ifade özgürlüğü kapsamında olduğu,³⁴ sözleşmenin 20. maddesinin 2. paragrafında öngörülen özel durumlar dışında, din ve tanrı karşıtı ağır sözlerle ilgili yasal düzenlemeler de dâhil olmak üzere, bir dine veya başka bir inanç sistemine saygısızlık içeren ifadelerin yasaklanmasının sözleşmeyle bağdaşmayacağı vurgulanmıştır.³⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de, ifade özgürlüğüne ilişkin olarak benzer sınırlama sebepleri öngörmüştür. Buna göre, ifade özgürlüğü, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması sebepleriyle sınırlanabilir.³⁶ Dine hakaret söz konusu olduğunda bu sınırlama sebeplerinden hangisinin geçerli olacağını belirlemek gerekir. AİHM, dine hakaret ile ilgili davalarda, dinî hislere hakaret edilmemesi hakkı gibi ayrı bir hakka dayanarak aslında başkalarının şöhret ve haklarının korunması sebebine dayanmıştır. Ancak, yukarıda açıklandığı gibi, ne dinî hislere hakaret edilmemesi gibi ayrı bir hak olduğundan ne de dinî hislerin korunmasının din ve vicdan özgürlüğünün bir boyutu olduğundan söz

³¹ Mustafa Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce, Sayı: 24, Güz 2001, Ankara, s. 8-13.

³² Aynı makale, s.13.

³³ Oktay Uygun, Devlet Teorisi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s.580.

³⁴ CCPR/C/GC/34 (2011), 11. Paragraf.

³⁵ CCPR/C/GC/34 (2011), 48. Paragraf.

³⁶ Bu husus Sözleşmenin 10. maddesinde belirtilmiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 20. maddesine benzer bir düzenleme olmamakla birlikte AİHM hakların kötüye kullanımını düzenleyen 17. maddeyi nefret içeren ifadeleri kısıtlamakta kullanmaktadır. Bkz.http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf Erişim Tarihi: 15.05.2016.

edilebilir. Dolayısıyla, böyle bir hak söz konusu olmadığı için başkalarının haklarının korunması sebebine dayanılamayacağı düşünülmektedir. O halde geriye en makul sınırlama sebebi olarak kamu düzeninin sağlanması kalmaktadır. Gerçekten de bu suçların düzenlenmesinin temel amacının kamu düzenini korumak olduğu da söylenebilir. Kamu düzeni, özü itibarıyla hukuksal bir nitelik taşımadığı için nesnel bir tanımının yapılması çok güç olan bir kavramdır. Esas olarak toplumsal-siyasal içerikli bir kavram olduğundan, kamu düzeni kavramının, tıpkı diğer bu tür içeriğe sahip kavramlar gibi, hukuksal bir kalıp içerisinde ifade edilmesi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten, kamu düzeni kavramı, toplumsal ve siyasal bir kavram olması nedeniyle farklı siyasal sistemlere, yönetimlere, toplumsal-siyasal koşullara, zaman ve mekâna göre değişebilen bir kavramdır.³⁷ Kamu düzeni, toplumsal yaşamın huzur, barış ve güvenlik içerisinde sürdürülebilmesi demektir. Toplu halde yaşamı engelleyecek ölçüdeki rahatsızlık, huzursuzluk ve düzen bozukluğu demektir.³⁸ Kamu düzeni kavramı, yasa koyucuların ve uygulayıcıların elinde özgürlükleri aşırı sınırlamanın ve bastırmanın etkili bir aracı haline gelebilmektedir.³⁹ Kamu düzeni kavramı aslında, özgürlüklerin daha iyi gerçekleşebilmesi için gereken ortamı ifade etmesi gerekirken, özgürlüklerin sınırlanmasında etkili bir araç olarak kullanılmaktadır. İfade özgürlüğünü kamu düzeni sebebiyle sınırlanmamak, devletçe kabul edilen ya da çoğunlukça benimsenen bir görüşü korumak amacıyla değil, toplumun maddi ve fiziki düzenini bozacak nitelikteki eylemleri engellemek için yapılmalıdır.⁴⁰ Dine hakaret içeren bir ifade söz konusu olduğunda, o dine mensup insanlar tahrik olabilecek ve sokak gösterileri, tepki hareketleri meydana gelebilecektir. Böyle bir durumda kamu düzeninin bozulduğu iddia edilebilir. Ancak burada kamu düzenini bozan, o dine hakaret eden değil o gösterileri yapanlardır. Kamu düzeninin dine hakaret içeren ifadenin uyandırdığı infialden dolayı bozulduğunu iddia etmek ve bunu ifade özgürlüğünün sınırlanmasında meşru bir sebep olarak görmek ifade özgürlüğünün özüyle çelişir. Zira ifade özgürlüğü sadece toplumca zararsız görülen, normal bulunan ifadeler için değil, toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden şoke eden düşünceler için de uygulanır.⁴¹ Gerçekten ifade özgürlüğü esas itibarıyla muhalefet özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü, egemen ideolojiden, resmi fikirlerden, egemen ahlaktan, yaygın ortak görüşlerden yani toplumsal mutabakattan farklı görüşler savunulsun diye ortaya çıkmıştır. Çünkü egemen görüşle uyuşan bir görüşün tehdit altında olduğunu söylenilemez, dolayısıyla insan hakları koruması gündeme gelemez.⁴² Ancak bazı durumlarda ifadenin bağlamı, söyleyen kişinin konumu ve benzeri sebeplerle söz konusu ifadeler, kamu düzenini etkileyebilecek boyuta ulaşabilir. Ancak bu durum, sadece dine hakaret içeren ifadeler için değil; her türlü ifade için geçerli olabilir. İfade özgürlüğünün bu sebeple sınırlanmasında ABD

³⁷ Fazıl Hüsnü Erdem: "TCK'nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni v. Demokratik Kamu Düzeni", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:52, Sayı:1, 2003, s.38.

³⁸ Erdem, s.39.

³⁹ Erdem, s.42.

⁴⁰ Erdem, s.43.

⁴¹ Handyside/İngiltere, 7/12/1976 tarihli Mahkeme kararı, Seri A, No. 24, paragraf 49.

⁴² Mithat Sancar "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü- İfade özgürlüğü" İnsan Hakları Konferansları (Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları), Ankara Barosu, 2006, s.123.

Yüksek Mahkemesi'nin açık ve mevcut tehlike ölçütünü geliştirdiği Brandenburg ölçütü elverişli olacaktır. Buna göre “Bir ifade çok yakın kanunsuz bir fiili teşvik etmeye veya gerçekleştirilmeye yönelik olmadıkça ve bu fiili tahrik etmeye veya gerçekleştirilmeye kuvvetle yeterli olmadıkça sınırlanmaz, cezai takibata uğratılamaz.”⁴³ Yani ifadenin çok yakın kanunsuz bir fiilin teşvik ve tahrikine yönelik olması ve bu fiili gerçekleştirilmeye elverişli olması gerekmektedir.⁴⁴ Bu ölçüt ışığında mesela Danimarka'daki karikatür olayı⁴⁵ örneğine bakılırsa, görünüşte ifade özgürlüğünün sınırlanması meşru görülebilir. Çünkü toplumda şiddet eylemlerinin olmasına sebep olmuştur. Halbuki burada sözü edilen şiddet eylemleri, tahrikin sonucu olarak Müslümanlara yöneltilen bir şiddet değil, Müslümanların gösterdiği tepkiyle oluşan ve ifadede bulunan kişiye yönelik şiddettir. Bu durum “dinleyici vetosu”⁴⁶ olarak adlandırılır yani sesi yüksek çıkan bir azınlığın (veya isterse çoğunluk olsun) hoşgörüsüzlüğünün, şiddetinin, konuşacaklarımızı veya konuşmayacaklarımızı belirlemesi demektir ve ifade özgürlüğünün meşru bir sınırlaması olarak kabul edilemez.⁴⁷ Böyle bir uygulamaya izin verilirse, bunun sınırlarını çizmek kolay olmaz ve dinlerin tamamen eleştiriden muaf tutulması noktasına kadar gidilmesi gerekebilir. Çünkü bir dine yönelik her ifadeden rahatsız olacak kişiler mutlaka olacaktır ve bu durum da ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye yol açacaktır. Ancak buradaki ifadeler ve bunun sonucu meydana gelen şiddet eylemleri, Müslümanlara yönelik olsaydı bu ifadeler dinsel nefret söylemi olarak adlandırılabilir ve meşru bir sınırlama sebebi olabilecekti. Kamu düzenin kolektif bir yararı koruması nedeniyle bu kavram kaçınılmaz biçimde hâkim inançları ve dolayısıyla çoğunluğun duyarlılıklarını korumak durumundadır. Azınlıkta kalan bir dini inanca yönelik saldırıların kamu düzenini bozması daha düşük bir ihtimal iken; baskın dini inancı hedef alan ifadenin kamu düzenini bozması daha fazla olasıdır.⁴⁸ Ancak bu durum da azınlıkta kalan dinlerin ve inançların dışlanması ve çoğunluk dinine ya da inancına üstünlük tanınması anlamına gelir ki; böyle bir uygulama, ayrımcılık yasağına ve demokrasi ilkesine aykırı olur. Çünkü günümüz demokrasileri çoğunlukçu olmaktan çıkıp çoğulcu bir anlam kazanmıştır. Dolayısıyla demokrasiler sadece çoğunluğu değil; azınlığı

⁴³ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 kararından alıntılan Öykü Didem Aydın, “Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü Ve Ceza Hukuku 1- Amerika Birleşik Devletleri”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.349.

⁴⁴ Öykü Didem Aydın, “Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü Ve Ceza Hukuku 1- Amerika Birleşik Devletleri”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.349.

⁴⁵ 30 Eylül 2005 tarihinde Danimarka'da yayın yapan Jyllands-Posten isimli gazetenin Hz. Muhammed'i tasvir eden karikatürleri yayınlaması üzerine dünya çapında protesto ve gösteriler meydana gelmişti. Bu konu AİHM'in önüne de gitmiştir. Ben El Mahi ve Diğerleri/Danimarka (Başvuru no: 5853/06) kararında Mahkeme, başvuruçuların Fas vatandaşı ve Fas'ta faaliyet yürüten tüzel kişiler olmaları nedeniyle Danimarka ile başvuruçular arasında yargı yetkisi bakımından bir bağlantı olmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

⁴⁶ Heckler's Veto, ayrıntılı bilgi için bkz. https://en.m.wikipedia.org/wiki/Heckler%27s_veto Erişim Tarihi: 15.05.2016

⁴⁷ Allison G. Belnap, “Defamation of Religions: A Vague and Overbroad Theory That Threatens Basic Human Rights”, Brigham Young University Law Review, Vol.2010, Issue:2, 2010, s. 651-652.

⁴⁸ Hülya Dinçer, “Bir Suç Olarak Dine hakaret, İfade Özgürlüğü ve Dini Hislere Tanınan Korunma”, Prof.Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2010, s.1118.

da gözetmek durumundadır. Dinlere yönelik eleştiriler bir toplum açısından çok önemlidir. Bir zamanlar heretik olarak kabul edilen dinî görüşler zamanla o dinin geçerli bir yorumu olarak kabul edilebilir. Keza dinler tarihine baktığımızda, pek çok din ve mezhep mevcut dinî görüşün eleştirilmesi ile doğmuştur. O halde alternatif dinî doktrinlerin kabul edilmesini önlemek, bunlar çoğunlukla dine hakaret olarak algılsa da ifade özgürlüğünün en büyük faydalarından birisinin gerçekleşmemesi sonucunu doğurur. John Stuart Mill'e göre bu fayda, insanların değişmez gerçek olarak sunulan teorilere, düşüncelere meydan okuyabilmesi, onları değiştirebilmesidir.⁴⁹ Demokratik teoriye göre eğer insanlar devleti kendilerini temsil eden bir organ olarak görüyorsa devletin de vatandaşların değerlerine ve iyi anlayışlarına cevap vermesi gerekir. Devletin aldığı nihai kararlar, vatandaşların görüşüyle uyumlu olmasa da devlet, en azından onları dinlemelidir. Dinle alay edenleri ya da eleştirenleri, dindarların dinî hislerini korumak için susturmak, bir düşünceyi demokratik toplumların temelini oluşturan kamusal tartışmadan mahrum bırakmaktır. Bir dini eleştiren, reddeden vatandaş da ifade özgürlüğü hakkına sahiptir, devlet vatandaşının bu düşüncelerini inkâr ettiği ölçüde onun gözünde meşruluğunu yitirecektir. Bir dinî karikatür çizerek, kitaplar yazarak, eleştirmek, alay etmek de bir insanın kendi iyi yaşam anlayışı olabilir. Örneğin bir ateistin dinlere karşı olduğunu ifade etmesinin tek yolu bu olabilir.⁵⁰ Eğer bir kişinin dinlere saldırmaması, onun iyi anlayışını temsil ediyorsa bu ifadeleri yasaklamak, bir iyi anlayışını diğerinin üstünde görmek, yani bir iyi anlayışına öncelik tanımak demektir. Bu bireylere eşit ve özgür olarak muamele edileceğini söyleyen liberal devlet anlayışı ile bağdaşmaz.⁵¹

Başta siyasi alanda ifade edilmiş olanlar olmak üzere, değer yargıları demokratik bir toplum açısından yaşamsal önemi haiz olan çoğulculuğun bir gereği olarak özel bir korumadan yararlanır. Kamusal sorunlarla ilişkili olduğu için politik konulardaki ifade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün en çok korunmaya değer şekli oluşturur. AİHM de kararlarında, politik konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlamak için manevra alanın çok dar olduğunu ve sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğinin altını çizmektedir.⁵² Bu açıdan dinî tartışmalara yönelik ifadeler de korunan ifadelerin başında gelmelidir. Çünkü dinî perspektifler, sıklıkla yaşamın başından sonuna kadar her şeyi ilgilendirmesi hasebiyle politik tartışmaların da bir uzantısını oluşturur. Özellikle dinlerin, dinî söylemlerin siyaset üzerinde etkili olduğu ülkelerde bu daha da önemli bir hale gelir. O halde dine ilişkin tartışmalar, bunlar saldırgan olsa bile ifade özgürlüğünün geniş korumasından yararlanmalıdır. İfade özgürlüğünün gerçeğin⁵³ ortaya çıkmasındaki en iyi yol olduğuna inanı-

⁴⁹ David Norris, "Are Laws Proscribing Incitement to Religious Hatred Compatible with Freedom of Speech?", UCL Human rights Review, Vol.1, October 2008, s.107.

⁵⁰ Rebecca Ross, "Blasphemy and the Modern, 'Secular' State", Appeal: Review of Current Law and Law Reform, Vol. 17, 2012, s.15

⁵¹ George Letsas, "Is There a Right Not To Be Offended in One's Religious Beliefs?" Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas (ed. Lorenzo Zucca, Camil Ungureanu), Cambridge University Press, 2012, s.256.

⁵² Sürek ve Özdemir/Türkiye, Başvuru no: (23927/94 ve 24277/94), 8/7/1999, 60. Paragraf. Lingsens/Avusturya, Başvuru no:9815/82, 8/7/1986, 42.Paragraf, Wingrove/Birleşik Krallık, B.no:17419/90, 25/11/1996, 58. Paragraf.

⁵³ İfade özgürlüğünün temellendirilmesindeki en güçlü tezlerden biridir. Mill tarafından ortaya atılmıştır. Buna göre; ifade özgürlüğü, toplumsal ilerlemenin ve gelişmenin en temel gereğidir. Zira farklı görüşlere sahip kişilerin herhangi bir baskıya maruz kalma-

yorsak, kendi derin inancımızın tehlike altında olması durumunda bile ifade özgürlüğünden vazgeçmememiz, aksine kendi derin inancımızın serbestçe eleştirilebilmesini savunmamız gerekir çünkü mevcut inancımızı eleştiren düşünce zamanla bizim derin inancımız olabilir.⁵⁴ Sonuç olarak dine hakaret, saygısızlık ve dinî eleştiri söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünü sınırlamak yerine, toplumda hoşgörüyü, hoşgörü eğitimini, kültürler arası diyalogu artıracak tedbirler alınması yerinde olacaktır. İfade özgürlüğünü kısıtlamak ve dine hakaret edenleri cezalandırmak gibi çareler, insanların anlayışları ve söylemleri üzerinde değişiklik yaratmaktan uzak olacaktır. Farklı dinî kökenden gelen insanların yaptığı makul ve rasyonel bir tartışma, birbirini anlamamanın, karşılıklı saygının ve karşılıklı eğitimin ve yeni fikirlerin ortaya çıkmasını sağlar ve bu tartışmalar, ifade özgürlüğünün ve din özgürlüğünün daha sorumlu ve istekli bir şekilde savunulacağı bir ortam oluşabilir.⁵⁵

V. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

Yukarıda da belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde dine hakaret edilmemesini isteme ya da dinî hislerin korunması hakkı gibi bir hak bulunmamaktadır. Ancak AIHM, din ve vicdan özgürlüğünü çok geniş bir biçimde yorumlayarak dine hakareti ifade özgürlüğünün bir sınırlama sebebi olarak kullanmıştır. Birçok kararında din ve vicdan özgürlüğünün kişinin dinî hislerine hakaret edilmemesi hakkını da (right not to be insulted in one's religious feelings) kapsadığını belirtmiştir.⁵⁶ AIHM kararlarına yönelik yapılan eleştirilerde, Mahkemenin ifade özgürlüğüyle dinî inançlar çatıştığında, dinî inançla-

dan tartışabilmeleri, olası eksikleri ve yanlışları ortaya koymakta ve toplumun farklı kesimlerinin katkı sağlamasına imkân vermektedir. İfade özgürlüğü kapsamı içinde yaşanan tartışmalar sonucunda fikirler gözden geçirilmekte, eksik yanları belirlenmekte ve bu görüşlerin diğerleri ile harmanlanması veya yerlerini daha geçerli doğrulara bırakmaları sonucunda doğruya giden yolda bir adım daha atılmaktadır. Fikirlerin serbestçe açıklanmasına ve nakledilmesine izin verilmediği durumlarda, insanların doğruların faydasından yararlanamadıkları gibi yanlışların zararından da kaçınmaları çok mümkün değildir. Mill'e göre düşünceler ne kadar saçma olursa olsun yasaklanmamalıdır. Çünkü ilk olarak, bir düşünce saçma olsa dahi bunun ifade edilmesi saçmalığın ortaya çıkmasına neden olacak ve mantıklı olan diğer düşüncelerin değerini arttıracaktır. İkinci olarak bir fikir tam anlamıyla doğru olmasa bile, doğrunun bir bölümünü taşıyabilir ve doğru olarak bilinen bir fikrin eksikliklerini gidererek daha da güçlü hale gelmesine yol açabilir. Üçüncü olarak da bir düşünce doğrunun kendisi olabilir ve daha önce doğru kabul edilen yanlışların ortaya çıkabilmesi için bu yeni doğru iddialarının mutlaka duyulması gerekmektedir. İnsanlık ancak bu şekilde ilerleyebilecektir. J.S.Mill, "Özgürlük Üstüne", (çev.Tuncay Türk), Oda Yayınları, İstanbul, Eylül 2008, ss.73-77.

⁵⁴ Fenwick, s.125.

⁵⁵ Ben Clarke, "Freedom of Speech and Criticism of Religion: What are the Limits?", Elaw Journal, Vol.14, No.94, 2007, s.114.

⁵⁶ Jeroen Temperman, "Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech", Brigham Young University Law Review, Vol.3, 2011, s.733. Bu konuya örnek olarak; X.LTD. Y. Kararı 83. paragraf, Otto Preminger 48. paragraf, Vingrove 47.paragraf, başka kararlarda ayrı bir hak olarak görülmesinde dinî hislere saygı meşru bir sınırlama sebebi olarak görülmüştür. Murphy 63-64. paragraf.

ra ifade özgürlüğünden daha fazla önem verdiği belirtilmiştir.⁵⁷ AİHM ilk kararlarında, dinî hislere hakaret edilmemesi gibi bir hakka dayanarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması meşru görülmüştür. Örneğin Gay News Ltd. and Lemon v. İngiltere⁵⁸ (X. Ltd and Y. V. United Kingdom) kararında Mahkeme, İngiltere'deki dine hakaret yasasının⁵⁹ (parlamentoca çıkarılan bir yasa değil ortak hukuk (common law) sistemi kapsamında bir yasa) amacının bireylerin dinî hislerine hakaret edilmemesi hakkını korumak olduğunu ve dolayısıyla sınırlandırmanın sözleşmede düzenlenen başkalarının haklarının korunması meşru amacına uygun olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bu başvuruyu açıkça dayandıktan yoksun bularak, kabul edilmezlik kararı vermiştir.⁶⁰ Yine Gay News Ltd. and Lemon kararında Mahkeme, eğer vatandaşların kutsal olarak gördükleri şeylere karşı belli bir ağırlık düzeyine ulaşmak kaydıyla yapılan hakaretlerin, hakaret edilen dinin mensubu olan kişilerin isteği üzerine başlatılan bir suç olarak düzenlenmesi, demokratik toplumda gerekli görülebilir demmiştir.⁶¹ Mahkeme'ye göre bu dine hakaret yasası, ifade özgürlüğünü kısıtlamaktadır ancak vatandaşların dinî hislerini korumak gibi meşru ve demokratik toplumda gerekli bir amaca hizmet etmektedir.

Wingrove kararında, Visions of Ecstasy⁶² adlı bir filme İngiliz Film Tasnif Kurulu'nca dine hakaret edici olduğu gerekçesiyle dağıtım izni verilmemesi söz konusudur. Kararda Komisyon, İngiliz dine hakaret yasasının dinen saygı duyulan şeylere hakaret etmek suretiyle Hıristiyanlar arasında meşru bir infiale neden olabilecek davranışları önlemek niyetiyle çıkarıldığını ve bu yasanın kişilerin dinî hislerine hakaret edilmeme hakkını korumak niyetiyle yapıldığını belirterek, ifade özgürlüğünün ihlâl edilmediğini belirtmiştir.⁶³ O dönemdeki İngiliz dine hakaret yasasının⁶⁴ sadece Hıristiyanlığı korumasıyla ilgili olarak da Mahkeme, yasanın ayrımcı karakterde olduğunu vurgulamış; ancak, bu yasanın ayrımcı karakterde olmasının izlenen meşru amaca gölge düşürmediğini belirtmiştir.⁶⁵ Bu kararında Mahkeme, toptan bir yasaklamanın ölçüsüz olacağı üzerinde durmamıştır. Ayrıca söz konusu filmin sinematik bir göste-

⁵⁷ Nicolas Bratza, "The 'Precious Asset': Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights" Ecclesiastical Law Journal, Vol.14, Issue:2, May 2012, s.267.

⁵⁸ Bu karara konu olan olayda başvuruculardan birisi Gay News adlı homoseksüeller hitap eden bir dergidir ve diğer başvurucu David Lemon derginin editörüdür. Derginin bir sayısında Hz. İsa'nın homoseksüel ilişkilere girdiği yönünde ifadeler içeren bir şiir yayımlanmıştır. Ayrıca şiir çizimlerle illüstre edilmişti. İngiliz makamları bunun üzerine yayıncı ve dergi hakkında dine hakaretten ceza davası açtı ve dergiyi 1000 sterlin yayıncıya 500 sterlin ve 9 ay hapis cezası verilmişti.

⁵⁹ Stephen's Digest of Criminal Law 214.madde (parlamentoca çıkarılan bir yasa değil ortak hukuk (common law) sistemi kapsamında bir yasa)

⁶⁰ ECommHR, Gay News Ltd. and Lemon vs the United Kingdom, 7 May 1982, 5 European Human Rights Reports 123 (1982), Application No. 8710/79, 11. Paragraf.

⁶¹ Gay News Ltd. and Lemon vs the United Kingdom, 12. Paragraf.

⁶² Nigel Wingrove tarafından çekilmiş 19 dakikalık bir kısa filmidir. Filmde Teresa Avila çarpmıha gerilmiş İsa ile sevişmektedir. Filme İngiltere'de müstehcen (obscenity) olduğu için değil dine hakaret içerdiği için izin verilmemiştir.

⁶³ Wingrove/Birleşik Krallık, B.No 17419/90, 25/11/1996,47. Paragraf.

⁶⁴ Wingrove/Birleşik Krallık, 27. paragraf

⁶⁵ Wingrove, 50.paragraf (Karşı oyda bu durumun meşru amaca gölge düşüreceği belirtilmiştir. AİHM bu anlayışla sınırlamaların ayrımcı amaçlara yönelik ve ayrımcı bir biçimde uygulanamayacağını belirten BM İnsan Hakları Komitesinin anlayışından ayrılmıştır.

rimden ziyade bir video çalışması olmasını, dolayısıyla genele açık bir şekilde gösterilmemesi hususunu da göz önünde bulundurmamıştır. Dinî hislerin korunması gibi muğlak bir sınırlama sebebine dayanmış ve zorlayıcı toplumsal ihtiyacın karşılayıp karşılamadığını yeterince incelememiştir.

Wingrove kararını asıl önemli kılan, AİHM'in dini hislerin korunmasını 9. maddeyle korunan inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirmesi ve bunun da ötesinde, kamusal tartışma alanı olarak belirlediği kimi alanlarla örneğin politik söylemlerle din ve inanca ilişkin ifadeler arasında ayrıma gitmesidir.⁶⁶ Diğer bir deyişle politik ifadeler söz konusu olduğu zaman sınırlama dar yorumlanacak; din ve ahlaka ilişkin hususlarda ise ülkelerin takdir marjı geniş yorumlanacaktır. Bu ayrım bizi, din ve ahlâkın mahrem alana hapsedilmesi ve dolayısıyla kamusal tartışmanın konusu olamayacağı sonucuna götürür.⁶⁷ Oysa yaşamdan ölüme kadar hemen her alanda söz söyleyen dinlerin kamusal tartışmanın konusu olmaması şeklindeki bir yorumu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Dine hakaretin azınlıktaki bir dine yönelik olması ile ilgili Choudhury v. İngiltere⁶⁸ kararında başvuru, Salman Rüşdi'nin Şeytan Ayetleri⁶⁹ kitabının yayınlanmasının dine hakaret yasasını ihlâl ettiğini iddia etmiş; ancak, yetkili makamlar dine hakaret yasasının⁷⁰ sadece Hristiyan inancını koruduğu için başvuruyu reddetmiştir, bunun üzerine başvuru 9. madde ve 14. maddeye (ayrımcılık yasağı) dayanarak başvuruda bulunmuştur. Komisyon bu kararında, başvurunun dinini ve inancını açıklama hakkına devletin organları tarafından doğrudan müdahale edildiğini iddia etmediğini dolayısıyla sorunun 9. maddenin kişilerin dinine hakaret eden kişilere karşı kovuşturma hakkını kapsayıp kapsamayacağı olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, AİHM 9. maddenin kişilerin dinine hakaret eden kişilere karşı kovuşturma hakkı arasında bir bağlantı olmadığını belirtmiş ve 9. madde yönünden kabul edilemez bulmuştur. 9. maddeden ihlâl bulmadığı için 14. maddeden de ihlâl bulmamıştır. Bu yaklaşım, AİHM'in aşağıda incelenecek olan Otto Preminger kararında devlete yüklediği vatandaşları dine hakaretlerden koruma yükümlülüğüyle açıkça çelişmektedir.⁷¹ Sıklıkla atıf yapılan Otto Preminger kararında Mahkeme, dinî hassasiyetleri rencide etmeye yönelik ifadelerle taraf devletlerin sınırlama getirmesine 10. madde kapsamında izin vermiştir. Bu davada başvuru, Avusturya'da halka açık film gösterimi yapan bir kuruluştur. Gösterimini ilan ettiği bir dizi film arasında, Hıristiyanlığın kutsal figürlerini sapık ilişki içinde ve şeytan karşısında aciz ve bunak gösteren bir film de vardır. Filmin gösterimi yasaklanmış ve filme el konulmuştu. Komisyon 10. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiş, ancak Mahkeme bu karara katılmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, dinlerini açığa vurmaya tercih eden kişilerin inançlarına

⁶⁶ Dinçer, 1116.

⁶⁷ Dinçer, 1119.

⁶⁸ Choudhury/Birleşik Krallık, Başvuru no. 17439/90, (1991) 12 HRLJ 172.

⁶⁹ Hint asıllı İngiliz yazar Salman Rüşdi tarafından yazılan bir romandır. Kitapta İslam peygamberi tarafından önce vahiy olarak açıklanıp sonradan şeytan tarafından söylendiği gerekçesiyle geri çekildiği iddia edilen kuran ayetlerinin olduğu iddiası gündeme getirilmiştir. İlk baskısı 26 Eylül 1988 de İngiltere'de yapılmıştır. bir çok İslam ülkesinde yasaklanan kitabın yazarı hakkında İran'da Ayetullah Humeyni tarafından ölüm fetvası verilmişti.

⁷⁰ Wingrove/Birleşik Krallık, 27. Paragraf.

⁷¹ Ian Leigh, " Damned If They Do, Damned If They Don't: The European Court of Human Rights and The Protection of Religion From Attack" vol.17 Issue:1, 2011, s.67.

yönelik tüm eleştirilerden muaf tutulmayı beklemesi düşünülemez. Kişiler, dinlerine yönelik reddiye ve karşı propagandalara karşı hoşgörülü olmak durumundadırlar, ancak din ve inançlara yönelik propagandalar söz konusu olduğunda devlete belli sorumluklar düşebilir. Zira bazı durumlarda söz konusu propagandalar, inanç sahiplerinin özgürlüklerine sahip olmasını ve inançlarını açığa vurmasını engelleyici bir boyuta ulaşabilir. Yani devlet, vatandaşların dinî özgürlüklerini rahatça kullanacağı bir ortamı sağlamak gibi bir pozitif yükümlülüğe sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre 9. madde, dinî duygulara saygı gösterilmesi hakkını da kapsamaktadır ve bu özgürlük, dinin kutsal saydığı unsurların provakatif bir şekilde betimlenmesi sonucu ihlâl edilebilir ve bu betimlemeler, demokratik toplumun unsuru olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli bir ihlâli olarak değerlendirilebilir.⁷² Bu kararda AİHM, filmin toplatılmasının gerekli olduğunu çünkü filmin tanıtımı yönündeki kasabada yapılan reklamların halkın film hakkında bir görüş sahibi olmasını dolayısıyla suçun oluşması için gereken kamusalılık unsurunun sağlandığını belirtmiştir.⁷³ Ayrıca filmin gösterildiği Tyrol kasabası, Katolik Hristiyanların büyük bir çoğunluğa sahip olduğu bir kasabadır (%87). Dolayısıyla dinî barışın korunması açısından zorlayıcı toplumsal ihtiyaç gerçekleşmiştir. AİHM, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç orada yaşayan insanların çoğunluğuna göre belirlemiştir. AİHM'in çoğunluk dinine tanındığı bu üstünlük, AİHM'in kararlarında⁷⁴ sıklıkla vurguladığı çoğulculuk ve dinsel hoşgörüyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁷⁵ Gerçekten AİHM içtihatlarına bakıldığında, Mahkeme azınlıkta olan, yeni ortaya çıkan, geleneksel olmayan dinlere karşı duyarsız kalırken, çoğunluğun benimsediği geleneksel dinlere daha fazla önem vermektedir.⁷⁶ AİHM, Otto-Preminger-Institut kararında, dava konusu olayın din ve vicdan özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün çatışmasına ilişkin olduğunu⁷⁷ belirtmek suretiyle, dinî hislere saygı duyulmasını din ve vicdan özgürlüğünün bir parçası olarak görmeye devam etmiştir. Mahkemenin din ve vicdan özgürlüğünün dinlere saygı duyulması hakkını da kapsadığı şeklindeki yorumunun zorlama bir yorum olduğu söylenebilir. Ayrıca bazı durumlarda dine yönelik propagandaların inanç sahiplerinin özgürlüklerine sahip olmasını ve inançlarını açığa vurmasını engelleyici bir boyuta ulaşabileceği yönündeki tespitinin çoğunluğunun Katolik Hristiyan olduğu bir bölge açısından geçerli olamayacağı açıktır.

Nitekim üç karşıoyda sözleşmenin dinî hisleri koruma hakkını tanımadığı ve böyle bir hakkın gerçekte başkalarının dinî düşüncelerini eleştirme hakkını da içeren din ve vicdan özgürlüğünden çıkarılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁷⁸ Devletin din ve vicdan özgürlüklerini korumak gibi bir görevi vardır, ancak bu durum, üçüncü kişilerin belli bir dinî grubu ibadetten alıkoymas, onlara fiziksel saldırıda bulunması veya onların dinlerini açıklama hak-

⁷² Otto-Preminger-Institut/Avusturya B. No: 13470/87, 20/11/1994, 47. Paragraf.

⁷³ Otto-Preminger-Institut, 52. paragraf.

⁷⁴ En bilinen örnek için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, 49. paragraf

⁷⁵ Bratza, s.268.

⁷⁶ Peter Danchin, "Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and The Conflict of Rights in International Law," Harvard International Law Journal, No. 2 (Summer 2008), s.275.

⁷⁷ Otto-Preminger-Institut, 50. paragraf.

⁷⁸ Yargıçlar Palm, Pekkanen and Makarczyk'in ortak karşıoyları, 6. paragraf.

kını engellemesi gibi bir durumda söz konusu olabilir.⁷⁹ Dine yönelik propagandaların din ve vicdan özgürlüğünü tehlikeye sokabileceği durum, belli kişiye ya da gruba yönelik dinsel nefretin, ayrımcılığın tahrik edilmesi durumunda ve dinsel nefretin yöneldiği dinin azınlıkta olması halinde söz konusu olabilir.

Ayrıca Mahkeme Otto Preminger kararında 10. maddenin insanlara görev ve sorumluluk yüklediğini ve bu sorumluluklar arasında başkalarını sebepsiz yere inciten (gratuitously offensive) ve insan ilişkilerinin gelişmesine yarayan kamusal tartışmaya hiçbir şekilde katkıda bulunmayan davranışlardan kaçınmanın da olduğunu belirtmiştir.⁸⁰ AİHM'in bu anlayışı, ifade özgürlüğünün sadece kabul gören, zararsız, önemsiz sayılan bilgi ve düşünceleri değil, devletin veya nüfusun bir bölümünü inciten, onları şoke eden veya rahatsızlık veren bilgi ve düşünceleri de kapsadığını, çoğulculuğun hoşgörünün açık fikirliliğin gereğinin bu olduğunu belirttiği Handyside⁸¹ kararındaki ilkelerle uyusmamaktadır. Sebepsiz yere inciten ifade kavramı oldukça muğlak bir içeriğe sahiptir ve bu durum, devletin düşüncelerin ve fikirlerin açıklanma tarzını belirlemesi yönünde geniş bir yetki sahibi olmasına yol açabilir. Diğer taraftan bu kararda korunmaya değer ifadenin kamusal tartışmaya katkı sunan ifadeler olacağı yönünde bir varsayım dayandırılmaktadır. Diğer bir deyişle, kamusal tartışmaya katkı sağlamayan bir ifade korunmaya değer görülmeyecek ve neyin kamusal tartışmaya katkısı olacağını belirleme yetkisi kişinin kendisinde değil Mahkemede olacaktır. Bir ifade sadece haksız yere inciten unsurlar içermesi nedeniyle değil, çok yakın kanunsuz bir fiili teşvik etmeye veya gerçekleştirme-yeye yönelik olması ve bu fiili tahrik etmeye veya gerçekleştirilmeye kuvvetle yeterli olması durumunda yasaklanmalıdır. Ancak bu durum sadece dinleri aşağılayan ifadeler için değil; her türlü ifade için geçerlidir. Bu nedenle dine hakaret içeren ifadelere diğer ifadelere göre daha farklı şekilde yaklaşılması gerekmektedir. AİHM'in benzer bir bakış açısını benimsediği İ.A. Türkiye kararında⁸² başvuran, Abdullah Rıza Ergüven'in "Yasak Tümceler" adlı romanını yayınlayan Berfin Yayinevi'nin sahibi ve müdürüdür. Kitap, yazarın felsefi ve dini konularla ilgili görüşlerini romana özgü bir dille anlatmıştır. Başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 175. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca, söz konusu kitabı basmasından ötürü "Allah, din, peygamber ve kutsal kitaba" saygısızlık etmekle suçlanmıştır. İlk derece mahkemesi, başvurunu mahkûm etmiş ve kendisine iki yıl hapis ve adli para cezası vermiştir. AİHM kararında, daha önceki kararların atf yaparak ifade özgürlüğünün birtakım sorumlulukları da beraberinde getirdiğini ve bu sorumluluklardan olan dine ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda, başkalarına zarar verecek, sebepsiz yere inciten, söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerektiğini belirtmiştir.⁸³ Dini inançlara ve ahlâki görüşlere karşı sergilenen saldırılar söz konusu olduğunda başkalarının haklarının korunması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmadığını, buna bağlı olarak ahlâki ve dinî çerçeveye içerisindeki kişisel yargıları aşağılamaya yönelik hususlarda ifade özgürlüğüne

⁷⁹ Bu durumla ilgili AİHM'in verdiği yerinde bir karar için bkz. 97 members of The Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia, Başvuru no:71156/01, 3/5/2007.

⁸⁰ Otto-Preminger-Institut, 49. paragraf.

⁸¹ Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru no. 5493/72, 7.12.1976, 49.paragraf

⁸² İ.A./Türkiye, Başvuru no. 42571/98, 13/12/2005.

⁸³ İ.A./Türkiye, 24. paragraf.

ilişkin düzenlemelerin yapılmasında Sözleşmecî Devletlerin takdir yetkisinin genişlemekte olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.⁸⁴ Sonuç itibarıyla, AİHM söz konusu müdahale ile Müslümanlar tarafından kutsal sayılan bazı hususlara yapılan saldırıların önlenmesinin amaçlandığını dikkate almış ve bu noktada alınan tedbirlerin sosyal bir ihtiyaca karşılık geldiği sonucuna varmıştır. Bu kararda AİHM, inananların, dinî inançlarının başkaları tarafından reddedilmesine ve inançlarına düşman doktrinlerin yayılmasına hoşgörülle yaklaşması gerektiğini belirterek, eleştiri sınırları içinde kalan ifadelerle, dinen saygı duyulan değerlere yönelik hakareti ayırt etmenin gerekliliğini vurgulamıştır.⁸⁵ AİHM kararında, kitapta yer alan ifadelerin sadece toplumun genel görüşleriyle çatışan, şoke eden, kışkırtıcı fikirler içermediğini ayrıca İslam dininin peygamberinin kişiliğine yönelik de haksız bir saldırı taşıdığını belirtmiştir.⁸⁶ Karşıyolda yargıçlar Vingrove ve Otto Preminger kararlarına atf yaparak bir film (Otto Preminger), kısa bir deneysel video (Vingrove) ile bir romanın etkisi arasında çok önemli bir fark olduğunu vurgulamışlardır.⁸⁷ Gerçekten de AİHM bu kararında kısa bir süre önce verdiği Alnak/Türkiye⁸⁸ kararıyla çelişmiştir. Bu kararda AİHM, kitapta kullanılan paragrafların okuyucuları nefrete isyana şiddete teşvik ettiğinin düşünülebileceğini, ancak buna gerçekten yol açıp açmadıklarına karar verirken başvuranın kullandığı aracın kitle iletişim araçlarına kıyasla halkın daha dar bir kesimine hitap eden bir roman olduğunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu yaklaşım, doğru bir yaklaşımdır, zira küçük bir okuyucu kitlesine ulaşan bir romanın kamu düzeni üzerindeki etkisi ciddi biçimde azalacaktır. Herhangi bir kişi o romanı alıp onun içeriğiyle karşılaşmak zorunda değildir. Bir ifadeyi değerlendirirken onun bütün bağlamının göz önüne alınması gerekir. AİHM İ.A./Türkiye kararında da başkalarının haklarının korunması gerekçesine dayanmıştır. Ülkede yaşayan insanların ezici çoğunluğunun aynı dine ait olduğu bir ülkede başkalarının haklarının nasıl ihlâl edildiği sorusu cevapsız bırakılmıştır. Eğer hakaret edilen dine mensup kişiler azınlıktaysa ve bu kişilere karşı nefret söylemi ve ayrımcılık gibi uygulamalar mevcutsa bu sınırlama meşru olarak görülebilirdi. Söz konusu olayda böyle bir durum olmaması nedeniyle böyle bir sınırlamanın zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap vermediği söylenebilir. Klein v. Slovakya⁸⁹ davasında başvuru, Slovakya Başpiskoposunun Miloş Forma'nın bir filminin yasaklanması ve özellikle filmin afişlerinin sokaklardan kaldırılmasına ilişkin talebine yazmış olduğu bir makalede tepki göstermiş, makaleden dolayı başvuru hakkında milleti, ırkı ve dini aşağılama suçundan dava açılmıştı. Başvuru, makalesinde dürüst Hristiyanların başlarında bir canavar gibi duran kiliseden neden kurtulmadıklarına bir anlam veremediğini belirtmiştir. Yerel mahkeme başvuru Roma Katolik Kilisesinin temsilcisi olan Slovakya Başpiskoposluğunu ve dolayısıyla bu kilisenin mensuplarını aşağıladığını belirtmiştir. Temyiz mahkemesi de bu görüşü kabul etmiştir. Ancak AİHM, bu görüşe katılmamış, başvuru-nun, kimsenin dinini açıklama ve dinini yerine getirme hakkına haksız yere bir saldırıda bulunmadığı iddiasını kabul etmiştir. Sert bir şekilde ifade edilen söz-

⁸⁴ İ.A./Türkiye, 25. paragraf.

⁸⁵ Dinçer, a.g.m, s.1120.

⁸⁶ İ.A./Türkiye, 29. paragraf.

⁸⁷ Yargıç Costa, Cabral Barreto ve Jungwiert'in ortak karşı oyları, 8. paragraf.

⁸⁸ Alnak/Türkiye, Başvuru no: 40287/98, 29/03/2005.

⁸⁹ Klein/Slovakya, Başvuru no: 208/01, 31/10/2006.

lerin yalnızca başpiskoposu hedef aldığını ve başvuru sahibinin eleştirilerinin bazı inananları gücendirmesi olası olsa da bu makaleyle ne toplumun bir kesimini Katolik inançları dolayısıyla gözden düşürdüğünün, ne de Katolik inancını aşağıladığının söylenemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre başvurusunun yazdığı makale yoluyla başkalarının din ve vicdan özgürlüğüne müdahale ettiğini söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik müdahale ne zorlayıcı toplumsal ihtiyaçla uyumlu ne de izlenen amaç açısından ölçülü bir yapıştırır.⁹⁰

Klein/Slovakya kararında AİHM, esasında başvurusunun ifadelerinin dine yönelik haksız yere inciten ifadeler değil başpiskoposa yönelik ifadeler olduğunu, bu makalenin toplumsal tartışmaya katkı sağladığını belirterek daha önce verdiği kararlarla benzer bir yaklaşım sergilemiştir. Aşağıda son olarak incelenecek Aydın Tatlav/Türkiye⁹¹ kararında AİHM, ifade özgürlüğünün ihlâl edildiğini belirtse de temel argümanlarını bu kararda da sürdürmüştür. Bu karara konu olayda başvuru, beş cilt olarak yayımlanan *İslamiyet Gerçeği* adlı kitabın yazarıdır. Dört yılda kitabın toplam 16.500 nüshası basılmıştır. İhbar üzerine başvuru, cumhuriyet savcısı tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 175. maddesinde adı geçen dinlerden birini tahkir etmek amacıyla yayın yapmakla suçlanmıştır. Ankara 2. Asliye Ceza Mahkemesi, başvuruyu on iki ay hapis ve adli para cezasına mahkûm etmiştir. Hapis cezası para cezasına çevrilmiş ve başvuru ağır para cezasına mahkûm edilmiştir. Bu karar, Yargıtay tarafından onanmıştır. Hükümet, Otto Preminger kararına atf yaparak söz konusu yaptırımın devletin takdiri kapsamında görülmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM, Aydın Tatlav kararında, 10. maddedeki özgürlüğün uygulanmasının görev ve sorumlulukları içerdığını ve bunlardan birisinin de dinî inançlar bağlamında diğerleri için nedensiz ve saygısız olarak kırıncı olan ifadelerden sakınılması zorunluluğu olduğunu belirtmiş ve çatışmanın ifade özgürlüğü ile diğer insanların düşünce inanç ve dinî özgürlüklerine saygı duyulması hakkı arasında olduğunu bir kez daha yenilemiştir. Ancak AİHM, İ.A kararıyla hemen hemen aynı bir başvuruda farklı bir sonuca ulaşmıştır. Alınan bölümlerin sert eleştiri dozunda olduğunu kabul etmekle birlikte burada sosyopolitik olarak, inançsız bir kimsenin din hakkındaki eleştirel bakış açısının söz konusu olduğunu belirtmiştir.⁹² Mahkemeye göre başvurusunun dava konusu sözlerinde ne inananların doğrudan kişiliğini hedef alan aşağılayıcı bir ton ne de kutsal sembollere özellikle Müslümanlara hakarete varan bir saldırı gözlemlenmiştir.⁹³ Mahkeme, ayrıca kitabın 1992 yılında yayınlandığını 5. baskısının yapıldığı 1996 yılına kadar bir soruşturma açılmamasını da göz önünde bulundurmuştur. Başvuran aleyhindeki 12 ay hapis cezasının çok cüzi miktarda paraya çevrilmesine rağmen özgürlükten yoksun bırakma riski taşıyan cezai mahkûmiyetin, kişileri dinle bağdaşmayan düşünceleri yayınlamaktan alıkoyma etkisi olabileceği gibi çoğulculuğun korunmasına da engel teşkil edebileceğini belirterek yaptırımı izlenen amaçla orantılı bulmamış ve 10. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁹⁴ Bu karar, AİHM'in eleştiriyile haksız saldırı arasındaki farkı yeterince netleştirmedeğini göstermektedir. Zira İ.A. kararında olduğu gibi baş-

⁹⁰ Klein/Slovakya,54. paragraf.

⁹¹ Aydın Tatlav/Türkiye, Başvuru no:50692/99, 2/8/2006.

⁹² Aydın Tatlav/Türkiye, 28. paragraf.

⁹³ Aydın Tatlav, 28.paragraf.

⁹⁴ Aydın Tatlav, 30.paragraf.

vurucu burada da İslam dinini, Kur'anı, peygamberi şiddetin ilkelliğın çılgınlıgın bir ürünü olarak görüyordu (mesela Hz. Muhammed'i gerçek ile rüyayı birbirinden ayıramayan bir kişi olarak, Kur'anı sıkıcı bir şekilde kendisini tekrar eden ve kendisinden önceki kadim kitaplardan bile daha ilkel bir kitap olarak betimliyordu). Ayrıca Mahkeme İ.A. kararında karşı oylarda belirtilen caydırıcı etki meselesini kararına dayanak olarak kullanmıştır. Kanımızca, AİHM, bu kararıyla dine hakarete yaklaşımında önemli bir değişikliğe gitmemiştir. Zira kararında dinî hislerin korunması gereken bir alan olduğunu ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasında meşru amaç olduğunu yinelemiş ancak söz konusu kararında başvuruçuya uygulanan yaptırımın ölçüsüz olduğunu belirterek ihlâl bulmuştur.

Sonuç

Modernleşme süreciyle birlikte din, devletin meşruiyet kaynağı olmaktan çıkmıştır. Günümüzde devletin üstüne düşen görev, dinleri korumaktan ziyade vatandaşlarının, yani bireylerin din ve vicdan özgürlüklerini korumak olmalıdır. İnsan hakları açısından baktığımızda insan haklarının dinleri değil, insanları koruduğu bilinmektedir. Bu çalışmada da dine hakaret konusuna insan hakları perspektifinden yaklaşılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda din ve vicdan özgürlüğü açısından bireylerin, dinlerine hakaret edilmemesini isteme gibi bir haklarının olmadığı anlatılmaya çalışılmıştır. İfade özgürlüğü açısından ise, dine hakaret söz konusu olduğunda kamu düzeninin ve başkalarının haklarının korunması sınırlama sebeplerinin gündeme gelebileceği belirtilmiştir. Bu noktada, dini hislere hakaret edilmemesini isteme gibi bir hak söz konusu olmadığından, başkalarının haklarının korunması sınırlama sebebine dayanılmayacağı anlatılmaya çalışılmıştır. Kamu düzeninin sağlanması açısından ise Amerikan Yüksek Mahkemesinin Brandenburg v. Ohio davasında geliştirdiği ölçütün dikkate alınması önerilmiştir. AİHM'in dinleri ve toplumca kabul gören ahlaki değerleri aşağılayan ifadelere ilişkin olarak ifade özgürlüğü açısından ürkek bir yaklaşım sergilediği⁹⁵ ifade özgürlüğüyle dinî inançlar çatıştığında, dinî inançlara ifade özgürlüğünden daha fazla önem verdiği gösterilmeye çalışılmıştır.

Günümüzde dünyada artan bir şekilde dinleri ya da dinî hisleri hakaretten korumaktan ziyade bireyleri dine dayalı nefretten korumak yönünde bir eğilim olduğu söylenebilir. Nitekim, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, 1999'dan 2010 yılına kadar dinlere hakaretle mücadele kararları almış, ancak 2011 yılında verdiği 16/18 sayılı kararında dinlere hakaretle mücadele yerine dine dayalı hoşgörüsüzlükle ve ayrımcılıkla mücadele edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁶ Venedik Komisyonu'nun da 2008 yılında kabul edilen "İfade özgürlüğü ve din özgürlüğü" başlıklı raporunda⁹⁷ dine hakaret yasalarının kaldırılması ve yeniden yürürlüğe girmemesi gerektiği belirtilmiştir. Yine raporda

⁹⁵ Antony Lester, "Right to Offend", Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza içinde, Wolf Legal Publishers, 2012, s.306.

⁹⁶ Brett G. Scharffs (2013), "International Law and The Defamation of Religion Conundrum", The Review of Faith & International Affairs, Vol.11, Sayı 1, 2013, ss. 67-69

⁹⁷ Venice Commission. 2008a. Report on The Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred, Study 406/2006, adopted by the Venice Commission at its 76th Plenary Session, 17-18 October 2008.

nefreti tahrik etmenin eylemin temel unsuru olmadıkça dinî hislere hakaret edilmesinin suç olarak düzenlenmesinin gerekli olmadığı⁹⁸ ve dinî hislere hakareti ve dine hakareti cezai yaptırıma bağlamanın ölçüsüz olduğu belirtilmiştir.⁹⁹ Son olarak Komisyon, raporunda dine hakareti suç sayan düzenlemelerin kaldırılmasını savunurken cezai yaptırımın ancak dinsel nefreti tahrik eden ifadeler için meşru ve ölçülü olacağını vurgulamıştır.¹⁰⁰

KAYNAKÇA

A.Leo Leonard, D.Gaer,Felice, K.Cassidy, Elizabeth: “Protecting Religions From “Defamation”:A Threat To Universal Human Rights Standards” Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol.34, Sayı 2

Ağırbaşlı Şennur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 101, Temmuz- Ağustos 2012.

Ahdar Rex Tauati, “The Right to Protection of Religious Feelings”, Otago Law Review, Vol.11, No.4, 2008.

Altıparmak Kerem, “Fazıl Say'ın Tweetleri ve Doğru Sandığınız Yedi Yanlış”19.04.2013 ‘çevrimiçi’ erişim, <http://www.bianet.org/bianet/siyaset/146003-fazil-say-in-tweetleri-ve-dogru-sandiginiz-yedi-yanlis>, 18.08.2013.

Amjad Malik, “Speech Crimes: What Constitutes The Act of Stirring Up Religious Hatred?”, ‘çevrimiçi’, erişim, <http://www.36bedfordrow.co.uk/cmsfiles/The-Barrister---Amjad-Malik-QC.pdf>, 18.08.2013.

Arslan, Zühtü, “Anayasa Teorisi”, Seçkin Yayıncılık, 2. baskı, Ankara,2008.

Aydın Öykü Didem, “Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü Ve Ceza Hukuku 1- Amerika Birleşik Devletleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Belnap Allison G., “Defamation of Religions: A Vague and Overbroad Theory that Threatens Basic Human Rights”, Brigham Young University Law Review, Vol.2010, Issue:2,2010.

Bratza Nicolas, “The ‘Precious Asset’: Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights” Ecclesiastical Law Journal, vol.14, issue:2, May 2012.

Callamard Agnes, “Freedom of Speech and Offence: Why Blasphemy Laws Are Not The Appropriate Response”, European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (EUMC), Issue 18, June 2006 <http://eumc.europa.eu/eumc/material/pub/ev/ev18/ev-18.pdf>.

Clarke Ben, “Freedom of Speech and Criticism of Religion: What are the Limits?”, elaw Journal, vol.14, no.94,2007.

Coleman, Elizabeth Burns, and Kevin White. “Stretching the Sacred.” *Negotiating the Sacred: Blasphemy and Sacrilege in a Multicultural Society*, Edited by Elizabeth Burns Coleman and Kevin White, ANU Press, 2006.

⁹⁸ Aynı rapor, 49. paragraf.

⁹⁹ Aynı rapor, 92. paragraf.

¹⁰⁰ Aynı rapor, 90. paragraf.

Danchin Peter, "Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law," *Harvard International Law Journal* 49 no. 2 (Summer 2008).

Demir Hande Seher, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü", 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Dinçer Hülya, "Bir Suç Olarak Dine hakaret, İfade Özgürlüğü ve Dini Hislere Tanınan Korunma", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2010.

Dobras Rebecca J., "Is The United Nations Endorsing Human Rights Violations?:' An Analysis of The United Nations' Combating Defamation Of Religions Resolutions And Pakistan's Blasphemy Laws", *The Georgia Journal Of International And Comperative Law*, Vol.37, Sayı 2, 2009.

Erdem Fazıl Hüsnü, "TCK'nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi:Türk Devlet Düzeni v. Demokratik Kamu Düzeni", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı:1, 2003.

Erdoğan Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", *Liberal Düşünce*, Sayı: 24, Güz 2001, Ankara.

Fenwick Helen, "Civil Liberties and Human Rights", First Edition, Cavendish Publishing, 2002.

Freedom House Special Report, "Policing belief: The Impact Of Blasphemy Laws On Human Rights" October 2010.

Goolam Nazeem, "The Cartoon Controversy:A Note On Freedom of Expression, Hate Speech and Blasphemy" *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol.39, No:2, July 2006.

Hassan, Riaz. "Expressions of Religiosity and Blasphemy in Modern Societies." *Negotiating the Sacred: Blasphemy and Sacrilege in a Multicultural Society*, Edited by Elizabeth Burns Coleman and Kevin White, ANU Press, 2006.

Human Rights Committee 102nd Session, General Comment No:34, Geneva, 11-29 July, 2011.

Leigh İan, "Damned If They Do, Damned If They Dont: The European Court of Human Rights and The Protection of Religion From Attack" Vol.17 issue:1, 2011.

Letsas George, "Is There a Right not to be Offended in One's Religious Beliefs?" *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas* (ed. Lorenzo Zucca, Camil Ungureanu), Cambridge University Press, 2012.

Lester Antony, "Right to Offend", *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza* içinde, Wolf Legal Publishers, 2012.

Mil J.S., "Özgürlük Üstüne", (çev.Tuncay Türk), Oda Yayınları, İstanbul, Eylül 2008.

Nal Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, cilt:57, sayı:4, 2002.

Norris David, "Are Laws Proscribing Incitement to Religious Hatred Compatible With Freedom of Speech?", *UCL Human Rights Review*, Vol.1, October 2008.

Patrick Jeremy, "The Curious Persistence Of Blasphemy", *Florida Journal of International Law*, Vol. 23, 2011.

Recommendation 1805 (2007) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

Ross, Rebecca, "Blasphemy and the Modern, 'Secular' State", *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, Vol. 17, Sayı 1, 2012.

Sancar Mithat, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü- İfade Özgürlüğü" *İnsan Hakları Konferansları (Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları)*, Ankara Barosu, 2006.

Temperman Jeroen, "Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech", *Brigham Young University Law Review*, Vol.3, 2011.

Temperman Jeroen, "Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law" *Netherlands Quarterly of Human Rights Law* vol.26, no:4, 2008.

Trager, Robert ve Donna L. Dickerson, 21. YY'da İfade Özgürlüğü, (Çev. A.Nuri Yurdusev,) *Liberal Düşünce Topluluğu*, Ankara, 2003.

Uslu Cennet, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 38.

Uygun Oktay, *Devlet Teorisi*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014.

Uzun Mehmet Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü", *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, Eylül 2006.

United States Commission on International Religious Freedom Policy Focus: "The Dangerous Idea of Protecting Religions from "Defamation": A Threat to Universal Human Rights Standards" Fall 2009.

Venice Commission. 2008a. Report on The Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred, Study 406/2006, adopted by the Venice Commission at its 76th Plenary Session, 17-18 October 2008.

Visconsi, Elliott. "The Invention of Criminal Blasphemy: *Rex v. Taylor (1676)*" *Representations*, Vol. 103, Sayı 1, 2008.

Weber Anne, "Nefret Söylemi El Kitabı", *Avrupa Konseyi Yayınları*, Fransa, 2009.

HUKUKUN ERDEMİ VE FULLER'İN AHLAKLARI*

(VIRTUE OF LAW AND MORALITIES OF FULLER)

Araş. Gör./ Res. Asst. O. Vahdet İşsevenler**

ÖZ

Doğal hukukun ve teleolojik görüşün çağdaş temsilcisi olan Fuller, başyapıtı Hukukun Ahlakı'nda dört farklı ahlaktan bahsetmiştir: ödev ahlakı, gaye ahlakı, hukukun iç ve dış ahlakı. Bu dört ahlak teleolojik görüş açısından bir bütün oluşturur. Makale, klasik Yunan felsefesini hatırlatarak, bu görüşe neden hukukun erdemi diyebileceğimizi ve Fuller'ın iddiasını temellendirirken doğal hukukun maddi amaçlarından vazgeçişini özetliyor.

Anahtar Kelimeler: Hukuki ahlak, teleolojik doğal hukuk, erdem.

ABSTRACT

Lon Fuller, who is one of main figures of contemporary natural law theory, in his magnum opus The Morality of Law, talks about four different moralities; morality of duty, morality of aspiration, internal and external moralities of law. These are all together making a unity from teleological viewpoint. So, in this article, I, by mentioning Greek thought, will try to explain why Fuller's stand can be called virtue of law and how he is abandoning the substantive aims of natural law doctrine while justifying his own claim.

Keywords: Legal morality, teleological natural law, virtue.

*Hukukun pratik etkililiği için
hukuki ahlaka asgari bir itibar gösterilmesi gerektiği
önermesi oldukça bariz olmasına rağmen
açıklamak için bu kadar çok zaman harcamış olduğum için
aslında özür dilemem gerekiyor¹.*

Burada ne *Hukukun Ahlakı*'nın nasıl okunacağına dair bir kılavuzluk vazifesi üstleniyorum ne de metnin tercümesinde sorumluluk sahibi birisi olarak hataları örtecek kılıfı örüyorum. Zira esasları Fuller'dan öğrenilecek bir öğretiye tarafgirlik kaygım olmadığı gibi İngilizce kelimelere münasip karşılıklar bul-

* Bu makale, 11.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 25.10.2016 tarihinde birinci hakem; 09.11.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, vahdetissevenler@hotmail.com.

¹ L. L. Fuller, Hukukun Ahlakı, çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2016, s. 188.Vurgu bana ait.

makla hallolacak bir sorunumuz olduğunu düşünenecek kadar konudan habersiz yahut saf da değilim. Öte yandan bu tip çalışmaların eserlerin önsözüne yahut açıklamalarına sızdırılması gibi bir alışkanlık mevcut. Ne ki tekrar pahasına vurgulamam gerekir: ne Fuller'ın anlaşılmasının (varsa) çözüm için yeterli olduğunu düşünmek durumundayım ne de yorumum sınırları tartışmak istediklerime yeterli alan sağlıyor. Bu nedenle eserin çevrilmesi vesilesiyle bir makale yazmayı uygun buldum.

Hukuka ve ahlakla ilişkisine dair süregiden tartışmayı derinleştirmek, yeni argümanları tartışmaya dahil etmek kadar kavramların üzerine giderek hafızamızı ve muhayyilemizi canlandırmak suretiyle anlam tarlasını sürmek demeye de geliyor. Fulller'in eseri hem farklı bir argümanı ileri sürdüğü hem de ahlak denildiğinde akla ilk gelenen başka bir anlamı işaret ettiği için bu işleve hizmet edebilir. Bu makaledeki amacım da bu minval üzere 'ahlak'ı Fuller'in eserinde kullandığı haline atıfı ele almak. Zira ne vakit hukukun ahlakından ve/veya hukuktaki ahlaktan bahsedilirken Fuller'a değinilse aynı refleksin gösterildiğine şahit oluyorum: "Ama onun ahlak dediği böyle bir şey değil." Bunun çok da gizemli olmayan bir sebebi var: Türkçe hukuk felsefesi yazınında Fuller, Hart ve öncülleri yahut Kelsen kadar alaka görebilmiş birisi değildir ve genellikle pozitivismle girdiği tartışma bağlamında, cevap veren konumunda biliniyor². Haliyle Fuller'in argümanları bir tek buradan kurulabilmiş gibi. Kaldı ki tartışmanın karamanları Hart ve Fuller, anlaşmazlığın merkezinde temel kabullerinin farklılığının olduğu hususunda hem fikirdir³. Dolayısıyla pozitivismin kabulleri ile sınırları belirlenen bir haritada Fuller'in işaret ettiği ufku görmeye teşebbüs en iyi ihtimalle şaşılıkla sonuçlanır. Bir adım daha atıp bu ufkun ardına göz atmak istediğinizde faydacı ahlaktan, bu ahlakla uyumlu insan ve dünya görü-

² Bu eşleşme hukuk-ahlak ilişkisini de resmeder: Bir yanda Austin'in "Var olan bir yasa, ondan hoşlanmasak veya o benimseyemediğimiz standartlardan ayrılsa bile yasadır" (Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı, çev. Saim Üye, Ülker Yükselbaba, Umud Koloş İstanbul, Tekin Yayınları, 2014, s.126.) sözünde en berrak ifadesine kavuşan, bir yasanın hukuk sayılmasının bizim ahlaki kabullerimizle bir alakası olmadığını belirten ayrılabilirlik tezi diğer yanda ise Aquinas'e atfedilen "adil olmayan hukuk, hukuk değildir" mottosuna sıkıştırılmış doğal hukuk karikatürü. Binlerce yıllık doğal hukuk geleneğinin bir cümleye sıkıştırılması, bu gelenek içinde birbiri yerine geçmesi mümkün olmayan farklı argümanların görünmez kılması bir yana doğal hukuka eğilimi olanları her pozitif yasanın üstün bir ahlakla gerekçelendirildiği ve itaat yükümlülüğünü haiz olduğu gibi saçma ve imkansız bir iddiayı savunma görevini rızası hilafına üstlenmeye zorlar. En tehlikelisi, pozitif yasalar karşısında eleştirel bir tavır almak zorunluluğu karşısında bu konuda iş görebilecek en etkin silahlardan biri olan doğal hukukçu argümanlara, kendisini önemli ölçüde onu eleştirerek var etmiş akrabası tarafından gölge düşürülmüş olur. Modern toplumda politik meşruiyetin temininde en etkin yol hukuka verilen referanslardır ta ki hukuk gücünün sıradan bir emri olarak algılanana kadar. İşler bu noktaya vardığında özneler ya daha güçlü olmaya bakar ya da "Emir emirdir, yasa yasadır" diyerek özneliklerini yitirirler. Nihayetinde ikisi de aynı kapıya çıkar. Hukuki pozitivism taraftarlarının çoğunluğunun hukuka itaat yükümlülüğünü savunmadığı göz önüne alındığında bu sonucun kimse tarafından arzulanmadığını söylemek abes olmayacaktır.

³ "Hart bu yazısının ilk paragrafında "hukuk felsefesindeki başlangıç noktalarımız ve ilgi alanlarımız o kadar farklı ki birbirimizin eserlerini tam olarak anlayamamak kaderimizde yazılı" ifadesini kullanmıştır. Kitabıma dair eleştiri yazıları geldikçe ben de söz konusu müzakeranın gerçekten de belli "başlangıç noktalarına" dayandığının farkına vardım." (Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 225.

şünden beslenen İngiliz hukuki pozitivizminin ön kabulleri artık ayak bağı olmaya başlar.

Fuller'ın analitik pozitivizmin sahnesinde temsil edilmesi yani ona tâbi olması yine kendisinin tespit ettiği hukukçunun kafasında ahlakın hukuka tâbi oluşuyla paralellik gösterir. Nasıl hukukçu, hukuku anlamaya çalışırken, dolaylı olarak ilgilendiği ahlak gibi diğer konuları kendi başlarına anlamaya fazladan bir çaba göstermezse bir şekilde pozitivizm rüzgarıyla ahlaka konan kimse de yabancıya yaban kalmaktadır. Nitekim Fuller, hemen birinci bölümde hukukçunun sadece hukuku düşünerek hukuk-ahlak ilişkisini çözme pratiğine karşı çıkar ve dengeyi kurabilecek, bölüme de adını veren iki ahlaktan bahseder: *morality of aspiration* ve *morality of duty*. Ona göre bu ayrımı dikkate almak hukuk ile ahlaki düşünürken ihtiyaç duyulan itidali temin eder.

Ödev ve gaye ahvakları⁴

İlkin, kaynağı olarak Yunan felsefesini işaret ettiği gaye ahlakı⁵ *morality of aspiration* üzerinde durur. Bu ahlak iyi yaşamın ahlakıdır. Daha doğrusu iyiyi yaşamının zira bildiğimiz üzere Fuller'ın Yunan felsefesi olarak işaret ettiği yazın aslında teleolojik Sokratik okuldur ve bu görüşte iyi, en yüksek amaçtır. Bu amaca insan tüm potansiyelini gerçekleştirerek erişir, onun kuvve halindeki formu fiil olduğunda mükemmeliyete erişir, kamil olur. Nitekim Fuller da tarifinde efradı sayarken iyi yaşamın peşinden *excellence*'a yer verir ki İngilizce bu sözcük klasik metinlerin tercümesinde daha tanıdık bir ifade için kullanılır: Yunanca *aretê* Türkçede erdem, fazilet, üstünlük İngilizcede *excellence*, *virtue* ile karşılır⁶. Askerin erdemi cesarettir zira askerlikte mükemmeliyet cesaretle mümkün olur. Nitekim *aretê* işlele vurgu yapar. Yunan için bir şeyin *aretê*si yerine getirdiği işlele onu ehil kılandır. Yani erdemli olan o işte ehliyet sahibidir, yetkindir⁷. Tıpkı muvaffak askerın cesur, bıçağın keskin, hukukun genel, açık, geriye yürümeyen vb. olması gibi.

⁴ Fuller, Hukukun Ahlakı, s.15-46.)

⁵ Hukukun Ahlakı, tıpkı Concept of Law yahut Reine Rechtslehre gibi Türkçe yayınlanmadan önce hakkında monografi yazılmış bir eser. Dolayısıyla eser çevrilmeden, işlediği kavramlara karşılık önerilmişti. Aktaş, ideal/arzulanan buna karşılık Aki ise özlemi tercih etmektedir. (Aktaş, Prosedürel Doğal Hukuk Lon F. Fuller'ın Hukuk Kavramı, s.14vd., Aki, "Lon L. Fuller'da Hukukun İç Ahlakı", s.84 vd.) Her iki eser de Türkçe yazının görebildiğim kadarıyla tamamında olduğu gibi duty ile aspiration arasındaki ayrımı değil hukukun iç ve dış ahlakına odaklanıyor. Yine de tercihlerden çıkarılabileceğimiz sonuçlar mevcut. Arzu ve özelemlen, öznenin durumuna işaret ederken ideal, yönelimde olduğu nesneyi ön plana çıkarıyor. İşin aslı bu durumda yönelimde olunan ayrıca bir nesne yoktur. Öznenin olmayı amaçladığı bir hal vardır. Bu amaç için öznenin insan olduğu durumlarda gayret etmek bir yana bunu amaç olarak seçme konusunda iradenin özel bir yeri de yoktur. Durum daha ziyade meşe tohumu ile onun ağaç hali arasındaki ilişkiye benzer. Bu bağlamda öznenin doğal hareketinin bir sonucu diyebiliriz. Gaye ifadesi aslında hukuk yazınının hareket bağlamında tanıdık olduğu bir terim. Ceza hukuku felsefesindeki yaygın hareket teorilerinden biri, amaçsal, ereksel yahut gai ile ifade edilir. Bu teorinin arkasında da Fuller'ı da dahil edebileceğimiz teleolojik düşününenin idealist temsilcisi vardır.

⁶ Francis Peters, Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü, çev. Hakkı Hünler, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2004, s.46.

⁷ W.K.C. Guthrie, İlkçağ Felsefesi Tarihi, çev. Ahmet Cevizci, 2. Baskı, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1999, s.15.

Fuller kolayca erdem, fazilet demek yerine şecerisini takip ettiğimizde (spirit – aspire- aspiration) bizi nefes almak'tan ruha, ruhun nefesi arzulanı gibi arzulamaya götüren şevk, bir şey için can atmak demeye gelen ‘*aspiration*’ı kullanıyor. Böylelikle onun vurgusu amaca oluyor. Bu ahlakın buyruğu yapma değil yap der. Nelerden men ettiğini değil neleri yerine getirmen gerektiğini söyler:

“Bir kimse; bir vatandaş veya bir devlet görevlisi olarak yetersiz olabilirdi. Bu durumda o kimse bir başarısızlıktan dolayı kınanırdı ödev sadakatsizlikten dolayı değil. Yine aynı şekilde o kişi noksanlığından dolayı kınanırdı haksızlığından dolayı değil. Yunanlılarda genellikle doğru-yanlış, ahlaki iddia ve ödev düşüncelerinden çok, doğru ve münasip olan, insan olma işlevini en iyi yerine getiren davranış fikrini görüyoruz.⁸

Gaye ahlakı insan yetisinin tepesinden başlarken, ödev ahlakı en aşağıdan başlar. Ödev ahlakı düzenli bir toplumun onlarsız yapamayacağı veya belli amaçları gerçekleştiremeyeceği temel kuralları koyar. Ödev ahlakı, Eski Ahit’in ve On Emir’in ahlakıdır. “Edeceksin”den daha ziyade “etmeyeceksin” kalıpları ile kendisini ifade eder. İnsanları kendi kabiliyetlerini bütünüyle gerçekleştirmeye yönelik imkânları kullanmadıkları için kınamaz. Bunun yerine, onları toplumsal yaşamın temel gereksinimlere uymadıkları için kınar.⁹

Yasaklamak Fuller’in ayırımında *morality of duty* payına düşer. Fuller bu ikinci ahlakın ayırt edici bir diğer özelliği olarak toplumsallığını işaret eder. Ona göre birinci ahlak yetkinlik için gerekenleri ikincisi ise toplumun bekası için çığnmemesi gerekenleri ortaya koyar. “Öldürmeyeceksin, çalmayacaksın!” gibi. Birinci ahlak hor görür ikincisi cezalandırır.

Morality of duty ve *morality of aspiration*’a dair bu özetin yeterli olduğunu düşünüyorum. Buraya kadar ifade ettiklerim dahi *morality of aspiration*’ı hukukun erdemi olarak okuyabileceğimizi ima eder.

Hukuk açısından Fuller’in çıkarımını fark etmek güç olmayacaktır. Ödev ahlakı söz konusu olduğunda, ahlak yasası ve hukuk yasası aynı akıl yürütmenin sonucudur. Yani hukuk kurallarının içeriği ödev ahlakını çağrıştırıcak şekilde oluşur. Gaye ahlakı ise hukuk normlarının içeriğine ilgisizdir. En azından Fuller’a göre hukukun insanları daha iyi kılmak gibi bir gündemi yoktur. Gaye ahlakı hukukun iç ahlakıyla ilgilidir¹⁰. Yani hukukun kendisinin iyi olmasıyla. O, insan davranışlarını yönlendirme amacını gaye edinmiş hukukun bu amacına ulaşmakta sergilediği karakterdir. Burada bir şerh düşmemiz gerekiyor. Bir örneğe başvuralım gaye ahlakı bıçağın keskin olmasıyla ilgilidir, onunla neyi keseceğinizle değil. Fuller’a göre hukukun insani mükemmeliyette yapısal bir payı yoktur. Lakin *morality of aspiration*’ın fikir babaları için aynı şeyi söyleyemeyiz. Hem Platon hem Aristoteles iyi yurttaşın iyi *poliste* yetişebileceğini düşünürdü. Her şey de olduğu gibi *poliste* de bir işlev gören Aristoteles’in açıkça *poliste* iyi yurttaş yetiştirme amacı verdiğini ve Platon’un Devlet’te bunun üzerinde uzun uzadıya durduğu malum.

Burada klasik düşünürlerin vurguladığı basitçe yasa koyucunun bu misyona uygun yasalar koymasından kesinlikle fazlasıdır. Yasa koyucuya öğüt-

⁸ Cf. “Yunanlılar hiçbir zaman modern hukuki hak kavramına benzer bir şey tasarlamadı.” Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks* (1956), s.151.

⁹ Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s.16.

¹⁰ Eserin kendisi buna şüphe bırakmayacak denli yalın olsa da Fuller kimi yerlerde bunu açıkça da söyler: Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s.58, 127.

ten ziyade yapısal bir ilişkiye dikkat çekerler. Bugün literatür bu konuyu genellikle hukuk-ideoloji ilişkisi bağlamında değerlendiriyor. Hukukun formel yapısı gaye ahlakıyla anlaşılabilir nitelikte olsa da onun içeriği, hukuk aracılığıyla nesnelleşen, toplumsal etki kapasitesine kavuşan ideolojinin, dolayısıyla ödev ahlakının etkisi altındadır. Fuller her ne kadar gaye ahlakının bireysel olduğu yönündeki yanlış anlamaya karşı önlem almaya çalışsa da onun uyarısı gaye ahlakının kültüre bağımlılığı ile sınırlıdır. Eserde ortak amaçların imkanına dair bir imaya rastlamayız. Ne ki hukuk insan eylemini yönlendirirken sadece bazı yolları kapamaz kimilerini koruyarak ayrıcalıklı da kılar. Hukukun kurgusunda sadece formel bir kişi anlayışı yer almaz. Bu kişi kabı belirli bir ideolojiyle dolar. Bunu en başından bilen klasik düşünce tam da bu yüzden ikisini birbirinden ayırmamıştı. Bir politik birliği niteleyen şeylerden biri de onun neye iyi dediği, neyi gerçekleştirmeye çalıştığıdır. Fuller'a göre neyin yasaklanması gerektiğine karar verebilmek için kendimize bir iyi seçmemize gerek yoktur. Bu doğru olsa bile sonuç itibarıyla bir iyinin diğerlerine baskın gelmesi gerçeği sabittir. Bu şerhi şimdilik yarım bırakmak durumundayım. Fuller'ın hukukun formel amacını gerçekleştirmek için sahip olması gereken özellikleri ile aynı kaynaktan çıkan maddi amaçlarına kayıtsızlığını aşağıda ele alacağım.

Fuller'ın analizinde benim için heyecan verici noktalardan biri gaye ahlakının estetik, ödevin ise hukuk ile akraba olduğunu ifade etmesidir. Bu, amacı tayin eden poetik akıl ile araçsal, hesaplayan aklın pratiğin alanında gün yüzüne çıktığı yerdir. Estetik ifadeler iki artı ikinin dört oluşundaki biçimsellikten farklı olarak anlam taşırlar ve bunları idrakte Fuller'ın da belirttiği gibi genellikle başvuru yolu, sanatçının amacını sorgulamaktır. Burada kast edilen sanat eseri gibi herhangi bir eserin anlamının onu yaratanın amacıyla sıkı sıkıya bağlı olduğuna yönelik bir iddiadan ziyade insan davranışlarını eylem kılan anlam-amaç faktörünün yasa düşüncesinden farklı bir yerde olduğudur. Sanatçıya sorulan neden sorusu hesap vermesi beklendiğinden değil ne anlatmaya çalıştığını idrak edebilmek içindir.

Fuller'ın da ödünç aldığı analogiyi sürdürecektir olursak yasa düşüncesi dilbilgisi kurallarını buna karşılık gaye ahlakına dair düşünürlerin ifade ettiği olması gerekenler ise edebiyat eleştirmenlerinin öğütlerini çağırıştırır. *Dönüşüm*'ün edebiyat tarihinin en etkileyici giriş cümlelerinden birine sahip olması elbette Kafka'nın dilbilgisi kurallarına hakimiyetiyle alakalı değildir.

Nitekim gaye ahlakı, amaç düşüncesiyle alakalıdır. Hangi amacın, uğrunda yaşamaya değer olduğunu bir kenara bırakalım ve düşünürlerin bu konudaki iddialarından herhangi birinin makbul olduğunu varsayalım. Sokratik okul örneğimiz olsun. Onlarda görebileceğimiz ortak özellik bedeninin eğilimlerini tatminden ziyade ruhu olgunlaştırmanın gereğidir. Basitçe, "Ne yapmalıyım?" diye sorduğunuzda kendi görüşleri çerçevesinde iyi yaşamın tarifine uygun yaşamamız gerektiğini ifade ederler¹¹. Lakin ikinci ahlak bu soruyu cevapsız bırakır zira o neden sorusundan ziyade nasıl sorusu ile ilgilenir. "Nasıl yaşamalıyım?" diye sorduğunuzda örneğin, yalan söylemeden, hırsızlık yapmadan vb. cevaplar verir. Fuller tam da bu noktada ikinci ahlakın mübadele mantığına dayandığını, ticaretin dilini kullandığını ortaya koyar. Bu bezirgan ahlakının kaygısı alış verişini güvenceye almaktır: Ticaretimizi güvenli bir şekilde gerçek-

¹¹ Bu aslında tam da erdem ahlakının bir özelliğidir. (Sercan Gürler, *Ahlak ve Adalet: Çağdaş Ahlak Felsefesi ve Adalet Sorunu*, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.50 vd.) Bize Fuller'ın teorisini hukukun erdemi adıyla anmak için bir nişan daha verir.

leştirmek istiyorsak birbirimize yalan söylememeliyiz. Burada yalan söylemenin yahut benzeri ödevlerin kendi başlarına ne gibi bir değere sahip oldukları tartışmasından ziyade arkasında yatan mantığın ilişkileri güvenceye almak olduğu iddiası söz konusudur. Gerçekleştirmek istediğiniz amaçtan bağımsız olarak herhangi bir amacın çıkar ortaklığı dahilinde güvenliğini temin söz konusudur. Birinci ahlakın ne uğruna yaşamak gerektiğini öğrettiği yerde ikincisi hayatta kalmayı temin eder. Sen oy ver ki oy vermenin kıymeti olsun; kimse oy vermezse senin gibi, neler olurdu? Doğruyu söyle ki herhangi birinin yalan söylüyor olabileceği güvensiz bir toplulukta diken üstünde yaşamak zorunda kalma. Bu evrenselleştirme temasının altındaki yasallığın yürüttüğü mübadele mantığıdır.

Hukukun iç ve dış ahlakı

Fuller'in bir diğer ayrımı ise hukukun iç ve dış ahlakı arasındadır. Hukukun iç ahlakı, yasanın neyin olması gerektiğini söylemesinden bağımsız olarak içeriği herhangi bir şekilde belirlenebilecek bu isteğinin gerçekleştirilmesi için (hukuk kuramının diliyle ifade edecek olursak hukukun etkinleşebilmesi) için uyulması gereken sekiz ilkedir: Hukukun genel olması, ilan edilmesi, geriye etkili kanunlar olmaması, kanunların açık, birbiriyle çelişmeyen, imkansız talep etmeyen yapıda olması, süreklilik arz etmesi ve ilan edilen kural ile kuralı ilan edenin eylemlerinin uyumlu olması. Görüldüğü üzere bunların tamamı hukuka dair özelliklerdir; eşitliğin gereği, mülkiyetin kutsallığı vb. gibi insani iyiler değildir. Bu gibi iyiler, Fuller'in ayrımında, bunların felsefi olarak ne kadar savunulabilir olduklarından bağımsız olarak hukukun varlığına alakasızdır. Dolayısıyla bunların adresi hukuk dışındadır.

Kurallar sekiz ilkede özetlenen karakteri sergiledikleri ölçüde hukuk görünür hale gelir. Fuller için bir teşebbüs olarak hukuk, insan eylemlerini yönlendirme amacı olan bir araçtır¹². Hukuk insan eylemleri üzerindeki etkisiyle var olur, Fuller'in aktardığı sekiz ilkedен ne kadar uzaklaşırsa etkisi o kadar az olacaktır. Dolayısıyla bahse konu sekiz ilkeye riayet edilmediği takdirde insan eylemleri üzerindeki hukuk etkisi sıfıra inecektir yani hukukun varlığından bahsedilemeyecektir. Burada farkı yaratan üç özellik mevcuttur.

Birincisi hukukun karakterini ortaya koyan yani hukukun doğasına dair olan bu sekiz ilke hukuk aracılığıyla hakim kılınmak istenen davranış kalıplarına karşı ilgisizdir. Alışıldık tabirle söyleyeceksek hukuk kuralının ahlaki içeriğine kayıtsızdır. Hukukça neyin olması gereken olarak belirlendiğine dair değil herhangi bir olması gerekeni hukuki kılanın diğer bir ifadeyle onun hukukun gücünden istifade edebilmesinin koşullarıdır. Ki bu durum ona hukuk formu verir. Dolayısıyla hukuktaki asgari iyiden pay alır. Örneğin Fuller'a göre bu ilkelere uyulsa idi Nazi pratikleri mümkün olmayacaktı. Buradaki prosedürel olmayan, maddi yan Hart'ın asgari doğal hukukunu çağırıştırır.

İkinci özellik ise sekiz ilkenin hukukun varlığına ya da yokluğuna değil tabiri caizse azlığına-çokluğuna dair bir kriter oluşudur. Örneğin normatif pozitivizme göre hukuka ait olan normların tamamı aynı hukuk sistemindeki bir diğer normun verdiği yetkiyle çıkarılmıştır¹³. Dolayısıyla geçerliğini dayandıra-

¹² Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 69,77,118,129.

¹³ Joseph Raz, "Kelsen'in Temel Norm Kuramı", çev. Şule Şahin Ceylan, AUHFD, 62 (4) 2013: 1169-1193, s. 1170.

çağı bir üst norm olmayan daha da ileri gidelim kendisinden yukarıda yer alan norma açıkça aykırı, ve çıkarılmasında herhangi bir normun yetki vermediği bir ifadenin hukuk olarak bahsedilemez. Aynı durum sekiz ilke için birebir geçerli değildir. Muhatabının uyması mümkün olmayan, “Kamu görevi esnasında araçsız uçmayanlar hakkında görevi kötüye kullanma hükümleri uygulanır.” gibi bir madde sıfır derecesindeyken birbiriyle çelişen yahut yeterince açık olmayan kuralların varlığında kimi durumlar için hukuk aktüelleşemeyecek-tir/etkinleşemeyecektir.

Üçüncü özellik ise bu sekiz ilkenin görünür olduğu yerin hukuk normları olmasına karşılık aslında tek tek normların geçerliliğinden değil bir hukuk sisteminin yekun etkinliğine, insan eylemlerini yönetme kapasitesini ne kadar gerçekleştirebildiğine odaklanılır. Bu özellik de yine aktüel-potansiyel ayrımında görünür olur. Bu paydada son iki özelliği bir kabul edebiliriz ki bu Fuller'ın kısmen hukuk dediği şeydir:

“...hukuk kuralları da hukuki sistemler de kısmen var olabilirler ve olurlar da. Bu durum da bunların tam olarak ortaya çıkması için gerekli amaçlı gayretin ne yazık ki sadece kısmen başarılı olması durumunda gerçekleşir”

“Neden bir adam kısmen kel olabiliyor da bir ülke kısmen hukuk olan bir sistem ile yönetilmesin? Sanıyorum ki Dworkin yaptığı ayrımı bazı gündelik dil alışkanlıklarından alıyor. Gündelik dilde “hukuk” kelimesi gerçekten de bir “ya var ya yok” kelimesidir. Bu açıdan oldukça yakın bir kuzeni olan “adalet” kelimesi ile farklılık gösterir. Örneğin şu iki ifadeye bakalım: “Onerdiğin eylem biraz adaletsiz.”, “Onerdiğin eylem biraz hukuka aykırı.” İkinci cümleye bariz bir ironi tadı bulmuşştır. İlk cümlede ise bu yoktur; en azından aynı derecede yoktur. Adaleti zor tanımlanan bir şey olarak düşünmeye alıştık; adaletin sınırlarının gölgeli ve belirsiz olduğunu açık bir şekilde kabul etmekten çekinmiyoruz. Diğer yandan “hukuk” kelimesi ise kendi içinde bir siyah-beyaz eğilimi geliştirmiştir. Hukuk insan yapımı olduğundan eğer yeteri kadar gayret edersek neyin hukuki ve neyin hukuki olmadığını kesin bir şekilde tanımlayabileceğimizi varsayıyoruz. Bu varsayım da bizim kelimeleri nasıl kullandığımızı şekillendiriyor. Dil alışkanlıklarımız aslında bu gayretimizdeki azmimizi gösteriyor. Çok belirsiz bir şekilde düzenlenmiş, bir kanunun sınırlarının nerede olduğunu belirlemenin imkânsız olabileceğini pekala biliriz. Ancak bu konuda konuşma şekillerimiz normal olarak yine “ya var ya yok” şekilde devam edecektir. Bu durum sadece belli eylemlerin hukuka uygunluğu veya aykırılığı ile sınırlı değildir; hukuk sisteminin bir bütün olarak “varlığı” meselesinde de bu geçerlidir.”¹⁴

Hukukun Erdemi ve Fuller'ın Ahlakları

Gelelim bundan ne kadar ahlak olarak bahsedebileceğimize ve doğal hukuk meselesine. Fuller'ın, hukukun doğasından bahsettiği, hukukun bir doğası olduğunu düşündüğü ayan. Elbette bu doğanın keşfinde aklın payı var lakin doğal hukuk dendiğinde kimilerinin anladığı gibi düşünürün temel kabullerinin mantıklı sonucu olan ne var ki toplumsal gerçeklikle irtibatı şaibeli olan müstakil bir doğallık değil. Kaldı ki sekiz ilkeye hukukun kaynağının toplam olduğu gerekçesiyle itiraz etmek botanik biliminin hiç de halkçı olmadığını demeye

¹⁴ Fuller, Hukukun Ahlakı, s.148, 237.

benzer¹⁵. Fuller'in doğal hukuk başlığı altında yer alması ahlak dediğinde ne anlattığı ekseninden uzaklaştıkça ders kitaplarının içindekiler kısmı hazırlanırken düşünülecek tali bir mesele haline alır.

Konu ahlak olduğunda hatırlanılmaktan hoşlanılan ayırım ahlak ile etik arasındadır. Sıkça birbiri yerine kullanılan bu kelimeler arasında etimolojik fark aramak sığdır. Her ikisi de enikonu alışkanlık, karakter, huy, görenek demeye gelir. Fark literatürle oluşur; Tucidides'in cesareti, Thrasymakhos'un öfkesi, yarışmalardan sonra düzenlenen sempozyumlar, toplu yemekler vb. toplumsal fenomenler ahlak, söz gelimi Aristoteles bunları araştırmasına dahil edince yani ahlak hakkında felsefe icra edilince etik denilir¹⁶.

Etik ile ahlakın ayırımını vurgulayan düşünürlerden biri de Kuçuradi'dir¹⁷. Bu ayırımın pozitif ahlakın, ahlaqsızlığın cezalandırılması gerekçesiyle hukuka sızmasındansa insan haklarına dayalı bir hukuk için elzem olduğu da iddia edilmiştir¹⁸. Aki, Kuçuradi'nin görüşlerinden hareketle Fuller'in açıkladığı sekiz ilkenin etik ilkeler olup olmadığını sorgular¹⁹. Buna göre sekiz ilke insan değerinin bilgisinden türetiliyorsa etik ilkeler olarak kabul edilebilir. Fuller, sekiz ilke dışında, hukukun iç ahlakının, davranışlarından sorumlu tutulabilen bir özneyi varsaydığını belirtir:

“Hukuki ahlakın birçok etik meselede tarafsız kaldığının söylenebileceğini defalarca ifade ettim. Ancak hukukun ahlaki insana olan bakışında tarafsız olamaz. İnsan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma teşebbüsüne kal-

¹⁵ Öte yandan pozitivizmin dayandığı sosyal kaynaklar ve konvansiyonellik tezlerinin im ettiği uzlaşım salığı Eleştirel Hukuk Çalışmaları bir süredir deşifre ediyor. Kaldı ki hukukun toplumsallığını teleolojik düşünüş daha önce başka başka açılardan işaret etti. Aralarındaki farklılıkların ortaklıklardan fazla olduğu ve Fuller'in açıkça uzak durduğu bu okulun materyalist temsilcisi Marksizm hukukun kaynağı toplumdur derken bambaşka bir şeyi kast ediyordu. İdealizm ayağındaki Hegel'in de Hukuk Felsefesinin Prensipleri'ni yazarken aklındaki Aquinas'ın savını ispatlamak olduğunu sanmıyorum. Fikir pornografisinden keyif alıyor değilim, burada işaret etmek istediğim pozitivizm, hukuki olanın kriteri ahlakilik değildir dediğinde ayağımızın altından çekilen zemine işaret etmek istiyorum. Bu durum aslında argümanının maddi doğal hukukla alakası olmadığını vurgularken Fuller için de geçerli zira hukukiliğin kriteri ahlak olmasa da hukukun içinde hep bir ahlak bulunur, pozitivist literatürün pozitif/toplumsal ahlak dediğini hukuki olmadığı gerekçesiyle tartışma dışına itemeyiz. Toplumların, hukuklarınca korunan bir iyileri her zaman vardır. Bu iyinin sorgulanması da elbette etiğin konusudur.

¹⁶ Özlem, eserinde bu ayırım ve güçlüğü üzerinde uzunca durur. Bkz. Özlem, Etik: Ahlak Felsefesi, İstanbul, Notos Kitap, 2014, s.174-185.

¹⁷ Kuçuradi, başta Etik ismini taşıyan eserinin yanında farklı yerlerde yaptığı konuşmalarda, verdiği röportajlarda ve yayınlanan makalelerinde bu konuyu işler. Benim künyesini paylaştığım eserinde ise bu ayırımın imasını takip eden şekilde ahlausal normlar ve hukuk normlarından insan hakları normlarının farkına dair görüşlerini de açıklar. (Kuçuradi, Etik İlkeler ve Hukuk, HFSA 8, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, 2003, ss. 5-11.)

¹⁸ Gülriz Uygur, “Ioanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik mi Ahlak mı?”, Çağın Olayları Arasında Ioanna Kuçuradi, Ed. B.Çotuksöken - G.Uygur -H.Şimşak, Tarihiçi Kitabevi, İstanbul 2014, S. 165 vd. Öte yandan Kantçı okul pozitif ahlaki örf, adet, gelenek olarak işaret edip, ahlak ile hukuku ise kaynak, amaç ve yaptırım bakımından ayırır. Bkz. Işıқтаç, Hukuk Felsefesi, s.500-510.

¹⁹ İrem Aki, “Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, AÜHF, 64, 2015, ss. 1-35.

kışmak ister istemez belli bir insan görüşünü gerektirir. Bu görüşe göre de insan; sorumlu, kuralları anlama ve bunlara uyma yetisine sahip ve kabahatleri için hesap veren veya en azından verebilen bir fail olmalıdır.”²⁰

Sekiz ilkeyi anlamlı kılan, hukukun iç ahlakının varsaydığı bu öznedir. Zira hukuk tek yönlü, otoritenin emirlerinden oluşan bir setten ziyade karşılıklılığa dayanan muhataplarının hukukla işbirliği yaptığı bir teşebbüstür²¹. Dolayısıyla bu ilkeler de insan potansiyelini gözetmektedir ve etik ilkeler olarak kabul edilebilir.

Öte yandan etik hep irade özgürlüğü yahut doğru eylemin ölçütü vb. insani konuları kendine sorun edinir gözükse de neyin iyi olduğu, neyi, nasıl yapmak gerektiği yönündeki araştırmalarda insana merkezi ve ayrıcalıklı bir yer vermek her zaman başvurulmuş bir yol değildi. Diğer bir ifadeyle temellendirme her daim antropolojik değildi ve Fuller'ın kaynak olarak işaret ettiği Yunan Felsefesi'nde modern öznenin dahil olmadığı diğer örneklerdeki gibi antropolojik bir temellendirme yapılmıyordu. Bugün onlara özgü olanı anlatmak için tercih edilen adlandırma, kozmolojiktir. Mikrokozmos yani insan, makrokozmos ile paralellik arz eder. Kaldı ki, malum olduğu üzere felsefe ve bir dalı olarak etik tarihsel olarak kozmogonilerden ve teogonilerden sonra ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla felsefe, kavramlarını evreni, doğayı (natura) değil, açıklamaya çalışan şemalardan hatta öncesinde anlatan mitoslardan devralır. Biz bu kavramlarla gerçekliği anlamlandırdığımız gibi inşa da ederiz. Hukukun ahlakının ne menem bir ahlak olduğunu anlamak için tam da bu yüzden geriye gitmek uygundur.

Sokrates'in iyi olanla bilgi arasında kurduğu ilişki hukukçular arasında dahi malum dahası adlandıran ve sisteme sokan Aristoteles olsa dahi, mikrokozmosun yani insanın dolayısıyla ahlakın felsefenin konusu olması, etiğin ortaya çıkması da yine Sokrates-Sofistler hattında olur. Nitekim bu nokta geriye gitmek için doğru adrestir. Sanıyorum Cevizci'nin, Platon'un Menon (Erdem Üzerine) diyaloguna yazdığı şu şerh aydınlatıcı olacaktır:

“Yunan felsefesinde, **canlı ya da cansız bütün nesnelere** her türden iyiyi kapsayan bir şey olarak *aretê*, erdemden kesinlikle daha genel ve kapsayıcı bir anlamda kullanılmıştır. Teleolojik bir dünya görüşüne mensup Yunanlılarda, oldukça genel bir çerçeve içinde, “bir şeyin kendine özgü yetkinliği”ni ifade eden bu terim eserde çoğunluk insanda en fazla değer verilen, verilmesi gereken temel ahlaki özellik anlamında erdemle eş anlamlı olarak kullanılır. Bu açıdan bakıldığında, erdemın veya insana özgü yetkinliğin (*aretê*) ne olduğu ile ilgili tartışmanın, felsefenin Sokrates ve Sofistlerin elinde, doğa üzerine bir araştırmadan insana ya da mikrokozmosa ilişkin bir araştırmaya dönüştürülmesinin ardından, milattan önce beşinci yüzyıl koşullarında Yunan'da felsefenin en önemli konularından biri olup çıktığını söyleyebiliriz. **Aretê**, başlangıçta **moral bir belirlemeden yoksun** olan ve herhangi bir şeyin, bu şey her ne olursa olsun, belli bir alandaki yetkinliğine karşılık gelen bir sözcük olarak ortaya çıkmıştır. Her ne ya da kim olursa olsun işi yapana, kendisine özgü **işlevi** yerine getirene, kendi uygun ve gerçek **amacına** erişene, Yunan'da *aretesi* olan yani yetkin bir şey ya da meziyetli insan denirdi.

²⁰ Fuller, Hukukun Ahlakı, 195.

²¹ Metin, “Lon. F. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı”, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, Ed. Ertuğrul Uzun, İthaki Yayınları, 2015, s.180.; Aki, “Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, s. 20.

Sokrates aretêyi, işte bu zemin üzerinde insanın yerine getirmek durumunda olduğu işleyle, onun amacına gönderme yaparak tanımlar... “İnsana özgü faaliyet türü nedir? İnsan varlığı, başka varlıkların yerine getiremeyeceği hangi işlevleri yerine getirmek durumundadır?”²²

Böylelikle iyi insan, insan olmanın gereğini bilen ve bunu yerine getirenidir. Aynı askerin, askerliğin gereği olan cesareti haiz olması, iyi askerin cesaret erdemine sahip olması gibi. Buradan çıkaracağımız üç sonuç vardır: Birincisi *aretê* canlı cansız nesnelere hepsi için geçerlidir. Yani iradeyle bir alakası yoktur. İrade bunu bilgisiyse seçecek insan söz konusu olduğunda denkleme dahil olur. İkincisi nesnenin amacıyla uyumlu olan işlevinden kaynaklanır. Üçüncüsü bu işlevi iyi yerine getirebilmesi, diğer nesnelere de bu yanın fazla olması yani faziletli olmasıyla alakalıdır. Bu onun üstünlüğüdür. Yukarıda *aretê*nin *excellence* ile karşılandığını belirtmişim: üstünlük, yetkinlik, mükemmellik. Bunun güzide bir örneğini Homeros’un İlyada’sında bulabiliriz: “Bugün Akhalar, başka biri için yarış etselerdi/İlk ödülü ben alır götürürdüm barakama; benim atlarımın üstünlüğü (*aretê*) sizce de belli.”²³

Nitekim Yunan için bir şey amacını yerine getiriyorsa iyidir. Amacı işleyle uyumludur ve bu onun doğasından ileri gelir. Tam da buna atıfla hukukun ahlakından onun erdemi olarak bahsedebileceğimizi söylüyorum. Hukukun amacı Fuller’a göre insan davranışlarını yönlendirmektir ve o bunu sekiz ilkenin yerine getirilmesiyle yapar, bu sekiz ilkeyi yansıtmayan bir yönetim hukuk karakteri sergilemez. İyi hukukun ne olduğu onun sekiz ilkede özetlenen karakterinde, *ethos*unda, doğasında bulunur.

Hukukun ahlakını, insanı değil hukuku düşünerek tartışmakta bu bağlamda ısrar ediyorum zira buradaki kaygımız yasa koyucunun değil hukukun değerini ortaya koyabilmektir. Hukuku farklı kılan nedir? O hangi işlevi yerine getirir? Şüphesiz bu sorulara Fuller’la aynı cevabı vermek zorunda değiliz. Belki siz açıklamanıza Fuller’dan farklı olarak maddi doğal hukuku da dahil ederseniz ya da başka bir şey. Bunun için hukukun erdemi dediğim şeyi görmezden gelmek gerekmiyor. Fakat aksi durum argümanı yasa koyucuya öğütler noktasına taşıyabilir ki bu yasama faaliyetleriyle hukuku eşitleme tehlikesini de beraberinde getirir. Fuller’ın argümanın en kıymetli yanlarından biri herhalde politik yönelimlerin paranteze alındığı prosedürel bir adaletin temin edilmesidir.

Teleolojik görüşün bir diğer katkısı da aktüel-potansiyel ayrımıdır. Hukukun iç ahlakının hukukun potansiyelini gerçekleştirmeyle alakalı olduğu Fuller’ın argümanının bel kemiğini oluşturuyor. Fakat bu ayrım elbette hukukun iç ahlakına özgü değildir. Felsefe tarihinde bu ayrım sükûnet-hareket gerilimini aşmakta iş gördü: Tuğla, kereste, harç ev yapacak potansiyeli haizdir yani evin maddi nedeni olabilir. İş onların ev formunda bir araya gelmesidir. Tıpkı saçlarımı kestirdiğimde aynı kişi olmaya devam edeceğim gibi eve sonradan bir balkon eklenmesi, badanasının değiştirilmesi, yılların eskitmesi vb. onu evlikten çıkarmaz. Lafın özü, değişim özde değil ilinedir. Gerçeklik, görünüş değişiyor olsa da öz aynıdır vb. Aynı sorun hukuk için de geçerlidir. Pozitif hukuk, hukukçuya ezeli ebedi görünür. Avukat savunmasını, savcı iddianameyi

²² Platon, Menon, Çeviren ve Yorumlayan: Ahmet Cevizci, 2. Baskı, Bursa, Sentez Yayıncılık, 2009, s.26. (Vurgular bana ait.)

²³ Homeros, İlyada, 23. 275. Gören’in dipnotunda daha fazla örnek ve açıklama bulunabilir: Platon, Sokrates’in Savunması, Çev. Erman Gören, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2006, s.114.

hazırlarken mevzu hukuka doğa yasası muamelesi yapar. Öte yandan hukuku toplumsal bir fenomen olarak ele alan görüşler onun etkinliğini sorun edinirler. Hukuk sosyologları için hukuk etkin olan kuraldı, dahası değişime tabiydi. Toplumsal değişimin bazen hukuk kurallarını kadük bıraktığı bazense yeni durumlar, uyuşmazlıklar için yeni kurallar talep ettiği sağduyunun da fark ettiği bir vakadır. Dolayısıyla herkes, geçerli de olsa bir hukuk kuralının, uygulanacağı toplumca meşru görülmediği müddetçe etkinleşmekte sorun yaşayacağı kabul etmek durumundadır. Bir kuralı uygulanmadığı ve uyulmadığı müddetçe hukuk olarak anmanın da pek bir anlamı yoktur. Resmi gazetede yayınlanmış olmasına karşılık edebi bir eserdeki normatif ifadeden toplumsal gerçekliğe yaptığı etki nispetinde bir farkı yoktur. Hukuken olmasa da edebi eserlerin “Düğünlerde Men'i İsrâfat Kanunu”ndan daha etkili olduğunu söyleyebilmek için saha araştırmasına ihtiyaç duymayız. Elbette burada hukuk ontolojisinin köklü sorunlarını masaya yatırma maksadında değilim. Fuller'in kısmen hukuk adlandırmasının, hukukun sadece prosedürel yanı için değil içeriği için de geçerli olduğunu fark etmek adına hukuk sosyolojisi literatürünü hafızamızda şöyle bir canlandırmanın yeterli olacağını işaret etmek istiyorum. Zira burada konu doğal hukukun maddi amaçlarından vazgeçiş dediğim yere gelmektedir. Yani hukukun dışına terk edilen ahlaka. Benim burada iki sorunun var.:

Birincisini yukarıda yarım bırakmıştım: Fuller'in doğal hukukun maddi amaçlarından vaz geçerken mübadele mantığının toplumsal ilişkilerin doğasından kaynaklandığını ima ederek tacir *ethosunun* hukuktaki egemenliğine kayıtsız kalışı:

“Nasıl bir toplumda bu koşulların sağlanması daha olasıdır?’ diye sorduğumuz zaman sürpriz bir cevap alırız: tüccarlardan oluşan bir toplum. Böyle bir toplum doğası gereği doğrudan ve iradi mübadele ilişkileri kurar. Eşitliğe gelince, farklı iyilerin değerini belirleyecek tam bir ölçü oluşturabilmek için serbest piyasa gibi bir şeye kesinlikle ihtiyaç duyarız²⁴. Böyle bir ölçü olmaksızın, eşitlik kavramı maddi içeriğini kaybeder ve bir tür metafor seviyesine iner. Son olarak, tüccarlar sürekli rol değişiminde bulunurlar: bir gün satarsınız diğer bir gün alırsınız. Mübadelelerinden doğan ödevler bu nedenle iki taraflı olarak sadece teoride değil ama aynı zamanda pratikte de yer değiştirir. Bir tüccar topluluğunu karakterize eden rol değişimi başka hiçbir yerde aynı derecede olmaz. Bu farklılık; ebeveyn ile çocuk, karı ile koca, vatandaş ile devlet arasındaki ödevleri düşündüğümüz zaman daha da açığa çıkar. Hayek, hukuk devletinin belli bir toplumsal koşula bağlı olduğunu savunur. Ona göre öyle bir toplum olmalıdır ki insanlar bugün ödevler doğuran yasama faaliyetlerinde bulunurken yarın bu söz konusu ödevlerin yükümlülere veya hak sahipleri olacaklarını bilmemeleri gerekir. Anlaşılacağı üzere Hayek, böyle bir toplumu piyasa ilkesi üstünde şekillenen bir toplum olarak görür ve piyasa ilkesini terk eden her toplumda hukuk devletinin yıkılacağını öngörür²⁵.

²⁴ Bununla beraber sosyalist bir ekonominin piyasa ilkeleri ile yönetilmesine dair öneriler (ki bunlar Sovyet blokunda en azından bir miktar uygulanmıştır) unutulmamalıdır. Örneğin bakınız: Oskar Lange, *On the Economic Theory of Socialism* (1936-37); aynı başlıkla tek cilt halinde tekrar basımı, ed: Benjamin E. Lippincott (1938), ss. 55-129.

²⁵ Bölüm VI, “Planning and the Rule of Law”, *The Road to Serfdom* (1944), ss. 72-87.

Bu analiz, ahlak ve hukuk anlayışının tam olarak ancak kapitalist bir düzende gelişebileceği şeklinde biraz ürkütücü bir çıkarıma bizi götürür.”²⁶

Fuller’a göre ödevin gerisinde mübadele mantığı vardır. Dolayısıyla hukuk, ödev anlayışını muhafaza ettiği müddetçe her ne kadar kendi varlığına ilgisiz olsa da toplumsal ilişkileri mübadele mantığına uygun düzenler. Diğer bir ifadeyle formel hukuk kişinin özelliği sorumluluk yüklenebilen, irade sahibi bir varlık olmasından ibaretken onun içeriği seçimlerini mübadele mantığıyla gerçekleştiren bir tacirle doldurulur. Anlaşılan o ki Fuller’ın tacir *ethos*unun tüm toplumda egemen olmasıyla yahut amaçlarımızı ancak başkalarının aracı olacağımız bir win-win durumunda gerçekleştirebilir olmamızla bir sorunu yok.

İkincisi aslında bu sorunun esas kaynağıdır: Geçerlilik kriteri ahlaki olmasa da hukuk kuralının her daim ahlaki bir içeriğinin oluşu. Diğer bir ifadeyle hukukun ne olduğu sorusunun geçerliliği indirilmesi, türetilmesi ve etkinliğinin göz ardı edilmesiyle dolayısıyla fenomenin bu görünümündeki ahlakın saklı kalması. Yukarıda hukukta bir iyinin her zaman bulunduğunu belirtmiştim²⁷. Fuller’ın ayırımında hukukun iç ahlakının hukukun ideolojisine denk gelişi gibi şu an dikkat çekmeye çalıştığım iyi de hukuka etki eden, baskın çıkan ideolojiyi ima eder. “İdeoloji...bizim toplumsal gerçekliği mevcut bilişsel dayanaklarımız çerçevesinde tanımlamamızı ve bu gerçekliğe uyum ve uyumsuzluğumuzun **ahlaksal gerekçelerini** ihtiva eden bütünleştirici bir düşünsel ifadedir.”²⁸ Teleolojik skalanın sağladığı bir diğer imkanın pozitif ve eleştirel ahlakın arasını kapamak olduğunu düşünüyorum. Eleştirel ahlak yahut felsefi bir temellendirmeyi haiz etik ilkeler nihayetinde politik taleplerdir. İnsan potansiyeline dayanarak hukukun iyileştirilmesine yöneliktir. Eni konu diğerlerini ikna etme işlevi görürler. Hukukun maddi amaçlarını oluşturan biraz da bu iletişim sürecidir. Kuçuradi’nin yakınması maksadımı özetler nitelikte:

“Bu satırları yazmaya başladığım günün bir önceki akşamı, birçok televizyon kanalında kiraların artışına getirilen sınırlama tartışılıyordu: kimisi Anayasaya aykırı olduğunu, kimisi de olmadığını savunuyordu; ama insan haklarıyla bağlantı kurana –pek vurgulamadan bağlantı kuran bir hukukçumuz dışında rastlamadım. Örneğin şöyle bakılabilir ki konuya: İnsanların barınağı olması temel bir haktır. Kira artışlarına çizilen sınır –yani ekonomik hakka çizilen sınır- yurttaşların barınma hakkının korunması için (yurttaşların bu konuda birbirine karşı korunması için) yapılan bir düzenlemedir. Bu nedenle....Ama böyle bir tartışma olmadı, ya da olduysa da ben rastlamadım.”²⁹

Nitekim etik hakkındaki literatürün değeri söz konusu iletişime bir farkındalık katma iddiasındadır. Hukuk kuramı açısından konu artık daha fazla kuralların geçerliliği değil türetilmesidir. Diğer bir ifadeyle etik ilklere yer verilmesi hukukun geçerlilik kriteri için değil türetilmesinde zorunludur³⁰. Dolayısıyla geçerli hukukta ya tartışılmış, gerekçelendirilmiş etik ilkeler bulunur ya da pozitif ahlak...

²⁶ Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 36, 37.

²⁷ Bkz. 14. dipnot.

²⁸ M. Tefik Özcan, Hukuk Sosyolojisi, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2011, s.146. Vurgu bana ait.

²⁹ Kuçuradi, Etik İlkeler ve Hukuk, s. 4, 6.

³⁰ Gülriz Uygur, “Hukuk Kavramı: Normların Türetilmesi ve Geçerliliği Ayrı Sorunlar Mıdır? İnsan Hakları Bakımından Bir Değerlendirme”, s.151.

Normların türetilmesinde gaye ahlakının tutabileceği yeri işaret ederek sonlandırmak istiyorum. Fuller, gaye ahlakının gerisindeki mantığı anlamak için sanatçı örneği vermişti:

“...gaye ahlakı bu bağlamda estetik ile yakın ilişki içindedir. Sanatsal ifadenin yeni bir biçimini anlamaya çalıştığımız zaman, gayretimiz (eğer bilinçli isek) hemen sanatçının amacına yönelecektir. Kendimize sorarız; “Ne yapmaya çalışıyor? Neyi anlatmaya çalışıyor?” Bu soruları cevapladığımız zaman söz konusu eseri beğeniriz veya beğenmeyiz. Ancak anlayışımız ile beğenimiz arası- na ayrı bir aşama girmez. Eger beğenmemize rağmen yargımızdan şüphe duyuyorsak kendimize yanlış beğeni ölçütünü kullanıp kullanmadığımızı sormayız; her şeyden önce sanatçının yapmaya çalıştığı şeyi gerçekten anlayıp anlamadığımızı sorgularız.”³¹

Buna karşılık, hukukun ve ödev ahlakının mübadele mantığı ile işlediğini de belirtmişti. Bu bağlamda gaye ahlakının işlev görmesinden anladığımız *ratioya*, hesaba, alış-veriş mantığına dayanan araçsal akıldansa poetik olanın iş görebileceğidir. Aradaki fark pazarlık sonucu değil yani bir sana verdiğim için bir de bana talep ettiğimden değil, öyle olması gerektiği için ve hayatta kalmayı sağlayan değil, hayatı anlamlı kılanı talep ettiğim bir söylemin dile getirilmesidir. Buradaki esas niyet gaye ahlakının hukukun içeriğiyle de alakalı olabileceğini ima etmekten ibaret olduğundan dolayı birkaç pasaj paylaşmakla yetineceğim.

Önce Fuller ile başlayalım. Müteakabiliyet anlayışının ödev kavramına içkin olduğunu belirttikten sonra, ödevlerden bağımsız bir toplumsal bağ düşü- nebileceğimizi söylüyor:

“Böyle bir bağ, derin bir aşk içinde olan bir çift arasında veya acil bir durum karşısında (örneğin etraflarını saran düşman karşısında son bir direnişte bulunmak için) birleşmiş, ufak bir grup insanda mevcut olabilir. Böyle bir durumda tarafların gruba olan katkılarının ölçülmesi düşünülmez. Münasip organizasyon ilkesi “hepimiz birimiz, birimiz hepimiz için” olur. Ancak ne zaman tarafların katkı payları tayin edilir ve ölçülür (yani ne zaman ödevler olur); işte o zaman beklenen katkı paylarının kapsamı ve niteliğini belirleyecek belli bir ölçüte (her ne kadar kaba saba veya takribi olsa da) ihtiyaç olunur. Bu ölçüt, bireysel eylemleri birbirine bağlayan toplumun kumaşındaki yapıdan türemelidir. Toplumun dokusundan ciddi bir kopuş, insanların yükümlülüklerini ortadan kaldırır çünkü artık bu ödevlerin varlık sebebi olan toplumsal etkileşim yapısı yıkılmış olur.”³²

Fuller'ın vurgusu şayet toplumun ülkü edineceği amaçların kendi yapısından türetilmesinense getireceğimiz bir itiraz yok. Aynı şekilde aşkı ve tehlike durumunu doğrunun hesabı gerektirmeyen apaçık halleri olarak sunuyorsa da. Muhakkak ki hukukun da aktüelleşmesinde rol alacağı potansiyel toplumun kendisindedir. Fakat bunun ancak belirli özel durumlarda geçerli olabileceğiysse iddiası bundan emin değilim. Ahlakın tarihselliğini ve politikliğini konu edindiği eserinde Nietzsche şöyle diyor:

“... -en eski “devlet” **insan hammaddesi** ve yarı hayvanların sonunda yalnızca tümüyle yoğrulup uysallaştırılmayıp ayrıca onları **biçimlendirinceye** dek işleyişini sürdürdüğü korku verici bir tiranlık, ezici, acımasız bir makina olarak ortaya çıktı... Evet, yeryüzünde “devlet” böyle başladı: Sanırım şu “söz-

³¹ Fuller, Hukukun Ahlakı, s.25.

³² Fuller, Hukukun Ahlakı, s34.

leşme”nin başladığı eski hayalcilik ortadan kaldırılmış bulunuyor. Buyurabile-nin doğuştan “efendi” olanın, davranışlarında ve işlerinde zorba olanın – sözleşmeyle ne ilgisi olabilir ki! Bu yaratıklarla hesaplaşılmaz: Bir yazgı gibi sebepsiz, hesapsız, bahanesiz gelirler; bir şimşegin oluşumu gibi oluşurlar, nefret edilemeyecek denli çok korkunç, çok ani, çok ikna edici, çok “fark-lı”dırlar. Yapıtları, içgüdüsel bir yaratma, bir biçim verme çabasıdır; var olan en gönülsüz, en bilinçsiz **sanatçılardır**...Suçun, sorumluluğun, hesaplı davranışın ne olduğunu bilmez bu doğuştan örgütleyiciler... şu korkunç **sanatçı** bencilliğinin örneğini oluştururlar.”³³

Nietzsche’ye göre de suçun ve kara vicdanın oluşumunda bir çeşit müte-kabiliyetin olduğu malum lakin kendi kuralını koyanın bundan azade olduğu-nu da bu pasajda ortaya koyuyor. Bu pasajı devletlerin tek tarafı olarak muk-tedirlere kurulduğu, devlet medeniyetinin insanın ehlileşmesi üzerine kurul-duğu şeklinde yorumlayanlar da olacaktır. Bunda bir hakikat de yok değildir. İnsanlığın potansiyelini yaşayabildiğine yönelik iddia naifliğe dahi sarınıp sak-lanamaz. Mevcut sistemin devam edebilmek adına zora dayandığı ortada. Te-leolojik görüşün espirisi de buradadır zaten: olanla birlikte olabilecekleri, doğal seyrinde olması gerekenleri söyler. Bu nedenle ben burada kuruluştaki hesaba gelmeyen, köle gibi pazarlığa girmeyen yani efendinin nişanı olan bir istenci, Fuller’ın gaye ahlakını betimlemeye çalışırken örneklendirdiği sanatçıdaki gibi bir sorumsuzluğa, yaratıcılığa –ki bunun benzerini oyun oynayan bir çocukta, yahut bir aşıkta görürüz- dikkat çekmek istiyorum. Fuller’ın bu durumu izah için estetiği anması gelişi güzel bir tercih değildir: Estetik tavır, harici başka bir gerekçe ile değil sadece estetik bir kaygıyla bakmak demeye gelir yani gayesinin kendisinde (auto-telos) olması durumu söz konusudur; tıpkı bir oyundaki gibi sadece öyle olduğu için öyledir³⁴.

Burada kelebeğin kozasını yırtışındaki gibi bir zor vardır. Onun efendiliği aslında ötekine kayıtsızlığı ima eder. İsteğini yerine getirir, potansiyelini gerçek-leştirir o kadar. Pazarlığa girmez. Ve evet, bu eser ülke tuvaline insan ham-maddesiyle yapılır! Şehrin maddesi insan, formu anayasadır. Tarihsel olarak hukukun içeriği mübadele ilişkilerine tabi hale gelmiş olabilir, kelebek de koza-sından hiç çıkamayabilir. Bu ondaki potansiyelin etkin olmadığı ifade eder, var olmadığını değil. Fuller’ın dağarcığıyla ifade edecek olursak, hukuka içkin olan gaye ahlakı onun içeriğinde de yer alabilir.

Nihayet Fuller’ın hepimiz birimiz için düsturundan ayrılığın gerçekleş-eceğini işaret ettiği şu katkı payı ve ölçüt meselesine gelecek olursak:

“Hiç kuşkusuz, yüz paralık bir toplama bir para koymuş olanın diğer doksan dokuz parayı bulanla eşit pay alması adaletli değildir. Fakat devlet bir yatırımdan fazlasıdır; amacı yalnızca yaşamayı olanaklı kılmak değil, yaşamaya değer bir hayat kurmaktır...Devlet, bir karşılıklı koruma sözleşmesinden ya da mal ve hizmetleri değiş-tokuş etmek için yapılan bir anlaşmadan da fazla bir şeydir...”³⁵

Hukukun Ahlakı’nın konusundan uzaklaştığım, dahası toplumsal gerçek-liğimizin bu nevi ideallerden bahsedebilmekten uzak olduğu düşünülebilir la-

³³ Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü*, çev. Ahmet İnam, 4. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2010, s. 102. Vurgu bana ait.

³⁴ İsmail Tunalı, *Estetik*, Cem Yayınları, 1984, s. 38-43.

³⁵ Aristoteles, *Politika*, 1280a, b.

kin öyle sanıyorum ki Fuller da göstermeye gayret ettiğim olasılığa yabancı değildi³⁶: “Thomas Aquinas'ın çok önceden fark ettiği üzere eğer bir kaptanın en nihai hedefi gemisini korumak olsaydı onu sonsuza kadar limanda tutardı.”³⁷

KAYNAKÇA

- Aki İrem, “Lon L. Fuller'da Hukukun İç Ahlakı”, AUHFD, 64, 2015.
- Aristoteles, Politika, çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, 2014.
- Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı, çev. Saim Üye, Ülker Yükselbaba, Umud Koloş İstanbul, Tekin Yayınları, 2014.
- Aktaş Sururi, Prosedürel Doğal Hukuk Lon F. Fuller'in Hukuk Kavramı, s.14vd.,
- Özlem Doğan, Etik: Ahlak Felsefesi, İstanbul, Notos Kitap, 2014.
- Francis Peters, Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü, çev. Hakkı Hünler, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2004.
- Gülriiz Uygur, “İoanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik mi Ahlak mı?”, Çağın Olayları Arasında Ioanna Kuçuradi, Ed. B.Çotuksöken - G.Uygur -H.Şimga, Tarihçi Kitabevi, İstanbul 2014.
- Gülriiz Uygur, “Hukuk Kavramı: Normların Türetilmesi ve Geçerliliği Ayrı Sorunlar Mıdır? İnsan Hakları Bakımından Bir Değerlendirme”, Felsefe Söyleşileri, ed. Betül Çotuksöken- Ahu Tunçel, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Joseph Raz, “Kelsen'in Temel Norm Kuramı”, çev. Şule Şahin Ceylan, AUHFD, 62 (4) 2013: 1169-1193.
- Fuller, Hukukun Ahlakı, çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2016.
- Homeros, İlyada, çev. Azra Erat- A. Kadir, Can Yayınları, 1999.
- Işıқтаç Yasemin, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, 2010.
- Kuçuradi, Etik İlkeler ve Hukuk, HFSA 8, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, 2003.
- Metin Sevtap, “Lon. F. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı”, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, Ed. Ertuğrul Uzun, İthaki Yayınları, 2015.
- Özcan M. Tevfik, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2011.
- Nietzsche, Ahlakın Soykütüğü, çev. Ahmet İnam, 4. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2010.
- Platon, Menon, Çeviren ve Yorumlayan: Ahmet Cevizci, 2. Baskı, Bursa, Sentez Yayıncılık, 2009.
- Platon, Sokrates'in Savunması, Çev. Erman Gören, İstanbul, Kabcacı Yayınevi, 2006.
- İsmail Tunalı, Estetik, Cem Yayınları, 1984.
- W.K.C. Guthrie, İlkçağ Felsefesi Tarihi, çev. Ahmet Cevizci, 2. Baskı, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1999.

³⁶ Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 221.

³⁷ Summa Theologica, Pt. I-II, Q. 2, Art. 5. “Dolayısıyla bir kaptan kendisine emanet edilmiş gemiyi korumayı nihai bir amaç olarak düşünmez. Ne de olsa bir geminin asıl amacı başka bir şeydir: denizcilik.”

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

İNGİLTERE'DEN TÜRKİYE'YE YAPILACAK ADLİ TEBLİGATIN HUKUKİ REJİMİ*

(REGULATIONS ON SERVICE OF JUDICIAL DOCUMENTS FROM
ENGLAND TO TURKEY)

Prof. Dr. Murat Atalı**

Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Ersin Erdoğan***

ÖZ

Bu çalışmada İngiltere'den Türkiye'ye adli belgelerin tebliğ edilmesine ilişkin öngörülen yollar, Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi, Türkiye ile İngiltere Arasında 28.11.1931 Tarihinde İmzalanmış ve 28.6.1932 Tarih ve 2045 Sayılı Kanunla Onaylanmış 13.7.1933 Tarihinde Yürürlüğe Giren Mün'akit Müzaheret Adliye Mukavelenamesi ve iç hukukta yer alan Türkiye sınırları içerisinde meri olan Tebligat Kanunu hükümleri (m. 26) dikkate alınarak açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tebligat, İngiltere, Türkiye, milletlerarası adli yardım, Lahey sözleşmesi

ABSTRACT

In this paper, the way of service of judicial documents from England to Turkey has been analyzed. In this term, rules of the Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters and bilateral agreement between Turkey and UK on Legal Assistance dated 28.11.1931, and also rules of Turkish Service Code (Nr. 7201) have been examined.

Keywords: Service, England, Turkey, international legal assistance, The Hague Convention

Giriş

Yetkili makamlarının, devletin egemenlik yetkisini kullanarak, bireylerin hukuki durumunu ilgilendiren işlemleri ilgililerine bildirmesi ve bu bildirimini resmi şekilde belgelendirilmesi tebligat olarak adlandırılmaktadır¹. Tebliğ işle-

* Bu makale, 04.11.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup, 02.12.2016 tarihinde birinci hakem; 29.11.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, atalı@tau.edu.tr

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ersinerdogan.law@gmail.com

¹ Sûha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2016, s. 440; Baki Kuru, İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016, s. 847; Ramazan Ars-

mi, tanımdan da hareketle, devletin egemenlik yetkisinin kullanımı görünümde olduğundan, kural olarak ülke ile sınırlı olarak gerçekleştirilebilir. Bir devletin, başka bir devlet toprağında, bir tebligat işlemi gerçekleştirilebilmesi, diplomatik temsilcileri vasıtasıyla, ilgili devlet makamlarına müracaat ile mümkündür. Nitekim 7201 sayılı Tebligat Kanunu da bir başka devlet makamına veya onun tarafından gerçekleştirilecek tebligatlar açısından diplomatik temsilcileri dikkate alarak bir düzenleme yapmaktadır (m. 26). Ancak, özellikle diplomatik yollardan gerçekleştirilecek tebligatların çok uzun bir süreyi gerektirmesi ve bu nedenle gerçekleştirilecek işlemlerin yavaş ilerlemesi nedeniyle devletler, ikili ve çok taraflı anlaşmalar yoluyla tebligatın gerçekleştirilmesine yönelik pratik yollar belirlemektedir. Bu çalışmada İngiltere'den Türkiye'ye adli belgelerin tebliğ edilmesine ilişkin öngörülen yollar, ilgili düzenlemeler dikkate alınarak açıklanmıştır.

İngiltere'den Türkiye'ye adli tebligatlara ilişkin değerlendirilmesi gereken üç temel düzenleme mevcuttur. İlki hem Türkiye'nin hem de İngiltere'nin taraf olduğu 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi². İkincisi Türkiye ile İngiltere Arasında 28.11.1931 Tarihinde İmzalanmış ve 28.6.1932 Tarih ve 2045 Sayılı Kanunla Onaylanmış 13.7.1933 Tarihinde Yürürlüğe Giren Mün'akit Müzaheretli Adliye Mukavenamesi (m. 2-6). Üçüncüsü iç hukukta yer alan Türkiye sınırları içerisinde meri olan Tebligat Kanunu (m. 26). Bu çalışmada, sırasıyla söz konusu düzenlemelerde yer alan hükümler çerçevesinde İngiltere'den Türkiye'ye tebligatın nasıl gerçekleştirilebileceği incelenmiştir.

I. 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi

A. Uygulama Alanı

1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi hukuki ve ticari konulara ilişkin adli ve gayri adli belgelerin ülke dışında tebliğini düzenlemektedir (m. 1). Söz konusu sözleşmenin uygulanabilmesi için dört koşulun sağlanması gerekmektedir: Birincisi, tebliğ konusu evrakın, bir taraf devletten, muhatabın bulunduğu ve tebligatın gerçekleştirileceği diğer bir taraf devlete gönderilmesi gerekir³. Diğer bir ifadeyle hem tebligatı çıkaran ülke hem de tebligatın gerçek-

lan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2016, s. 181; Gonca G. Bozdağ, "1965 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu'na İlişkin Bazı Sorunlar", GÜHFD, Cilt: 20, Sayı 2, 2016, s. 270; Timuçin Muşul, Tebligat Hukuku, Ankara, 2013, s. 41; Ejder Yılmaz,/Tacar Çağlar, Tebligat Hukuku, Ankara, 2013, s. 39; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2013, s. 279; Seyithan Deliduman, Tebligat Hukuku Bilgisi, Ankara, 2012, s. 15.

² 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi de ilk 7 maddesinde tebligatın gerçekleştirilmesini düzenlemektedir. Ancak, ülkemizin taraf olduğu söz konusu sözleşmeye, İngiltere taraf olmadığı için, İngiltere'den Türkiye'ye gerçekleştirilecek tebligatlar açısından uygulama imkanı yoktur. Sözleşme hükümleri ve taraf ülkeler açısından bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=33> (son erişim tarihi: 25.10.2016).

³ Davalının yabancı olduğu her durumda sözleşme uygulanmak zorunda değildir, yurt dışına bir tebligatın yapılmasının gerekip gerekmediği lex fori'ye göre tayin edilmekte-

leştirileceği ülke sözleşmeye taraf olmalıdır⁴. Türkiye söz konusu sözleşmeyi 11.6.1968 tarihinde Lahey'de imzalamış ve 9.7.1971 tarih ve 1483 sayılı Kanun ile uygun bulmuştur⁵. İkincisi, muhatabın adresi mutlaka bilinmelidir (m. 1/II)⁶. Üçüncüsü, gönderilen belgenin adli veya gayri adli nitelikte⁷ olması gerekir. Dördüncüsü, söz konusu adli veya gayri adli belge, hukuki veya ticari konulara ilişkin olmalıdır. Hukuki ve ticari konudan ne anlaşılması gerektiği sözleşmede düzenlenmemiştir. 1989 tarihli Özel Komisyon raporunda hukuki ve ticari konu kavramının tespitine ilişkin uygulama sorunları değerlendirilirken, belirlemeyi talepte bulunan ülkenin yapacağı, ancak sözleşmenin adli yardımı teşvik maksadı dikkate alındığında tereddütlü konularda liberal yaklaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁸. Hem 2003 tarihli hem de 2009 tarihli Sonuç ve Değerlendirme raporlarında ise 1989 tarihli rapora da göndermede bulunarak hukuki ve ticari mesele ifadesinin otonom olarak yorumlanması gerektiği (talep eden veya talepte bulunulan ülke anlayışı ile sınırlı kalınmayacağı) ve gri alanlarda liberal bir yaklaşımın benimsenmesi hususları tekrarlanmıştır⁹.

Sözleşme, 1'inci maddesine göre, yukarıda sözü edilen koşulları taşıyan tüm uyumsuzluklarda uygulanır. Bu çerçevede sözleşme emredici bir ifadeye

dir. Örneğin, *lex fori*, inceleme konumuz açısından İngiliz hukuku, davalının kendi ülkesinde bulunan bir temsilcisine yapılan tebligatı yeterli kabul edebilir.

- ⁴ 2.11.2016 tarihi itibarıyla sözleşmeye taraf devlet sayısı 71'dir. Bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17> (son erişim tarihi: 2.11.2016).
- ⁵ Söz konusu Kanun ilk olarak 24.12.1971 tarihli 14052 Sayı numaralı Resmi Gazete'de yayınlanmış, ancak metindeki hatalar sebebiyle ikinci bir defa 17.6.1972 tarihli 14218 Sayı numaralı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Belgelerin Hollanda makamlarına tevdi ile birlikte Türkiye 28.4.1972 tarihinden itibaren taraf haline gelmiştir. Süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümrah Tokar, "15 Kasım 1965 Tarihli "Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi" Uyarınca Tebligat Yapılması", DEÜHFD, Cilt:13, Sayı 2, 2011, s. 111.
- ⁶ Muhatabın adresinin bilinmediği durumda taraf devletlerin sözleşmeyi uygulama yükümlülükleri bulunmadığı halde fiiliyatta pek çok taraf devletin bu konuda da yardımcı olduğu ve Özel Komisyon'un bu hareket tarzını teşvik ettiği 2014 tarihli Sonuç ve Değerlendirme raporunda belirtilmiştir. Bkz. Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014), para 23, <https://assets.hcch.net/docs/eb709b9a-5692-4cc8-a660-e406bc6075c2.pdf> (son erişim tarihi: 19.6.2016).
- ⁷ Gayri adli belge, doğrudan bir dava ile irtibatlı olmamasına rağmen yargısal bir makâmın müdahalesini gerektiren ödeme emri gibi belgeler olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Report on the work of the Special Commission on the operation of the Hague Service Convention (December 1977), s. 8, https://assets.hcch.net/upload/scrpt14_77e.pdf (son erişim tarihi: 20.6.2016).
- ⁸ Report on the work of the Special Commission of April 1989 on the operation of the Hague Service and Evidence Conventions, para. 6-11, https://assets.hcch.net/upload/scrpt89e_20.pdf (son erişim tarihi: 19.6.2016).
- ⁹ Conclusions and Recommendations of the Special Commission of October-November 2003, para. 69, https://assets.hcch.net/upload/wop/lse_concl_e.pdf; Conclusions and Recommendations of the 2009 Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Service, Taking of Evidence and Access to Justice Convention, para. 13, https://assets.hcch.net/upload/wop/jac_concl_e.pdf (son erişim tarihi: 19.6.2016). Bu kısımda, iflas, sigorta ve iş ilişkilerinden kaynaklanan uyumsuzluklar ile zarardan fazla tazminata (punitive damages) ilişkin hususların sözleşme kapsamında kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

(*shall apply*) yer vererek sözleşmenin söz konusu koşulları taşıyan tebliğ konularında münhasıran uygulanacağını öngörmektedir¹⁰. Ancak yine sözleşmenin 11'inci maddesine, taraf devletlerin, sözleşmede öngörülen yöntemlerden farklı usullerle de, özellikle ilgili makamları arasında doğrudan bir iletişim yoluyla da tebligatın gerçekleştirilmesini kararlaştırabilmesine imkân tanımaktadır. Keza sözleşmenin 24 ve 25'inci maddeleri de devletlerin aralarında anlaşma yapabilmelerini ve Lahey sözleşmesinin, kendi düzenlediği konularda taraf devletlerin yaptıkları iki taraflı anlaşmalara hanel getirmeyeceğini öngörmektedir. Ayrıca, Türkiye'de sözleşme çerçevesinde tebligatların gerçekleştirilmesi açısından merkezi makam olarak tespit edilen Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 16.11.2011 tarih ve 63/3 sayılı tebliğinde, *Türkiye ile tebligatın yapılacağı devlet arasında aynı zamanda ikili anlaşma ve çok taraflı sözleşme varsa, kural olarak çok taraflı sözleşmenin uygulanması; ancak ikili anlaşmada çok taraflı sözleşmelere nazaran tebligatı kolaylaştıran ayrı ve özel bir hükmün bulunması halinde ikili anlaşma hükümlerinin uygulanması; tereddüt halinde de yine ikili anlaşmaya göre işlem yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir* ifadesine yer verilmektedir. 1.3.2008 tarih ve 63/1 sayılı tebliğde de açıkça Lahey Sözleşmesine taraf devletlerin ayrıca iki taraflı anlaşma yapabilmelerinin mümkün olduğu zikredilmiştir. 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin de amacının tebligat usüllerini kolaylaştırmak olduğu dikkate alındığında¹¹, söz konusu yorumun isabetli olduğunu belirtmek de mümkündür. Şu halde hem 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olan hem de aralarında iki taraflı anlaşma bulunan İngiltere ve Türkiye arasında gerçekleştirilecek tebligatlar 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne göre veya aşağıda incelediğimiz Türkiye ile İngiltere arasında 28.11.1931 tarihinde akdedilmiş Müzaheret-i Adliye Mukavelesine hükümlerine göre gerçekleştirilebilir¹². Diğer bir ifadeyle, Lahey sözleşmesi, İngiltere'den Türkiye'ye gerçekleştirilmek istenen tebligatlar açısından "münhasır" bir uygulama alanına sahip değildir. İlk olarak 1965 tarihli Sözleşme hükümleri çerçevesinden tebligatın nasıl gerçekleştirilebileceğini incelemekteyiz.

B. 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi'nde Yer Alan Tebliğ Yöntemleri

1. Merkezi makam vasıtasıyla tebligat

Sözleşme bir asıl tebliğ yöntemi ile çeşitli alternatif tebligat usülleri öngörmektedir. Sözleşmede öngörülen asıl tebligat usulü merkezi makam vasıtasıyla tebligat olup şu şekilde düzenlenmiştir: Sözleşme'nin 2'nci maddesine

¹⁰ Lahey konferansının uygulayıcılar için hazırladığı uygulama notunda da sözleşmenin münhasır olduğu ifade edilmiştir. Bkz. <https://assets.hcch.net/docs/f4ccc07b-55ed-4ea7-8fb9-8a2b28549e1d.pdf> (son erişim tarihi: 20.6.2016). Ayrıca bkz. Comment Service of Process Abroad under the Hague Convention, Marquette Law Review, Vol. 71, s. 666, <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1810&context=mulr> (son erişim tarihi: 20.6.2016).

¹¹ Sözleşmenin başlangıç kısmında açıkça tebliğ hizmetlerini basitleştirmek ve hızlandırmak için bir sözleşme yapmaya karar vermişlerdir ifadesi yer almaktadır.

¹² 1965 tarihli Sözleşme ile iki taraflı anlaşmanın birlikte uygulanabileceği yönünde bkz. Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2013, s. 438.

göre taraf devletler, diğer taraf devletlerden gelecek tebliğ taleplerini kabul etmek ve Sözleşmenin 3 ila 6'ncı maddeleri uyarınca işlem yapmak üzere bir merkezi makam tespit eder. Türkiye açısından söz konusu merkezi makam Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü olarak belirlenmiştir¹³. Sözleşme'nin 3'üncü maddesine göre, tebligatı çıkaran ülkenin hukukuna göre yetkili idari veya yargısal görevlinin, tebligatın yapılacağı ülkedeki merkezi makama, Sözleşme'nin ekinde yer alan örneğe uygun olarak ve herhangi bir resmi tasdik yahut belgelemeye ihtiyaç göstermeyen¹⁴ bir talep iletmesi gerekir.

Tebliğatı çıkaran kimsenin idari veya yargısal görevli olup olmadığı hususu münhasıran davanın görüldüğü (tebligatı çıkaran) ülkenin kurallarına göre belirlenir. Talepte bulunulan ülkenin, ilgili kişinin gerçekten bu konuda bir yetkisi olup olmadığını kendi hukukuna göre tespit edebilmesi mümkün değildir. Örneğin İngiliz hukukuna göre avukatın tebliğ çıkarma yetkisinin bulunması durumunda, Türkiye'de avukatların tebliğ çıkarma yetkisi olmadığı gerekçesiyle, bir İngiliz avukatın çıkardığı tebliğin sözleşme kapsamında olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi mümkün değildir.

Söz konusu talep, sözleşme ekinde bulunan matbu formun doldurulması suretiyle hazırlanmalıdır¹⁵. Matbu talep formu üç kısımdan oluşmaktadır: Tebliğ talebi (*Request*), tebliğ mazbatası (*Certificate*) ve tebliğ konusu evrakın özeti (*Summary of the document*). 1980 tarihli on dördüncü oturumda ayrıca taraf devletlere, söz konusu matbu formun yanında bir de tebliğ konusu evrakın hukuki niteliği, amacı ve etkilerine dair bir uyarıyı da (*Warning*¹⁶) eklemeleri tavsiyesinde bulunulmuştur. Söz konusu belgelerin mutlaka İngilizce veya Fransızca olarak yazılması gerektiği, ancak tebliğ çıkaran ülkenin dilinde de ayrıca yazılabileceği öngörülmüştür (m.7/I). Formlardaki boş kısımların ise ya tebliğin gerçekleştirileceği ülkenin dilinde veya İngilizce yahut Fransızca doldurulması gerekir (m. 7/II). Ayrıca tebliğ konusu belge de talep formuna eklenmeli ve her ikisinin de birer nüshası hazırlanmalıdır (m. 3/II).

Sözleşme'nin 4'üncü maddesine göre, merkezi makam bir ön inceleme yapar ve eğer talebin Sözleşme hükümlerine uygun olmadığı kanaatine varırsa, talepte bulunan makamu uygun şekilde bilgilendirir ve talebe ilişkin itirazlarını somut olarak belirtir. Apostille, Tebligat, Delillerin Toplanması ve Adalet Erişime Dair Lahey Sözleşmelerinin Pratik olarak Uygulanması Hakkındaki 2009

¹³ Bkz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Genelge No: 63/3, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/63%20-%203.pdf> (son erişim tarihi: 18.6.2016).

¹⁴ Örneğin Apostille şerhi istenmesi mümkün değildir.

¹⁵ Özel Komisyon 2009 tarihli değerlendirmesinde de örnek formun kullanılmasının zorunlu olduğunu teyit etmiş ve devletlerin bu yönde teşvik edildiğini ifade etmiştir. 2014 tarihli değerlendirmede de söz konusu matbu formlara riayet edilmesinin gecikmeleri engelleyeceği ve gereksiz masraflardan kurtarabileceği de belirtilerek formun mümkünse el ile doldurulmaması da ifade edilmiştir. Conclusions and Recommendations of the 2009 Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Service, Taking of Evidence and Access to Justice Conventions, para. 29, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=4694> (son erişim tarihi: 18.6.2016).

¹⁶ Söz konusu matbu uyarı metni için bkz. <https://assets.hcch.net/upload/formule14.pdf> (son erişim tarihi: 18.6.2016).

tarihli Özel Komisyon'un Sonuç ve Tavsiyeleri'nin¹⁷ 23 (a) paragrafında belirtildiği üzere, talepte bulunan makam, talepte bulunulmasından itibaren 30 gün içerisinde tebligatın yapılacağı ülke makamlarından herhangi bir onay bildirimini almadığı takdirde, muhatap ülke merkezi makamına talebin akıbetini sorabilir. Merkezi makam, makul bir süre içerisinde söz konusu soruyu yanıtlamalıdır. Ayrıca yetersiz bilgi veya belge ile başvuruda bulunulması durumunda, muhatap ülke makamlarının en uygun şekilde eksikliğin giderilmesi için başvuruda bulunan makamlarla iletişim kurmaları tavsiye edilmektedir¹⁸. Sözleşme'nin 13'üncü maddesine göre, şayet talep sözleşmeye uygun olarak gönderilmişse, tebligatın gerçekleştirileceği ülke makamı ancak egemenliğinin veya güvenliğinin ihlali sonucu doğacağı gerekçesiyle tebliğ başvurusunu reddedebilir. Keza aynı maddenin ikinci fıkrasında, somut uyuşmazlık açısından tebligatın gerçekleştirileceği ülke mahkemelerinin milli hukukuna göre kesin yetkili olduğu veya söz konusu talebin dayanağı olan davanın, milli hukukuna göre kendi ülkesinde açılmayacağı gerekçesiyle tebligat taleplerinin reddedilemeyeceği düzenlenmiştir.

Sözleşmeye uygun biçim yapılan tebliğ talebi üzerine, merkezi makam tebligatı üç şekilde gerçekleştirebilir (m. 5 – Aşa. Şekil 1):

- Birincisi, merkezi makam tebliği bizzat veya milli hukukuna göre ülke içerisindeki kişilere tebligatın gerçekleştirildiği yöntemle gerçekleştirebilir.
- İkincisi, talepte bulunan makamca istenen ve merkezi makamın milli hukukuna aykırı olmayan bir yöntemle gerçekleştirebilir.
- Üçüncüsü, muhatabın iradesine bağlı olarak, onun tarafından kabul edilmiş olması durumunda gayri resmi bir doğrudan teslimle gerçekleştirilir.

Dolayısıyla muhatabın razı olmaması durumunda tebligat, ancak milli hukuktaki tebligat usüllerine veya milli hukuka aykırı olmamak kaydıyla talepte bulunan ülkenin belirlediği bir yöntemle gerçekleştirilebilir. Şayet tebligatın birinci veya ikinci şekillerden birine uygun olarak gerçekleştirilecekse, tebligatın gerçekleştirileceği ülke merkezi makamı tebliğ konusu belgenin kendi resmi dilinde yazılmasını veya tercümesinin eklenmesini de talep edebilir (m. 5/III). Buna karşılık gayri resmi yollarda gerçekleştirilen tebligatlar açısından tercüme ihtiyacı yoktur¹⁹.

Türkiye'de Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün hem 16.11.2011 tarihli genelgesi hem de 1.3.2008 tarihli genelgesine göre²⁰, taraf devletten merkezi makam olarak Uluslararası Hukuk ve

¹⁷ Conclusions and Recommendations of the 2009 Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Service, Taking of Evidence and Access to Justice Conventions, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=4694> (son erişim tarihi: 18.6.2016).

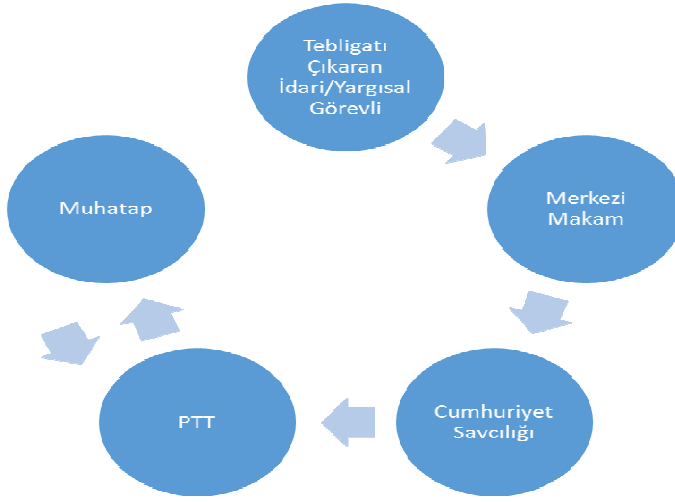
¹⁸ Conclusions and Recommendations of the 2009 Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Service, Taking of Evidence and Access to Justice Conventions, para. 23 (b).

¹⁹ Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014), para. 28, <https://assets.hcch.net/docs/eb709b9a-5692-4cc8-a660-e406bc6075c2.pdf> (son erişim tarihi: 19.6.2016).

²⁰ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Genelge No: 63/3, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/63%20-%203.pdf> (son erişim tarihi: 25.6.2016).

Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gelen tebligat talebi üzerine, ilgili tebliğ evrakı, tebliğ edilecek kişinin adresinin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet başsavcılığına iletilir (para 48). Cumhuriyet başsavcılığı da tebligatı Tebligat Kanunu hükümlerine göre PTT aracılığı ile gerçekleştirir (para. 49). Sonuçta düzenlenecek tebliğ mazbatasını (*Certificate*) da yabancı devlet makamına iletilmek üzere genel müdürlüğe gönderilir (para. 49).

Merkezi makam tebligatı gerçekleştirdikten sonra, tebliğ mazbatasını (*Certificate*) doldurarak başvurana gönderir (m. 6/IV). Tebliğ mazbatasında, tebligatın hangi yönetime göre gerçekleştirildiği, tebliğin yapıldığı yer ve tarih, tebliğ evrakının teslim edildiği kimse gösterilir (m. 6/II). Şayet tebligat yapılamıyorsa, neden yapılamadığı da tebliğ mazbatasında (*Certificate*) yer alır (m. 6/II).



Şekil 1 – Merkezi makam vasıtasıyla tebligat

2. Diplomatik Memurlar veya Konsolosluk Görevlileri Aracılığıyla Tebligat

Sözleşmede öngörülen ikinci tebligat usulü, diplomatik memurlar veya konsolosluk görevlileri ile gerçekleştirilebilecek tebligattır. Sözleşmenin 8'inci maddesine göre taraf devletler, merkezi makam yerine²¹, zor kullanmaksızın, doğrudan diplomatik memurları veya konsolosluk görevlileri aracılığı ile de yurt dışına tebligatı gerçekleştirebilir. Ancak, devletler, tebligatın yapılacağı kişinin, tebliği çıkararak ülkenin kendi tabiiyetinde olması hali dışında, bu usülle, kendi topraklarında tebligat yapılmasına karşı çıkabilir. Türkiye söz konusu hükme çekince koymuştur²². Buna göre taraf devletler Türkiye'de, diplomatik memur-

²¹ Burada bir alternatif düzenleme vardır, tercih başvuran makama ait olacaktır.

²² Çekinceler için bkz. 20.2.1973 tarih ve 14454 sayılı Resmi Gazete.

lar veya konsolosluk görevlileri aracılığıyla tebligatı ancak kendi vatandaşlarına yapabilir.

Sözleşmenin 9'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre taraf devletler konsolosluk vasıtasıyla diğer taraf devletin bu iş için yetkilendirilmiş makamına ilgili belgeleri göndermek suretiyle tebligatın gerçekleştirilmesini istemesi mümkündür. Bu durumda tebligatı çıkaran ülkedeki resmi makam, tebliğ konusu evrakı ve talebi, önce kendi dış işleri bakanlığına gönderir, dış işleri bakanlığı ise tebligatın gerçekleştirileceği ülkedeki konsolosluk temsilcisine ilgili evrakı iletir. Konsolosluk temsilcisi de tebligatın gerçekleştirileceği ülkede bu amaçla yetkilendirilen makama evrakı iletir ve o makam tebligatın yapılacağı şahsa tebligatı gerçekleştirir²³. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre söz konusu talebin gerekirse, ancak istisnai hallerde, diplomatik yollarla da (ilgili konsolosluk temsilcisinin, yetkili makam yerine önce tebligatın gerçekleştirileceği ülke dış işleri bakanlığına göndermesi suretiyle) yetkili makama gönderilmesi istenebilir.

3. Sözleşmenin 10'uncu Maddesinde Öngörülen Diğer Tebliğ Usülleri

1965 tarihli Lahey sözleşmesi esas olarak merkezi makam vasıtasıyla tebligata ilişkin hükümlere yer vermekte, ancak taraf devletlerin de kabul etmesi koşuluyla özellikle 10'uncu maddesinde oldukça pratik ve hızlı şekilde tebligatın gerçekleştirilmesine olanak tanımaktadır. Sözleşme 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde taraf devletlerin çekince koymamaları halinde uygulanabilecek üç ayrı tebliğat usulü öngörmektedir:

- Birincisi, adli belgelerin posta vasıtası ile doğrudan tebligatın gerçekleştirileceği kişiye gönderilmesi
- İkincisi, adli belgelerin, tebligatı çıkaran ülkenin, tebliğat çıkarmaya yetkili makamı (yargısal makamlar, görevliler, diğer yetkili kimseler) tarafından, tebligatın yapılacağı ülkedeki ilgili makama (yargısal makam, görevli veya diğer yetkili kimseler) doğrudan gönderilmesi
- Üçüncüsü, yargılama ile ilgili herhangi bir kişinin, doğrudan tebligatın gerçekleştirileceği ülkedeki yargısal makamlar, görevliler veya diğer yetkili makamlar vasıtasıyla tebligatı gerçekleştirilmesi

Türkiye sözleşmenin 10'nuncu maddesinde öngörülen tüm tebliğ usüllerine çekince koyduğu için, söz konusu hükümlere göre taraf bir diğer ülke makamı tarafından Türkiye'ye bu madde uyarınca tebliğat yapılamaz²⁴. Örneğin,

²³ Süreç için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/f4ccc07b-55ed-4ea7-8fb9-8a2b28549e1d.pdf> (son erişim tarihi: 25.6.2016).

²⁴ Ancak bu maddeye çekince koymayan ülkelere, Türkiye'den çıkarılan tebligatların, sözleşmenin 10'uncu maddesi göre gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Örneğin İngiltere, bu maddeye çekince koymadığı için, muhatabın anlayacağı dilde düzenlenmiş olması kaydıyla Türkiye'den İngiltere'ye gerçekleştirilecek tebligatlar açısından posta yolu kullanılabilir. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 437. Bu yönde Kanada ile ilgili bir karar için bkz. "Davacı tarafından davalı aleyhine açılan boşanma davası ile bundan önce bağımsız olarak açılan nafaka davası birleştirilerek görülmüştür. Nafaka davasına dair dava dilekçesi davalıya hiç tebliğ edilmemiş, boşanma davasına dair dava dilekçesi ve duruşma gününü ihtiva eden davetiye ise, davalının Kanada (Toronto)'daki adresine doğrudan tebliğ yöntemiyle tebliğ edilmesi için iadeli taahhütlü yolla gönderilmiş, tebliğ evrakı gösterilen adreste muhataba değil, F. isimli kişiye teslim edilmiştir. Kanada, 1965 tarihli Lahey Tebliğat Sözleşmesinin tarafıdır. Bu sözleşmede kabul edilen tebliğat

doğrudan muhataba posta yoluyla bir tebligat yapılmak istenmesi veya Türkiye'de tebliğ çıkarmaya yetkili bir makama doğrudan (örneğin noter) iletmesi durumunda, bu geçersiz bir tebligat olur. Muhatap, söz konusu durumu, davanın görüldüğü yabancı mahkeme önünde ileri sürebilir. Muhatabın bu geçersizliği yabancı mahkeme önünde ileri sürmemesi veya bunun mahkemece usulüne uygun olarak değerlendirilmesi halinde, ilgili ülke mahkemesince verilen kararın Türkiye'de tenfizi mümkün olmaz. Zira Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 54'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, kişinin tenfiz talebine, hüküm veren mahkemeye usulüne uygun olarak çağrılmadığını da ileri sürebileceğini belirtmektedir. Yargıtay²⁵ da buna aykırı olarak yapılan tebligat üzerine ortaya çıkan yabancı mahkeme kararına ilişkin olarak;

*Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi istemine dair olup, davalı tarafça, tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararının kendilerine Lahey Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak Adalet Bakanlığı aracılığıyla tebliğinden sonra hükmü veren yabancı mahkemeye yaptıkları itirazın, anılan mahkeme tarafından kararın kendilerine posta yoluyla daha önceden tebliğ edildiği ve bu tebliğden sonra davacının talebi üzerine diplomatik yoldan yapılan tebliğin davalıya yeni bir hak bahşetmeyeceği gerekçesiyle reddedildiği savunulmuş ve buna dair yabancı mahkeme karar fotokopileri dosyaya ibraz edilmiştir. Yabancı bir mahkeme kararının tenfiz edilmesi için öncelikle kararın usulünce kesinleşmiş olması gerekmektedir. **Türkiyeye Almanya arasında 28.4.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1965 tarihli Adli Yardımlaşmaya İlişkin Lahey Sözleşmesi hükümleri gereğince tebligatların diplomatik yolla yapılacağı kararlaştırılmış olup bu yolla tebliğ edilmeyen bir yabancı mahkeme ilamının kesinleşmesi mümkün bulunmamaktadır.** O halde, mahkemece davalı savunması üzerinde durularak, dava tarihi itibarıyla tenfizi istenilen kararın usulünce kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gereken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmektedir.*

Aynı yönde diğer kararlar:

*"Davacı vekili,... Eyalet Mahkemesi'nin.. O 77/..... nolu kararının tenfizini talep etmiştir. Davalı şirket vekili, davanın reddini savunmuştur. **Mahkemece, Türkiye ile Almanya arasında 28.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1965 tarihli Adli Yardımlaşmaya İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin imzalandığı, sözleşme gereğince her iki devlet tarafından mahkeme kararının örnek 184 formu kullanılarak taraflara tebliğinin gerektiği, tenfizi istenilen mahkeme kararında bu usüle uyulmadığı, postaya verilme tarihinin tebliğ tarihi sayıldığı, MÖHUK 38/c madde gereğince yapılan tebligatın kamu düzenine aykırı olduğu, MÖHUK 34 madde gereğince ortada kesin-***

usulü, kural olarak merkezi makamlar aracılığıyla tebligatdır. Ne var ki, aynı sözleşmenin 10. maddesi istisnai olarak doğrudan posta yoluyla tebligatı da kabul etmiştir. Kanada, doğrudan posta yoluyla tebligatı kabul eden ülkelerden olup, doğrudan posta yoluyla tebliğ yönteminin uygulanmasında bir usulsüzlük bulunmamakta ise de, bu yolla tebligat, tebliğ muhatabına yapılmadığından geçerli kabul edilmemiştir. Bu husus davalının savunma hakkını kısıtlayan önemli bir usul hatasıdır. Bu itibarla davalıya yargılama ile ilgili açıklamada bulunma ve delillerini bildirme hakkı tanınmadan yokluğunda hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." 2. HD, 14.2.2012, E. 2010/22937, K. 2012/2620, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 20.6.2016).

²⁵ 11. HD, 19.2.2015, 1049/2238, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 20.6.2016).

leşmiş bir mahkeme kararından bahsedilemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir²⁶.”

“Davacı vekili, Almanya Essen Eyalet Mahkemesi tarafından verilen 30.06.2008 tarih ve 2 O 164/07 Sayılı kararın kesinleştiğini ileri sürerek, bu kararın tanınmasına ve tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı şirket vekili, derdestlik itirazında bulunmuş, davanın esasına dair olarak da davanın reddini istemiştir. Davalı H.B. vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, yabancı mahkeme kararına dayanak dava dilekçesinin Adalet Bakanlığı vasıtasıyla tebliğ edilmediği, davalıya savunma hakkı tanınmadan hüküm kurulmuş adil yargılama ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle, davanın reddine karar vermiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava, yabancı mahkeme ilamının tenfizi istemine dair olup, mahkemece yukarıda açıklanan gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir. Yabancı bir mahkeme kararının tenfizine karar verilebilmesi için yabancı mahkeme kararının usulüne uygun olarak kesinleşmiş olması gerekmektedir. **1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi'nde sözleşmeye taraf olan ülkeler arasında yapılacak tebligatların hangi makam tarafından ve hangi usul çerçevesinde yerine getirileceği belirlenmiş olup, hem Türkiye Cumhuriyeti hem de Almanya anılan sözleşmeye taraftır. 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi ile kabul edilen istisnai tebligat yöntemlerinden biri de doğrudan posta yolu ile tebligattır. Bu yöntem, sadece sözleşmenin 10. maddesine çekince koymayan ülkeler açısından başvurmak mümkündür. Türkiye, 10. maddedeki tebligat yöntemini kabul etmeyeceğini bu maddeye koyduğu çekince ile belirtmiştir. O halde, yabancı bir mahkeme ilamının kesinleşmesi, ilamın yukarıda anılan Sözleşme hükümlerine uygun biçimde tebliğ edilmiş olmasına bağlıdır.** Somut olaya gelince, yabancı mahkeme ilamında dava dilekçesinin davalılara 10.01.2008 tarihinde tebliğ edildiği belirtilmiş, davacı vekilince de dava dilekçesinin Adalet Bakanlığı kanalıyla davalılar vekiline 10.01.2008 tarihinde tebliğ edildiğine dair tebligat belgeleri dosyaya ibraz edilmiş olmasına rağmen mahkemece, dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde dava dilekçesinin Adalet Bakanlığı vasıtasıyla tebliğ edilmediği, davalının savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmemiştir. Bu durumda, mahkemece, davalı şirket vekilinin kesinleşme şerhli yabancı mahkeme ilamının usulünce kesinleşmediği yönündeki itirazı gözetilerek yukarıda yapılan açıklamalar ışığında kararın tebliğine dair tebliğ belgelerinin sunulması için davacı vekiline usulüne uygun kesin süre verilerek ortaya çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğinden davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir²⁷.”

“Davacı vekili, davalının, müvekkilinden tahsil ettiği parayı iade etmediğinden aleyhine Almanya Memmingen Eyalet Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nde

²⁶ 11. HD, 2.3.2016, E. 2015/8012, K. 2016/2271, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016).

²⁷ 11. HD, 10.2.2016, E. 2015/13931, K. 2016/1211, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016).

alacak davası açtığını, açılan bu davaya ilişkin kararın 04/02/2013 tarihinde kesinleştiğini ve davalıya 28/01/2011 tarihinde usûlüne uygun olarak tebliğ edildiğini ileri sürerek, anılan kararın tanınmasına ve tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, dava dilekçesi ve ilamın diplomatik yolla Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından davalıya tebliğ edildiği, davalının savunma hakkı kısıtlanmadan yargılama yapıldığı, tenfizi istenen ilamın Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir özelliğinin bulunmadığı gerekçeyle davanın kabulüne dair verilen karar davalı vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizin 02/12/2014 tarihli kararı ile onanmıştır. Davalı vekili, karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi istemine ilişkin olup, mahkemece, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi için öncelikle kararın usûlünce kesinleşmiş olması gerekmektedir. Türkiye ile Almanya arasında, **28.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1965 tarihli Adli Yardımlaşmaya İlişkin Lahey Sözleşmesi hükümleri gereğince tebligatların diplomatik yolla yapılacağı kararlaştırılmıştır.** Davacı tarafça dosyaya tercümesi sunulan Köln Eyalet (Asliye Hukuk) Mahkemesi kararı ile tebliğe ilişkin belgelerden; tenfizi istenilen kararın önce posta yolu ile davalılara tebliğ edildiği, daha sonra Lahey Sözleşmesi uyarınca tebliğ olunduğu, ancak diplomatik yoldan yapılan tebliğ üzerine davalı şirket vekilinin yabancı mahkeme nezdinde yaptığı itirazın posta yoluyla yapılan tebliğin geçerli bulunduğunu, sonradan diplomatik yoldan yapılan tebliğin davalıya yeni bir hak bahşetmeyeceği gerekçesiyle reddedildiği, bu karar üzerine de davalı şirket vekilinin temyiz talebinin reddine dair kararı O. M. nezdinde 24 U 2351/11 dosya numarası ile temyiz etmesine rağmen temyiz başvurusunun aynı nedenle reddedildiği anlaşılmaktadır. **Bu durumda, yabancı mahkeme kararı tebliğinin posta yoluyla yapıldığı, diplomatik yoldan yapılan tebliğe yabancı mahkemece hukuken bir değer verilmediği ve usûlünce tebliğ edilmeyen kararın davalı şirket yönünden kesinleşmediği gözetilerek, mahkemece, tenfiz isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmediğinden** Dairemizin 02.12.2014 gün ve 2014/187-18822 sayılı onama ilamının kaldırılarak, mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir²⁸.”

“Davacı vekili, Almanya Essen Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen 26.03.2009 tarih 5 O 12/09 sayılı kararın kesinleştiğini ileri sürerek, bu kararın tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekilleri, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, uyulan bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre, davacı tarafça dosyaya sunulan tebliğ belgelerindeki dosya numarasının yabancı mahkeme kararının dosya numarasında farklı olduğu, Adalet Bakanlığı'nca dosya numaralarındaki farklılığın kendilerinden kaynaklanmadığının bildirildiği, bu durumda ortada kesinleşmiş bir yabancı mahkeme kararından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi istemine ilişkindir. Yabancı bir mahkeme kararının tenfizine karar verilebilmesi için yabancı mahkeme kararının usûlüne uygun olarak kesinleşmiş olması gerekmektedir. **1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi'nde sözleşmeye taraf olan ülkeler arasında yapılacak tebligatların hangi makam tarafından ve hangi usûl çerçevesinde yerine getirileceği belirlenmiş olup,**

²⁸ 11. HD, 1.10.2015, 2329/9727, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016).

hem Türkiye Cumhuriyeti hem de Almanya anılan sözleşmeye taraftır. 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi ile kabul edilen istisnai tebligat yöntemlerinden biri de doğrudan posta yolu ile tebligattır. Bu yönetime, sadece sözleşmenin 10. maddesine çekince koymayan ülkeler açısından başvurmamak mümkündür. Türkiye, 10. maddedeki tebligat yöntemini kabul etmeyeceğini bu maddeye koyduğu çekince ile belirtmiştir. O halde, yabancı bir mahkeme ilamının kesinleşmesi, ilamın yukarıda anılan Sözleşme hükümlerine uygun biçimde tebliğ edilmiş olmasına bağlıdır. Somut olayda, tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının Adalet Bakanlığı kanalıyla davalı vekiline 19.10.2009 tarihinde tebliğ edildiğine dair belge bulunmamasına rağmen, karar tercümesinde kararın, davalıya 03.11.2009 tarihinde tebliğ edildiği yazılmaktadır. Bu durumda, tebliğ belgelerindeki tarih ile kararda belirtilen tebliğ tarihi örtüşmediğine göre kararın davalıya usûlünce tebliğ edilip edilmediği, karara itirazda bulunulup bulunulmadığı, kararın kesinleşip kesinleşmediği araştırılmalıdır. Ancak mahkemece, bu hususta bir araştırma yapılmaksızın, sadece dava dilekçesinin tebliğine dair 27.02.2009 tarihli tebliğ belgelerindeki dosya numarasındaki farklılığın neden kaynaklandığının araştırılması için Adalet Bakanlığına yazı yazılmasıyla yetinilmiş, Adalet Bakanlığı'nca da yanlışlığın kendilerinden kaynaklanmadığı bildirilmesi üzerine genel bir ifadeyle tebliğ belgelerindeki dosya numarasının farklı olduğu, kesinleşmiş bir karardan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle tenfiz isteminin reddine karar verilmiştir. Mahkemece, Adalet Bakanlığı kanalıyla yabancı mahkemeye, dava dilekçesinin ve kararın tebliğ edilip edilmediği, karara itiraz edilip edilmediği, kararın kesinleşip kesinleşmediği hususunda yazı yazılarak ortaya çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş kararın, davacı yararına bozulması gerekmiştir²⁹.”

“Davacı vekili, davalının aldığı parayı geri ödememesi nedeniyle yurtdışında açtıkları davada verilen kararın kesinleştiğini bildirerek, Almanya Duisburg Asliye Hukuk Mahkemesi kararının tenfizini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, bozma üzerine yapılan yargılama sonucunda davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizce onanmıştır. Bu kez, davacı vekili karar düzeltme talep etmiştir. Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi talebine ilişkindir. **Mahkemece yargılama sırasında davacı vekiline, yabancı mahkeme kararının davalılardan K. Holdin A.Ş'ye tebliğ edildiğine ilişkin tüm evrakları sunması, aksi takdirde mahkeme kararının posta yolu ile yapılmış sayılacağı ihtarını içeren kesin süre verilmiş, kesin sürede tebliğ evraklarının sunulamadığı, bu nedenle de yabancı mahkeme kararının Alman Usûl Kanunları gereğince doğrudan posta yolu ile tebliğ edildiğinin kabulünün gerekeceği, buna göre de ortada MÖHUK.m.50 uyarınca kesinleşmiş bir yabancı mahkeme kararının bulunmadığı gerekçesiyle dava red edilmiştir.** Dairemiz yabancı mahkeme kararının, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümlerine **Türkiye'nin koyduğu çekince nedeniyle posta yoluyla doğrudan tebliğ edilmesinin davalının savunma hakkını kısıtladığı ve kararın kesinleşmediği, bu nedenle tebligatın diplomatik yolla ve Adalet Bakanlığı vasıtası ile yapılması gerektiği görüşünde olup,** mahkemece, tebliğ evraklarının 6102 sayılı HMK'nın 221.maddesi uyarınca Adalet Bakanlığından sorulması gerekirken, bu belgeleri sunması için davacıya kesin süre vermesi ve kesin

²⁹ 11. HD, 16.9.2015, 5882/9324, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016).

süre sonunda da tebligatın posta yolu ile yapıldığı sonucuna vararak kararın kesinleşmediği gerekçesiyle davayı red etmesi doğru olmayıp bu nedenlerle yerel mahkeme kararının bozulması gerekirken Dairemizin 25.11.2014 gün 2013/18743-2014/18356 sayılı kararı ile onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir³⁰.”

“Davacı vekili, Almanya Stuttgart Eyalet Mahkemesi tarafından verilen 06.12.2010 tarihli, 12 O 221/10 numaralı kararın kesinleştiğini ileri sürerek, tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekilleri ayrı ayrı, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, bozma ilanına uyularak yapılan yargılama ve dosya kapsamına göre, dava dilekçesi ve ilamın Lahey Sözleşmesine göre tebliğ edildiği, savunma hakkının kısıtlanmadığı, kamu düzenine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne, yabancı mahkeme ilamının tanınması ve tenfizine karar verilmiştir. Kararı, davalı K. A. vekili temyiz etmiştir. 1-Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı K. Hol. A.Ş. vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir. 2-Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi istemine ilişkin olup, davalı tarafça, tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararının kendilerine Lahey Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak Adalet Bakanlığı aracılığıyla tebliğinden sonra hükmü veren yabancı mahkemeye yaptıkları itirazın, anılan mahkeme tarafından kararın kendilerine posta yoluyla daha önceden tebliğ edildiği ve bu tebliğden sonra davacının talebi üzerine diplomatik yoldan yapılan tebliğin davalıya yeni bir hak bahşetmeyeceği gerekçesiyle reddedildiği savunulmuş ve buna ilişkin yabancı mahkeme karar fotokopileri dosyaya ibraz edilmiştir. Yabancı bir mahkeme kararının tenfiz edilmesi için öncelikle kararın usûlünce kesinleşmiş olması gerekmektedir. **Türkiye ile Almanya arasında 28.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1965 tarihli Adli Yardımlaşmaya İlişkin Lahey Sözleşmesi hükümleri gereğince tebligatların diplomatik yolla yapılacağı kararlaştırılmış olup bu yolla tebliğ edilmeyen bir yabancı mahkeme ilamının kesinleşmesi mümkün bulunmamaktadır.** Bu itibarla, mahkemece davalı tarafın anılan savunması üzerinde durularak, dava tarihi itibarıyla tenfizi istenilen kararın usûlünce kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmaması, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir³¹.”

“Davacı vekili, Almanya Bochum Eyalet Mahkemesi tarafından verilen 22.09.2010 tarih ve 8 O 30/10 sayılı kararın kesinleştiğini ileri sürerek, bu kararın tanınmasına ve tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, MÖHUK'nun 54. maddesinde düzenlenen tenfiz şartlarının oluştuğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar vermiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava, yabancı mahkeme ilamının tenfizi istemine ilişkin olup, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Yabancı bir mahkeme kararının tenfizine karar verilebilmesi için yabancı mahkeme kararının usûlüne uygun olarak kesinleşmiş olması gerekmektedir. 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşme-

³⁰ 11. HD, 2.7.2015, 3276/8820, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016).

³¹ 11. HD, 2.6.2015, E. 2014/10924, K. 2015/7492, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016).

si'nde sözleşmeye taraf olan ülkeler arasında yapılacak tebligatların hangi makam tarafından ve hangi usûl çerçevesinde yerine getirileceği belirlenmiş olup, hem Türkiye Cumhuriyeti hem de Almanya anılan sözleşmeye taraftır. **1965 tarihli Lahey Sözleşmesi ile kabul edilen istisnai tebligat yöntemlerinden biri de doğrudan posta yolu ile tebligattır. Bu yöntem, sadece sözleşmenin 10. maddesine çekince koymayan ülkeler açısından başvurmak mümkündür. Türkiye, 10. maddedeki tebligat yöntemini kabul etmeyeceğini bu maddeye koyduğu çekince ile belirtmiştir. O halde, yabancı bir mahkeme ilamının kesinleşmesi, ilamın yukarıda anılan Sözleşme hükümlerine uygun biçimde tebliğ edilmiş olmasına bağlıdır.** Somut olaya gelince, davacı vekilinin yabancı mahkeme kararının davalı şirkete tebliğine dair sunmuş olduğu belgelerindeki üst yazıda tenfizi istenen karara ilişkin dosya numarası(8 O 30/10) yazılı ise de ekindeki tebliğ tebellüğ tutanağında dava dışı "Duisburg Eyalet Mahkemesi'nin 3 O 7/09 sayılı yazıları" açıklaması bulunduğu gibi bu belgedeki tebliğ tarihi de tenfizi istenen yabancı mahkeme ilamındaki davalı şirkete yapılan tebliğ tarihi ile örtüşmemektedir. Bu durumda, mahkemece, bu husus üzerinde durularak tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının davalı şirkete yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda usûlünce tebliğ edilmediği, kararın kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak ortaya çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi yerinde görülmemiş, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir³²."

"Davacı vekili, Almanya... Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen 12.2.2010 tarihli, 3 O 186/09 numaralı kararın kesinleştiğini ileri sürerek, tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre Almanya... Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen 12.2.2010 tarihli, 3 O 186/09 numaralı kararın usûlüne uygun olarak kesinleştiği gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı şirket vekili temyiz etmiştir. 1-) Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi istemine dair olup mümeyyiz davalı tarafça, tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararının kendilerine Lahey Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak Adalet Bakanlığı aracılığıyla tebliğinden sonra hükmü veren yabancı mahkemeye yaptıkları itirazın, anılan mahkeme tarafından kararın kendilerine posta yoluyla daha önceden tebliğ edildiği ve bu tebliğden sonra davacının talebi üzerine diplomatik yoldan yapılan tebliğin davalıya yeni bir hak bahsetmeyeceği gerekçesiyle reddedildiği savunulmuş ve buna dair yabancı mahkeme karar fotokopileri dosyaya ibraz edilmiştir. Yabancı bir mahkeme kararının tenfiz edilmesi için öncelikle kararın usûlünce kesinleşmiş olması gerekmektedir. **Türkiye ile Almanya arasında 28.04.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1965 tarihli Adli Yardımlaşmaya İlişkin Lahey Sözleşmesi hükümleri gereğince tebligatların diplomatik yolla yapılacağı kararlaştırılmış olup bu yolla tebliğ edilmeyen bir yabancı mahkeme ilamının kesinleşmesi mümkün bulunmamaktadır.** O halde, mahkemece davalı savunması üzerinde durularak, dava tarihi itibarıyla tenfizi istenilen kararın usûlünce kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmaması, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir³³."

³² 11. HD, 8.5.2015, 3360/6614, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016).

³³ 11. HD, 3.3.2015, E. 2014/5100, K. 2015/2886, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016). Aynı yönde ve içerikte kararlar için bkz; 11. HD, 27.2.2015, 48/2698; 11.

Şu halde, Türkiye'de mukim bir muhataba gerçekleştirilecek tebliğ açısından, Sözleşme'nin 10'uncu maddesine dayanılması, hüküm veren mahkemeye usulüne uygun olarak çağrılmadığı gerekçesiyle bir tenfiz engeli teşkil eder.

II. Türkiye ile İngiltere Arasında 28.11.1931 Tarihinde İmzalanmış ve 28.6.1932 Tarih ve 2045 Sayılı Kanunla Onaylanmış 13.7.1933 Tarihinde Yürürlüğe Giren Mün'akit Müzaheretli Adliye Mukavelenamesi³⁴

Türkiye ile İngiltere arasında 28.11.1931 tarihinde imzalanan adli yardımlaşmaya ilişkin sözleşmenin (Müzaheretli Adliye Mukavelenamesi) 2 ila 6'ncı maddeleri arasında iki ülke arasında tebligatın nasıl gerçekleştirileceği düzenlenmiştir.

Söz konusu iki taraflı sözleşme de, 1965 tarihli Lahey sözleşmesinde olduğu gibi yalnızca hukuki ve ticari meseleler açısından geçerlidir (m. 1/I). Buna göre sözleşmenin taraflarından birinin ülkesinde düzenlenen adli ve gayri adli belgelerin diğer tarafın ülkesindeki kimselere tebliği söz konusu olunca, ilgili taraf, tebliği gereken belgelerin, kendi seçimine göre, sözleşmenin 3, 5 ve 6'ncı maddeleri hükümlerine göre muhataba tebliğini isteyebilir (m. 2).

Sözleşmenin 3'üncü maddesine göre İngiltere'den Türkiye'ye tebligat şu şekilde gerçekleştirilir:

1. Tebliğ talebi Türkiye'de ait olduğu Türk makamlarına gönderilmek üzere bir Britanya konsolosu vasıtasıyla, konsolosluğun bulunduğu ilin valisine gönderilir.

2. Gönderilen belgeyi çıkaran makamın ismi, tarafların isim ve vasıfları, muhatabın ismi, sıfatı ve adresini, ayrıca mezkur belgenin cinsi talepnameye yer alır. Talepname, Türkçe olarak (tebligatın ifa edileceği ülke) yazılır.

3. Tebliğ olunacak belge Türkçe (tebligatın ifa edileceği ülke) yazılır veya söz konusu belgenin Türkçe tercümesi eklenir. Ayrıca bu tercümenin doğruluğu talebi gönderen konsolos tarafından veya ilgili ülkelere birisinde bulunan resmi bir tercüman tarafından tasdik edilmelidir.

4. Tebliğ işlemi, tebligatın gerçekleştirileceği ülkede yetkili makam (Cumhuriyet Savcılığı) tarafından, benzer belgelerin tebliği usulüne göre veya talepnameye tebliği çıkaran ülkeye talep edilen ve tebligatın gerçekleştirileceği ülke düzenlemelerine aykırı olmayan bir usülle gerçekleştirilir. Belge kendisine gönderilen Türk makamı, şayet tebligatı gerçekleştirmeye yetkili değilse, kendiliğinden belgeleri yetkili makama gönderir.

5. Tebliğ talebi ancak tebliğ konusunun Türkiye'nin egemenliği ve güvenliği aleyhine olduğu gerekçesiyle reddedilebilir.

6. Talepnamayı alan makam, tebliğin nasıl gerçekleştirildiğini veya tebliğin gerçekleşmesine engel olan sebepleri de gösteren belgeyi konsolosa gönderir.

Sözleşmenin 5'inci maddesi ise tebliğ yapılacak kimsenin tebliği çıkaran devlet tabiiyetinde olması durumunu düzenlemektedir. Buna göre, muhatap,

HD, 19.2.2015, 1049/2238; 11. HD, 11.2.2015, E. 2014/16661, K. 2015/1675; 11. HD, 19.11.2014, 11212/17921; 11. HD, 13.10.2014, 10926/15376; 11. HD, 19.9.2014, E. 2013/10857, K. 2014/14103; 11. HD, 12.9.2014, E. 2013/8063, K. 2014/13692; 11. HD, 16.6.2014, 7387/11465; 11. HD, 14.3.2014, E. 2012/11228, K. 2014/5012; 11. HD, 14.3.2014, E. 2012/16190, K. 2014/5009; 11. HD, 24.2.2014, E. 2013/13760, K. 2014/3290; 11. HD, 3.6.2013, E. 2012/13465, K. 2013/11573; 11. HD, 6.4.2012, 3175/5547, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 25.6.2016).

³⁴ RG: 5.7.1932, S. 2142.

tebliği çıkaran ülke tabiiyetinde ise, tebliğ konusu belge, herhangi bir zor kullanma olmaksızın, tebliğin gerçekleştirileceği devlet tarafından herhangi bir müdahalede de bulunulmaksızın, tebliği çıkaran tarafın diplomatik temsilcisi veya konsolosluk görevlileri aracılığıyla tebliğ edilebilir. Ancak bu durumda belgenin, tebliğin gerçekleştirileceği ülke dilinde olması veya bir tercümesinin eklenmesi gerekir.

Sözleşmenin 6'ncı maddesi ise muhatabın tebliği çıkaran ülke tabiiyetinde olması ve tebliği çıkaran ülke hukukuna göre geçerli bir usul olarak kabul edilmesi durumunda, posta yoluyla dahi tebliğin gerçekleştirilmesine imkân tanımaktadır. Şu halde Türkiye'de bir İngiliz vatandaşıma gerçekleştirilecek tebligat, İngiliz hukukunda geçerli bir tebliğ usulü olarak kabul edilmesi durumunda posta yoluyla dahi icra edilebilir.

III. Tebligat Kanunu'nun 26'ncı Maddesi Uyarınca Tebligat

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 26'ncı maddesi iki ve çok taraflı anlaşmalar ile mütekabiliyet hallerini saklı tutarak Türkiye'de bulunan yerli ve yabancı kimselere yapılacak tebligatı düzenlemektedir.

Söz konusu hükme göre, yabancı bir ülke tarafından çıkarılan tebligat, ilgili ülkenin büyükelçiliği aracılığıyla doğrudan, konsoloslugu tarafından ise, konsoloslugun bulunduğu yer valiliği aracılığıyla Dış İşleri Bakanlığına gönderilir. Dış İşleri Bakanlığı, tebliğ gerçekleştirecek yetkili mercie gönderir ve tebliğ işlemini takiben ve tasdikli olarak aynı yolla iade edilir.

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 26'ncı maddesinin iki ve çok taraflı anlaşmaları saklı tutması ve Türkiye ile İngiltere arasında hem iki taraflı hem de çok taraflı sözleşme bulunması nedeniyle, tebligatların yukarıda açıklanan 1965 tarihli Lahey sözleşmesi hükümlerine veya 28.11.1931 tarihinde yapılan Müzaheretli Adliye Mukavelenamesi hükümlerine göre gerçekleştirilmesi gerekir.

IV. Tebligatın İncelenen Yöntemlere Göre Gerçekleştirilmemesinin Sonucu

İngiltere'den Türkiye'deki bir kimseye karşı gerçekleştirilen tebligatın, Lahey sözleşmesi hükümlerine veya İngiltere ve Türkiye arasındaki iki taraflı anlaşmaya aykırı olması durumunda, tebliğ sonucunun doğup doğmayacağı tartışması ortaya çıkar. Nitekim Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesinde, Kanun'da öngörülen usule uyulmasa dahi, tebliği çıkarmaya yetkili makamca çıkarılan tebliğ konusunu muhatap öğrenmişse, tebligat öğrenildiğinin beyan edildiği tarihte yapılmış sayılır hükmünü içermektedir. Bu noktada söz konusu hükmün yurt dışından gerçekleştirilmeye çalışılan ve fakat milletlerarası sözleşmelere aykırılık teşkil eden tebliğ yöntemleri açısından uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkar.

İngiltere'den Türkiye'ye gerçekleştirilen adli tebligatlarda, yukarıda incelenen sözleşme hükümleri dikkate alınmaksızın muhataba ulaşılmaya çalışılan hallerde, Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesi uygulama imkanına sahip değildir. Bu durumda tebligat Türk hukuku açısından sonuç doğurmaz³⁵. Zira artık

³⁵ "Lahey'de aktedilen 1965 tarihli tebligat sözleşmesi 9.9.1971 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından da onaylanmış ve 28.4.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (23.3.1972 tarihli ve 17.6.1972 tarihli Resmi Gazete) Sözleşmeler uyarınca Türk Vatandaşı olsa dahi, muhataba Almanya'da yapılacak tebligatlarda bu sözleşmeler kural-

usûlsüz bir tebligat değil geçersiz (yok hükmünde) bir tebligat söz konusu olmaktadır³⁶. Yukarıda zikredilen tebligat yöntemlerine hiç başvurulmaksızın gerçekleştirilmeye çalışan tebligat usûlsüz değil geçersiz (yok hükmünde) olduğundan Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesinin uygulama imkanı bulunmadığından, muhatabın tebliğ konusuna muttali olmasının bu anlamda geçersiz tebligat geçerli kılması ve herhangi bir hukuki sonuç doğurması söz konusu olamaz. Yukarıda zikredilen Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, örneğin bu şekilde elde edilen bir mahkeme kararının, Türkiye'de tenfizine karar verilemez.

Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesi, ancak yukarıda zikredilen yöntemlere göre tebliğ evrakı Türkiye'deki yetkili makama gönderilmiş ve yetkili makamın Türk tebligat hukuku kurallarına göre tebligatın gerçekleştirilmesi sırasında Tebligat Kanunu hükümlerine aykırı hareket etmesi durumunda uygulama imkanına sahip olur. Örneğin, merkezi makamın evrakı tebliğ için gönderdiği Cumhuriyet Savcılığı, tebliğ evrakını PTT aracılığıyla tebliğ etmiş, ancak posta memuru Tebligat Kanunu'ndaki usûle aykırı olarak tebliği gerçekleştirmişse, muhatabın tebliğ konusunu öğrendiğini beyan ettiği tarihte tebliğ yapılmış sayılır.

Sonuç

İngiltere'den Türkiye'ye adli bir belgelerin tebliğ edilmesi açısından mevcut milletlerarası sözleşmeler ve kanuni düzenlemelerin incelendiği söz konusu çalışmada, şu sonuçlara varılmıştır:

1. İngiltere'de açılan bir davada (veya çekişmesiz yargı işinde) mahkemeye sunulan dava (veya başvuru) dilekçesinin Türkiye'deki bir tarafa usûlüne uygun olarak tebliğ edilmesi açısından, mevcut Yargıtay kararları da dikkate alındığında, ya 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi hükümlerine göre veya Türkiye ile İngiltere Arasında 28.11.1931 Tarihinde İmzalanmış ve 28.6.1932 Tarih ve 2045 Sayılı Kanunla Onaylanmış 13.7.1933 Tarihinde Yürürlüğe Giren Mün'akit Müzaheret Adliye Mukavelenamesi hükümlerine göre gerçekleştirilmesi gerekir.

2. Lahey sözleşmesinin 10'uncu maddesi hem adli belgelerin posta vasıtası ile doğrudan tebligatın gerçekleştirileceği kişiye gönderilmesine hem adli belgelerin, tebligatı çıkaran ülkenin tebligat çıkarmaya yetkili makamı (yargısal makamlar, görevliler, diğer yetkili kişiler) tarafından, tebligatın yapı-

larna uymak zorunludur. 1965 tarihli tebligat sözleşmesinin 10. maddesinde muhatabın bulunduğu ülkenin itiraz etmemesi halinde posta ile ve iadeli taahhütlü mektup biçiminde tebligat yapılmasına müsaade edilmiş ise de, Almanya bu yolla tebligata müsaade eden ülkeler arasında yoktur. Ne varki davalıya iadeli taahhütlü mektupla doğrudan yapılan tebligat biçim iç hukukumuz yönünden de tebligat kanununa uygun değildir. Bu itibarla usûle ve yasaya aykırı olarak Almanya'da davalıya iadeli taahhütlü mektup postası ile doğrudan yapılan tebligat hukuki sonuç doğurmaz." 2. HD, 11.9.2000, 8144/9967; "Bu durumda mahkemenin davalıya gerek Tebligat Kanunu ve Tüzüğü'ne, gerekse de 1965 tarihli Lahey sözleşmesine aykırı biçimde yaptığı tebliğ tarihi dahi gösterilmediği gibi HUMK.nun 213 ve 377 inci maddelerine de uygun bulunmayan tebligatın, geçerli olduğunun kabul edilmeyeceği aşıkardır." HGK, 8.2.1995, E. 1994/2-559, K. 1995/60. Aynı yönde bkz. 2. HD, 31.10.1997, 10073/11618, www.hukukturk.com (son erişim tarihi: 26.6.2016).

³⁶ Ayrım açısından bkz. Kuru, s. 855.

lacağı ülkedeki ilgili makama (yargısal makam, görevli veya diğer yetkili kimse-ler) doğrudan gönderilmesine hem de yargılama ile ilgili herhangi bir kişinin, doğrudan tebligatın gerçekleştirileceği ülkedeki yargısal makamlar, görevliler veya diğer yetkili makamlar vasıtasıyla tebligatı gerçekleştirilmesine olanak tanımaktadır. Ancak Lahey sözleşmesinin 10'uncu maddesi taraf devletlerin burada zikredilen tebligat hükümlerine çekince koyabilmesine imkân tanımaktadır. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti, 10'uncu maddede öngörülen bütün tebligat usüllerini reddetmiştir³⁷. Bu nedenle, 10'uncu madde hükmünün, İngiltere'den Türkiye'deki bir kimseye karşı gerçekleştirilecek tebligatlar açısından uygulama imkanı yoktur. İngiltere'den Türkiye'de bulunan bir kimseye yapılacak tebligatlar açısından uygulama imkanı bulunan Türkiye ve İngiltere arasındaki iki taraflı sözleşme de (m. 6), doğrudan posta yolu ile tebligata, muhatabın yalnızca tebligatı çıkaran ülke tabiiyetinde bulunması koşuluyla izin vermektedir. Şu halde, İngiltere'den Türkiye'deki bir kimseye, ilgili kimse İngiltere tabiiyetinde olmadıkça, posta yolu ile tebligat yapılamaz.

3. Şu halde İngiltere'de görülmekte olan bir dava çerçevesinde Türkiye'de mukim bir kimseye gerçekleştirilecek tebligat,

a. Lahey Sözleşmesi hükümlerine göre (m. 3-6) hazırlanacak talepnamayla, Türkiye'deki merkezi makam (Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü) aracılığıyla, Türk tebligat hukuku kurallarına göre gerçekleştirilir veya

b. Lahey Sözleşmesi hükümlerine göre (m. 9), İngiltere'deki resmi makam, tebliğ konusu evrakı ve talebi, önce kendi dış işleri bakanlığına gönderir, dış işleri bakanlığı ise tebligatın gerçekleştirileceği ülkedeki konsolosluk temsilcisine ilgili evrakı iletir. Konsolosluk temsilcisi de Türkiye'de bu amaçla yetkilendirilen makama evrakı iletir ve o makam tebligatın yapılacağı şahsa tebligatı Türk tebligat hukuku kurallarına göre gerçekleştirir veya

c. Türkiye ile İngiltere Arasında 28.11.1931 Tarihinde İmzalanmış ve 28.6.1932 Tarih ve 2045 Sayılı Kanunla Onaylanmış 13.7.1933 Tarihinde Yürürlüğe Giren Mün'akit Müzaheretli Adliye Mukavelenamesi'nin 3'üncü maddesi uyarınca öncelikle Türkiye'deki Britanya Konsolosluğu vasıtasıyla tebligatın yapılacağı yerin valisi üzerinden, Türkiye'deki yetkili makam tarafından, Türk tebligat hukuku kurallarına göre gerçekleştirilebilir veya

d. Tebligatın gerçekleştirileceği kişi İngiliz tabiiyetinde ise, İngiliz hukukunda geçerli bir tebliğ usulü olarak kabul edilmesi durumunda posta yoluyla da gerçekleştirilebilir.

4. Tebligatın yukarıda zikredilen dışında bir yöntemle gerçekleştirilmesi, bu çerçevede noter ve/veya noter vasıtasıyla muhtara verilmek suretiyle gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir.

5. Kural olarak tebligatın geçerliliği açısından tebliğin yapılacağı kimse- nin, tebliğ usulünü ve tebliğ evrakını kabul etmesinin veya reddetmesinin bir önemi yoktur. Ancak Lahey sözleşmesinin yukarıda incelenen 5'inci maddesi uyarınca, tebligatın gerçekleştirileceği ülke merkezi makamı, muhatabın kabul etmesi durumunda, herhangi bir usul takip edilmeksizin salt bir teslim yoluyla da tebligatı gerçekleştirilebilir. Ancak muhatap kabul etmez ise, tebligatın yine merkezi makamın hukukuna göre gerçekleştirilmesi icap eder.

³⁷ Bkz. 20.2.1973 tarih ve 14454 sayılı Resmi Gazete. Ayrıca bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=425&disp=resdn> (son erişim tarihi: 26.6.2016).

6. İngiltere'den Türkiye'deki bir kimseye karşı gerçekleştirilen tebligatın, Lahey sözleşmesi hükümlerine veya İngiltere ve Türkiye arasındaki iki taraflı anlaşmaya aykırı olması durumunda, tebligat Türk hukuku açısından sonuç doğurmaz³⁸. Yukarıda zikredilen Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, bu şekilde elde edilen bir mahkeme kararının, örneğin Türkiye'de tenfizine karar verilemez. Bu noktada Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesi uygulama imkanına sahip değildir, zira bu durumda usülsüz bir tebligat değil geçersiz (yok hükmünde) bir tebligat söz konusu olmaktadır.

7. Yukarıda zikredilen tebligat yöntemlerine (Özet: 3a, 3b, 3c, 3d) hiç başvurulmaksızın gerçekleştirilmeye çalışan tebligat usülsüz değil geçersiz olduğundan Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesinin uygulama imkanı bulunmadığından, muhatabın tebliğ konusuna muttali olmasının bu anlamda geçersiz tebligat geçerli kılması ve herhangi bir hukuki sonuç doğurması söz konusu olamaz.

8. Tebligat Kanunu'nun 32'nci maddesi, ancak yukarıda zikredilen yöntemlere göre (Özet: 3a, 3b, 3c, 3d) tebliğ evrakı Türkiye'deki yetkili makama gönderilmiş ve yetkili makamın Türk tebligat hukuku kurallarına göre tebligatın gerçekleştirilmesi sırasında Tebligat Kanunu hükümlerine aykırı hareket etmesi durumunda uygulama imkanına sahip olur. Örneğin, merkezi makamın evrakı tebliğ için gönderdiği Cumhuriyet Savcılığı, tebliğ evrakını PTT aracılığıyla tebliğ etmiş, ancak posta memuru Tebligat Kanunu'ndaki usüle aykırı olarak tebliği gerçekleştirmişse, muhatabın tebliğ konusunu öğrendiğini beyan ettiği tarihte tebliğ yapılmış sayılır.

KAYNAKÇA

Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2016.

Gonca G. Bozdağ, "1965 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu'na İlişkin Bazı Sorunlar", GÜHFD, Cilt: 20, Sayı 2, 2016, s. 269-310.

Seyithan Deliduman, Tebligat Hukuku Bilgisi, Ankara, 2012.

Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016.

Timuçin Muşul, Tebligat Hukuku, Ankara, 2013.

³⁸ "Lahey'de aktedilen 1965 tarihli tebligat sözleşmesi 9.9.1971 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından da onaylanmış ve 28.4.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (23.3.1972 tarihli ve 17.6.1972 tarihli Resmi Gazete) Sözleşmeler uyarınca Türk Vatanında olsa dahi, muhataba Almanya'da yapılacak tebligatlarda bu sözleşmeler kurallarına uymak zorunludur. 1965 tarihli tebligat sözleşmesinin 10. maddesinde muhatabın bulunduğu ülkenin itiraz etmemesi halinde posta ile ve iadeli taahhütlü mektup biçiminde tebligat yapılmasına müsaade edilmiş ise de, Almanya bu yolla tebligata müsaade eden ülkeler arasında yoktur. Ne varki davalıya iadeli taahhütlü mektupla doğrudan yapılan tebligat biçim yönünden de tebligat kanununa uygun değildir. Bu itibarla usüle ve yasaya aykırı olarak Almanya'da davalıya iadeli taahhütlü mektup postası ile doğrudan yapılan tebligat hukuki sonuç doğurmaz." 2. HD, 11.9.2000, 8144/9967; "Bu durumda mahkemenin davalıya gerek Tebligat Kanunu ve Tüzüğü ne, gerekse de 1965 tarihli Lahey sözleşmesine aykırı biçimde yaptığı tebliğ tarihi dahi gösterilmediği gibi HUMK.nun 213 ve 377 inci maddelerine de uygun bulunmayan tebligatın, geçerli olduğunun kabul edilmeyeceği aşıkardır." HGK, 8.2.1995, E. 1994/2-559, K. 1995/60. Aynı yönde bkz. 2. HD, 31.10.1997, 10073/11618, www.hukukturk.com (son erişim tarihi: 26.6.2016).

Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2013.

Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2013.

Süha Tanrıver, *Medeni Usül Hukuku*, Cilt 1, Ankara, 2016.

Gümrah Toker, "15 Kasım 1965 Tarihli "Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi" Uyarınca Tebligat Yapılması", *DEÜHFD*, Cilt:13, Sayı 2, 2011, s. 107-152.

Ejder Yılmaz, *Tacar Çağlar*, Tebligat Hukuku, Ankara, 2013.

Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014).

Conclusions and Recommendations of the 2009 Special Commission on the practical operation of the Hague Apostille, Service, Taking of Evidence and Access to Justice Convention.

Conclusions and Recommendations of the Special Commission of October-November 2003.

Report on the work of the Special Commission of April 1989 on the operation of the Hague Service and Evidence Conventions.

Report on the work of the Special Commission on the operation of the Hague Service Convention (December 1977).

Comment Service of Process Abroad under the Hague Convention, *Marquette Law Review*, Vol. 71, <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1810&context=mulr>

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Genelge No: 63/3, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/63%20-%203.pdf>

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=33>

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17>

www.kazanci.com

www.hukukturk.com

ALACAKLININ TEMERRÜDÜ MÜ HAKSIZ ELATMA MI?
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 Tarihli ve
E.2015/983 K.2015/1638 Sayılı Kararının İncelenmesi*

(DEFAULT OF OBLIGEE OR UNWARRANTED INTERFERENCE?)

*The Analysis of the Judgment of the 15th Civil Chamber of the Cassation Court
(Date of Judgment: 31.3.2015, Reg. No.2015/983 Judgment No.2015/1638))*

Dr. Tuba Birinci Uzun**

ÖZ

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararında, alacaklının temerrüdünün şartları üzerinde durulmadan yani somut olay bakımından alacaklının temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmadan, alacaklı temerrüdünün özel sonuçlarından olan borçlunun borçlanılan şeyi satma hakkını kullanıp kullanamayacağı incelenmiştir. Oysa somut olayda alacaklının temerrüdü bakımından aranan şartlar gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, ilgili kararda, alacaklının temerrüdünün özel sonuçlarından olan borçlunun borçlanılan şeyi satma hakkını kullanıp kullanamayacağını incelenmesi, hukuken hatalıdır. Somut olayda davalı yükleniciye yönetilmesi gereken dava ise elatmanın önlenmesi davasıdır.

Anahtar Kelimeler: alacaklının temerrüdü, haksız elatma, eser sözleşmesi, sözleşmeden dönme, ifaya hazırlık.

ABSTRACT

In the judgment of the 15th Civil Chamber of the Cassation Court (Date of Judgment: 31.3.2015, Reg. No.2015/983 Judgment No.2015/1638), the right to sell of the obligor, which is one of the private effects of the default of the obligee, has been examined without taking into consideration the requirements for the existence of the default of the obligee. In fact, in the present case the requirements for the existence of the default of the obligee have not occurred. Therefore, the judgment is legally wrong. In the present case, the claimant should have brought an action for the protection against unwarranted interference.

Keywords: default of obligee, unwarranted interference, the contract for work and services, withdrawing from contract, preparation for performance of contract.

* Bu makale, 22.07.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 11.10.2016 tarihinde birinci hakem; 15.08.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
tubabirinciuzun@gmail.com

I. Olayın Özeti

30.3.2011 tarihinde K. Belediyesi tarafından alt temel, temel ve bitümlü sıcak karışım asfalt yapım işi için, bir ihale yapılmış ve bu ihale davalı yüklenici uhdesinde kalmıştır. 30.3.2011 tarihinde gerçekleşen ihale uyarınca, davalı yüklenici ile iş sahibi K. Belediyesi arasında asfalt plenti tesisinin kurulmasına ilişkin 12.4.2011 tarihli sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme uyarınca, davalı yüklenicinin 20.6.2011 tarihinde eseri iş sahibi K. Belediyesi'ne teslim etmesi gerekmektedir. Ancak belirlenen tarihte davalı yüklenici tarafından eser teslim edilmemiştir. Bunun üzerine K. Belediyesi tarafından sözleşme feshedilmiştir. Asfalt plenti tesisinin kurulması için, davalı yüklenici tarafından K. Belediyesi'ne ait şantiye sahasına yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacası getirilmiştir. Sözleşmenin feshedilmesinden sonra, K. Belediyesi tarafından davalı yükleniciye şantiye sahasına getirmiş olduğu yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasını alıp götürmesi 24.4.2012 ve 17.8.2012 tarihlerinde ihtar edilmiştir. Bu ihtarlara rağmen davalı yüklenici şantiye sahasına getirmiş olduğu araç ve gereçleri geri götürmemiştir. Bunun üzerine, K. Belediyesi tarafından mahkemeye başvurularak, yüklenici tarafından şantiyeye getirilen araç ve gereçlerin (yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının) bakımının ve korunmasının değerini aştığı iddia edilmiş ve Türk Borçlar Kanunu'nun 108. maddesi uyarınca yüklenici tarafından şantiyeye getirilen araç ve gereçlerin (yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının) satışına izin verilmesi talep edilmiştir.

II. İlk Derece Mahkemesinin Kararı

Yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi tarafından, davacının tevdi edeceği herhangi bir şeyin olmadığı; sözleşmenin konusunun davalı yüklenicinin üreteceği bir iş olduğu; davalı yüklenici tarafından da bu işin üretilmediği; bu nedenle satılacak herhangi bir şeyden söz edilemeyeceği; davalının başka mal varlığı değerlerinin de satılamayacağı gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Bu karar, davacı K. Belediyesi tarafından temyiz edilmiştir.

III. İnceleme Konusu Yargıtay Kararı

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararı¹:

"Sözleşme tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 92., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ise 108. maddesinde, '... sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir ise borçlu alacaklıya önceden ihtarla bulunması koşuluyla, hakimin izni ile onu açık artırma yolu ile sattırıp bedelini tevdi edebilir' hükmüne yer verilmiştir. Davacı davadan önce ihtar koşulunu yerine getirmiş olup malzemelerin korunması veya saklanması için değerini aştığını iddia ettiğinden mahallinde keşif yapılarak yasanın öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir".

¹ <http://www.kazanci.com>, 13 Nisan 2016.

IV. Hukuki Sorun

İnceleme konusu Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararında, alacaklının temerrüdünün şartları üzerinde durulmadan yani somut olay bakımından alacaklının temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmadan, alacaklı temerrüdünün özel sonuçlarından olan borçlunun borçlanılan şeyi satma hakkını kullanıp kullanmayacağı incelenmiştir. Bu nedenle üzerinde durulması gereken husus, somut olay bakımından alacaklının temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

V. Değerlendirme

A. Alacaklının Temerrüdü Hakkında Genel Bilgi

Alacaklının temerrüdü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 106 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi uyarınca, yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın bu edimi kabul etmekten veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa temerrüde düşmüş olur. Buna göre alacaklının temerrüdü, alacaklının borçlu tarafından kendisine gereği gibi teklif edilen ifayı haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemesi veya edimin ifasının gerçekleşebilmesi için kendisinin yapması gereken şeyleri haklı bir sebep olmaksızın yapmaması olarak tanımlanabilir². Alacaklının temerrüdü yalnızca gereği gibi bir ifa için alacaklının da ifaya katılmasının gerekli olduğu borçlar bakımından söz konusu olur³. Örneğin bir satış sözleşmesinde satıcının borcunu ifa edebilmesi için, kural olarak satış sözleşmesine konu olan şeyi alıcıya teslim etmesi gerekir. Yani satıcının borcunu ifa edebilmesi için, satış sözleşmesine konu olan şeyin tesliminin teklif

² Hermann Becker, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern, 1945, Vorbemerkungen zu Art.91-96 (Gläubigerverzug), N.1; Marius Schraner, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, 1e. Abteilung: die Erfüllung der Obligationen, Art.68-96 OR, 3. Auflage, Zürich, 2000, Art. 91-A-B, N.7; Nevzat Koç, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, 1. Basım, Ankara, 1992, s.6; Mehmet Üçer, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, 1. Basım, Ankara, 2007, s.12; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Basım, Ankara, 2015, s.1010, 1013; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 13. Basım, İstanbul, 2015, s.350; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Basım, Ankara, 2015, s.688; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 8. Basım, Konya, 2013, s.330; Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Basım, İstanbul, 2012, s.239; Erol Cansel/Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s.260; Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt), 6. Basım, İstanbul, 2014, s.143; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Basım, İstanbul, 2013, s.250. Alacaklı temerrüdüne kabul temerrüdü de denmektedir. Bkz. Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 68-96 OR, 2. Auflage, Bern, 2005, Art.91, N.11.

³ Weber, Art.91, N.12 vd.; Schraner, Art.91-A-B, N.12; Oğuzman/Öz, s.350; Eren, Borçlar Genel, s.1011; Hatemi/Gökyayla, s.239; Cansel/Özel, s.260.

edilmesi halinde alıcının bu şeyi teslim alması gerekir. Burada alıcının satılan şeyi teslim alması bir katılma fiilidir⁴.

Alacaklının ifaya katılması bir yükümlülük değildir, bir külfettir⁵; bu nedenle alacaklı ifaya katılmaması halinde alacak hakkını kaybetmez⁶. Ancak alacaklının kendisine gereği gibi önerilen bir ifayı kabul etmekten veya gereği gibi bir ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haksız olarak kaçınması halinde borçlu ifada bulunamaz⁷. Başka bir deyişle böyle bir durumda, borçlunun ifada bulunması alacaklı tarafından engellenmiş olur⁸. Örneğin taraflar arasında söz konusu olan hizmet sözleşmesine göre çalışmak isteyen işçinin işveren tarafından işyerine alınmaması halinde durum böyledir⁹.

Alacaklının temerrüdü halinde alacaklı alacak hakkını kaybetmese de alacaklı aleyhine birtakım sonuçlar doğar¹⁰. Öncelikle mütemerit alacaklı, borçluya karşı ödemezlik def'ini ileri süremez¹¹. Çünkü alacaklı, borçlu tarafından edimin gereği gibi **ifasının** teklif edilmesine rağmen haklı bir sebep olmaksızın edimin ifasını reddetmektedir. Ayrıca alacaklının temerrüdü, borçlu tarafından alacaklıya sunulan tam ve doğru bir ifanın haklı bir sebep olmaksızın alacaklı tarafından kabul edilmemesi nedeniyle temerrüt halinde bulunan borçlunun temerrüdünü de sona erdirir¹². Alacaklının temerrüdü dolayısıyla borç konusu şeyi muhafaza etmek zorunda kalan borçlu, alacaklının menfaatini korumak amacıyla yaptığı masrafları alacaklıdan talep edebilir¹³. Bunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, eser teslimden önce beklenmedik olay sonucunda yok olursa, iş sahibi-

⁴ Eren, Borçlar Genel, s.1011. Benzer örnekler için bkz. Kılıçoğlu, s.690; Cansel/Özel, s.261.

⁵ Alacaklının ifaya katılması, bir yükümlülük olmadığı için, alacaklının temerrüdü de sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunu meydana getirmez. Bkz. Becker, Art.92-94, N.4; Schraner, Art.91-A-B, N.23. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Weber, Art.91, N.50 vd.

⁶ Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band: II, 8. Auflage, Zürich, 2003. N.2448; Schraner, Art.91-A-B, N.25; Eren, Borçlar Genel, s.1012, 1017; Oğuzman/Öz, s.355; Ayan, Borçlar, s.331; Cansel/Özel, s.262; Serozan, İfa, s.145; Üçer, s.118; Koç, s.25. Ayrıca bu konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. Koç, s.16 vd.

⁷ Eren, Borçlar Genel, s.1010; Kılıçoğlu, s.690-691.

⁸ Kılıçoğlu, s.688.

⁹ Eren, Borçlar Genel, s.1010.

¹⁰ Schraner, Art.91-A-B, N.44; Oğuzman/Öz, s.355; Eren, Borçlar Genel, s.1012; Ayan, Borçlar, s.331; Cansel/Özel, s.262; Serozan, İfa, s.147-148.

¹¹ Oğuzman/Öz, s.356; Eren, Borçlar Genel, s.1018; Cansel/Özel, s.266; Serozan, İfa, s.148; Üçer, s.155 vd.

¹² Becker, Art.92-94, N.2; Oğuzman/Öz, s.356; Eren, Borçlar Genel, s.1019; Ayan, Borçlar, s.331; Hatemi/Gökyayla, s.243; Cansel/Özel, s.266; Serozan, İfa, s.148; Nomer, s.252; Üçer, s.132 vd.; Koç, s.301.

Yarg. 15. HD., 30.5.1983, 855/1505 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016).

¹³ Becker, Art.92-94, N.4; Oğuzman/Öz, s.356; Eren, Borçlar Genel, s.1019; Ayan, s.331; Hatemi/Gökyayla, s.245; Cansel/Özel, s.266; Serozan, İfa, s.152; Nomer, s.252; Üçer, s.126 vd.; Koç, s.285 vd.

nin eseri teslim almada temerrüde düşmesi halinde, yüklenici yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyebilir. Yani alacaklının temerrüdü halinde hasar, alacaklıya geçer¹⁴. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağını hükme bağlayan Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin 2. fıkrası dikkate alınarak, alacaklının temerrüdü halinde borçlunun sorumluluğunun hafifletilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Buna karşılık sözleşmeden doğan faizler, alacaklı temerrüde düştükten sonra da işleme devam eder¹⁶. Çünkü alacaklının temerrüdüne rağmen borçlu, paradan yararlanmaya devam etmektedir.

Alacaklının temerrüdü halinde borcundan kurtulabilmesi için, borçluya kanun koyucu tarafından bazı hukuki imkânlar tanınmıştır. TBK md. 107 f.1 hükmü uyarınca, bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde, alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçlu hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi için borçlanılan edimin maddi bir edim olması ve tevdi uygun olması gerekir¹⁷. Tevdi, bir ifa ikamesidir¹⁸.

Sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi elverişli değilse veya teslim edilecek şey bozulabilecek bir şeyse ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektiriyor ise, bu durumda borçlu alacaklıya önceden ihtarda bulunmak koşuluyla, hâkimin izniyle sözleşme konusu olan şeyi açık artırma yoluyla sattırıp bedelini tevdi edebilir (TBK md.108 f.1). Sözleşme konusu şey, borsaya kayıtlıysa veya piyasa fiyatı varsa ya da yapılacak masrafa oranla değeri az ise, satışın açık artırma yoluyla yapılması zorunlu olmadığı gibi, önceden alacaklıya ihtar yapılması aranmaksızın hâkim satışa izin verebilir (TBK md.108 f.2). Sözleşme konusu şeyin satılması, tevdi gibi bir ifa ikamesi değildir; buradaki ifa ikamesi sözleşme konusu şeyin satışı sonucunda elde edilen paranın tevdiidir¹⁹.

Borcun konusu, bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre borcundan dönebilir (TBK md.110). Alacaklının temerrüdü halinde, edimin tevdiininin veya satışının mümkün olmadığı hallerde, borçluya borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre borcundan dönebilme hakkı tanınmıştır. Örneğin taraflar ara-

¹⁴ Türk Borçlar Kanunu'nda, satış ve eser sözleşmeleri bakımından bu konuya ilişkin özel hükümler (TBK md.208 f.2 ve TBK md.483 f.1) söz konusu iken aynı konuya ilişkin genel bir hüküm yer almamaktadır. Bazı yazarlara göre, hasarın mütemerrit alacaklıya geçmesi için, edimin tevdi edilmesi gerekir. Bkz. Oğuzman/Öz, s.357; Koç, s.284-285.

¹⁵ Eren, Borçlar Genel, s.1017-1018; Oğuzman/Öz, s.355-356; Ayan, Borçlar, s.331; Hatemi/Gökayla, s.244, 245; Cansel/Özel, s.266; Serozan, İfa, s.148; Nomer, s.252-253; Üçer, s.125-126; Koç, s.275 vd.

¹⁶ Oğuzman/Öz, s.357; Eren, Borçlar Genel, s.1019; Cansel/Özel, s.266; Nomer, s.253; Koç, s.300. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., 20.3.2007, 13168/4685 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016).

¹⁷ Becker, Art.92-94, N.10; Oğuzman/Öz, s.358; Eren, Borçlar Genel, s.1020; Cansel/Özel, s.267; Üçer, s.177 vd.

¹⁸ Eren, Borçlar Genel, s.1021; Serozan, İfa, s.150; Üçer, s.197-198. Bu konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. Koç, s.213 vd.

¹⁹ Eren, Borçlar Genel, s.1022.

sında söz konusu olan hizmet sözleşmesine göre çalışmak isteyen işçinin, işveren tarafından işyerine alınmaması halinde, işçinin iş görme edimini tevdi etmesi veya satması söz konusu olamayacağı için, işçi hizmet sözleşmesinden dönebilir²⁰.

Tevdi, satış ve sözleşmeden dönme hakkı; alacaklının kendisine gereği gibi önerilen bir ifayı kabul etmekten veya gereği gibi bir ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haksız olarak kaçınması halinde, alacaklı tarafından ifade bulunması engellenen borçlunun, borcundan kurtulabilmesi için kendisine kanun koyucu tarafından tanınan hukuki imkânlardır. Bu hukuki imkânlardan birine başvurulabilmesi için öncelikle aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekir.

B. Alacaklının Temerrüdünün Şartları

1. İfası mümkün bir borç olmalıdır

Alacaklının temerrüdü için, öncelikle ifası mümkün bir borç söz konusu olmalıdır²¹. Alacaklının davranışıyla ifa imkânsızlaşmışsa bu durumda alacaklının temerrüdü söz konusu olmaz²². Buna göre, alacaklının temerrüdü için her şeyden önce ifa edilebilir bir borcun varlığı gerekir²³.

²⁰ Eren, Borçlar Genel, s.1024. TBK md.408 hükmü uyarınca, işveren iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez ancak işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretten indirilir. Bu hüküm, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine karşılık gelmektedir. Bu hüküm, işverenin alacaklı sıfatıyla temerrüdü halinde söz konusu olan ve işçinin menfaatini gözeten özel bir hüküm niteliğindedir. Bkz. Serozan, İfa, s.151. Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gamze Turan, "İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 21, Sayı 5-6, 2008, s.31-59. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 1.2.1984, 9-761/52: "Alacaklının temerrüdü hakkındaki genel hükümden (BK 90) ayrı olarak iş sahibinin temerrüdünün özel bir şekilde düzenleyen BK'nin 325. maddesi İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur" hükmünü içermektedir. Görülüyor ki, buyurucu nitelikte olmayan bu maddenin ilk fıkrası aynı Yasanın 90. maddesinin, hizmet sözleşmesindeki bir uygulama yeridir. İş sahibinin gerçekleşecek temerrüdünün sonucu olarak işçi bu maddeyle dayanarak, gerçekten iş görmüşçesine ücret istemek hakkına sahip olur. Bununla birlikte, sözleşmenin yerine getirilmesinden kurtulması, işçinin tamamıyla başka bir iş tutmaması gerektiği sonucunu vermez. Çalışma gücü serbest kaldığı için, işçi diğer bir iş bulmak yoluna gidecek ve o işten sağlayacağı kazancı müttemerrit işverenden alacağı ücretinden indirecektir. Ancak burada işçinin sadece mutat iş zamanı içinde kazandığı para söz konusudur. Yoksa onun, örneği pazar günleri yardımcı garson olarak çalışması sonucu elde ettiği para, isteyeceği ücretten düşülemez. Bu arada işçinin işini yapmaması yüzünden tasarruf ettiği giderler de ücretinden indirilir. Bu giderlerin içine yol giderleri, gereç ve malzeme (hammadde) giderleri girer. Öte yandan, işçinin kazanmaktan kasten kaçındığı para dahi mahsup işlemine tabi tutulacaktır" (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016).

²¹ Cansel/Özel, s.262-263; Serozan, İfa, s.144; Üçer, s.66 vd.

²² Eren, Borçlar Genel, s.1012; Cansel/Özel, s.262-263. "... ifa imkansızlığıyla alacaklı temerrüdü birbirlerini iterler ve dışlarlar. Birinin olduğu yerde ötekisi olmaz" (Serozan, İfa, s.144).

²³ Cansel/Özel, s.263; Serozan, İfa, s.144; Üçer, s.63 vd.; Koç, s.84.

2. Borçlu tarafından borcun gereği gibi ifası alacaklıya teklif edilmiş olmalıdır

Alacaklının temerrüdünden bahsedebilmek için, borçlu tarafından borcun gereği gibi ifası alacaklıya teklif edilmiş olmalıdır²⁴. Böylelikle borçlu, ifaya hazır ve istekli olduğunu kanıtlamış olur²⁵. Borçlu tarafından alacaklıya teklif edilen ifanın *gereği gibi* olması için, teklif edilen ifanın; ifanın konusu²⁶, ifanın tarafları²⁷, ifa yeri²⁸ ve ifa zamanı gibi ifanın unsurlarına uygun olması gerekir²⁹. Örneğin TBK md.83 uyarınca borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Ancak borçlunun borcunu şahsen ifa etmek zorunda olduğu bir edim söz konusu ise, ifanın üçüncü bir kişi tarafından alacaklıya teklif edilmesi halinde, bu ifanın *gereği gibi bir ifa* olduğundan bahsedilemez. İşte bu gibi hallerde, *borçlu tarafından borcun gereği gibi ifasının alacaklıya teklif edilmiş olması* şartı gerçekleşmediğinden alacaklı temerrüde düşmez. Çünkü alacaklının temerrüdünden bahsedebilmek için, gereği gibi ifaya ilişkin bütün yükümlülüklerin borçlu tarafından yerine getirilmiş olması gerekir. Yani alacaklıya yalnızca ifayı kabul etmek kalmalıdır³⁰.

Bazı hallerde ifa teklifinin fiilen yapılması gerekirken, bazı hallerde sözlü olarak yapılması yeterlidir³¹. Örneğin TBK md.89 uyarınca para borcu, aksine bir anlaşma olmadıkça, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilir. Yani borçlunun, alacaklının yerleşim yerine gidip parayı alacaklıya sunması gerekir. Öte yandan cins borcu, borcun doğumu esnasında borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir. Buna göre, borçlunun alacaklıya sözlü olarak ifaya hazır olduğunu bildirmesi yeterlidir. Eğer belirli veya kesin vadeli bir işlem söz konusu ise borçlunun alacaklıya ifaya hazır olduğunu bildirmesine de gerek yoktur; aranacak borçlarda alacaklının borç konusu şeyi gidip teslim almaması halinde alacaklının temerrüdü söz konusu olur³². Alacaklının haksız yere sözleşmenin geçersiz olduğunu veya kendisinin sözleşme ile bağlı olmadığını beyan etmesi halinde de borçlunun alacaklıya ifaya hazır olduğunu bildirmesine gerek

²⁴ Becker, Art.91, N.17; Kılıçoğlu, s.689; Eren, Borçlar Genel, s.1013; Oğuzman/Öz, s.351; Ayan, Borçlar, s.330; Hatemi/Gökyayla, s.240; Cansel/Özel, s.263; Serozan, İfa, s.143; Koç, s.95.

²⁵ Weber, Art.91, N.80, 96; Schraner, Art.91-C-E, N.60, 64, 74; Eren, Borçlar Genel, s.1013; Üçer, s.82.

²⁶ Yarg. 11. HD., 1.2.1999, 8841/295 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016).

²⁷ Yarg. 12. HD., 18.9.1996, 9466/10570 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016); Yarg. 12. HD., 23.3.1992, 9742/3521 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016).

²⁸ Yarg. 15. HD., 23.10.2014, 594/6018 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016); Yarg. 12. HD., 15.2.2005, 1431/2711 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016).

²⁹ Schraner, Art.91-C-E, N.60; Eren, Borçlar Genel, s.1013; Kılıçoğlu, s.689; Oğuzman/Öz, s.351; Ayan, Borçlar, s.330; Cansel/Özel, s.263; Üçer, s.96 vd.

³⁰ Becker, Art.91, N.1; Kılıçoğlu, s.689; Eren, Borçlar Genel, s.1014; Serozan, İfa, s.143.

³¹ Becker, Art.91, N.7; Schraner, Art.91-C-E, N.64; Oğuzman/Öz, s.352; Eren, Borçlar Genel, s.1014; Kılıçoğlu, s.690; Hatemi/Gökyayla, s.240; Cansel/Özel, s.264; Serozan, İfa, s.143; Nomer, s.250; Üçer, s.82; Koç, s.100.

³² Schraner, Art.91-C-E, N.108; Becker, Art.91, N.17; Eren, Borçlar Genel, s.1014; Serozan, İfa, s.143; Üçer, s.93 vd.

yoktur; alacaklının bu yöndeki beyanları, alacaklının temerrüdü için yeterli kabul edilmelidir³³.

3. Alacaklı borçlu tarafından kendisine teklif edilen gereği gibi ifayı kabul etmekten kaçınmalıdır

Alacaklının temerrüdü için gerçekleşmesi gereken bir diğer şart, alacaklının borçlu tarafından kendisine teklif edilen gereği gibi ifayı kabul etmekten kaçınması yani ifayı reddetmesidir³⁴.

Borçlunun borcunu gereği gibi ifa edebilmesi için alacaklının kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması da ifanın reddidir³⁵. Örneğin bir otomobilin periyodik bakımının yapılabilmesi için otomobilin servise teslim edilmesi gerekir. Otomobilin servise teslimi, alacaklının kendisi tarafından yapılması gereken bir hazırlık fiildir. Otomobil teslim edilmediği sürece, borçlunun borcunu ifa etmesi düşünülemez. Benzer şekilde, seçim hakkı alacaklıda bulunan seçimlik borçlarda, alacaklı seçim hakkını kullanıp borçluya bildirmedikçe, borçlu borcunu ifa edemez³⁶. Böyle bir durumda borçlu, sözleşmeden dönebilir³⁷.

4. Alacaklının borçlu tarafından kendisine teklif edilen ifayı kabul etmekten kaçınması haklı bir sebebe dayanmamalıdır

Alacaklının borçlu tarafından kendisine teklif edilen gereği gibi ifayı kabul etmekten kaçınmasının alacaklı temerrüdüne neden olabilmesi için, bu kaçınmanın haklı bir sebebe dayanmaması gerekir³⁸. Sebebin haklı olup olmaması, somut olaya göre değişir. Özellikle borçlu tarafından teklif edilen ifanın; ifanın konusu, ifanın tarafları, ifa yeri ve ifa zamanı gibi ifanın unsurlarına uygun olmaması halinde alacaklının ifayı reddi haklı sebebe dayanır³⁹. Bu nok-

³³ Kılıçoğlu, s.690; Oğuzman/Öz, s.352; Nomer, s.250. Buna karşılık bazı yazarlara göre, alacaklının haksız yere sözleşmenin geçersiz olduğunu veya kendisinin sözleşme ile bağlı olmadığını beyan etmesi halinde, ifa teklifinin sözlü olarak yapılması gerekli ve yeterlidir. Bkz. Serozan, İfa, s.143; Üçer, s.86-87, 88 vd.; Cansel/Özel, s.264; Koç, s.150-151.

³⁴ Becker, Art.91, N.18; Eren, Borçlar Genel, s.1015; Kılıçoğlu, s.690; Oğuzman/Öz, s.350; Ayan, Borçlar, s.331; Hatemi/Gökyayla, s.240; Cansel/Özel, s.264; Üçer, s.118; Koç, s.153.

³⁵ Becker, Art.91, N.18; Eren, Borçlar Genel, s.1015; Kılıçoğlu, s.690-691; Oğuzman/Öz, s.352; Ayan, Borçlar, s.331; Hatemi/Gökyayla, s.240; Koç, s.153. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 7.6.1984, 1616/2006 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016).

³⁶ Becker, Art.91, N.20; Oğuzman/Öz, s.352-353, 362; Eren, Borçlar Genel, s.1015; Üçer, s.90.

³⁷ Oğuzman/Öz, s.362; Koç, s.144-145. Bu konuya ilişkin farklı çözüm yolları için bkz. Üçer, s.90 vd.; Koç, s.138 vd.

³⁸ Becker, Art.91, N.22; Eren, Borçlar Genel, s.1015; Kılıçoğlu, s.691; Oğuzman/Öz, s.353; Ayan, Borçlar, s.331; Hatemi/Gökyayla, s.240; Serozan, İfa, s.146; Üçer, s.121; Koç, s.155-156. Ayrıca bkz. Yarg. 12. HD., 6.2.1996, 1550/1657 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016); Yarg. 15. HD., 11.4.2005, 1252/2157 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016); Yarg. 6. HD., 20.5.2003, 3426/3585 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016); Yarg. 12. HD., 12.1.1981, 8137/18 (<http://www.kazanci.com>, 30 Mayıs 2016).

³⁹ Kılıçoğlu, s.691; Ayan, Borçlar, s.331; Hatemi/Gökyayla, s.240. Buna karşılık Oğuzman/Öz'e göre, kaçınmanın haklı bir sebebe dayanması ile gereği gibi teklif edilmeyen ifanın reddi birbirine karıştırılmamalıdır; gereği gibi teklif edilmeyen ifayı kabul etme-

tada önemle belirtmek gerekir ki alacaklının temerrüdü için, alacaklının kendisine teklif edilen ifayı kabul etmekten kaçınmasının objektif bir sebebe dayanmaması yeterlidir; alacaklının kendisine teklif edilen ifayı kabul etmekten kaçınmada kusurlu olması gerekmez⁴⁰. Örneğin alacaklının ayırt etme gücünü kaybetmesi nedeniyle borçlu tarafından kendisine teklif edilen ifayı reddetmesi halinde durum böyledir⁴¹.

C. Somut Olayın Alacaklının Temerrüdü Bakımından İncelenmesi

İnceleme konusu Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararında, alt temel, temel ve bitümlü sıcak karışım asfalt yapım işi için, 30.3.2011 tarihinde K. Belediyesi tarafından bir ihale yapıldığı ve bu ihalenin davalı yüklenici uhdesinde kaldığı; 30.3.2011 tarihinde gerçekleşen ihale uyarınca, davalı yüklenici ile iş sahibi K. Belediyesi arasında asfalt plenti tesisinin kurulmasına ilişkin 12.4.2011 tarihli sözleşmenin imzalandığı; bu sözleşme uyarınca, davalı yüklenicinin 20.6.2011 tarihinde sözleşme konusu tesisi iş sahibi K. Belediyesi'ne teslim etmesi gerektiği belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesi uyarınca eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Eser sözleşmesi, iş görme borcu doğuran sözleşmelerdendir. Eser sözleşmesinde yüklenici, belirli bir sonucu meydana getirmeyi borçlanır. Buna göre, davalı yüklenici ile davacı iş sahibi K. Belediyesi arasındaki sözleşme bir eser sözleşmesidir. Davalı yüklenici ile davacı iş sahibi K. Belediyesi arasında kurulan 12.4.2011 tarihli eser sözleşmesi uyarınca, davalı yüklenicinin borcu alt temel, temel ve bitümlü sıcak karışım asfalt yapım işi için asfalt plenti tesisini kurmak ve 20.6.2011 tarihinde davacı iş sahibi K. Belediyesi'ne teslim etmektir.

İnceleme konusu Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararında, davalı yüklenici tarafından K. Belediyesi'ne ait şantiye sahasına yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının getirilmiş olduğu ancak sözleşmede belirtilen 20.6.2011 tarihinde asfalt plenti tesisinin davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibi K. Belediyesi'ne teslim edilmediği; bunun üzerine iş sahibi tarafından sözleşmenin feshedildiği belirtilmiştir. Buradan, davalı yüklenicinin sözleşmeyi ihlal ettiği ve temerrüde düştüğü anlaşılmaktadır.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde alacaklının borçluya karşı başvurabileceği birtakım hukuki imkânlar söz konusudur. Bunlardan biri de borçlunun ifaya zorlanması, başka bir deyişle aynen ifa ve cebri icradır. Öte yandan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrü-

mekte alacaklı şüphesiz haklıdır; ancak bu durumda alacaklının temerrüdü için aranacak ilk şart, yani borçlu tarafından borcun gereği gibi ifasının alacaklıya teklif edilmiş olması şartı gerçekleşmemiş olur; bu noktada önemli olan, gereği gibi teklif edilen ifayı alacaklının kabul etmemekte haklı olabileceği bir durumun olup olmadığıdır (s.353-354). Oğuzman/Öz'e göre, " ... faizler ödenmeden ana parayı ödemek isteyen borçlunun ifa teklifini reddetmekte de alacaklı haklıdır ve bu konu ifanın usulüne uygun arzı ile değil, kabul etmemenin haklı sebebe dayanması ile ilgilidir" (s.354). Bu konu hakkında ayrıca bkz. Becker, Art.91, N.23.

⁴⁰ Becker, Art.91, N.24; Oğuzman/Öz, s.353; Eren, Borçlar Genel, s.1015; Hatemi/Gökyayla, s.239; Cansel/Özel, s.264; Serozan, İfa, s.145; Üçer, s.121; Koç, s.155.

⁴¹ Eren, Borçlar Genel, s.1016; Üçer, s.122; Koç, s.157.

dü halinde uygulama alanı bulan TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı, borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirebilir, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir. Bunun yanı sıra, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı sözleşmeden dönebilir. Somut olayda da davalı yüklenicinin temerrüdü üzerine davacı iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığı anlaşılmaktadır.

TBK md.125 f.3 uyarınca sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Yani sözleşmeden dönme sonucunda, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ifa edilen edimler bakımından geri verme borcu ortaya çıkar⁴².

İnceleme konusu Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararına konu olan uyumsuzluk bakımından alacaklı temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi noktasında üzerinde durulması gereken husus ise, davalı yüklenicinin temerrüdü üzerine davacı iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sonucunda davacı iş sahibi bakımından bir geri verme borcunun söz konusu olup olmadığıdır. Yani somut olayda, yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesinin, davalı yüklenicinin ediminin ifası niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, taraflar arasında söz konusu olan sözleşme, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği bir eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesi, hâkim görüşe göre⁴³, ani edimli bir sözleşmedir. Bazen eserin meydana getirilebilmesi için, uzun bir zamana ihtiyaç duyulur. Buna karşılık, eserin meydana getirilebilmesi için uzun bir zamana ihtiyaç duyulması, eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme olma niteliğini değiştirmez⁴⁴. Çünkü eser sözleşmesinde yüklenici, asli edim yükümlülüğü olarak, iş görme borcuna dayalı bir edim sonucunu borçlanır; buradaki edim sonucu ise, meydana getirilen eserin iş sahibine teslimidir⁴⁵. Yüklenicinin eseri meydana getirme faaliyeti ise, ifaya hazırlıktır⁴⁶.

⁴² Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Basım, İstanbul, 2007, s.511 vd.

⁴³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Basım, Ankara, 2014, s.582; Aydın Zevkililer/K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Basım, Ankara, 2015, s.502; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt II, 3. Basım, İstanbul, 2014, s.3; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 19. Basım, İstanbul, 2014, s.994; Köksal Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, 1. Basım, Ankara, 2014, s.54; K. Emre Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, 1. Basım, İstanbul, 2009, s.17.

⁴⁴ Eren, *Borçlar Özel*, s.583; Zevkililer/Gökyayla, s.502-503; Gümüş, s.3; Kocaağa, s.54.

⁴⁵ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 5. Basım, İstanbul, 2010, s.1; Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 9. Basım, İstanbul, 2015, s.18; Zevkililer/Gökyayla, s.502; Gümüş, s.3; Yavuz, s.986; Kocaağa, s.54.

⁴⁶ Gümüş, s.3. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 3.12.1998, 3572/452 (karşı oy yazısı) ve Yarg. 15. HD., 3.12.1998, 3574/4522 (karşı oy yazısı): "Ani edimli istisna (eser) sözleşmelerinde ifa, bir bütündür. Ancak, üstlenilen eserin bitirilip, teslimi halinde ifa gerçekleşir. Daha önceki çalışmalar, bir kısım işlerin yapılması; ifa olmayıp, ifaya hazırlıktır. Bu nedenle, olayda kısmi ifadan da söz edilemez" (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016).

Somut olayda yüklenicinin borcu, iş sahibinin arsası üzerine asfalt plenti tesisi kurmak ve iş sahibine teslim etmektir. Buna göre, asfalt plenti tesisinin kurulması için, yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesi, edimin ifası olarak değil, ifaya hazırlık olarak değerlendirilmelidir.

Acar, ifaya hazırlık aşamasını ön hazırlık ve eseri teslim hazırlık olmak üzere ikiye ayırmaktadır⁴⁷. *Acar*'a göre⁴⁸, eserin meydana getirilmeye başlanması, yüklenicinin teslim borcuna hazırlık niteliğindedir ve yüklenicinin teslim borcunun ifasını mümkün kılan bir işleve sahiptir; buna karşılık, eser yüzde sıfır düzeyindeyken eserin meydana getirilmeye başlanmış olduğundan bahsedilemez; örneğin yüklenicinin binayı inşa etmek için demir tedarik etmesi halinde durum böyledir; böyle bir durumda ise ancak ön hazırlık faaliyetlerinden bahsedilebilir. İnceleme konusu Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararında da sözleşme konusu asfalt plenti tesisinin kurulum aşamasına ilişkin herhangi bir veriye rastlanmamaktadır; yalnızca davalı yüklenici tarafından yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesinden bahsedilmektedir. Buradan, davalı yüklenicinin sözleşme konusu asfalt plenti tesisini kurmaya henüz başlamadığı; yalnızca bu tesisin kurulumu için gerekli olan malzemeleri tedarik ettiği anlaşılmaktadır. Yani yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesi, ifaya hazırlık aşamasının ön hazırlık kısmını oluşturmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, alacaklının temerrüdü için, öncelikle ifası mümkün bir borç söz konusu olmalıdır. Somut olayda ise, yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesi edimin ifası niteliğinde olmadığından, davalı yüklenicinin temerrüdü üzerine davacı iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sonucunda davacı iş sahibi bakımından bir geri verme borcu söz konusu değildir. Başka bir deyişle, davacı iş sahibi geri verme borcunun borçlusu olmadığı gibi, davalı yüklenici de geri verme borcunun alacaklısı değildir. Sonuç olarak, somut olayda alacaklının temerrüdü bakımından aranan şartlar gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararında alacaklı temerrüdünün özel sonuçlarından olan borçlunun borçlanılan şeyi satma hakkını kullanıp kullanamayacağına incelenmesi, hukuken hatalıdır.

D. Somut Olaydaki Hukuki Uyuşmazlığın Tespiti

Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, malik malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir⁴⁹. Eşyanın malikin zilyetliğinde bulunduğu ancak malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasının haksız olarak kısıtlandığı veya engellendiği hallerde,

⁴⁷ Faruk Acar, "Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 134, 2013, s.3.

⁴⁸ Acar, s.3.

⁴⁹ Elatmanın önlenmesi davası, Alman Medeni Kanunu'nun 1004. maddesinde, İsviçre Medeni Kanunu'nun ise 641. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

elatmanın önlenmesi davası malike, bu elatmaya başka bir deyişle müdahaleye karşı kendisini koruma imkânı tanır⁵⁰. Elatmanın önlenmesi davasının amacı, herhangi bir elatma (müdahale) olmaksızın, malikin taşınır veya taşınmaz bir malını kullanmasını ve ondan yararlanmasını sağlamaktır⁵¹. Eğer müdahale eşya üzerindeki hâkimiyetin tamamen kaybedilmesine yol açmış ise bu durumda istihkak davasının açılması gerekir⁵².

Elatmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için, öncelikle devam etmekte olan bir elatma yani malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasının kısıtlanması, engellenmesi veya ileride malikin mülkiyet hakkına yönelik böyle bir müdahale ihtimali söz konusu olmalıdır⁵³. Bu davanın açılabilmesi için, elatmanın haksız olması gerekir⁵⁴. Ancak eşyaya haksız olarak elatan kişinin kusurlu olması şart değildir⁵⁵. Malikin elatmaya katlanma yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde ise bu dava açılmaz; elatmaya katlanma yü-

⁵⁰ Stephan Wolf, Art.641-645; Art.884-906 ZGB, in; Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich, 2011, Art.641, N.9; Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin Heidelberg, 2007, s.364; Jan Wilhelm, Sachenrecht, 4. Auflage, Berlin New York 2010; N.1363; Thomas Zerres, Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Berlin Heidelberg, 2013, s.389; Ruth Arnet/Eva Maria Belsler, Sachenrecht (Art.641-977 ZGB), in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich, 2012, Art.641, N.39; Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: das Sachenrecht, 1. Abteilung: das Eigentum, Art.641-729 ZGB, Zürich, 1977, Art.641, N.39; Max Baumann, Sachenrecht, 1. Auflage, Zürich, 2008, s.36; Vito Roberto/Stephanie Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, Bern, 1. Auflage, 2009, N.105; Christian Baldus, §§985-1007 (Ansprüche aus dem Eigentum), in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 6: Sachenrecht, 5. Auflage, München, 2013, BGB § 1004, Rn.2; Necla Giritlioğlu, Müdahalenin Men'i (El Atmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul, 1984, s.7; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 1. Basım, Ankara, 2013, s.276; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 15. Basım, İstanbul, 2012, s.285; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 3. Basım, Ankara, 2014, s.42-43; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II (Mülkiyet), 7. Basım, Konya, 2014, s.127; Hasan Erman, Eşya Hukuku Dersleri, 5. Basım, İstanbul, 2014, s.59; Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, 4. Basım, Ankara, 2008, s.164; Talih Uyar, "Yargıtay Kararlarında Elatmanın Önlenmesi (Men'i Müdahale) ve İstihkak Davaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.1, 2000, s.99; Eraslan Özkaya, Açıklamalı-İçtihatlı Elatmanın Önlenmesi Davaları II, 3. Basım, Ankara, 2012, s.19; Hüseyin Hatemi/Aydın Aybay, Eşya Hukuku, 3. Basım, İstanbul, 2012, s.123-124; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 10. Basım, İzmir, 2012, s.211.

⁵¹ Eren, Mülkiyet, s.43; Sirmen, s.276; Özkaya, s.19; Giritlioğlu, s.8, 52 vd.

⁵² Giritlioğlu, s.7, 10, 25 vd., 127 vd.; Esener/Güven, s.164; Ayan, Mülkiyet, s.128; Özkaya, s.30.

⁵³ Wieling, s.372; Eren, Mülkiyet, s.43; Sirmen, s.276; Özkaya, s.23; Giritlioğlu, s.11.

⁵⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.286; Sirmen, s.276; Eren, Mülkiyet, s.44; Esener/Güven, s.164; Uyar, s.100; Erman, s.59; Özkaya, s.22; Giritlioğlu, s.11.

Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 14.2.2007, 1-72/74 (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016).

⁵⁵ Wolf, Art.641, N.9; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.641, N.40; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.286; Sirmen, s.276; Eren, Mülkiyet, s.43; Ayan, Mülkiyet, s.128; Uyar, s.100; Erman, s.59; Özkaya, s.22; Zerres, s.391. Yarg. HGK., 21.12.2005, 5-702/746: "Taşınmaza yapılan elatmanın mutlaka kusura dayanması gerekmez. Ancak söz konusu elatma haksız olmalıdır" (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016). Detaylı bilgi için bkz. Wilhelm, N.1366.

kümlülüğü, bir aynı haktan⁵⁶, bir kişisel haktan⁵⁷, komşuluk hukukundan⁵⁸ veya kamu hukukundan⁵⁹ doğabilir⁶⁰.

Elatmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için, malikin zarara uğraması gerekmez ancak malik elatma nedeniyle zarar uğramışsa, elatma sona erse dahi eşyaya haksız olarak elatan kişiden uğramış olduğu zararın tazminini isteyebilir⁶¹. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki burada açılacak tazminat davası, elatmanın önlenmesi davasından farklıdır ve genel hükümlere tabidir⁶².

Elatmanın önlenmesi davası, hem taşınır hem de taşınmaz mallar için açılabilir⁶³. Elatmanın önlenmesi davasıyla malik, eşyasına haksız olarak elatan kişiden bu duruma bir son vermesini ister⁶⁴. Elatmanın önlenmesi davası aynı bir davadır. Bu nedenle bu davanın açılması herhangi bir süreye bağlı değildir⁶⁵. Ancak bu dava, mülkiyete yönelik saldırı veya saldırı tehlikesi devam

⁵⁶ Örneğin elatmaya katlanma yükümlülüğü geçit irtifakından kaynaklanabilir. Bkz. Yarg. 14. HD., 4.2.2008, 767/931: “Türk Medeni Kanununun 683. maddesi hükmüne bir şeye malik olan kimse hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir. Görülüyor ki, malikin açacağı elatmanın önlenmesi davasının başarı ile sonuçlanabilmesi için hasım tarafın elatmasının haksız olması gerekir. Somut olayda, davalının aynı yer mahkemesinin 2004/585 esasında Türk Medeni Kanununun 747. maddesine dayanarak geçit hakkı istemi ile davalı aleyhine dava açtığı, bu davanın yargılaması sırasında mahkemece 24.04.2007 tarihinde tedbir kararı ile yararına geçit hakkı tanındığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin tedbir yoluyla davalıya geçit sağladığı yer 20.02.2007 tarihli krokide A harfi ile gösterilen bölümdür. Dolayısı ile davalının bu bölüme yasaya aykırı bir şekilde elattığı düşünülemez” (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016).

⁵⁷ Kira sözleşmesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Yarg. 6. HD., 27.3.2014, 910/3881: “Davacının kendi kiracısı ile düzenlediği kira sözleşmesi usulüne uygun olarak feshedilmediğinden veya kiracının tahliyesi için tahliye davası açılmadığından sözleşme tüm hükümleri ile geçerli olup tarafları bağlar. Kiralayan tarafından düzenlenen tek taraflı feshi ihbar ile kira sözleşmesinin sona erdirilmesi ve buna bağlı olarak davalı alt kiracının fuzuli şağil olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Davacı kendi kiracısına yönelik akdin feshi ve tahliye davası açtığından veya sözleşmenin karşılıklı olarak feshedildiğinden bahsetmemiştir. Bu durum karşısında alt kiracı olan davalının kullanma hakkını yitirdiğinden söz edilemeyeceğinden davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabul kararı verilmesi doğru değildir. Öte yandan davalı aynı zamanda taşınmazın 1/4 paydaşı olan dava dışı H. H.’nin da kiracısı olup, davalının bu paya yönelik kiracılığının devam ettiğinin gözetilmemesi de hatalıdır. Hükmün bu nedenlerle bozulmalıdır” (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016).

⁵⁸ Yarg. 14. HD., 21.7.2011, 8282/9670 (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016).

⁵⁹ Yarg. 8. HD., 22.9.2003, 5261/5697 (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016); Yarg. 14. HD., 18.2.2008, 16033/1834 (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016).

⁶⁰ Wilhelm, N.1364; Zerres; s.390; Giritlioğlu, s.74 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.286; Sirmen, s.277; Özkaya, s.22.

⁶¹ Giritlioğlu, s.128; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.287; Sirmen, s.276; Eren, Mülkiyet, s.43; Ayan, Mülkiyet, s.128; Özkaya, s.23.

⁶² Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.641, N.44; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.287; Sirmen, s.276; Eren, Mülkiyet, s.43; Esener/Güven, s.165; Erman, s.59; Ayan, Mülkiyet, s.128-129; Özkaya, s.23.

⁶³ Sirmen, s.277; Ayan, Mülkiyet, s.129.

⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.287; Esener/Güven, s.165.

⁶⁵ Arnet/Belser, Art.641, N.44; Baumann, s.36; Sirmen, s.277; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.287; Ayan, Mülkiyet, s.129; Erman, s.59; Uyar, s.100; Özkaya, s.23-24; Hattemi/Aybay, s.123; Ertaş, s.211; Giritlioğlu, s.99.

ederken açılabilir⁶⁶. Bu davanın sonunda, eşyaya haksız olarak elatan davalının mevcut elatmaya son vermesine ya da ileride gerçekleşme ihtimali bulunan elatmadan kaçınmasına karar verilir. Bu yönüyle elatmanın önlenmesi davası, bir eda davasıdır⁶⁷.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararına konu olan olayda, taraflar arasında bir eser sözleşmesinin bulunduğu ve bu sözleşme uyarınca davalı yüklenicinin borcunun, davacı iş sahibine ait şantiye sahasına asfalt plenti tesisi kurmak olduğu yukarıda ifade edilmişti. Sözleşme konusu asfalt plenti tesisinin kurulması için gerekli olan şeylerin davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesine ve buraya bırakılmasına, eser sözleşmesinin devamı süresince, davacı iş sahibinin katlanma yükümlülüğü söz konusudur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşme konusu asfalt plenti tesisinin kurulması için davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibi K. Belediyesi'ne ait şantiye sahasına yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacası getirilmiştir. Ancak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararından, sözleşmede belirtilen 20.6.2011 tarihinde asfalt plenti tesisinin davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibi K. Belediyesi'ne teslim edilmediği; davalı yüklenicinin sözleşmeyi ihlal ederek temerrüde düştüğü ve davalı yüklenicinin temerrüdü üzerine, TBK md.125 f.3 uyarınca davacı iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığı anlaşılmaktadır. Bu husus, yukarıda incelenmişti. Burada dikkat edilmesi gereken husus, davacı iş sahibinin sözleşmeden dönmesiyle, taraflar arasındaki eser sözleşmesi ilişkisinin ve buna bağlı olarak, davalı yüklenici tarafından şantiye sahasına getirilip buraya bırakılan şeylere katlanma yükümlülüğünün ortadan kalktığıdır. Davacı iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden sonra, davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibinin şantiye sahasına getirilen şeylerin burada bulunması, artık geçerli bir hukuki sebebe dayanmamaktadır. O halde, davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibinin şantiye sahasına getirilen şeylerin burada bulunması, davacı iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden sonra, malikin yani davacı iş sahibi K.Belediyesi'nin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasının haksız olarak kısıtlanması ve engellenmesidir. Bu durumda, davalı yükleniciye yönetilmesi gereken dava, elatmanın önlenmesi davasıdır⁶⁸.

⁶⁶ Arnet/Belser, Art.641, N.44; Wieling, s.372; Zerres, s.391; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.287; Esener/Güven, s.164; Giritlioğlu, s.14; Ayan, Mülkiyet, s.134-135; Özkaya, s.22-23.

⁶⁷ Giritlioğlu, s.103; Sirmen, s.278; Eren, Mülkiyet, s.43; Ayan, Mülkiyet, s.129; Özkaya, s.23.

⁶⁸ "Elatan kişi geçersiz bir hukuki sebebe dayanıyorsa elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Yeter ki, mülkiyet hakkını doğrudan veya dolayısıyla menfi yönden etkileyen bir durum yaratılmış olsun" (Özkaya, s.22). "... başkasının taşınmazına inşaat yapan kişi inşaatı yapmaktan vazgeçip terk etse dahi inşaatın enkazı taşınmazda kaldığı süre elatma devam etmiş sayılır" (Özkaya, s.23). Somut olaya benzer şekilde, sözleşmenin geçersiz olması halinde elatmanın önlenmesi davasının açılacağı hakkında bkz. Yarg. 13. HD., 23.6.1997, 5366/5703 (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016).

Kaldı ki Yargıtay tarafından, davacıya ait bir taşınmazın davalı tarafından kullanılmasına rıza gösterilmesinden sonra davacı tarafından elatmanın önlenmesi davasının açılacağı kabul edilmekte ve böyle bir durumda elatmanın önlenmesi davasının açılması, davacının muvafakatini geri aldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. Yarg. HGK., 21.6.2000, 1-994/1060 (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016); Yarg. 1. HD., 14.12.2006, 11111/12595 (<http://www.kazanci.com>, 28 Haziran 2016).

Ancak somut olayda davacı iş sahibi tarafından alacaklının temerrüdünün özel sonuçlarına başvurulduğu görülmektedir. Oysa somut olayda, alacaklının temerrüdünün şartları oluşmamıştır.

Eşyaya zilyet olan malik, elatmanın önlenmesi davasının yanı sıra TMK md.983 hükmü uyarınca, zilyetlik davalarından saldırının önlenmesi davasını da açabilir. Bu iki dava arasında yarışma olduğu kabul edilmektedir⁶⁹. Zilyetlik davalarından saldırının önlenmesi davası, iki aylık ve bir yıllık süreye tabidir (TMK md.984). Buna karşılık, elatmanın önlenmesi davası aynı bir davadır. Bu nedenle bu davanın açılması herhangi bir süreye bağlı değildir⁷⁰. İlgili Yargıtay kararından, davacı iş sahibinin sözleşmeden ne zaman döndüğü ve davalı yükleniciye karşı bu davayı ne zaman açtığı anlaşılammamaktadır. Bu nedenle dava tarihi itibarıyla, davacı iş sahibinin, zilyetlik davalarından saldırının önlenmesi davasını da açma hakkına sahip olup olmadığı hususunun incelenmesi mümkün değildir.

VI. Sonuç

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararına konu olan olayda, taraflar arasında bir eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eser sözleşmesinde yüklenici, asli edim yükümlülüğü olarak, iş görme borcuna dayalı bir edim sonucunu borçlanır; buradaki edim sonucu, meydana getirilen eserin iş sahibine teslimidir. Yüklenicinin eseri meydana getirme faaliyeti ise, ifaya hazırlıktır. Somut olayda yüklenicinin borcu, iş sahibinin arsası üzerine asfalt plenti tesisi kurmak ve iş sahibine teslim etmektir. Buna göre, asfalt plenti tesisinin kurulması için, yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesi, edimin ifası değil, ifaya hazırlıktır.

Yedi adet bitüm tankı ile bir adet kızgın yağ jeneratörü ve bacasının davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesi edimin ifası niteliğinde olmadığından, davalı yüklenicinin temerrüdü üzerine davacı iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sonucunda, davacı iş sahibi bakımından bir geri verme borcu söz konusu değildir. Yani davacı iş sahibi geri verme borcunun borçlusu olmadığı gibi, davalı yüklenici de geri verme borcunun alacaklısı değildir. Oysa alacaklının temerrüdü için, *her şeyden önce* ifa edilebilir bir borç söz konusu olmalıdır. O halde, somut olayda alacaklının temerrüdü bakımından aranan şartlar gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2015 tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 sayılı kararında alacaklı temerrüdünün özel sonuçlarından olan borçlunun borçlanılan şeyi satma hakkını kullanıp kullanamayacağının incelenmesi, hukuken hatalıdır. Kaldı ki ilk derece mahkemesi tarafından, davacının tevdi edeceği herhangi bir şeyin olmadığı; sözleşmenin konusunun davalı yüklenicinin üreteceği bir iş olduğu; davalı yüklenici tarafından da bu işin üretilmediği; bu nedenle satılacak her-

⁶⁹ Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, 6. Basım, Ankara, 2012; s.234-235; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku I (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 11. Basım, Konya, 2014, s.98, 104; Ayan, Mülkiyet, s.128; Erman, s.59; Sirmen, s.277; Eren, s.47; Giritlioğlu, s.134.

⁷⁰ Sirmen, s.277; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.287; Ayan, Mülkiyet, s.129; Erman, s.59; Uyar, s.100; Giritlioğlu, s.99.

hangi bir şeyden söz edilemeyeceği; davalının başka mal varlığı değerlerinin de satılamayacağı gerekçesi ile dava reddedilmiştir.

Sözleşme konusu asfalt plenti tesisinin kurulması için gerekli olan şeylerin davalı yüklenici tarafından davacı iş sahibine ait şantiye sahasına getirilmesine ve buraya bırakılmasına, eser sözleşmesinin devamı süresince, davacı iş sahibinin katlanma yükümlülüğü söz konusudur. Ancak davacı iş sahibinin sözleşmeden dönmesiyle, taraflar arasındaki eser sözleşmesi ilişkisi ve buna bağlı olarak davacı iş sahibinin, davalı yüklenici tarafından şantiye sahasına getirilip buraya bırakılan şeylere katlanma yükümlülüğü de sona ermiştir. O halde, davalı iş sahibi tarafından getirilen bu şeylerin davacı iş sahibine ait şantiye sahasında bulunmasının geçerli bir hukuki sebebi artık yoktur. Davalı tarafından getirilen bu şeylerin davacının şantiye sahasında bulunması, malikin yani davacı iş sahibinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasını haksız olarak kısıtlamakta ve engellemektedir. Buradan hareketle, davalı yükleniciye yönetilmesi gereken davanın elatmanın önlenmesi davası olduğu kanaatine ulaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Basım, Ankara, 2015.

Aydın Zevkiliiler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Basım, Ankara, 2015.

Cengiz Kostakoğlu, İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. Basım, İstanbul, 2015.

Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 19. Basım, İstanbul, 2014.

Christian Baldus, §§985-1007 (Ansprüche aus dem Eigentum), in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 6: Sachenrecht, 5. Auflage, München, 2013. (MüKoBGB/Baldus BGB § 1004)

Eraslan Özkaya, Açıklamalı-İctihatlı Elatmanın Önlenmesi Davaları II, 3. Basım, Ankara, 2012.

Erol Cansel/Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 1. Basım, Ankara, 2014.

Faruk Acar, "Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 134, 2013.

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Basım, Ankara, 2015. (Borçlar Genel)

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Basım, Ankara, 2014. (Borçlar Özel)

Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 3. Basım, Ankara, 2014. (Mülkiyet)

Gamze Turan, "İşvereninin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 21, Sayı 5-6, 2008, s.31-59.

Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Basım, İstanbul, 2013.

- Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Basım, İstanbul, 2010. (Özel Borç İlişkileri, C.II)
- Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, 2. Basım, İstanbul, 2010.
- Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin Heidelberg, 2007.
- Hasan Erman, Eşya Hukuku Dersleri, 5. Basım, İstanbul, 2014.
- Hermann Becker, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern, 1945.
- Hüseyin Hatemi/Hüseyin Aybay, Eşya Hukuku, 3. Basım, İstanbul, 2012.
- Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Basım, İstanbul, 2012.
- Jan Wilhelm, Sachenrecht, 4. Auflage, Berlin New York, 2010.
- K. Emre Gökyayla, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, 1. Basım, İstanbul, 2009.
- Köksal Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, 1. Basım, Ankara, 2014.
- Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 1. Basım, Ankara, 2013.
- M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 15. Basım, İstanbul, 2012.
- M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 13. Basım, İstanbul, 2015.
- Marius Schraner, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, 1e. Abteilung: die Erfüllung der Obligationen, Art.68-96 OR, 3. Auflage, Zürich, 2000.
- Max Baumann, Sachenrecht, 1. Auflage, Zürich, 2008.
- Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 8. Basım, Konya, 2013. (Borçlar)
- Mehmet Ayan, Eşya Hukuku I (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 11. Basım, Konya, 2014.
- Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II (Mülkiyet), 7. Basım, Konya, 2014. (Mülkiyet)
- Mehmet Üçer, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, 1. Basım, Ankara, 2007.
- Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, 6. Basım, Ankara, 2012.
- Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Basım, İstanbul, 2014.
- Necla Giritlioğlu, Müdahalenin Men'i (El Atmanın Önlenmesi) Davası, 1. Basım, İstanbul, 1984.
- Nevzat Koç, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, 1. Basım, Ankara, 1992.
- Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band: II, 8. Auflage, Zürich, 2003.
- Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: das Sachenrecht, 1. Abteilung: das Eigentum, Art.641-729 ZGB, Zürich, 1977.

Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 68-96 OR, 2. Auflage, Bern, 2005.

Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt), 6. Basım, İstanbul, 2014. (İfa)

Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. Basım, İstanbul, 2007.

Ruth Arnet/Eva Maria Belser, Sachenrecht (Art.641-977 ZGB), in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich, 2012.

Stephan Wolf, Art.641-645; Art.884-906 ZGB, in Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich, 2011.

Şeref Ertuş, Eşya Hukuku, 10. Basım, İzmir, 2012.

Talih Uyar, "Yargıtay Kararlarında Elatmanın Önlenmesi (Men'i Müdahale) ve İstihkak Davaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 1, 2000, s.97-150.

Thomas Zeres, Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Berlin Heidelberg, 2013.

Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, 4. Basım, Ankara, 2008.

Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1. Basım, Ankara, 1998.

Vito Roberto/Stephanie Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, 1. Auflage, Bern, 2009.

**6698 SAYILI KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI
HAKKINDA KANUN'UN BIG DATA (BÜYÜK VERİ) VE
İRDE SERBESTİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ***
(AN ANALYZE OF THE NEW TURKISH CODE ON THE PROTECTION OF
PERSONAL DATA NR. 6698 REGARDING BIG DATA AND FREEDOM OF WILL)

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

ÖZ

Elde edilen verilerin her geçen gün artması ve bu verilerin analiz edilmesi ile iktisadi açıdan değerlendirilmesi hususunda Big Data kavramı ile ifade edilen farklı teknolojik imkânlar, aynı zamanda hukuki açıdan birçok sorunları da beraberinde getirmektedir. Her ne kadar özel hukuk düzenimiz irade serbestisi ilkesine dayanmakta ise de, yaşanan bütün bu gelişmeler karşısında günümüz toplumunda irade serbestisinden bahsetmenin halen mümkün olup olmayacağı ve bu çerçevede özellikle 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un nasıl bir koruma mekanizması getirdiği, getirilen bu mekanizmanın irade serbestisini Big Data'nın sunduğu imkânlar karşısında korumaya elverişli olup olmadığı sorunları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: 6698 Sayılı kişisel verilerin korunması hakkında kanun, big data (büyük veri), irade serbestisi, kişisel verilerin işlenmesi yasağı, açık rıza, amaca bağlılık

ABSTRACT

The concept of Big Data, which describes the continuous rise of data volumes and new technological possibilities regarding the analysis and economic exploitation of the collected data, brings along many challenges from the perspective of law. Although our civil law system is based upon the principle of free will, the mentioned developments raise the question of whether free will still exists or not. In this context, the aim of this paper is to analyze whether the new Code on Data Protection Nr. 6698 is able to safeguard free will against possible "threats" of Big Data.

Keywords: Turkish code on the protection of personal data nr. 6698, big data, free will, ban on data processing, consent, initial purpose

* Bu makale, 17.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup, 28.11.2016 tarihinde birinci hakem; 04.12.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Bu makale, 29-30 Nisan 2016 tarihinde İsviçre'nin Lozan ve Friborg şehirlerinde "Big Data and Privacy" başlığı altında gerçekleştirilen "Türk-İsviçre Hukuk Günleri" çerçevesinde "Impacts of the "Turkish (Draft) Code for the Protection of Personal Data" on Big Data from the Civil Law Perspective" başlıklı yayınlanmamış sunumun genişletilmiş halidir.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, cekin@tau.edu.tr

I. GİRİŞ

İnsanlık tarihinin akışını değiştiren tarım ve sanayi devrimlerinin ardından içinde bulunduğumuz dönemde yaşanan gelişmeler, bilişim devrimi olarak nitelendirilmektedir¹. Sanayi devrimi ile birlikte artan risk kaynakları, dönem insan topluluklarının “risk toplumu” olarak tanımlanmasına sebebiyet vermiştir². Ancak günümüzde daha çok bilgiye dayalı bir toplumdan söz edilmektedir. Bu çerçevede iktisadi, siyasi ve kültürel açıdan verinin fevkalade bir öneme sahip olduğu söylenebilir.

Verilerin günümüzde hangi boyutlara ulaştığına ve hayatımızın ne kadar önemli bir parçası haline geldiğine dair *Kirk Bourne*'un şu çarpıcı tespitlerine yer vermek isabetli olacaktır: İnsanlık tarihinin başlangıcından 2003 yılına kadar kayıt altına alınmış toplam bütün veri, beş milyar gigabayt (exabayt) civarında olarak tahmin edilmektedir. 2011 yılının başlangıcında bu miktarda veri her iki gün içinde, 2013 yılında ise her 10 dakikada üretilmiştir³. Gerçekten de her gün kullandığımız cep telefonları, bilgisayarlar, televizyonlar, oyun konsolları ve diğer birçok elektronik cihaz, sürekli veri toplamakta ve bu verileri belirli yerlere göndermektedir. Bu sebeple öncelikle hacmi çok ciddi derecede artış gösteren verinin işlenmesi başlı başına yönetilmesi gereken bir unsurdur.

Bununla birlikte verilerin elde ediliş hızında da ciddi gelişmeler yaşanmaktadır. Hemen yukarıda işaret edildiği üzere neredeyse her elektronik cihaz günümüzde veri üretimine sebebiyet vermektedir. Verilerin elde edilişinde ulaşılan bu hızla baş etmek de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Verilerin sadece miktarı artmamış, aynı zamanda niteliği de değişime uğramıştır⁴. Klasik anlamda elde edilen veriler daha çok sabit şekildedir. Özellikle yazılı veriler bunun en bariz göstergesidir. Hatta elektronik veri bankaları dahi önceden elde edilmiş sabit bilgiler üzerinden işlem yapmaktadır. Oysa günümüzde özellikle cep telefonlarından, fakat bunun yanında otomobil, televizyon, bilgisayar gibi diğer birçok elektronik cihaz ve araçtan akıcı ve dinamik bilgi iletilmektedir. Dolayısıyla tek tip veriden çok farklı formatlarda birçok bilgi elde edilmektedir. Bu farklı veri tiplerinin birbirine uyumlu hale getirilmesi de çözülmesi gereken sorunlardan biridir.

Yukarıda zikredilen sorunların Big Data ile bağlantısı ise, bu verilerin analizi sonucunda elde edilen bilgilerde kendisini göstermektedir. Nitekim günümüzde elde edilen verilerin hacmi artmış, çeşitleri çoğalmış ve veriler daha dinamik bir hale gelmiş olsa da bu verilerden elde edilen ürün bir değer teşkil etmediği takdirde iktisadi açıdan herhangi bir önem taşımayacaktır. Dolayısıyla Big Data konseptinin başlıca amacı, niteliği ve niceliği değişime uğramış olan verinin analizi sonucunda işe yarayan ve bugüne kadar klasik yöntemlerle elde edilememiş yeni sonuçların elde edilmesi, veriye bir değer katılmasıdır⁵.

¹ Daha geniş bilgi için bkz. Frank Webster, *Theories of the Information Society*, Cambridge, 2002.

² Ulrich Beck, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

³ Kirk Borne, *Big Data, Small World*: Kirk Borne at TEDxGeorgeMasonU, <https://www.youtube.com/watch?v=Zr02fMBfuRA> (08.04.2016).

⁴ Kenneth Cukier, *Big Data is better data*, <https://www.youtube.com/watch?v=8pHzROP1D-w> (08.04.2016).

⁵ Daha geniş bilgi için bkz. <http://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data>.

Big Data'nın sunduğu imkânlarla örnek olarak Google tarafından geliştirilen ve şoförsüz gidebilen araç ya da internette her gün kullandığımız ve kendiliğinden bize öneriler sunan arama motorları gösterilebilir. Diğer bir güncel örnek, yine Google tarafından geliştirilen *Deepmind* isimli bilgisayardır. Bu bilgisayar, Dünya Go şampiyonu Lee Se-dol'u 4-1'lik bir skorla yenmeyi başarmıştır⁶. Bütün bu örneklerin ortak yanı ise, "makine öğrenimi" olarak adlandırılan bilgisayarların verilere dayalı olarak öğrenimini mümkün kılan bilim alanıyla olan bağlantısıdır. Gerçekten de makine öğrenimi çerçevesinde geliştirilen algoritmalar, bilgisayarların kendilerine sunulan veriler sayesinde kendi kendilerine karar verme ve yeni şeyler öğrenme kabiliyetlerini geliştirmelerini amaçlamaktadır. Bu sayede algoritmalar, kendilerine sunulan veri sayesinde geleceğe dair tahminlerde bulunup karar alabilmektedir. Nitekim Google'ın *Deepmind* bilgisayarı, amatörler tarafından oynanan 700 civarında "go" oyununun verileri ile beslenmiş, sırf bu verilere dayanarak bilgisayar, dünya şampiyonu Lee Se-dol'u yenmeyi başarmıştır. Dolayısıyla en basit anlatımla değişik alanlardan toplanan veriler ve bunlar vasıtasıyla geliştirilmiş algoritmalar sayesinde artık bilgisayarlar kendi kendilerine nasıl davranacaklarını öngörebilmektedirler.

Büyük hacimli verinin işlenip analiz edilmesi sadece teknolojik hayata değil, bizzat siyasetin gidişatına da yön vermektedir. Mesela ABD Başkanı Barack Obama'nın 2012 yılındaki seçimlerde Big Data sayesinde birçok seçmene ulaştığı, bu çerçevede farklı kaynaklardan birçok verinin analiz edilip elde edilen sonuçlar doğrultusunda seçmenlerle iletişim kurulduğu belirtilmiştir⁷. Aynı durum, 2016 yılındaki seçimler açısından da söz konusu olmuş, bu çerçevede özellikle kişisel verilerin büyük çapta işlenmesi ve kişilere özel psikogramların oluşturulması alanında uzmanlaşmış olan Cambridge Analytica kuruluşu öne çıkmıştır⁸.

Fakat yukarıda izah edilen gelişimin olumsuz sonuçlarını da her geçen gün gözlemlemek mümkündür. Örneğin Facebook tarafından kullanılan bir algoritma, arkadaş listesinde kullanıcının dünya görüşüne en uygun düşen yorum ve bildirimleri seçip göstermeyi amaçlamaktadır⁹. Diğer bir örnekte kullanıcılara ırkına ya da ten rengine göre farklı reklamlar gösterilmektedir¹⁰. Benzer şekilde Google, kişinin profiline göre farklı sonuçlar sunmaktadır¹¹. Başka bir örnekte Microsoft tarafından geliştirilen ve Twitter kullanıcılarından bir insan gibi düşünmeyi ve konuşmayı öğrenmesi amaçlanan Tay, hayata geçiril-

⁶ "Google DeepMind computer beats Go champion Lee Se-dol in shock 4-1 victory", The Independent, 15.03.2016.

⁷ Bkz. How Obama's data crunchers helped him win, <http://edition.cnn.com/2012/11/07/tech/web/obama-campaign-tech-team/> [Erişim: Ağustos 2016].

⁸ Daha geniş bilgi için bkz. The Power of Big Data and Psychographics, <https://www.youtube.com/watch?v=n8Dd5aVXLcC> [Erişim: Ağustos 2016].

⁹ "Facebook fängt den Nutzer in seiner eigenen Weltanschauung ein", Süddeutsche Zeitung, 03 Şubat 2016; Facebook ve Google'ın kullanıcı profiline göre farklı sonuçlar gösterdiğine dair bkz. TED Talks: Eli Pariser, What FACEBOOK And GOOGLE Are Hiding From The World, https://www.youtube.com/watch?v=aAMP1Wu_M2U [Erişim: Ağustos 2016].

¹⁰ "Schwarze sehen bei Facebook andere Werbung als Weiße", JETZT, 21 Şubat 2016.

¹¹ Bkz. dn. 6.

diği ilk 24 saat içinde cinsiyetçi ve Nazi hayranı bir kişiliğe bürünmüş, ardından kapatılmıştır¹².

Yukarıda verilen örneklerden de görüldüğü gibi büyük çapta toplanan ve her geçen gün hacmi artan veriler, algoritmaların hayatımıza dair birçok hususu öngörmelerini mümkün kılmaktadır. Ancak bu tür bir analiz, hukuk düzenimizin en temellerine dahi etki ettiği gerçeği de göz ardı edilmemelidir. Nitekim söz konusu algoritmalar, kullanıcının geçmişini analiz edip geleceğini yönlendirmeye de çalışabilmektedir. Bunun en basit görünümü, kullanıcının yazdığı e-posta içeriğine göre reklam görmesi, daha karmaşık örnekleri ise yukarıda zikredilen Facebook'un kullanıcının dünya görüşüne göre göreceği bildirimleri uyarlaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa Kıta Avrupası ve Türk özel hukukunda da benimsenen en temel ilkelerden birisi irade serbestisidir. İradenin hür olmadığı, serbest bir şekilde oluşmadığı, hatta dışarıdan hiçbir etken olmaksızın yanılmadan ötürü sıhhatli bir şekilde meydana gelmediği durumlarda dahi hukuk düzeni, iradesi sakatlanan kişiye farklı imkânlar tanımaktadır. Bu netice dahi başlı başına hukuk düzeninin, özellikle özel hukukun irade serbestisine atfettiği önemi açıkça gözler önüne sermektedir.

Dolayısıyla verilerin büyük çapta kullanılıp işlendiği günümüz toplumunda irade serbestisinden bahsetmenin halen mümkün olup olmayacağı ve bu çerçevede özellikle 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un nasıl bir koruma mekanizması getirdiği sorularına cevap aranması icap etmektedir. Zira Big Data'nın öncülerinden olan *Kenneth Cukier*'in de belirttiği gibi küçük veri çağında esas olan mahremiyet iken büyük veri çağında özellikle hür iradenin ve ahlaki seçimde bulunabilme hürriyetinin bütün tehditlere karşı savunulması gerekmektedir¹³.

Her ne kadar geçmişte de iradenin yönlendirilmesi amaçlanmış olsa da Big Data'nın sunduğu farklı imkanlar, manipülasyon ihtimalini de farklı boyutlara taşımıştır. Misal olarak geçmişte insanların fikirlerine yön vermek isteyen gazete ya da televizyon kuruluşlarının az ya da çok hangi dünya görüşüne sahip olduklarını kestirmek mümkün olmuştur. Kişi de buna göre ilgili medya üzerinden bilgi edinip edinmeyeceği hususunda seçim yapma imkânına sahiptir. Oysa yukarıda açıklanan yöntemler, kişi farkında olmadan onun seçim yapma imkânını elinden almaktadır. Kuşkusuz bu çerçevede bireyin tamamıyla sosyal medya araçlarından uzak durarak söz konusu manipülasyondan kurtulma imkânının pekâlâ mevcut olduğu, kimsenin kişiyi sosyal medya araçlarını kullanmaya zorlamadığı savunulabilir. Fakat aynı zamanda unutulmamalıdır ki günümüzde kamuoyu, televizyon ya da gazete vesilesiyle değil, bizzat sosyal medya üzerinden şekillenmektedir.

Bu bağlamda her ne kadar Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun ile ilgili bugüne kadar birçok çalışma yapılmış olsa da, ilgili düzenlemenin Big Data sorunsalı kapsamında irade serbestisini ne derece müdafaa etmeye elverişli olduğu hususunda görüldüğü kadariyle herhangi bir değerlendirme mevcut değildir. Dolayısıyla çalışmamızın amacı, bilişim sektöründe yaşanan bütün gelişmelere, özellikle Big Data'nın sunduğu imkânlara rağmen irade serbestisi-

¹² "Tay, Microsoft's AI chatbot, gets a crash course in racism from Twitter", The Guardian, 24 Mart 2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-crash-course-in-racism-from-twitter> [Erişim: Ağustos 2016].

¹³ "Privacy was the central challenge in a small data-era; in the big-data age, the challenge will be safeguarding free-will, moral choice, human volition, human agency", bkz. dn. 3.

nin nasıl söz konusu olabileceği sorusuna cevap aramaktır. Ancak kanunun diğer düzenlemelerine değinilmeyecek, sadece Big Data ve irade serbestisi hususları açısından incelemelerde bulunulacaktır. Ayrıca belirtelim ki Big Data, sadece irade serbestisinden ve dolayısıyla kişilik hakkından ibaret değildir. Bilakis kişilik hakkı, Big Data'nın sadece bir boyutunu ilgilendirmektedir¹⁴. Dolayısıyla çalışmamızda Big Data'nın sadece kişilik hakkını ilgilendiren boyutu ele alınacak, kişilik hakkıyla alakalı olmayan diğer boyutlar¹⁵ ise çalışma kapsamı dışında bırakılacaktır.

II. BİG DATA'NIN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Başlangıç Noktası: Anayasa md. 20 f. 3'te Düzenlenen Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı

Big Data ile kişisel verilerin korunması ve dolaylı olarak irade serbestisi arasındaki ilişki değerlendirilirken öncelikle bu sorunun anayasal temellerinin incelenmesi isabetli olacaktır. Anayasa'nın 20. maddesine 2010 yılında eklenen üçüncü fıkraya göre "[h]erkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkındaki bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar". Kişilik hakkının bir türü olarak kabul edilen söz konusu temel hak¹⁶, bireyin modern hayatta verilerin işlenmesinden doğan tehlikelere karşı korunmasını amaçlamaktadır. Nitekim kendine ait kişisel verilerin nerede, nasıl ve ne amaçla işlendiği ya da muhafaza edildiği hususunda bilgi sahibi olmayan bireyin bu yolla hareket serbestisinin sınırlanması söz konusu olabilir. Örneğin bireyin özel hayatına dair yazışmalara, alışveriş bilgilerine ya da seyahat bilgilerine sahip olan kurum ya da kuruluş, bu bilgileri pekâlâ kötü amaçları için kullanabilir¹⁷. Bu tehdit, sadece kişinin hareket serbestisini sınırlandırmakla kalmayıp, toplumu bir bütün halinde olumsuz şekilde etkileme potansiyeline sahiptir. Zira hür ve demokratik bir toplumun temelini kendi geleceğini kendisi belirleyebilecek nitelikte bireyler oluşturmaktadır¹⁸. Kişinin mahrem bilgilerinin bir başkası tarafından ele geçirilmesi, kişinin onayı olmadan işlenmesi ya da üçüncü şahıslara devredilmesi ise bireyin kendi geleceğini serbestçe belirleme imkânını ciddi derecede sınırlamaya elverişlidir.

Diğer taraftan yukarıda zikredilen temel hak, diğer temel haklarla korunan menfaatlerle çatıştığı takdirde, özüne dokunulmaması kaydıyla pekâlâ

¹⁴ Wilhelm Hackenburg, in T. Hoeren & U. Sieber & B. Holznel (eds.), Multimedia-Recht, 42. Ergänzungsband, München 2015, Teil 16.7 Big Data, kn. 10.

¹⁵ Bunlar özellikle, Internet of Things olarak adlandırılan ve belirli bir kişi ya da kişiler ile bağlantısı olmayan verilerdir. Örneğin hava sıcaklığı, su hacmi gibi bilgiler bu kategoriye dâhil edilmektedir.

¹⁶ Bkz. Alman Federal Mahkemesi'nin Volkszählungsurteil kararı: BVerfG vom 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u. a. – Volkszählung –, BVerfGE 65, p. 1 ve Integritätsgrundrecht kararı, BVerfG, 1 BvR 370/07 ve 1 BvR 595/07.

¹⁷ Örneğin Ashley Madison skandalı çerçevesinde eşlerini aldatan binlerce kişinin kişisel bilgileri ifşa edilmiştir, daha geniş bilgi için bkz. "Hackers Finally Post Stolen Ashley Madison Data", <https://www.wired.com/2015/08/happened-hackers-posted-stolen-ashley-madison-data/> [Erişim: Ağustos 2016].

¹⁸ Bkz. yukarıda zikredilen Alman Federal Mahkemesi'nin Volkszählungsurteil kararı.

sınırlandırılabilir. Özellikle verilerin işlenmesi ve üçüncü şahıslara devredilmesi bağlamında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini esas alan Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen "resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliği" hususu önem kazanmaktadır. Bu iki temel hak ve özgürlüğün çakışmasına bir diğer örnek de AB Temel Haklar Şartı'nın 8. maddesi çerçevesinde kişisel verilerin korunmasını esas alan düzenleme ile resmi kuruluşların müdahalesi olmaksızın bilgi edinme hakkını esas alan hükümdür¹⁹. Benzer şekilde Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Tüzüğü'nde (Tüzük) de bu ihtilafa yer verilmiştir. Tüzüğün 3a numaralı gerekçesinde açıkça "enformasyonel self-determinasyon"²⁰ hakkının sınırlandırılmaz bir hak niteliğinde olmadığı, "toplum nezdindeki işlevi dikkate alınarak ve diğer temel hak ve özgürlükler gözeticilerle ölçülülük ilkesine uygun olarak değerlendirilmesi" gerektiği vurgulanmıştır²¹.

Bu sebeple Anayasa md. 20 f. 3'te düzenlenen kişisel verilerin korunmasını esas alan temel hakkın ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili hükümlerini yorumlarken daima yukarıda zikredilen hususların dikkate alınması gerekecektir. Her ne kadar temel hak ve özgürlükler yatay ilişki çerçevesinde doğrudan uygulama alanı bulamasa da, kanun koyucu, yargı ve idarenin bu temel hak ve özgürlükleri esas alması gereği yadırganamaz²². Dolayısıyla çatışan farklı menfaatler arasında bir denge kurulması gerekmektedir.

2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Esas Aldığı Temel İlkeler ve Big Data'ya Etkileri

a. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanuna Dair Genel Bilgiler

Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun md. 4 f. 2'de kişisel verilerin işlenmesi çerçevesinde dikkate alınması gereken ilkeler, "a) hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma; b) doğru ve gerektiğinde güncel olma; c) belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme; ç) işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve d) ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme" olarak tanımlanmıştır²³.

Ayrıca kanunda kişisel veriler ile özel nitelikli kişisel veriler arasında bir ayırım yapmaktadır. Md. 3 f. 1 b. d)'de yapılan tanıma göre kişisel veri, "[k]imliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi" esas almaktadır. Dolayısıyla kişisel veri kavramının çok geniş bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir. Özel nitelikli kişisel veri ise, md. 6 f. 1'e göre "[k]işilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik

¹⁹ Hackenburg, Multimedia-Recht, kn. 16.

²⁰ Bu terimi "kişinin kendisiyle ilgili kişisel verileri üzerindeki tasarruf hakkı" olarak nitelendirmek mümkündür.

²¹ The right to the protection of personal data is not an absolute right; it must be considered in relation to its function in society and be balanced with other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality.

²² Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 184 (1984), s. 202, 222.

²³ İsviçre Kişisel Verilerin Korunması Kanunu için bkz. Nicole Beranek Zanon, Big Data und Datensicherheit, in: Rolf H. Weber & Florent Thouvenin (eds.) Big Data und Datensicherheit – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich, 2014, s. 85, 92 vd.

ve genetik verileri"dir. Özel nitelikli verilerin işlenmesi, bir takım özel şartlara bağlanmıştır. Burada da ölçülülük ilkesinin bir yansımasını görmek mümkündür. Gerçekten de özel nitelikli kişisel veri, kişilik hakkının doğrudan özülle bağlantılı olduğu için bu hakka yapılan müdahale için de özel şartlar getirilmiş, bir diğer ifade ile müdahalenin meşru dayanağının şartları ağırlaştırılmıştır.

Çalışmanın başlangıcında kişisel verilerin korunması ile kişilik hakkı arasındaki bağlantıya işaret edilmiş, kişisel verilerin korunmasının kişilik hakkının bir görünümü niteliğinde olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun md. 3 f. 1 b. d)'de yapılan tanımın uygulama alanına giren her verinin, aynı zamanda kişilik hakkının bir parçası olarak korunacağını söylemek isabetli olacaktır. Bunun sonucu olarak ilgili tanımda belirtilen unsurları taşıyan verilerin korunması da, bir mutlak hak niteliği taşıyacaktır. Ancak hemen belirtelim ki kanun koyucu, söz konusu mutlak hakkın derecesine göre bir ayırma gitmiş, "basit" kişisel verilerin işlenmesini haklı kılacak şartları ve "nitelikli" kişisel verilerin işlenmesini meşru kılacak sebepleri ayrı ayrı belirtmiştir.

Yine md. 11 uyarınca herkes, ilgili veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle alakalı kişisel verilerin işlenip işlenmediği hususunda bilgi alma hakkına sahiptir. Aynı hüküm çerçevesinde birey, işlenme amacını, verilerin bu amaca uygun şekilde işlenip işlenmediğini, verilerin üçüncü kişilere aktarılıp aktarılmadığını sorma ve bunların düzeltilmesini talep etme hakkına sahiptir. İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkması halinde bireye itiraz hakkı tanınmakta ve nihayet kanuna aykırı olarak işlenen kişisel veriler sebebiyle zarar meydana geldiğinde zararın giderilmesi talep edilebilmektedir.

b. Kural: Kişisel Verilerin İşlenmesi Yasağı

Birçok hukuk düzeninde olduğu gibi Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun da kural olarak kişisel verilerin işlenmesini yasaklamıştır (bkz. md. 4). Ancak kişinin rızası (kişisel verilerin işlenmesiyle alakalı olarak md. 5 f. 1; nitelikli kişisel verilerin işlenmesi hususunda md. 6 f. 2, verilerin aktarılması hususunda md. 8 ve kişisel verilerin yabancı bir ülkeye aktarımı konusunda md. 9 f. 1 çerçevesinde düzenlemeler öngörülmüştür) ya da kanuni bir dayanak (md. 5 f. 2, md. 6 f. 3, md. 8 f. 2 ve md. 9 f. 2 ve 5) söz konusu olduğu takdirde kişisel verilerin işlenmesi mümkün kılınmıştır. Uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler de benzer şekilde kişisel verilerin işlenmesi için meşru bir dayanak niteliği taşımaktadır.

Oysa Big Data, niteliği itibariyle verilerin çokluğundan beslenmektedir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi Big Data'nın temel karakteristik özelliklerinden biri verilerin hacmidir. Verilerin çokluğu sayesinde yeni ve daha kaliteli sonuçların elde edilmesi amaçlanmaktadır. Nitekim uygulamaya bakıldığında da verilerin toplanması ve işlenmesinin istisna değil, bilakis kural olduğu bir hakikattir²⁴. Bu sebeple söz konusu kuralın nasıl uygulanacağı ve kural ihlallerinin nasıl müeyyide altına alacağı sorusu önem kazanacaktır.

Bu bağlamda öncelikle belirtelim ki, verilerin anonim hale getirilmesi kanaatimizce yeterli değildir. Zira büyük çapta veriler anonim hale getirilse dahi, verilerin çapı büyüdükçe kişilerin kimliğinin saptanması da kolaylaşacaktır.

²⁴ Bkz. Hackenburg, Multimedia-Recht, N 15-17.

Özellikle AOL ve Netflix örnekleri, bu bulguyu desteklemektedir. İki şirket milyonlara varan kullanıcı bilgilerini anonim hale getirerek internete sunmuş, bunun üzerine bazı kullanıcıların kimliği, veri uzmanları tarafından tespit edilmiştir²⁵.

Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesinin kural olarak yasaklanması, ka-naatimizce uygulamada istisna hükümlerinin önemini arttıracaktır. Bir diğer ifade ile ilgili istisna hükümlerine geniş bir uygulama alanı kazandırma girişimleri artacaktır. Özellikle özel hukuk alanında iki hükme değinmekte fayda vardır. Bunlardan birincisi, md. 5 f. 2 b. c)'de belirtilen istisna hükmüdür. Buna göre *"[b]ir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması"* halinde kişisel veriler işlenebilecektir. Dolayısıyla Big Data'nın olanaklarından istifade etmek amacıyla veri işleyen tarafın bu hükümden hareketle kendisine meşru bir dayanak arama girişiminde bulunması beklenebilir. Benzer şekilde aynı hükmün f) bendine göre *"[i]lgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması"* halinde verinin işlenmesi mümkündür. Bu bağlamda başlangıçta zikredilen menfaat çatışmasına değinmek isabetli olacaktır. Nitekim her iki istisnai hüküm yorumlanırken bir menfaat çatışmasının söz konusu olduğu söylenebilecektir. Hatta f) bendinde açıkça *"ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla"* denilmekle, çatışan farklı menfaatlerin bir dengeye oturtulması zorunluluğuna bizzat işaret edilmektedir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasına dair temel hakkin diğer temel hak ve özgürlüklerle çatışması halinde sınırlandırılabilirliğini bir kez daha vurgulamakta fayda vardır. Bu hak, veri işleyen gerçek ya da tüzel kişinin haklı menfaatleri dolayısıyla sınırlandırılabilir. Kuşkusuz bu sınırlandırma, somut olay şartlarına göre değerlendirilecektir. Ancak şu kadarını ifade edelim ki kişisel verinin kişilik hakkının özüne yaklaştığı derece ve ölçüde veriyi işleyen kişinin söz konusu veriyi işlemekte menfaati bulunmalıdır ki bu durum kişilik hakkının ihlal edilmesini meşru kılabilsin. Nitekim bu husus, bizzat kanun tarafından benimsenmiştir. Kişisel veri ile özel nitelikli kişisel veri arasında bir ayırma giden kanun koyucu, kişilik hakkının ihlal derecesi arttıkça veri işlenmesi için daha ağır şartlar aramıştır.

c. İlgili Kişinin Açık Rızası

Md. 3 f. 1 b. a)'da açık rıza, *"belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza"* olarak tanımlanmıştır. Gerek md. 5 f. 1, gerek ise md. 6 f. 2'ye göre kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için kişinin açık rızası gerekmektedir. Nihayet kişisel verilerin aktarımı için de açık rıza şartı öngörülmüştür.

Bu bağlamda önemle belirtelim ki kişisel verilerin işlenmesine dair açıklanacak alelade bir rıza, kanunda öngörülen şartları karşılayacak nitelikte değildir. Bilakis kanun, açık, belirli bir konuyla bağlantılı ve bilgilendirmeye da-

²⁵ New York Times gazetecileri, AOL tarafından alenileştirilip internete konulan kullanıcı bilgileri üzerinden kullanıcıların bazılarının kimliğini tespit etmeyi başarmışlardır, bkz. Michael Barbaro/Tom Zeller, A face is exposed for AOL searcher Nr. 441749, New York Times, 09.08.2008. Benzer bir örnek için bkz. Ryan Singel, Netflix Spilled Your Broke-back Mountain Secret, Lawsuit Claims, where a re-identification of Netflix-User's data was possible although data was anonymized by Netflix before.

yanan özgür bir rıza koşulu getirmektedir. Dolayısıyla uygulamada sıkça rastlanılan kişisel verilerin işlenmesine dair genel ve geniş çaplı bir rıza yeterli olmayacaktır. Rızanın açıklandığı esnada ilgili kişinin hangi amaç için rızasını açıkladığı belirli olmalıdır. Kanunda öngörülen bir diğer koşul ise bilgilendirmeye dayanan rızadır. Ancak yine uygulamada durumun çok farklı olduğunu tespit etmek mümkündür. Gerçekten de şirketler, çok uzun ve karmaşık şekilde sundukları bilgilendirme formlarıyla ilgili kişinin rızasını almaya çalışmaktadırlar. Son olarak ilgili rızanın özgür iradeyle açıklanması şartı getirilmiştir. Bu çerçevede de özellikle bir hizmetin ya da ürünün satın alınmasını, kişinin onayına bağimli kılan hükümler sorun teşkil etmektedir.

d. Amaçla Sınırlı Olma

Rıza ilkesi doğrudan amaçla sınırlı olma ilkesiyle bağlantılıdır. Amaçla sınırlı olma ilkesine göre belirli bir amaç için elde edilen kişisel veri, bu amaç dışında kullanılmamalıdır. Nitekim md. 4 f. 2 b. c)'ye göre " kişisel verilerin işlenmesi, "[i]şlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü" olmaları rızasını bağlanmıştır. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesi, başlangıçta açık rızanın açıklandığı amaca uygun şekilde gerçekleştirilmeli, bu amaçla bağdaşmayan işlemler için ise yeniden açık rıza aranmalıdır²⁶. Özellikle bu son husus, veri minimizasyonu (asgarilik) ve amaçla sınırlı olma ilkelerinin bir göstergesidir.

Kanunun bu çerçevede güttüğü amaç, verilerin depolanmasının önüne geçilmesidir. Ayrıca ölçülülük ilkesi sayesinde toplanan veri miktarının asgari miktara çekilmesi amaçlanmaktadır. Mesela cep telefonlarında kullanılan "el feneri" uygulaması, kurulum için bütün kişiler listesine, resimlere, videolara, maillere ve diğer kişisel bilgilere ulaşım talebinde bulunduğu bu şekilde geniş çaplı verinin ilgili uygulamanın kurulumu için gerçekten de gerekli olup olmadığı sorusuna cevap aramak gerekecektir. Özellikle ölçülülük ilkesi dikkate alındığında bu denli geniş çapta verilere ulaşımın gerekli olmayacağı sonucuna varmak mümkün olacaktır²⁷. Dolayısıyla her somut olayda çatışan menfaatlerin makul bir dengeye oturtulması gerekecektir. Bu netice de başlangıçta işaret edilen farklı temel hak ve özgürlüklerin çatışması konusunu hatırlatmaktadır.

Yukarıda zikredilen hususlar göstermektedir ki kanunun öngördüğü koşullar, Big Data'nın kullanımını imkânsız hale getirebilecek niteliktedir. Nitekim olabildiğince büyük miktarda veriden beslenen Big Data ile verilerin toplanması ve işlenmesini belirli amaçlara bağlı kılarak minimize etmeye çalışan kanuni düzenleme birbiriyle bağdaşmamaktadır. Bu çerçevede karşılaşılabilecek en temel sorun, verilerin toplandığı ve rızanın açıklandığı esnada verilerin işleneceği her amacın öngörülebilir olmamasıdır. Öte yandan geniş ve genel anlamda kaleme alınan rıza beyanları da TBK md. 20 vd. hükümleri çerçevesinde özellikle içerik denetimi çerçevesinde sorunlara sebebiyet verecek niteliktedir²⁸.

²⁶ İsviçre Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 4 daha esnek bir mekanizma öngörmektedir.

²⁷ Örneğin kişinin mahrem fotoğraflarının belirli bir uygulamanın daha da iyi hale gelmesine hizmet edeceği hususunda ciddi tereddütler mevcuttur.

²⁸ Peter Katko/Ayda Babaei-Beigi, Accountability statt Einwilligung? Führt Big Data zum Paradigmenwechsel im Datenschutz? MultiMedia und Recht (MMR) 2014, s. 360, 362; Rolf H. Weber, Big Data: Rechtliche Perspektive, in: Rolf H. Weber & Florent Thouvenin (eds.) Big Data und Datensicherheit – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich, 2014, s. 17, 25.

Nihayet verilerin asgari seviyeye indirilmesi ilkesi, Big Data konseptine büsbütün aykırılık teşkil etmektedir.

e. Sorumluluk İlkesi

Yukarıda da belirtildiği üzere herkes, md. 11 doğrultusunda kendisiyle alakalı kişisel verilerin işlenip işlenmediği hususunda bilgi alma, işlenme amacını, bu amaca uygun şekilde işlenip işlenmediğini, üçüncü kişilere aktarılıp aktarılmadığını sorma ve bunların düzeltilmesini talep etme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkması halinde itiraz etme hakkına sahip olmakla birlikte²⁹ kanuna aykırı olarak işlenen kişisel veriler sebebiyle zarar meydana geldiğinde zararın giderilmesini de talep etme hakkına sahiptir.

Öncelikle tazminat hususuna bakıldığında kanunda öngörülen mekanizmanın bir kusur sorumluluğu hali olduğunu kabul etmek bir hayli zor olacaktır. Nitekim kanun koyucu kusur şartını aramamıştır. Kanaatimizce ilgili hükümde öngörülen tazminat yükümlülüğünün bir sebep sorumluluğu niteliği taşıdığını kabul etmek daha isabetli olacaktır. Zira veri sorumlusu, md.12'de öngörülen şartları yerine getirdiği takdirde ilgili kişiyi hala mesul kılmanın bir anlamı olmayacaktır. Bu sebeple kural olarak zarar meydana geldiğinde veri sorumlusunun md. 12'de öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmediği kabul edilmeli, ancak veri sorumlusunun ilgili hükümde öngörülen bütün koşulları yerine getirdiğini ispat etmesi halinde kendisine kurtuluş imkânı tanınmalıdır.

Yukarıda açıklanan koruma mekanizmasının zayıf noktası ise, kişisel veri sahibi ile kişisel veri işleyen kişi arasında interaktif bir iletişimin olmayışıdır. Gerçekten de kişisel veri sahibi sadece bilgi talebinde bulunabilmekte, oysa kendisine sunulan bilginin doğru ve tastamam olup olmadığını kontrol etme imkânından mahrum bırakılmaktadır. Mesela veriyi işleyen kişi kişisel verileri yabancı bir ülkeye aktardığında ve bu hususu talepte bulunan kişiye ifşa etmediğinde verisi aktarılan kişinin yabancı ülkede kişisel verilerinin peşine düşmesi çok zor olacaktır.

III. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yukarıda kısaca işaret edildiği üzere Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un temel ilkeleri, özellikle açık rıza ve amaca bağlı kalma hususları ile devasa çapta verilerin işlenmesi ve analizini esas alan Big Data konsepti birbiriyle uyum halinde gözükmemektedir. Öte yandan kanunda benimsenen koruma ve özellikle tazminat mekanizması proaktif, yani henüz zarar meydana gelmeden müdahale etmeye elverişli olmamakta, ancak zarar meydana geldikten sonra devreye girmektedir. Kişisel verisi işlenen kişi bütün sürecin aktif bir parçası değildir. Dolayısıyla bir sonraki aşamada işaret edilen sorunların yeni kanun çerçevesinde nasıl çözüme ulaştırılabileceği hususunda muhtemel çözüm önerileri sunulacaktır.

²⁹ Ayrıca md. 19 GDPRP'ye göre bireyin kişisel verilerinin işlenmesine itiraz etme hakkı mevcuttur. İtirazın ardından veri işleyen ancak meşru ve özellikle verisi işlenen kişinin menfaatlerinden daha ağır bir sebep sunduktan sonra verileri işleyebilecektir.

1. Açık Rıza ve Amaca Bağlı Kalma

a. Öneriler

Yukarıda da işaret edildiği üzere yeni kanun, iki temel ilkeye dayanmaktadır. Bunlar, kişisel verisi toplanan ve işlenen kişinin açık rızası ve verinin toplandığı esnada belirtilen amaca bağlılıktır. Oysa uygulamaya bakıldığında karmaşık ve aşırı uzunlukta olan rıza beyanlarına rastlamak mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmaya göre ortalama bir vatandaş internet ortamında kişisel verilerin işlenmesiyle alakalı karşısına çıkan her bilgilendirmeyi okumak istemesi halinde yılda 200 saatini bu işe ayırmak zorunda kalacaktır³⁰. Dolayısıyla açık rıza ve amaca bağlılık ilkeleri, hayatın gerçeklerinden uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte, hatta açık rıza kıstasının tamamıyla terkedilmesi gerektiği savunulmaktadır³¹. "Kişisel Verilerin Yeniden Değerlendirilmesi"³² başlığı altında Dünya Ekonomik Forumu çerçevesinde de açık rıza kıstasının terk edilmesi, bunun yerine sorumluluk ilkesine ağırlık verilmesi önerisi getirilmiştir³³.

AB Tüzüğü'nde de amaca bağlılık hususu ele alınmıştır. Tüzüğün 2012 yılında yayınlanan ilk halinde kişisel verinin toplandığı esnada belirtilen koşulların mevcut olması halinde amacın değiştirilebileceği belirtilmişken³⁴ (ki bu düzenleme Alman Kişisel Verilerin Korunması Kanunu § 28³⁵ düzenlemesiyle örtüşmektedir) Tüzüğün nihai halinde veri işleyen kişi, çatışan menfaatleri dengeye oturtmakla mükellef kılınmıştır³⁶. İlgili düzenlemeye göre kişisel veri işleyen kişi ya da kuruluş, kişisel verinin toplanması esnasında belirtilen amacın, sonradan ortaya çıkan amaçla örtüşüp örtüşmediğini kendi kendine denetlemekle yükümlüdür. Bu çerçevede veri işleyen özellikle önceki amaç ile sonradan ortaya çıkan amaç arasındaki her türlü bağlantıyı tespit etmek, veri sahibi ile veri işleyen arasındaki ilişkiyi dikkate alarak verinin hangi bağlamda toplandığını göz önünde bulundurmak, kişisel verinin niteliğini dikkate almak, öngörülen amaç değişikliğinin muhtemel sonuçlarını değerlendirmek ve mevcut koruma mekanizmalarını (şifreleme ve anonim hale getirme imkânları) göz önünde bulundurmakla mükelleftir. Bu da ilgili düzenlemenin sorumluluk ilkesine verdiği önemi açıkça gözler önüne sermektedir.

³⁰ Aleecia M. McDonald/Lorrie Faith Cranor, The cost of reading privacy policies, available at lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf [Erişim: Ağustos 2016].

³¹ Fred H. Cate/Peter Cullen/Viktor Mayer-Schönberger, Data Protection Principles for the 21st Century; Florent Thouvenin, Erkennbarkeit und Zweckbindung, s. 61, 78.

³² Rethinking Personal Data.

³³ World Economic Forum, Unlocking the Economic Value of Personal Data, s. 11.

³⁴ Md. 6 f. 4: "Where the purpose of further processing is not compatible with the one for which the personal data have been collected, the processing must have a legal basis at least in one of the grounds referred to in points (a) to (e) of paragraph 1. This shall in particular apply to any change of terms and general conditions of a contract."

³⁵ (1) The collection, storage, modification or transfer of personal data or their use as a means of fulfilling one's own business purposes shall be admissible

1. when needed to create, carry out or terminate a legal obligation or quasi-legal obligation with the data subject [...].

(2) Transfer or use for another purpose shall be admissible:

1. under the conditions given in sub-Section 1 first sentence No. 2 or No. 3, [...].

³⁶ Bkz. Tüzük md. 6 f. 3a.

b. Kanaatimiz

Uzun ve karmaşık bilgilendirme beyanlarının ancak şekli bir öneme sahip olduğu gerçeği yadsınamaz. Gerçekten de uzun ve karmaşık bilgilendirme notlarının hukukçular tarafından dahi sonuna kadar okunmadığı hususunda tereddüt etmemek gerekecektir. Ancak bu demek değildir ki kişisel verilerin işlenebilmesi için ilgili kişinin açık rızasına başvurulmasın. Bilakis; kişisel verilerin işlenmesi, bizzat Anayasa tarafından koruma altına alınmış olan bir temel hak ve özgürlük ile doğrudan alakalıdır. Dolayısıyla, kanunda açıkça öngörülen istisnalar dışında, temel hak ve özgürlüğüne müdahalede bulunulan kişinin iradesi açıkça beyan edilmeden bu hakkın kısıtlanması mümkün olmamalıdır. Bilakis, şayet Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde düzenlenen istisnai hükümler saklı kalmak kaydıyla, tam bu açık irade ifadesi, temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahaleyi meşru kılacak yegâne unsurdur. Yukarıda verilen örnekler de göstermektedir ki içinde bulunduğumuz bilişim çağında ve özellikle Big Data'nın sunduğu imkânlar karşısında kişinin iradesi halen esas alınmak isteniyorsa, açık rıza konseptinin muhafaza edilmesi zorunludur. Nitekim hür irade, irade serbestisi ilkesine dayanan özel hukuk sisteminin de yegâne unsurudur. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahaleyi meşru kılacak bir irade yok ise, özel hukuk düzeninin esas aldığı bir serbestiden de bahsetmek imkân dâhilinde olmayacaktır.

Öte yandan kişisel verilerin korunmasına dair temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmaz nitelikte olmadığını bir kez daha tekrar etmekte fayda vardır. Dolayısıyla diğer tarafın menfaatlerinin, özellikle temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği durumlarda bu temel hak ve özgürlüğün sınırlarının belirlenmesi gerekecektir. Dolayısıyla bu hususu da açık rıza ilkesi çerçevesinde dikkate almak gerekecektir.

Çözüm yolu olarak açık rıza ilkesinden feragat edilmemesi gerektiği, fakat aynı zamanda açıklanan rızanın niteliğinin, kalitesinin artırılması gerektiği söylenebilir. Bir diğer söyleyişle açık rıza beyanı, sadece bir formalite, şekli bir unsur olmakla kalmamalı, açıklanan rıza gerçekten de ilgili kişinin rızasını yansıtır nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla açık rıza şartından tamamiyle feragat etmek yerine çatışan menfaatler arasında bir denge kurmayı amaçlayan 29. Madde Çalışma Grubu'nun (Art. 29 Data Protection Working Party³⁷) önerilerini esas almak daha isabetli gözükmektedir. Bu öneriler özetle 1) kişisel verilere sunulan bilgilerin basit ve anlaşılabilir formatta olması³⁸; 2) kişisel verisi işlenen kişi için çok aşamalı bilgilendirme beyanlarının sunulması³⁹ ve bütünüyle kanuna uygun, fakat çok aşamalı konseptte uygun olacak şekilde kısa ve anlaşılır bilgilendirme notlarının esas alınmasıdır. Dolayısıyla kanunun esas aldığı açık rıza kıstası yukarıda belirtilen unsurlar dikkate alınarak yorumlandığında açık rıza sadece bir formalite olmaktan çıkarak kişinin iradesini ifade eden,

³⁷ ARTICLE 29 Data Protection Working Party, Opinion 10/2004 on More Harmonised Information Provisions.

³⁸ Veri sahibinin bilinçli tercihte bulunabilmesi için neye onay verdiğini daha iyi anlaması, büyük önem taşımaktadır. Bu sayede veri işleyen davranışlarını da etkileme imkânı doğacaktır. Dolayısıyla kişilerin (özellikle çocukların) şartlarına uygun bilginin sunulması gerekmektedir.

³⁹ Çok aşamalı bilgilendirmeler sayesinde kişi ihtiyaç duyduğu aşamaya daha iyi yoğunlaşarak daha kaliteli bilgi edinme imkânına sahip olacaktır. Zaman ve mekân darlığı dikkate alındığında çok aşamalı bilgi notları okunurluğu da artırmaktadır.

açıklanan iradenin gerçekten de bilgilendirmeye dayandığını temin eden bir unsur haline gelecektir.

2. Şeffaflık

Kanununun 10. maddesine göre veri sorumlusu ilgili kişilere “a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ve d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.” İlgili hükümden de görüleceği üzere bu çerçevede güdülen amacının şeffaflık sağlamak olduğu söylenebilir. Ancak bazı eksikliklerin de olduğu şüphesizdir. Özellikle Big Data sebebiyle bireyin ilgili düzenleme çerçevesinde tamamiyle bilgilendirilmesi imkânsız olabilir. Gerçekten de günümüz teknolojisinin sunduğu olanaklar, örneğin “profiling” olarak nitelendirilen ve en menfi tercümesiyle “fişleme” olarak açıklayabileceğimiz teknoloji dikkate alındığında kişinin kişisel verisinin kullanılıp kullanılmadığı ve hangi amaçla kullanıldığı hususunda bilgi sahibi olması yeterli değildir⁴⁰. Mesela Facebook farklı ırktan olan kişilere farklı bilgi sunan bir algoritma geliştirdiğinde Facebook tarafından ilgili kişiye kişisel bilgilerinin reklam amacıyla işlendiği bilgisinin verilmesi yetersiz kalacaktır.

Dolayısıyla münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla elde edilen neticeler çerçevesinde ilgili kişiye sunulacak bilgi, “ilgili sistemin mantığına dair bilgileri, kişisel verilerin işlenmesinin ilgili kişi açısından ne derece önem taşıdığını ve amaçlanan sonuçları” içermelidir. Nitekim AB Tüzüğü, md. 14 f. 1a b. h) çerçevesinde bilgilendirme yükümlülüğünü yukarıda zikredilen hususlarla genişletmiştir. Bu sayede ilgili kişi, açıkladığı rızanın sonuçlarını öngörebilecek bir konuma sahip olacaktır. Bu da aynı zamanda açıklanan rızanın daha kaliteli olmasına sebebiyet verecek ve şeffaflığı da artıracaktır. Önemle belirtelim ki elbette ilgili kişinin kendisine sunulan bu bilgileri hiçbir şekilde dikkate almadan rızasını açıklaması ihtimal dâhilindedir. Ancak kanunun amacı en azından kişilere böyle bir imkânın sunulmasını sağlamak olmalıdır. Dolayısıyla kişisel verilerin algoritmalar sayesinde işlenmesi halinde kanaatimizce md. 10 yorumlanırken AB Tüzüğü md. 14 f. 1a b. h)’de belirtilen unsurların da dikkate alınması isabetli olacaktır⁴¹.

3. Mahremiyetin Tasarım Aşamasında Dikkate Alınması ve Sorumluluk İlkesi

Geçtiğimiz yıllarda seçim özgürlüğü ve hür iradeyi muhafaza etmek amacıyla Mahremiyetin Tasarım Aşamasında Dikkate Alınması olarak tercüme edebileceğimiz “Privacy by Design” isimli bir konsept ortaya atılmıştır. Buna göre mahremiyet, hukuki, teknik ve organizasyonel açıdan daha henüz gelişim aşamasında temel bir unsur olarak esas alınmaktadır⁴². İlgili konseptin temel ilkeleri ise reaktif değil proaktif davranılması, mahremiyetin tasarım aşamasında ve temel bir unsur olarak dikkate alınarak tatbik edilmesi sayesinde esas bir

⁴⁰ İsviçre Hukuku için bkz. Thouvenin, Erkennbarkeit und Zweckbindung, s. 61, 63 vd.

⁴¹ İsviçre Kişisel Veriler Kanunu md. 4 f. 4’ün geniş uygulama alanı olması doğrultusunda bkz. Thouvenin, Erkennbarkeit und Zweckbindung, s. 61, 63, 66.

⁴² İsviçre Hukuku için bkz. Rehana Harasgama/Aurelia Tamò, Smart Metering und Privacy by Design im Big-Data-Zeitalter, s. 117 vd.

unsur ve sistemin vazgeçilmez bir parçası haline gelmesi ve bu sayede mahremiyetin diğer ilkelerle çatışması yerine uyumlu hale getirilmesi, verinin bütün yaşam sürecinde esasında mahremiyetin dikkate alınması, görülebilirlik ve şeffaflık olarak özetlenebilir⁴³.

AB Tüzüğü md. 23 de benzer düzenlemeler içermektedir. Buna göre veri sorumlusu, kişisel verilerin korunmasına dair ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli ve uygun teknik ve organizasyonel önlemleri almak zorundadır. İlgili hükmün devamında veri sorumlusunun elde ettiği kişisel verilerin ancak belirtilen amaç doğrultusunda kullanılması için gerekli önlemleri almak zorunda olduğu, bu kaidenin de verilerin hacmini, işlenmesinin kapsamını, muhafaza edilme süresini ve ulaşılabilirliği hususlarını kapsadığı belirtilmektedir. Bu önlemler sayesinde özellikle kişinin haberi ve müdahalesi olmaksızın kişisel verilerinin sayısı ve kimliği belirlenemeyen bir kitleye aktarılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Bu sebeple her ne kadar Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde pozitif bir düzenleme öngörülmemiş olsa da mahremiyet hususunun henüz algoritmalar yazılırken ve bilgi ya da veri işleme ve depolama sistemleri oluşturulurken dikkate alınması, hür iradenin korunması amacına hizmet edecek nitelikte olacaktır.

Esasen sorumluluk ilkesi de yukarıda zikredilen ilkeyle bağlantılıdır. Zira kontrol etmek yerine karar verme yetkisini ve sorumluluğunu veri sorumlusuna yüklemekle veri sorumlusu kendi kendine gerekli adımları atmaya gayret edecektir⁴⁴. Ancak bu sistem elbette bir taraftan yaptırımların dikkate alınmasını, diğer yandan dikkate alınmadığında da öngörülen müeyyideyi kati surette uygulayan bir mekanizma gerektirmektedir.

Yukarıda zikredilen ilkeler ışığında yeni kanuna bakıldığında 12. madde f. 1 çerçevesinde sorumluluk ilkesinin dikkate alındığını, ancak "Privacy by Design" ilkesinin pozitif bir dayanak bulmadığını tespit etmek mümkündür. Maalesef kanunumuzun en temel eksikliklerinden birisi de burada yatmaktadır.

IV. SONUÇ

Önemle belirtelim ki yeni çıkan bir kanunu değerlendirmek, o kanunu yapmaktan daima daha kolaydır. Dolayısıyla Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un büyük ve önemli bir adım olduğu hususunda tereddüt etmek gerekir. Özellikle Türk toplumunun kişisel veriler konusunda henüz gerekli özeni göstermediği dikkate alındığında yeni kanunun bir "paradigma kayması" olarak nitelendirilmesi dahi mümkündür. Özellikle kişilik hakkının bir görünümü olarak nitelendirilebilecek olan açık rıza kistasının öngörülmüş olması özel hukuk açısından sevindiricidir. Sorumluluk ilkesi çerçevesinde veri sorumlularının daha dikkatli davranacağı ümidi de mevcuttur.

Öte yandan uluslararası platformlarda sürekli zikredilen veri işleyen ile kişisel veri sahibinin arasındaki iletişimi teşvik eden bir mekanizmanın öngörülmemiş olması üzücüdür. Bireyin kişisel verileri üzerindeki hâkimiyetini tamamiyle kaybetme riski çok yüksektir ve kanunun getirdiği koruma mekaniz-

⁴³ Daha geniş bilgi için bkz. Ann Cavoukian, Privacy by Design The 7 Foundational Principles, <https://www.ipc.on.ca/images/resources/7foundationalprinciples.pdf> [Erişim: Ağustos 2016].

⁴⁴ Weber, Big Data: Rechtliche Perspektive, s. 17, 27.

masında veri sorumlusu ile verisi işlenen kişi arasında interaktif bir ilişkinin kurulmasını öngören düzenlemeler mevcut değildir. Dolayısıyla söz konusu risk dikkate alınarak kişisel verisi işlenen kişinin bütüm süreç boyunca sürece dâhil edilmesini teşvik eden bir mekanizma kanaatimizce günümüz teknolojisinin sunduğu imkânlar ışığında daha isabetli gözükmektedir.

KAYNAKÇA

ARTICLE 29 Data Protection Working Party, Opinion 10/2004 on More Harmonised Information Provisions, available at http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp100_en.pdf (08.04.2016).

Barbaro, M. & Zeller, T., A face is exposed for AOL searcher Nr. 441749, New York Times, 09.08.2008., available at www.nytimes.com/2006/08/09/technology/09aol.html?pagewanted=all&r=0 (08.04.2016).

Borne, K., Big Data, Small World: Kirk Borne at TEDxGeorgeMasonU, available at <https://www.youtube.com/watch?v=Zr02fMBfuRA> (08.04.2016).

Canaris, C.-W., Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 184 (1984), p. 202.

Cate, F.H. & Cullen, P. & Mayer-Schönberger, V., Data Protection Principles for the 21st Century; available at https://www.google.com.tr/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiEjZyM4oHMAhWkJ5oKHS7GBzYQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.oii.ox.ac.uk%2Fpublications%2FData_Protection_Principles_for_the_21st_Century.pdf&usg=AFQjCNFKf66M4OmJ-hxctbA8hxsEFIf0Og&cad=rja (08.04.2016).

Cavoukian, A., Privacy by Design The 7 Foundational Principles, <https://www.ipc.on.ca/images/resources/7foundationalprinciples.pdf> (08.04.2016).

Cukier, K., Big Data is better data, available at <https://www.youtube.com/watch?v=8pHzROP1D-w> (08.04.2016).

“Facebook fängt den Nutzer in seiner eigenen Weltanschauung ein”, available at <http://www.sueddeutsche.de/digital/algorithmen-wie-facebook-denutzer-in-seiner-eigenen-weltanschauung-einfaengt-1.2845656> (08.04.2016).

“Google DeepMind computer beats Go champion Lee Se-dol in shock 4-1 victory”, available at <http://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/google-deepmind-computer-beats-go-champion-lee-se-dol-in-shock-4-1-victory-a6931876.html> (08.04.2016).

Hackenburg, W., Teil 16.7: Big Data, in T. Hoeren & U. Sieber & B. Holznapel (eds.), Multimedia-Recht, 42. Ergänzungsband, München 2015.

Harasgama, R. & Tamò A., Smart Metering und Privacy by Design im Big-Data-Zeitalter: Ein Blick in die Schweiz, in: R. H. Weber & F. Thouvenin (eds.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, p. 117.

Katko, P. & Babaei-Beigi, A., Accountability statt Einwilligung? Führt Big Data zum Paradigmenwechsel im Datenschutz? MultiMedia und Recht (MMR) 2014, p. 360.

McDonald, A. M. & Faith Cranor, L., The cost of reading privacy policies, available at lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf (08.04.2016).

“Schwarze sehen bei Facebook andere Werbung als Weiße”, available at <http://www.jetzt.de/facebook/facebook-werbung-fuer-ethnien> (08.04.2016).

Singel, R., Netflix Spilled Your Brokeback Mountain Secret, Lawsuit Claims, 17.12.2009, available at <http://www.wired.com/2009/12/netflix-privacy-lawsuit> (08.04.2016).

Thouvenin, F., Erkennbarkeit und Zweckbindung: Grundprinzipien des Datenschutzrechts auf dem Prüfstand von Big Data, in: Rolf H. Weber & Florent Thouvenin (eds.) Big Data und Datensicherheit – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, p. 61,

Weber, R. H., Big Data: Rechtliche Perspektive, in: Rolf H. Weber & Florent Thouvenin (eds.) Big Data und Datensicherheit – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, p. 17.

World Economic Forum, Unlocking the Economic Value of Personal Data: Balancing Growth and Protection, 2012, available at http://www3.weforum.org/docs/WEF_IT_UnlockingValueData_BalancingGrowthProtection_SessionSummary.pdf (08.04.2016).

Zanon, N.B., Big Data und Datensicherheit, in: Rolf H. Weber & Florent Thouvenin (eds.) Big Data und Datensicherheit – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, p. 85.

ULUSLARARASI NÖRLMÖLÖRİN ÖZEL HUKUKA VE HUKUK METODOLOJİSİNE ETKİSİ*

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

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

ÖZ

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

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

ABSTRACT

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

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

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

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

I. Giriş

Günümüz dünyasında tek bir kanun koyucunun kendi başına ve diğer hukuk düzenlerinden tamamen bağımsız bir şekilde kanun çıkarması ve çıkarılan kanunların uygulanması ihtimali gittikçe azalmıştır. Bu hususun belki de en belirgin örneği, gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında, gerek Yargıtay kararlarında sıklıkla rastlanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına yapılan atıflardır. Dolayısıyla tek ve bağımsız kanun koyucuyu esas alan bir hukuk metodolojisi, günümüz ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte değildir. Ne var ki hukukun uluslararasılaşmasının hukuk metodolojisine etkisi konusu görüldüğü kadarıyla incelenmiş değildir. Gerçi gerek Türk hukukunda, gerek İsviçre hukukunda yönetsel açıdan yeni eğilimlerin kabul gördüğü söylenebilir¹. Ancak hukukun günümüz dünyasının ihtiyaçlarına cevap verebilecek şekilde uygulanabilmesi için gerekli olan metodolojik altyapının sunulması halen ifa edilmemiş bir vazife olarak kendisini göstermektedir. Elbette bu görevi etraflıca ve bütünüyle bir makale çerçevesinde yerine getirmek imkânsızdır. Ancak çalışmamızın amacı bu bağlamda dikkate alınması gereken hususları en azından ana hatları itibarıyla çizmek ve mümkün merteye çözüm önerileri sunmaktır.

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

Özellikle hukuk güvenliği hususu açısından bu soruna yaklaşıldığında Yüksek Yargının bazen çok kitabi, bazı durumlarda ise tamamen somut olay adaletini gözeten kararlara imza attığı gözlemlenmektedir. Örneğin Yargıtay tüketicinin açtığı bir davada vites kolundan gelen titreşim ve seslerden dolayı otomobilin değiştirilmesine hükmetmiştir². Mahkeme bu çerçevede satıcı açısından daha makul olan aracın onarılması imkânını tartışmayıp doğrudan aracın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesine hükmetmekle taraflar arasında mevcut olan menfaat dengesini yeterince dikkate almamıştır³. Öte yandan yine aynı Mahkemenin özellikle tazminat hukukunda sergilediği “esnek” tavır, kanun koyucuyu BK md. 55 f. 1 son cümlede şu ifadelerle yer vermeye sevk etmiştir: “*Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz*”. Nihayet Yüksek Mahkeme’nin metodoloji kaygısı duymadan verdiği kararlara son bir örnek olarak Hukuk Genel Kurulu’nun bir

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

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

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

kararını⁴ aktarmakta fayda vardır. İlgili kararında mahkeme aynen şu ifadelere yer vermektedir:

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

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

Uygulamacının kanunu yorumlarken ve hükmederken vardığı sonucu neden çoğu zaman gerekçelendirme gereksinimi duymadığı hususunda farklı sebepler söz konusu olabilir. Özellikle Türk/İsviçre özel hukukunda ilgili kanunların hâkime tanıdığı geniş takdir yetkisinin bu eğilimi güçlendirdiğini söylemek mümkündür⁵. Hakkaniyet kavramının, umulan sonuç elde edilmediği takdirde kazandığı önem bunun en belirgin göstergesidir⁶. Oysa kanaatimizce tam tersine kendisine bu denli geniş takdir yetkisi tanınan hâkimin hukuk güvenliğini sarsmaması için vardığı sonucu gerekçelendirmesi daha da elzemdir. Bu gerekliliği daha da artıran husus, günümüz hayatında tek bir kanun koyucu tarafından oluşturulan yeknesak bir hukuk düzeninin söz konusu olmadığı gerçeğidir. Nitekim artık “çok aşamalı” bir hukuk sisteminden bahsetmek mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşme, bunların ulusal normlara etkisi, Avrupa Birliği uyum süreci çerçevesinde AB-Yönergeleri doğrultusunda çıkartılan ulusal kanunlar ve nihayet Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, artık hukuk düzenimizin sadece Ankara'dan gelen kanunlarla değil, bunun dışında birçok uluslararası etken sayesinde şekillendiğinin göstergesidir. Tam bu noktada hukuk güvenliği ve bununla bağlantılı olarak hukuk metodolojisinin de önemi artmaktadır. Gerçekten ulusal kanun ile uluslararası normun ve özellikle bu normları yorumlamaya (münhasıran) yetkili mercilerin içtihatlarının çatıştığı durumlarda nasıl bir yöntem izleneceği sorusu gündeme gelecektir. Bu çerçevede ulusal norma kitabi şekilde sıkı sıkıya bağlı kalmak, uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğuracak, sırf ulusla-

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

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

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

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

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

II. Uluslararası Hukuk Normları ve Özel Hukuk İlişkisi

Uluslararası normların ve bu normları yorumlamaya yetkili mahkemele- rin içtihatlarının özel hukuk ilişkilerine olan etkileri farklı boyutlarda kendisini göstermektedir. Nitekim uluslararası sözleşmeler genel itibariyle uluslararası hukuk sūjeleri arasında, yani devletlerarasında akdedilmektedir. Sözleşmelerin nisbililiği ilkesi bu çerçevede de geçerliliğini koruduğundan kural olarak devletlerarasında akdedilen bir sözleşmeye dayanarak sözleşme tarafı olmayan bir özel hukuk sūjesinin hak talebinde bulunması söz konusu değildir. Ne var ki özellikle temel hak ve özgürlükleri konu alan sözleşmelerin üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği taşıdığı ve bu sebeple dikey ilişki çerçevesinde, yani birey ile devlet arasındaki ilişkide bireylerin bu hükümlere başvurma imkânının mevcut olduğu kabul edilmektedir⁷.

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

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

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

a. Uluslararası Hukuk Normlarının Özel Hukuk Alanında Bağlayıcılığının Kapsamı

Yukarıda da belirtildiği üzere uluslararası normlar kural olarak muhatapları arasında, yani sözleşme tarafları arasında hak ve yükümlülük doğurmaktadır⁸. Ancak belirtelim ki sözleşme tarafı sadece sözleşmeye üye devletin

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

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

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

b. Mahkeme İçtihatlarının Bağlayıcılığı

Cevaplandırılması gereken bir diğer soru, sözleşme tarafı olan ülkenin sadece uluslararası sözleşme ile mi, yoksa bu sözleşmeyi yorumlamaya yetkili olan ilgili merciin kararlarıyla da mı bağlı olacaktır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) hükümlerini yorumlama yetkisi münhasıran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) verilmiştir⁹. Dolayısıyla ulusal yargıcın sözleşmeyi yorumlarken AİHM kararlarına uygun biçimde yorum yapması gerektiği, aksi takdirde AİHS'ni öncelikli uygulama görevini yerine getirmeyeceği belirtilmektedir¹⁰. Benzer şekilde AB yönergeleri bağlamında da AB normlarını yorumlama yetkisi münhasıran Avrupa Adalet Divanı'na tanınmıştır. Hatta bu çerçevede otonom bir yorum söz konusudur. Buna göre AB normu ulusal hukuk terimleri çerçevesinde değil, AB normları çerçevesinde otonom şekilde yorumlanmalıdır¹¹.

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

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

Gerçekten de AİHS, “yaşayan bir araç” (*living instrument*) olarak nitelendirilmekte ve bu doğrultuda yorumlanmaktadır¹³. Sözleşmenin bu sayede çevre, azınlıkların korunması ya da sosyal ihtiyaçlar gibi gelişmelere cevap verebilecek nitelikte olduğu vurgulanmaktadır¹⁴. Hatta bu çerçevede AİHM'nin “ev-

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

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

¹⁰ İnceoğlu, s. 9.

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

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

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

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

rimsel yorum” (*evolutive interpretation*) ilkesinden bahsedilmektedir¹⁵. AİHM ilk olarak *Tyrrer*¹⁶ kararında sözleşmenin yaşayan bir araç olduğunu ve bu sebeple gelişen şartlar ışığında yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Ulusal hukukta olduğu gibi cebri icra imkânının kural olarak öngörülmediği uluslararası sözleşmelerde büyük bir önem taşıyan işlevsellik (*effectiveness*), bu sayede mümkün kılınmaktadır. Bu işlevsellik dikkate alındığında üye ülkelerin bağlılığını sözleşmenin lafzıyla sınırlandırmak, sözleşmenin mantığına aykırı düşecektir. Bilakis sözleşmenin yaşayan bir araç olduğu kabul edildiğinde bu yaşayan aracın geçirdiği evrimlerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu sebeple sadece sözleşmenin lafzıyla sınırlı kalınmayıp AİHM içtihatlarının da aynı şekilde dikkate alınması gerektiğini kabul etmek, sözleşmenin amacına uygun düşecektir. Bu neticenin dayanağı ise yine sözleşmenin kendisidir. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için AİHM içtihatlarının da dikkate alınması kaçınılmazdır.

Yukarıda incelenen işlevsellik hususu aynı şekilde Avrupa Adalet Divanı’nın (AAD) da birçok kararına konu olmuştur. AAD özellikle Avrupa Birliği (AB) normlarını amaca göre yorumlarken bu ilkeye başvurmuştur¹⁷. Bu ilkeye göre AB normları, en geniş etki edebilecek şekilde yorumlanmalıdırlar. Hatta AAD bu ilkeye dayanarak kararların ve yönergelerin de doğrudan etkili olabileceklerine hükmetmiştir¹⁸. Bu bağlamda daha da önem taşıyan husus, işlevsellik yorum ilkesinin sadece AAD’yi değil, üye ülke mahkemelerini de bağladığıdır¹⁹. Bu sebeple üye ülke mahkemeleri yargı faaliyetleri esnasında AB normlarının en geniş kapsamda etki edebilmesi için ulusal anayasal düzenin kendilerine tanıdığı bütün imkânlardan istifade etmekle yükümlüdürler. Ancak AAD’ye göre bu yükümlülük de koşulsuz değildir. Gerçekten de işlevsellik ilkesi ulusal hâkimi *contra legem* hüküm vermeye sevk edemez²⁰.

Peki, bu ilkeler henüz AB üyesi olmayan Türkiye Cumhuriyeti ve özellikle yargı erki açısından ne derece geçerlidir? Buna kesin bir cevap vermek yerine üyelik sürecine göre bir ayırım yapılması daha isabetli gözükmektedir. Gerçekten de Avrupa Birliği’ne üyelik yolunda uyum süreci kapsamında bazı fasıllar açılmış, diğer alanlarda ise çalışmalar devam etmektedir. Ulusal bir kanunun doğrudan AB yönergelerini iç hukuka aktarma amacıyla çıkartıldığı hallerde bu kanunun AAD içtihatlarına uygun şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağı sorusu gündeme gelecektir. Kanaatimizce bu çerçevede öncelikle ilgili kanunun açılmış bir fasılla alakalı olup olmadığı ve bu sebeple Türk mahkemelerince dikkate alınıp alınmaması hususu araştırılmalıdır²¹. Zira belirli bir faslın açılmış olması ve buna dayalı olarak AB yönergelerinin iç hukuka aktarılması, aynı

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Öte yandan kanun koyucu bu niyetini açıkça belli etmediği takdirde AAD içtihadının da dikkate alınabilir nitelikte olmasını savunmak güçtür. Hatta bazı hallerde kanun koyucu bilinçli olarak uluslararası düzenlemelerden ayrıldığını belirtmiştir²². Bu gibi durumlarda ilgili içtihatların yorum çerçevesinde dahi ancak sınırlı şekilde dikkate alınması imkân dâhilinde gözükmektedir.

c. Doğrudan Yatay Etki Sorunu

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

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

görüşü savunulmuştur²³. Karşı görüş ise temel hak ve özgürlüklerin amacının devlet ile birey arasındaki güç eşitsizliğinin dengelenmesi olduğunu belirtmektedir. Oysa özel hukuk sùjeleri arasında böyle bir eşitsizlikten bahsedilemez²⁴. Öte yandan özel hukuk sùjeleri arasında da sosyo-ekonomik eşitsizlik söz konusu olabilir. Dolayısıyla güçsüz olan tarafın korunması gerçeği göz ardı edilmemelidir²⁵. Bu çerçevede özellikle AİHM üye ÷lkelerin harekete geçerek temel hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli önlemleri almaları gerektiğini belirtmekle bir pozitif yükümlölük öngörmektedir²⁶. Ancak sözleşme tarafının sosyal açıdan güçsüz olması, temel hak ve özgürlüklerin doğrudan doğruya özel hukuk ilişkilerine etki etmesini başlı başına meşru kılamaz.

Nitekim devlet-birey ilişkisini ilgilendiren dikey etki ile birey-birey ilişkisini esas alan yatay etki arasında yapısal açıdan çok önemli bir fark mevcuttur: Birinci durumda devletin bireyin özgürlük alanına müdahalesi sınırlandırılmakta, oysa ikinci durumda bir bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, diğer bireyin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu beraberinde getirmektedir²⁷. Dolayısıyla yatay etki, temel hak ve özgürlükler açısından eşit konumda bulunan bireylerin özgürlüklerinin çatışmasına sebebiyet vermektedir. Çatışan bu hakların arasındaki menfaat dengesinin çok dikkatli bir şekilde kurulması gerekmektedir. Örneğin kanun koyucu sözleşme tarafları arasındaki dengesizliğin giderilmesi için özel hukuk çerçevesinde çeşitli yöntemlere başvurmaktadır. Genel işlem koşulları, aşırı yararlanma, rekabetin korunması gibi hususlar esasında özel hukuk sùjelerinin arasındaki dengesizliği gidermeyi amaçlayan unsurlara örnek olarak gösterilebilir. Ancak bütün bu misaller doğrudan değil, ancak dolaylı bir etkinin söz konusu olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla uluslararası normların doğrudan bireyler arasında yatay etki doğurması kabul edilemez²⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

Her ne kadar az önce uluslararası hukuk normlarının özel hukuk sùjeleri arasında doğrudan etkili olmayacağı sonucuna varılmış ise de sözleşmelere taraf olan devletler pekâlâ bu sözleşmelerden doğan yükümlülükleri doğrultusunda hareket etmek zorundadırlar. Sözleşmeye taraf olan devlet, hukuk düzenini ve bu çerçevede özel hukuk normlarını, sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerine uygun biçimde şekillendirmelidir. Temel hak ve özgürlük ihlali bir devlet organı tarafından değil de, özel hukuk sùjesi tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi devletin “hakkı zarar gören kişiyi korumak için gerekli adımları atmayıp, üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediği” ve bu sebeple dolaylı olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir²⁹. Ancak sözleşme tarafı olan devletin yükümlülükleri yasama faaliyetiyle sınırlı değildir. Bilakis söz konusu normları yürüten idari makamlar ve bu normları yorumlayan mahkemeler de sözleşmeden doğan yükümlülükleri dikkate almalıdırlar³⁰.

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

Bunlardan birincisi, özel hukuk sùjelerini bizzat temel hak ve özgürlüklerde kabul gören değer yargılarıyla (dolaylı olarak) bağımlı kılan sistemlerdir. Bu sistemlerin en meşhur örneği, Alman Anayasa Mahkemesi'nin *Lüth* kararıdır³¹. İlgili kararında mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında ancak özel hukukun bir parçası olan genel nitelikteki hükümler vesilesiyle etkisini gösterdiğini belirtmiştir³². Oysa temel hak ve özgürlüklerin asıl muhatabı Devlet, Devlet tüzeli kişiliği içerisinde de (diğer erklerin yanında) yasama erki ise, yasama erki özel hukuk alanında yasama faaliyetinde bulunduğu anda pekâlâ temel hak ve özgürlüklerle bağılı olacaktır. Özel hukuk sùjelerinin sergiledikleri davranışlarından ötürü temel hak ve özgürlüklerin doğrudan etkisi söz konusu değilken, anayasada belirtilen temel hak ve özgürlüklerin yasama erkini görevini özel hukuk alanında icra ederken de muhatap aldığı hususunda tereddüt etmemek gerekir. Bu sebeptir ki temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında sadece ve sadece genel nitelik taşıyan normlar üzerinden etkisini göstereceğini söylemek isabetsizdir³³.

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

²⁹ İnceoğlu, s. 61.

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

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

³² BVerfGE 7, s. 198, 205.

³³ Bkz. Canaris, AcP 184 (1984), s. 202, 222.

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

Nihayet üçüncü bir eğilim, temel hak ve özgürlüklerin, özellikle AİHS'nin özel hukuk ilişkilerinde de doğrudan uygulama alanı bulacağı yönündedir³⁴.

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

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

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

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

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

1. Çok Aşamalı Hukuk Düzeninin Beraberinde Getirdiği Sorunlar

Esasen siyaset bilimi kökenli olan ve özellikle Avrupa Birliği yapısını inceleyen çalışmalar çerçevesinde geliştirilen "çok aşamalı yönetim"³⁵ (*multi layered governance*) sistemi, birden fazla yönetim sisteminin bir arada bulunmasını ifade etmektedir. Buna paralel olarak çok aşamalı hukuk düzeninden bahsetmek mümkündür³⁶. Gerçekten de günümüz hayatında tek bir kanun koyucunun iradesi doğrultusunda şekillenen bir hukuk düzeni söz konusu değildir.

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

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

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

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

a. Yeknesak Hukuk Metodolojisi?

Yukarıda da belirtildiği üzere klasik hukuk metodolojisinin esas aldığı tek kanun koyucunun iradesi doğrultusunda şekillenen bir hukuk düzeni artık söz konusu değildir. Gerçekten de gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk, açık boşluk-örtülü boşluk ayırmaları yapılırken kanun koyucunun ilgili düzenlemeyi getirirken güttüğü amaç gibi hususlar incelenmektedir³⁷. Oysa yukarıda etraflıca izah edildiği üzere kanun koyucudan bağımsız bazı müesseselerin koyduğu kurallar iç hukukumuzda etki etmektedir. Ulusal norm ile uluslararası norm arasında ihtilafın meydana gelmesi halinde ise bu ihtilafın nasıl ve hangi yöntemler çerçevesinde çözümleneceği sorusuna cevap aramak gerekecektir. Bu bağlamda farklı çözüm yollarının benimsendiği gözlemlenebilir. Bir yandan ortak ve yeknesak bir hukuk metodolojisinin geliştirilmesi fikri ortaya atılırken³⁸, öte yandan her ülkenin kendine mahsus varsayımları³⁹, kültürü ve idari çerçevenin farklı metodoloji anlayışlarına sebebiyet vermesi kuşkusuzdur⁴⁰. Dolayısıyla çok aşamalı hukuk düzeninde gerek dikey, gerek yatay ilişkilerde metodolojik açıdan birçok soruna rastlamak mümkündür⁴¹. Bu sorunların çözümünde kanaatimizce dikkate alınması gereken iki yegâne unsur söz konusudur: Hukuk güvenliği ve kuvvetler ayrılığı ilkesi.

b. Hukuk Düzeninin Bütünlüğü ve Hukuk Güvenliği İlkesi

Özel hukuk süjesi öncelikle ulusal normları dikkate alacak, bunlara güvenerek hareket edecektir. Bu hükümlerin uluslararası normlara aykırı düşmesinden dolayı zımnen ilga edilmiş sayılması ise özel hukuk süjesinin hukuk düzenine olan güvenini sarsacak nitelikte olabilir⁴². Bu sebeple çok aşamalı hukuk sisteminin her aşamasının birbiriyle uyumlu bir halde olması ve normun muhatabına karşı bir bütün olarak gözükmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁴³. Ancak bu bütünlüğü sağlarken yargı erkinin kendisine anayasal düzen

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

³⁸ Gsell, s. 99, 104 ve orada dn. 15’te belirtilen yazarlar.

³⁹ Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M., 1970.

⁴⁰ Gsell, AcP 214 (2014),s. 99, 107 vd.

⁴¹ Gsell, AcP 214 (2014),s. 99, 107.

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

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

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

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

Hukuk güvenliğine hizmet eden bir diğer unsur, ulusal mahkemeler ile uluslararası normları yorumlama yetkisi kendisine tanınmış olan mahkemeler arasındaki ilişki olabilir. Örneğin Avrupa Adalet Divanı, üye ülke mahkemeleri ile kendisi arasındaki ilişkiyi karşılıklı işbirliği ve diyalog mekanizması olarak nitelendirmektedir⁴⁴. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile sözleşmeye üye ülkelerin mahkemeleri arasındaki ilişkiye işaret edilebilir. Bu çerçevede özellikle ulusal mahkemelerin yargı faaliyeti esnasında AİHM'nin içtihatlarını dikkate almaları, üye ülke kanun koyucusunun AİHM içtihatları doğrultusunda sözleşmeye aykırı bulunan ulusal normlarda gerekli değişiklikleri yapması, bu işbirliğine örnek olarak gösterilebilir⁴⁵. Anayasa Mahkemesi de bunu "sözleşme hükümlerinin zorunluluğu" ile ifade etmektedir.

Ancak şu hususa da dikkat çekmekte fayda var ki AİHM'nin kararlarına karşı temyiz imkânı ya da başka bir kontrol mekanizması söz konusu değildir. Dolayısıyla yapısal açıdan bir kontrol eksikliği söz konusudur⁴⁶. Bu eksikliğin giderilmesi ya da en azından herhangi bir mağduriyete sebebiyet vermemesi için AİHM'nin üye ülkelerde mevcut olan hukuk geleneği ve hukuki özellikleri dikkate alması gerekmektedir. Bu da karşılıklı ilişkinin diğer yüzü olarak nitelendirilebilir.

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

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

a. Amaca Uygun Sınırlandırma

Amaca uygun sınırlandırma yöntemi, "kanunun amacı ile karşılaştırıldığında çok geniş kapsamlı, farklılaştırılmamış kelime anlamının, yorum yoluyla elde edilmiş düzenleme amacının gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi veya bu alanla sınırlandırılması" olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Bu çerçevede uygulama alanı amacına kıyasla çok geniş olan hükme sınırlandırıcı bir hüküm eklenmekte ya da dar anlamli kelime, geniş anlamli olana göre tercih edilmektedir.

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

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

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

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

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

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

Olay: *Quelle* firmasından fırın satın alan müşteri, bir müddet sonra malın ayıplı olduğunu satıcıya bildirmiş, bunun üzerine satıcı ayıplı malın tamirinin mümkün olmadığını belirtmiş ve müşteriye yeni bir fırın göndermiştir. Ancak satıcı aynı zamanda müşterinin ayıplı fırını kullandığı süre için 69,97 € değerinde kullanma bedeli (*Wertersatz*) talep etmiştir. Talep edilen ücreti, bütün haklarının saklı kalması şartıyla ödeyen müşteri, söz konusu haklarını bir tüketici koruma derneğine temlik etmiş, bu dernek ise, satıcıya karşı açtığı dava kapsamında ödenen 69,97 €'nun iadesini talep etmiştir⁴⁸.

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

Federal Mahkeme ulusal düzenlemenin yönergeyle çelişkiili olup olmadığı hususunda tereddüt yaşamış ve Direktif'in yorumlanması konusunda Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön karar başvurusunda bulunmuştur⁴⁹. Mahkeme başvurusunu özellikle Alman Medeni Kanunu hükümlerinin Direktif'in amaçlarına uygun olarak yorumlanmasının klasik yorum metoduyla mümkün olmadığını, aksi takdirde, böyle bir yorumun, anayasada mevcut olan kanun ve hukuka bağlılık ilkesi⁵⁰ ile çelişeceği gerekçelerine dayandırmıştır⁵¹. „Kanunun lafzı ve kanun koyucunun açıkça beyan ettiği amacına ters düşüldüğü durumlarda, yorum sınırının aşıldığını" belirten mahkeme, bu bağlamda özellikle Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarını örnek göstermiştir⁵². Öte yandan AB hukukunun ana prensiplerinden olan kanunların direktiflere uygun yorumlanması yükümlülüğüne değinen Federal Mahkeme, Avrupa Adalet Divanı'nın örnek içtihatlarına⁵³ yer vermiştir. Bu içtihatlara göre ulusal mahkemeler, kanunların

⁴⁸ Davacının diğer taleplerine, inceleme konusuyla bağlantılı olmadığından yer verilmeyecektir.

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

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

⁵¹ BVerfGE 71, s. 81, 105; BVerfGE 95, s. 64, 93.

⁵² BVerfGE 18, s. 97, 111; 98, s. 17, 45; 101, s. 312, 319.

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

çizdiği sınırlar çerçevesinde yorum yetkisinin bütün imkânlarını kullanarak ulusal kanunları direktiflerin lafzına ve özüne uygun olarak yorumlamakla yükümlüdürler⁵⁴. Kanunların çizdiği sınırdan kasıt, anayasal kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Bu sebeple, yönergeye uygun yorumlama yükümlülüğü, mahkemelere mevcut anayasal düzenin ötesinde bir yorum imkânı tanımaz; diğer bir ifade ile kanunun lafzına ve özüne aykırı yorum yapma (*contra legem*) yetkisi mahkemelere tanınmamıştır⁵⁵.

Avrupa Adalet Divanı, Alman Federal Mahkemesi'nin kaygılarına hak vererek, satıcıya, sattığı ayıplı malı geri alıp yenisiyle değiştirirken tüketiciden kullanma tazminatı talep etme hakkını veren bir düzenlemenin söz konusu Direktif'in 3. maddesinin 2-4 fıkralarına aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵⁶. Ön karar başvurusunu takiben ilgili kararın bağlayıcı olduğunu belirten Alman Federal Mahkemesi bir sonraki aşamada söz konusu kararın ulusal hukuka nasıl aktarılacağı hususunda metodolojik açıdan önemli tespitlerde bulunmuştur.

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

Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarını örnek gösteren Alman Federal Mahkemesi, kanundaki boşlukların doldurulmasının, Alman Anayasası'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen hukuka ve kanuna bağlılık ilkesi sebebiyle yasaklanmadığını belirtmiştir⁵⁷. Mahkemelere verilen bu yetki, kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından da bir sorun teşkil etmemektedir. Bu sebeple öğretilde, sadece tarafları bağlayan bir mahkeme kararının kanun koyucunun yasama yetkisini etkilemediği savunulmaktadır⁵⁸. Buna ilaveten, hâkimin davaya bak-

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

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

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

⁵⁷ BVerfGE 82, s. 6, 11 vd.; 111, s. 54, 82.

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

maktan kaçınması yasağı da, bu bağlamda öne sürülen sebeplerdendir. Diğer taraftan kural koyma yetkisi mahkemelere yasama organlarının açıkça beyan ettikleri iradelerini kendi hukuk politikasına uygun şekilde değiştirme yetkisi vermemektedir. Alman Federal Mahkemesi, somut olayda kural koyarken kanun koyucunun isteklerini, kendi görüşleriyle değiştirmediklerini, bilakis kanun gerekçesinden, kanunda bir eksiklik olduğu sonucunun çıkartıldığını ve bu eksikliğin, yine kanun koyucunun amacı doğrultusunda giderildiğini belirtmiştir⁵⁹.

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

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

BGB § 439 f. 1'e göre alıcı, satılan ayıplı eşyanın onarılmasını ya da ayıplı eşyanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini ve teslim edilmesini talep etme hakkına sahiptir⁶⁰. Fakat satıcı, alıcı tarafından kendisine yöneltilen talebin yerine getirilmesini, ifanın imkânsız olması veya orantısız maliyet yüklemesi sebebiyle BGB § 439 f. 3 uyarınca reddedebilir. Bu bağlamda özellikle sözleşmeye aykırılık olmasaydı malın değerinin ne olacağı, sözleşmeye aykırılığın önem derecesi ve alternatif seçimlik hakkın tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden kullanılıp kullanılmayacağı dikkate alınır. Eğer maliyetin orantısız olacağı veya seçilen hakkın imkânsız olduğu kabul edilirse alıcının talebi ifaya yönelik diğer seçimlik hakla sınırlıdır. Ancak satıcının bu seçimlik hakkın kullanılmasını da aynı gerekçelerle reddetmesi mümkündür. Örnek olarak, ayıplı eşyanın değiştirilmesi, ayıp dikkate alındığında aşırı masraflara yol açıyorsa, alıcı ancak satılan eşyanın onarımını talep etme hakkına sahip olacaktır. Satılan eşyanın onarımı da aşırı masraflara sebebiyet veriyorsa satıcı, alıcının bu yöndeki talebini de geri çevirme hakkına sahiptir⁶¹.

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

⁵⁹ Krş. BVerfGE 82, s. 6, 11 vd.; 111, s. 54, 82.

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

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

metmiştir. Ancak bu durumda satıcının yükümlülüğünün "uygun" masraflar ile sınırlandırılmasında bir sorun bulunmamaktadır⁶².

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

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

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

Yukarıda ele alınan *Quelle*-kararı ile mevcut karar gerekçeleri birbirleriyle yüksek oranda örtüşmektedir. Fakat iki karar arasında önemli bir fark vardır. Mahkeme ikinci kararında da kanun gerekçesine yer vermiş, fakat *Quelle* kararına kıyasla bu sefer kanun koyucunun somut olarak söz konusu sorunu (satıcının her türlü onarım talebini reddetme imkânının Direktife uygun olup olmadığı hususu) ele aldığını tespit edememiştir. BGB § 439 f. 4'te Direktife uygunluk sorusunu kanun gerekçesinde bizzat tartışan kanun koyucu, § 439 f. 3 çerçevesinde bu soruna değinmemiştir. Fakat Mahkeme, kanun koyucunun bu hususu tartışmadan yalnızca söz konusu düzenlemenin Direktife uygun olduğu varsayımından yola çıkmasının bir fark teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre her iki durumda da plan dışı bir boşluk söz konusudur. Esas olan direktife uygun kanun çıkarma amacının başarısız olmasıdır. Ayrıca Mahkemenin varsayımına göre kanun koyucu yaptığı düzenlemenin Direktife uygun olmadığını bilseydi elbette söz konusu kanunu çıkarmayacaktı⁶³.

cc. Kararların Değerlendirilmesi

Amaçsal sınırlama yöntemine başvuru durumlarda lafzına göre çok geniş bir uygulama alanına sahip olan kanun hükmü amacına göre sınırlandırıldığı için aslında kanunun amacı gerçekleştirilmeye çalışılır⁶⁴. Amaçsal sınırlamanın başlıca hedefi, nasıl kıyas kapsamında eşitlik ilkesinden dolayı benzer olaya benzer bir hüküm uygulanıyorsa, tam tersi durumda da benzer olmayan durumlara aynı kanun hükmünün uygulanmasından doğacak eşitsizliğin bertaraf edilmesidir⁶⁵. Bu esaslar doğrultusunda Alman Federal Mahkemesi söz konusu kararlarında öncelikle örtülü bir boşluk (*verdeckte Regelungslücke*) tespit etmiş, bu boşluğun doldurulmasında ise amaçsal sınırlama (*teleologische Reduktion*) yöntemine başvurup direktife uygun sonuca ulaşmıştır.

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

⁶³ BGH NJW 2012, s. 1073, 1077, kn. 34.

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

⁶⁵ Larenz/Canaris, s. 211.

Bu bağlamda değinilmesi gereken ilk husus, hâkimin kural koyma yetkisinin sınırlarıdır. Hâkimin kural koyabilmesi için aranacak öncelikli şart, kanunda bir boşluğun tespit edilmesidir. Kanun boşluğunun hangi kriterlere göre tespit edileceğine dair Alman hukuk metodolojisinde iki eğilim tespit edilebilir: Bir yandan kanun koyucunun niyetini esas alan sübjektif görüş, kanun koyucunun açıkça ifade ettiği amacın aynı zamanda kural koyma sınırı olduğunu savunmaktadır⁶⁶. Kanun koyucunun niyetinin tespit edilemediği durumlarda ise doldurulacak bir boşluk söz konusu olamaz. Bununla beraber kanunun lafzına karşı hukuk kuralı koymak mümkün olmayacaktır. Ortaya çıkan sorunun düzeltilmesi kanun koyucunun görevidir. Diğer bir görüşe göre ise kural koyma yetkisi, kanunun objektif amacına göre belirlenmelidir. Kanun koyucunun açık ve net ifadesi olmasa da, hukuk düzeni içerisinde meydana gelebilecek uyumsuzluklar plan dışı boşluk olarak nitelendirilebilmekte ve bu sayede hukuk kuralı koyma yöntemine başvurulması savunulmaktadır⁶⁷. Kanunda bir boşluğun tespiti için, kanun koyucunun farklı amaçlarının birbirine zıt düşmesi zorunlu değildir. Kanunların birbirleriyle çelişmesi yeterli olacaktır.

Bu bağlamda iki kararı ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir. Nitekim Federal Mahkeme birinci kararında sübjektif yorum yöntemine eğilim göstermişken, ikinci kararında daha objektif bir bakış açısı sergilemiştir⁶⁸. Birinci kararında Mahkeme şöyle bir ayırım yapmıştır: Kanun koyucu somut ihtilafa konu olan düzenleme çerçevesinde sadece Direktife uygun bir düzenleme yapma amacını gütmemiştir. Hükmün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere düzenlemenin Direktife uygunluğu bizzat tartışılmış, ancak kanun koyucu söz konusu normun Direktif ile uyumlu olduğu sonucuna varmıştır. Oysa AAD'nin de tespit ettiği üzere ilgili düzenleme, tüketiciler açısından herhangi bir sınırlandırma öngörmediği için Direktif'e aykırıdır. Dolayısıyla tüketicilere mahsus bir sınırlandırmanın öngörülmemesi, Federal Mahkeme tarafından gizli boşluk olarak nitelendirilmiş, bu boşluğun direktife uygun şekilde doldurulmasını da yine kanun koyucunun amacına hizmet edici olarak değerlendirmiştir. Mahkemenin, kanun koyucunun niyetini ve kanun gerekçesini kapsamlı olarak incelemesinin sebebi de bu ayırma dayanmaktadır. Zira Federal Mahkeme kural koyarken yine kanun koyucunun açık ve net bir şekilde ifade ettiği gayesine başvurmuştur. Kanun koyucunun iradesini esas alan mahkeme birbiriyle çelişen iki farklı amaçla karşı karşıya kalmıştır. Söz konusu iki amaç arasında bir seçim yapmak, başka bir ifade ile iki amaçtan birine öncelik tanımak zorunda kalan mahkeme, sonuç itibarıyla kanun koyucunun Direktife uygun yasa çıkartmak amacına öncelik tanımıştır. Hemen belirtelim ki Mahkeme verdiği sonucu kendi iradesine değil, bizzat kanun koyucunun **açıkça ifade ettiği iradesine** dayandırmaktadır.

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

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

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

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

miştir. Federal Mahkeme'ye göre asıl dikkate alınması gereken husus, kanun koyucunun, mevcut hükmün Direktife uygun olmadığını bildiği takdirde söz konusu hükmü yine aynı şekilde çıkartıp çıkartmayacağı sorusudur⁶⁹. Kanun koyucunun pekâlâ Direktife ters bir düzenleme yapmayacağı varsayımında bulunan Mahkeme, bu sebeple plan dışı bir boşluğun olduğunu kabul etmiş ve amaçsal sınırlandırma yoluna gitmiştir. Mahkeme, *Quelle* kararında kanun koyucunun somut olayla ilgili açık ve net bir ifadesini ararken, *Fliessen* kararında zımni bir niyetin yeterli olacağını savunmuştur.

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

(1) Kanun Lafzına Zıt Yorum

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

(2) Kuvvetler Ayrılığı ve Hukuk Güvenliği İlkesi

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

⁶⁹ BGH NJW 2012, s. 1073, 1077 kn. 34.

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

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

Bu netice hukuk güvenliği açısından incelendiğinde, söz konusu eğilimin tehlikeli sonuçları daha da belirgin hale gelmektedir. Federal Mahkeme her ne kadar iki kararında da hukuk güvenliği ilkesinin ihlal edilmediğini vurgulamış olsa da bu bağlamda belirttiği görüşler eleştiriye açıktır. Mahkeme her iki durumda da ihtilaf konusu olan hükümlerin öğretilde tartışıldığını ve bu sebeple haklı bir güvenin söz konusu olmayacağını belirtmiştir⁷¹. Fakat açık bir kanun hükmünün sadece öğretilde eleştirilmesinden dolayı hukuk güvenliğinin sarsıldığı sonucuna varılması tatmin edici değildir. Eleştirilerin AB hukuku temelli olması da bu sonucu değiştirmez. Kanunun kuşku uyandırmayacak şekilde açık lafzına olan güven, sonradan kanunun AB hukukuna ters düşmesinin tespit edilmesi sebebiyle korunmamaktadır. Böylece özellikle AB direktiflerine dayanan ulusal kanunların içeriği, açık ve net lafzına rağmen her zaman Avrupa Adalet Divanı tarafından değiştirilebilecek, söz konusu değişiklikler ise ulusal mahkemeler tarafından kural koyma yöntemiyle uygulanacaktır⁷².

⁷¹ BGH NJW 2012, s. 1073, 1078 kn. 47.

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

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

(3) Kanun Koyucunun Niyetinin Esas Alınması

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

dd. Türk Hukuku Açısından Amaca Göre Sınırlandırma Yöntemi

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

Ancak öncelikle amaçsal sınırlandırma çerçevesinde hangi amacın esas alınması gerektiğini incelenmelidir. Amaçsal yorum çerçevesinde esas alınacak irade hususunda tarihi-sübjektif yöntemle göre kanun koyucunun söz konusu hükmü koyarken güttüğü amaç belirleyicidir⁷³. Ancak kanun koyucunun güttüğü amacın araştırılmasında yaşanabilecek zorluklar bir yana, tarihi-sübjektif bir bakış açısı, kanunun yaşayan bir kurum⁷⁴ olduğu gerçeği karşısında yetersiz kalmaktadır. Zira sübjektif-tarihi yöntemin savunucuları dahi bir takım objektif unsurları benimsemişlerdir⁷⁵. Öte yandan kanun koyucunun iradesini değil, bizzat kanunun kendisini esas alan objektif görüşe göre günümüz sorunlarından haberdar bile olmayan bir kanun koyucunun iradesinin araştırılması, yorum faaliyetinin gayesi olamaz⁷⁶. Özellikle *Radbruch*, kanunu yorumlayanın, kanunu kanun koyucudan daha iyi kavrayabileceğini ve kanunun kanunu getirenden daha “akıllı” olabileceğini belirtmiştir⁷⁷. Ne var ki bu gerekçeler de eleştirilmiş, söz konusu görüşe göre uygulayıcının yorum yapmaktan çok kendi görüşünü dayattığı belirtilmiştir⁷⁸. Bugün hâkim olarak nitelendirilebilecek

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

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

⁷⁴ Dural/Sarı, s. 125 kn. 806.

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

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

⁷⁷ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart, 1973, s. 207.

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

görüş ise bu iki teorinin ortasıdır. Özellikle yüksek yargı kanun koyucunun iradesini yorum için bir başlangıç noktası olarak kabul etmekte, kanun koyucunun objektifleştirilmiş iradesini aramaktadır⁷⁹. Esas olan kanunda ifade edilen kanun koyucunun objektif iradesidir. Bu irade özellikle kanunun lafzı ve sistematigi esas alınarak belirlenmelidir. Gerçekten de kuvvetler ayrılığı ilkesi dikkate alındığında, yargı erkinin objektif zamana uygun yorum çerçevesinde kanun koyucunun hükmü koyarken güttüğü amaçtan tamamen bağımsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira kanunun uygulandığı zamanki gerçeklere verebileceği bir cevabın araştırılmasında başlangıç noktası yine, kanun koyucunun hükmü koyarken güttüğü amaçtır⁸⁰. Bu sebeple son olarak zikredilen görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

(1) Kural Koymanın Hukuki Dayanağı

Türk/İsviçre hukukunda ağırlıkta olan görüş, gerçek olan ve gerçek olmayan boşluk ayrımını kabul etmekle birlikte, yalnızca gerçek boşluk durumlarında hâkime kural koyma yetkisini tanımaktadır⁸¹. Örtülü boşluklar ise bu görüşe göre gerçek olmayan boşluk olarak nitelendirilmiştir⁸². Gerçek olmayan boşluklar MK 2 f. 2'ye tabi tutulmuş ve bu durumlarda hâkime kural koyma yetkisi verilmemiş, bununla beraber örtülü boşluklarda amaçsal sınırlama metodunun uygulanamayacağı görüşü savunulmuştur. Kanun hükmünü düzeltirken hâkimin ancak söz konusu kanun hükmünün somut olayda uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebildiği durumlarda çok büyük bir dikkatle düzeltilebileceği savunulmuştur⁸³.

Fakat bu görüş son zamanlarda eleştiriye maruz kalmıştır⁸⁴. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 121 III 219 sayılı kararında gerçek olmayan boşluk kavramını halen kullanmakta olup, mahkemenin gerçek boşlukları doldurulma yetkisine sahip olduğunu ve gerçek olmayan boşlukların doldurulmasının "genelksel" görüşe göre mahkemelerin yetkisi dışında kaldığını belirtmiştir. Kanun lafzının amacıyla çeliştiği durumlarda, örtülü fakat gerçek bir boşluğun varlığının kabul edilebileceğini vurgulayan Mahkeme, kural koyma yetkisini de bu tespitine dayandırmıştır⁸⁵. Sonuç olarak İsviçre Federal Mahkemesi kav-

⁷⁹ Güncel örnek olarak bkz. BVerfGE 122, 248.

⁸⁰ Krş. Larenz/Canaris, s. 138 vd.

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

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

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

⁸⁴ Honsell, Basler Kommentar, 4. Aufl., 2010, Art. 1 kn. 17.

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

ramsal açıdan gerçek boşluk/gerçek olmayan boşluk ayırımını terk etmemiş, ancak örtülü boşlukların da gerçek boşluk teşkil edebileceğine ve bu boşlukların kural koyma yöntemiyle doldurulabileceğine hükmetmiştir⁸⁶.

Öğretide ise Alman hukukunu esas alan bir görüş, gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk (*echte und unechte Regelungslücke*) ayırımını eleştirmektedir⁸⁷. Zitelman'a⁸⁸ atfedilen gerçek/gerçek olmayan boşluk ayırımının günümüzde geçerliliğinin kalmadığı savunulmaktadır. Nitekim hukukta boşluk olmadığını kabul eden bu görüşe göre, kanunun tanımadığı her hak reddedilmeli ve yine kanunun öngörmediği bir istisna da tanınmamalıdır. Ancak bu pozitivist bakış açısı kıyas metodunun tartışmasız olarak benimsendiği günümüz hukuk metodolojisine ters düşmektedir. Kanunda mevcut plan dışı bir eksiklikten dolayı nasıl kıyas yetkisinin varlığı kabul edilmekteyse, kanun koyucunun istisnai durumu gözetmeksizin kanun hükmünü geniş tutmasından dolayı söz konusu hükmü sınırlandırma gereksinimi de inkâr edilmemelidir. Her iki durumda da kanunun lafzı, özüyle örtüşmemekte; birincisinde lafız çok dar, ikincisinde ise çok geniş tutulmuş bulunmaktadır⁸⁹. Amaçsal sınırlandırmayı kanuna karşı kural koymak (*Rechtsfortbildung contra legem*) olarak nitelendirmenin bu sebepten dolayı yanlış olacağını belirten bu görüş, burada sadece kanunun lafzına karşı (*contra verba legis*) fakat kanunun amacına uygun olarak (*secundum rationem legis*) kural koyulduğuna dikkat çekmektedir⁹⁰. Buna göre örtülü boşlukların doldurulmasında amaçsal sınırlandırma yöntemine başvurulabilmekle beraber, hâkim bu bağlamda MK md. 1'den doğan kural koyma yetkisine dayanmaktadır⁹¹. Bu görüşe göre, hâkimin kanun hükmünü "düzeltme" yetkisini MK md. 2 f.2'ye dayandırmak isabetli değildir. MK md. 2'nin amacı, hâkime hakkaniyetin gerekli kıldığı durumlarda pozitif hukuk kurallarını sınırlandırma ya da ortadan kaldırma yetkisini vermektir⁹². İsviçre Federal Mahkemesi'nin amaçsal sınırlandırma metodunu tanıdığı kararlarla beraber kanun hükümlerinin düzeltilmesi için MK md. 2'ye başvurma gereksinimi kalmamıştır. Nitekim "hakkın kötüye kullanılması" tabirinin bireysel bir durumu

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

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

⁸⁷ Honsell, Art. 1 kn. 17; Kırca, AÜHFD 2001, s. 91.

⁸⁸ Ernst Zitelmann, Lücken im Recht, Leipzig, 1903.

⁸⁹ Honsell, Art. 1 kn. 17.

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

⁹¹ Geniş bilgi için bkz. Kırca, AÜHFD 2001, s. 91, 97 vd.

⁹² BGE 72 II 39 vd., 42.

belirttiği ve amaca ters olarak geniş tutulan kanun lafzının daraltılmasında uygun bir araç olmadığı savunulmaktadır⁹³.

Fakat tekrar belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi iki dayanağı da halen geçerli kabul etmektedir. Diğer bir ifade ile muhtemel iki kanuni dayanağın kesin doğru ya da kesin yanlış olduğu hükmü verilmemiştir⁹⁴. Oysa yukarıda belirtilen sebeplerden dolayı kanunda tespit edilen boşlukların amaçsal sınırlandırma yöntemiyle doldurulması inkâr edilemez bir gereksinim olmakla beraber, bu işlevin hukuki dayanağı olarak MK md. 1'in daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda incelenen kararı, bu bağlamda yaşanan kavram kargaşasını gözler önüne sermekle beraber daha da zorlaştırmaktadır. Nitekim örtülü boşlukların aynı zamanda gerçek boşluk olabilecekleri tespiti dikkatle incelendiğinde, örtülü boşlukların hangi kriterlere göre gerçek ve hangi şartlarda gerçek olmayan boşluk olarak değerlendirilmesi gerektiği sorusuna açıklık getirmek gerekecektir. Örtülü boşlukların bazı durumlarda gerçek, bazı durumlarda da gerçek olmayan boşluk olarak değerlendirilebilme ihtimali belirsizliklere yol açmaya elverişlidir. Bu sebeple gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk kavramlarından bağımsız olarak tespit edilen örtülü boşlukların MK md. 1'e göre doldurulması daha isabetli olacaktır.

(2) Kural Koyarken Dikkat Edilecek Hususlar

Kural koymanın kanuni dayanağı tespit edildikten sonraki aşamada boşluk doldururken MK md. 1'den doğan kural koyma yetkisine dayanan hâkimin hangi kriterleri dikkate alacağı sorusuna cevap aranacaktır. Bu bağlamda özellikle incelenmesi gereken husus, muhtemel bir amaçsal sınırlama yasağının mevcudiyetidir⁹⁵.

Amaçsal sınırlandırmaya başvurulduğu durumlarda şu üç hususa dikkat çekilmektedir: Hukuk güvenliği, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve anayasa mahkemesinin kanunları iptal etme yetkisi⁹⁶. Alman hukuk metodolojisinde, amaçsal sınırlandırma yasağı, hukuk güvenliği ilkesinden dolayı kanun hükmünün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmasını gerektiren durumlarda ortaya çıkar⁹⁷. Hukuk güvenliği ilkesinin hangi durumlarda kanun hükmüne sıkı sıkıya bağlı kalınmasını zaruri kıldığı sorusunun cevabı ise yine kanunu yorumlayarak verilmelidir⁹⁸. Ancak tam bu aşamada ilgili yöntemin zayıf noktası ortaya çıkmaktadır. Zira hâkim kendi yetkisinin sınırlarını kendisi belirlemektedir. Hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermek için söz konusu kanun hükmünü yorumlayan hâkim, bu bağlamda aynı zamanda kendi yetki sınırlarını kendisi çizmektedir. Hakimin MK md. 2 f. 2 sınırlamasından kurtulduğu ve dolayısıyla daha "rahat" hareket edebileceği⁹⁹ göz önünde bulundurul-

⁹³ Honsell, Art. 1 kn. 17.

⁹⁴ Honsell, Art. 1 kn. 17.

⁹⁵ Daha geniş bilgi için bkz. Canaris, s. 192 vd.

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

⁹⁷ Diğer sebepler için bkz. Kırca, AÜHFD 2001, s. 91, 109 vd.

⁹⁸ Larenz/Canaris, s. 211.

⁹⁹ Bkz. Serozan, § 5 kn. 48.

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

Diğer taraftan şu hususa dikkat çekmek gerekir: hâkim, hoşuna gitmeyen bir hükmün uygulama alanını amaçsal sınırlandırma yoluyla tamamen kısıtlayıp, tespit ettiği "boşluğu" kıyas yoluyla daha uygun gördüğü bir hükümle doldurma yetkisine sahip değildir; bu yetki kanun koyucuya aittir. Lafza karşı yorum, ancak kanunun (objektif) amacının açık ve net bir şekilde ortaya konulabileceği durumlarda mümkün olmalıdır¹⁰¹.

(3) Değerlendirme

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

1) Bir boşluğun olup olmadığını tespit ederken hâkim, yapılan düzenlemenin, kendi şahsi kanaati doğrultusunda değil, bizzat kanunun **kendi amacına** göre eksik olup olmadığını araştırmalıdır¹⁰². Bu araştırmanın başlangıç noktası kanun koyucunun niyeti olmakla beraber, söz konusu niyetin tespit edilemediği durumlarda, yukarıda belirtilen ilkeleri ihlal etmemek şartıyla objektif-zamana uygun bir yorum vesilesiyle ortaya çıkan boşluğu doldurmak mümkün olacaktır.

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

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

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

¹⁰⁰ Serozan, § 5 kn. 27, s. 122.

¹⁰¹ Honsell, Art. 1 kn. 16.

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

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

b. Anayasaya Uygun Yorum

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

aa. Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lüth Kararı

Olay: Hamburg şehri basın müdürü ve aynı zamanda Hamburg Basın Kulübü başkanı *Erich Lüth*, 1950 yılında büyük masraflarla çekilen ve tanıtılan “*Unsterbliche Geliebte*” filmini boykot çağrısında bulunmuş, buna gerekçe olarak filmin yönetmeni ve Nazi döneminde *Jud Süß* filmini de çeken *Veit Harlan*'ın öne çıkarılmasının Alman filmi açısından kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine filmin üretimini üstlenen şirket *Lüth*'e karşı BGB § 826¹⁰³ hükmüne dayanarak müdahalenin men'i davası açmış, mahkeme bu talebi haklı görmüş ve nihayet *Lüth*, Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde anayasa şikâyetinde bulunmuştur.

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

Bu açıklamalar doğrultusunda mahkeme, genel hüküm olarak kabul edilen BGB § 826 düzenlemesinin¹⁰⁴ ve bu çerçevede özellikle “ahlaka aykırı” kavramının ifade özgürlüğünü sınırlandırabilecek nitelikte olduğunu, bu sebeple de ilgili hükmü yorumlarken anayasanın da göz ardı edilmemesini, hatta söz konusu kavramın anayasa „ışığında“ yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre ifade özgürlüğünün özgürlükçü demokratik bir devlet için taşıdığı yegâne önem dikkate alındığında bu temel hakkın uygulama alanının

¹⁰³ İlgili hüküm, BK md. 49 f. 2'nin BGB'deki muadilidir.

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

anayasa altında basit hukuk normlarıyla gelişigüzel sınırlandırılması kabul edilemez. Bilakis genel yasalar, temel hak ve özgürlüğü sınırlandırma görevini ifa ederken kendileri de bu temel hak ve özgürlüğün anlamı ışığında ele alınmalı ve bu hakkın içerdiği özel değeri her durumda muhafaza edecek şekilde yorumlanmalıdır. Mahkeme bu bağlamda temel hak ve özgürlük ile temel hakkı sınırlandıran özel hukuk hükmü arasında bir “karşılıklı etkileşim” ilişkisinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Buna göre her ne kadar genel yasalar lafzen temel hak ve özgürlüklere sınır koysalar da, bu yasalar da sınırladığı temel hak ve özgürlüğün özgürlükçü demokratik devlette değer koyan işlevi doğrultusunda yorumlanmalı ve bu hakkı sınırlayıcı etkisi açısından kendisi de sınırlandırılmaya tabi tutulmalıdır¹⁰⁵.

bb. Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kefalet Kararı

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

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

Alman Anayasa Mahkemesi bu kararında da Alman Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler kısmının, bütün hukuk düzenini ilgilendiren anayasal temel değer yargılarını içerdiğine dikkat çekmiştir. Ancak bu temel değer yargılarının özel hukuk ilişkileri çerçevesinde doğrudan uygulanamayacağı, bilakis özel hukuk ilişkileri çerçevesinde doğrudan uygulama alanı bulan hükümler üzerinde etkisini göstereceği belirtilmiştir. Özellikle genel hüküm niteliği taşıyan soyut hükümlerin içeriğinin doldurulması, yani genel hükmün yorumlanması aşamasında anayasanın kabul ettiği bu objektif sistem esas alınacaktır¹⁰⁶. Mahkeme bu sebeple hukuk mahkemelerinin, genel hükümleri yorumlayıp uygularken, temel hak ve özgürlükleri bir “*yönerge*” niteliğinde dikkate almaları gerektiğini vurgulamıştır. Bu hususu dikkate almadan karar veren hukuk mahkemesi, dava tarafının temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmiş olur¹⁰⁷.

¹⁰⁵ BVerfG vom 15.01.1958, BVerfGE 7, s. 198, 208 - (Lüth).

¹⁰⁶ BVerfGE 7, s. 198, 205 vd.; 42, s. 143, 148.

¹⁰⁷ BVerfGE 7, s. 198, 206 vd.

Anayasa şikâyetine konu olan somut olayda Mahkeme kuralın sözleşme serbestisi olduğuna işaret etmiştir. Mahkemenin yerleşik içtihatları uyarınca, kişinin hukuki ilişkilerini kendi iradesi doğrultusunda düzenlemesi, genel hareket serbestisinin bir parçasıdır. Anayasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrası, sözleşme serbestisini, "kişinin hukuk hayatında kendi kararlarını kendisinin vermesi" şeklinde garanti altına almaktadır¹⁰⁸. Öte yandan sözleşme serbestisinin sınırsız şekilde kabul edilmesi söz konusu olamaz. Bilakis kanun koyucu bu serbestiyi gerekli olan yerlerde sınırlandırmakla yükümlüdür. Ancak bu sınırlandırmayı yaparken de Anayasa'nın objektif-hukuki ilkeleri ile bağlıdır.

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

cc. Türk Hukukunda Özellikle Anayasa Şikâyeti Işığında Anayasaya Uygun Yorum

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

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

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

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

IV. Sonuç

Yapılan etraflı inceleme sonucunda öncelikle temel hak ve özgürlükleri esas alan AİHS ile diğèr uluslararası normları, özellikle AB hukuku temelli normları farklı değerlendirmek gerektiğı neticesine varılmıştır. Gerçekten de temel hak ve özgürlükleri esas alan uluslararası normlara, doğrudan Anayasa'mızda sevk edilen md. 90 f. 5 c. 2 hükmü doğrultusunda öncelik tanınmıştır. Dolayısıyla bu tür normların uygulamacı açısından bağlayıcı nitelikte olduğu söylenebilir.

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

Lakin yukarıda etraflıca gerekçeleriyle belirtildiğı üzere ulusal mahkemeler, ulusal normları uluslararası normlar ve içtihatlar ışığında yorumlarken ve kural koyarken özellikle hukuk güvenliğı ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini dikkate almak zorundadırlar.

KAYNAKÇA

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

- Kırca, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaçsal Sınırlandırma (teleologische Reduktion), AÜHFMD, C. 50 Sa. 1 Y. 2001, s. 91 vd.
- Kramer, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern, 2013.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg vd., 1995.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., München, 1991.
- Leisner, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München, 1960.
- Lorenz, Stephan: Anmerkung zu BGH, Vorlagebeschluss vom 16.08.2006, NJW 2006, s. 3202.
- Marks, Gary/Hooghe, Liesbet/Blank, Kermit: European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance, Journal of Common Market Studies 34 (1996), s. 341 vd.
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte VI/1, Heidelberg/München, 2010.
- Metzger, Axel: Extra Legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen, 2009.
- Neuner, Jörg: Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., München, 2005,
- Oberhammer, Paul: Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214 (2014), s. 155 vd.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 18. Bası, İstanbul, 2012.
- Pfeiffer, Thomas: Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes, NJW 2009, s. 412 vd.
- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart, 1973.
- Rainey, Bernadette/Wicks, Elizabeth/Ovey, Clare: Jacobs, White & Ovey, The European Convention on Human Rights, 5th Edition, New York 2010.
- Ramm, Thilo: Die Freiheit der Willensbildung – Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung, Stuttgart, 1960.
- Riesenhuber, Karl: Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin/New York, 2015.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl., München, 2015.
- Seifert, Achim: Die horizontale Wirkung von Grundrechten, Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen, EuZW 2011, s. 696 vd.
- Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2014.
- van Dijk, Peter/van Hoof, Fried/van Rijn, Arjen/Zwaak, Leo (ed.): Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th Edition, The Hague, 2006.
- Voskuhle, Andreas: Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, s. 1 vd.
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München, 2012.
- Zitelmann, Ernst: Lücken im Recht, Leipzig, 1903.

**AVUSTURYA YARGI KARARLARI VE ÖĞRETİSİ
IŞIĞINDA FİNANSAL AÇIDAN AŞIRI YÜK GETİREN
KEFALET SÖZLEŞMELERİNİN AHLAKA
AYKIRILIK DENETİMİ***

*(THE IMMORALITY INSPECTION OF THE FINANCIALLY OVERSTRAINING
SURETYSHIP AGREEMENTS IN THE LIGHT OF THE AUSTRIAN JURISPRUDENCE
AND DOCTRINE)*

Ahmet Hakan Dağdelen**

ÖZ

Bu makale, kefile finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılığı problemini konu almaktadır. Üzerinden yirmi yılı aşkın zaman geçen çok önemli bir kararında, Alman Anayasa Mahkemesi, mahkemelerde unutulmuş bir olguyu hatırlattı. Bu kararda mahkeme, irade serbestisinin sadece kâğıt üzerinde bir anlamı olan kelimeler bütününden ibaret olmadığını, mahkemelerin sözleşme taraflarının sınırlanmış irade serbestilerine ve bu bağlamda sözleşmenin ahlaka aykırılığa yakından dikkat etmeleri gerektiğini vurguladı. Geçtiğimiz yirmi yılda, bu kararı takiben, Avusturya yargı kararları ve öğretisi de bu probleme gittikçe artan bir ilgi göstermiş ve bu bağlamda gelişmeler kaydetmiştir. Bu makale, Avusturya'daki ahlaka aykırılık denetimini esas alarak, Türk Hukuku kapsamında kabul edilebilecek bir çözüm sunmayı hedeflemektedir. İlk olarak, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetiminin yasal dayanağı tartışılmaktadır. Burada, ahlaka aykırılığa ilişkin genel hüküm ve gabin yasağı tartışma konusu olmaktadır. İkinci olarak, makale ahlaka aykırılığın üç ana kriterini incelemektedir. Son olarak ise, ahlaka aykırılığa bağlanmış özel hukuk alanındaki yaptırımlara işarette bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kefil, kefalet sözleşmesi, ahlaka aykırılık, aile bireylerinin kefaleti, esnek düzen

ABSTRACT

The article deals with the immorality problem of the suretyship agreements which financially overstrain the surety. More than twenty years ago, a great decision of the German Constitutional Court reminded the courts of what they did forget. Its intend was to remark that the freedom of decision making is more than words and the courts are obliged to pay attention to damaged freedom of decision making of the contracting parties and accordingly immorality of the

* Bu makale, 09.08.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 07.09.2016 tarihinde birinci hakem; 03.09.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi doktora öğrencisi, hkndgd@gmail.com

agreement. Over the last two decades, following this decision, the Austrian jurisprudence and doctrine have paid more and more attention to this problem and have made improvements in this regard. This article analyzes the Austrian immorality inspection and aims to offer a new solutions in the scope of Turkish Law. Initially, the legal basis of the immorality inspection of the financially overstraining suretyship agreements is discussed. In this part, the general immorality clause and the unfair advantage come into consideration. Secondly, the article examines the three main criterias of the immorality. At last, the article indicates the sanctions of the immorality in civil law.

Keywords: Surety, suretyship agreement, immorality, surety of relatives, flexible system

I. Giriş

Alman Anayasa Mahkemesinin 19.10.1993 tarihli¹, kefalet hukuku alanındaki anlaşmazlıklara ilişkin verilmiş, anayasal güvenceye bağlanmış irade serbestisi çerçevesince değerlendirmeye aldığı iki mahkeme kararına ilişkin vermiş olduğu kararı, Avusturya öğretisi ve yargı kararlarında da, kefil açısından aşıran yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetiminin fitilini ateşlemiştir. Bu bağlamda, her iki ülkede de aile bireylerinin kefaleti (Angehörigebürgschaft) başlığı altında oldukça kapsamlı tartışmalar gerçekleşmiştir. Bu çalışmanın konusu, Avusturya öğretisi ve yargı kararlarında ulaşılan sonuçların, bunların Türk Hukuku'na iktibası bağlamından, sunulması ve incelenmesi ile sınırlı olacaktır.

II. Kanuni dayanak

Bugün gerek Avusturya yargı kararlarında gerekse öğretilerinde, kefile finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmeleri, teminat altına alınan asıl borç ilişkiden ayrı olarak, bir ahlaka aykırılık denetimine tabi tutulmaktadır. Bu denetimin sonucunda, asıl borç ilişkisi geçerli olarak ayakta bulunmasına rağmen, kefalet sözleşmesi hükümsüz olarak addedilebilmektedir.

Gerçekleştirilen ahlaka aykırılık denetiminin kanuni dayanağına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretinin bir bölümüne² ve Yüksek Mahkemeye³ göre (Oberster Gerichtshof, bundan sonra OGH olarak anılacaktır.), aşırı

¹ Karar için: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, 36; Yeşim Atamer, "Geliri ve malvarlığı olmayan aile bireylerinin kefaleti – sözleşme içeriğinin denetlenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LV, Sayı 3, 1997, s. 419.

² Elisabeth Böhler içinde Peter Apathy/Gert Iro/Helmut Koziol (Hazırlayanlar), Österreichisches Bankvertragsrecht Band VIII: Kreditsicherheiten Teil I², Viyana, 2012, N 1/149; Georg Graf içinde Andreas Kletečka/Martin Schauer (Hazırlayanlar), ABGB-ON^{1,02}, Viyana, 2013, § 879 ABGB N 158; Georg Graf, „Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften“, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 1995, s. 776 (778); Helmut Gamerith içinde Peter Rummel (Hazırlayan), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch – ABGB³, Viyana, 2002, vor § 1360 N 5a.

³ OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetimi, ABGB madde 879 fıkra 2 cümle 4'te düzenlenen gabin yasağının kıyasen uygulanması ile gerçekleştirilmektedir. Bu anlayış doğrultusunda, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde görülen edimler arasındaki dengesizliğin yerine, kefilin ifa gücü ile üstlenilen sorumluluk tutarı arasındaki dengesizlik, gabin yasağı kuralı çerçevesince yapılacak ahlaka aykırılık denetiminde göz önünde tutulacaktır⁴.

Öğretide, gabin yasağının kıyasen uygulanması ile gerçekleştirilecek ahlaka aykırılık denetimi şu iki gerekçe ile haklı olarak eleştirilmiştir⁵: Öncelikle, gabinde söz konusu olan edimler arasındaki dengesizlik bir objektif kriterdir ve kefalet ilişkisine yabancıdır. Diğer taraftan, gabin yasağının kefalet sözleşmelerine kıyasen uygulanması, aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetiminde kapsam bakımından dar kalmaktadır.

Kanuni dayanağın, gabin yasağı olarak görülmesi Türk Hukuku açısından da problemli görünmektedir. Aşağıda detaylı inceleneceği üzere, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırılık denetiminde göz önünde bulundurulacak kriterler ve bunların içerikleri TBK madde 28 uyarınca gerçekleştirilecek gabin denetimi ile tam olarak örtüşmemektedir. Edimler arasındaki açık orantısızlık şartı, başka bir orantısızlık ile ikame edilse dahi, bu orantısızlıktan yararlanma kefalet sözleşmelerinde söz konusu olmamaktadır, zira kefil bu orantısızlığı zaten karşılayamamaktadır. Dahası, kefalet sözleşmesinde alacaklının bir aşırı yararlanması da zaman söz konusu olamamaktadır, zira alacaklı, kefilin, asıl borçlunun ifada bulunması gerekirken bulunmaması üzerine talepte bulunmaktadır ve kefilin ifası sonucu asıl borçlu karşısındaki talebini de kaybetmektedir. Türk Hukuku açısından problem yaratabilecek bir diğer nokta da, TBK madde 28'de gabinin ileri sürülmesi için öngörülen zamansal sınırlamalar oluşturmaktadır⁶. Bu zamansal sınırlamalar, kefilin irade serbestisini sınırlayan olguların devamlılığı söz konusu olduğunda, adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır⁷.

III. Kriterler

Ahlaka aykırılık denetiminde, üç farklı ana kriterin, kefalet sözleşmesinin kurulması anında birlikte mevcut olması şartı aranmaktadır. Bunlar; kefalet sözleşmesi içeriğinin tasvip edilmezliği, kefilin irade serbestisinin sınırlanmış olması ve bu iki husustan alacaklının haberdar olması yahut ihmal suretiyle haberdar olmamasıdır⁸. Bu üç kriterin varlığı, Türkçe'ye esnek düzen ola-

⁴ Graf, ÖBA 1995, s. 778; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/149; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 158.

⁵ Thomas Rabl, Die Bürgschaft, Viyana, 2000, s. 79 v.d.; Thomas Rabl, „Sittenwidrige Bürgschaften Vermögenschwacher Angehöriger“, eolex 1998, s. 8. Objektif kriter açısından: Wolfgang Eigner, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung, Viyana, 2004, s. 319.

⁶ Christiana Fountoulakis, „Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt“, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2010, s. 423 (431).

⁷ Fountoulakis, AJP 2010, s. 431.

⁸ Graf, ÖBA 1995 s. 778; Peter Mader/Wolfgang Faber içinde Michael Schwimann (Hazırlayan), ABGB Praxiskommentar Band VI³, Viyana, 2006, § 1346 N 14; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150 v.d.; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 158; Georg Graf, „Zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaftsübernahme durch erwachsene Geschwister“, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 1998, s. 967 (971); Raimund Bollen-

rak tercüme edilebilecek bir sistemde (bewegliches System), çeşitli unsurların varlığı⁹ ve bu unsurların yoğunlukları çerçevesince değerlendirilmektedir¹⁰. Bununla beraber, OGH, kefilin ödeme gücü ile kefaletten doğan sorumluluğunun tutarı arasındaki farkı, ahlaka aykırılık denetiminin objektif sorunu olarak görmekte ve ifade edilen bu esnek düzen çerçevesince yapılacak bir değerlendirmenin dışında tutarak, her olayda mevcut olması gereken bir unsur olarak görmektedir¹¹. Bu şekilde bir değerlendirme kefilin, varını yoğunu, elinde ne varsa çıkararak, borcunu ifa etmek zorunda kalması ve bu durumun, aşırı ifa güçlüğü sebebiyle ahlaka aykırılığın kabul edildiği diğer durumlardan çok da farklı olmaması nedeniyle yerinde görünmemektedir.

A. Kefalet sözleşmesi içeriğinin tasvip edilmezliği

Kefalet sözleşmesi içeriğinin tasvip edilmezliğinin kontrolünde, başlangıçta, kefilin sorumlu olduğu tutar ile kendisinin ifa gücü arasında ağır bir orantısızlık olup olmadığı araştırılmaktadır¹². Bu ağır orantısızlığın, kefalet sözleşmesinin kurulmasında anında ortaya çıkacak bir ağır orantısızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak bir ağır orantısızlık, sözleşmeyi ahlaka aykırı addetmek için yeterli olmamaktadır¹⁴. Bununla beraber, sözleşmenin kurulmasından sonra herhangi bir şekilde ortadan kalkan sorumlu-

berger içinde Helmut Koziol/Peter Bydlinki/Raimund Bollenberger (Hazırlayanlar), Kurzkomentar zum ABGB³, Viyana, 2014, § 879 N 8; Michael Gruber, „Der Schutz des Bürgen“, Festschrift für 200 Jahre ABGB, Viyana, 2011, s. 997 (1006); Peter Kolba içinde Anne Marie Kosesnik-Wehrle (Hazırlayan), KSchG – Konsumentenschutz und Fern- und AuswärtsgeschäfteG⁴, Viyana, 2015, § 25d N 8a; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 1 Ob 39/10g. Takip eden kararlarda, OGH, sözleşme tarafları arasında, pazarlık kuvvetleri açısından yapısal bir dengesizliğin bulunmasını, göz önünde tutulması gereken ayrı bir ana kriter olarak göstermektedir: OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

⁹ Sınırlayıcı olmayacak şekilde, bu unsurların sayıldığı bir karar için: OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k.

¹⁰ Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/149, 150; Eigner, s. 324; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z.

¹¹ OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f.

¹² OGH'nin kefilin sorumluluk tutarı ile ödeme gücü arasında sayısal değerlere dayalı ağır bir orantısızlığın varlığını kabul ettiği ve etmediği kararları için: Martina Rosenmayr, „Sittenwidrigkeit von Angehörigebürgschaften Übersicht zur Judikatur des OGH“, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 2004, s. 196.

¹³ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 15; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 167; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k.

¹⁴ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 15; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 167.

luk tutarı ve kefilin ifa gücü arasındaki ağır oransızlık, verilecek ahlaka aykırılık kararı için bir önem taşımamaktadır¹⁵.

Kefilin sorumluluk tutarının belirlenmesinde, sorumluluğun ilk olarak üstlenilen nominal tutarı ve hayatın olağan akışı kapsamında beklenebilecek faizler göz önünde tutulmaktadır¹⁶. Bir görüşe göre, kefilin somut olarak talep edilen tutar ve hayatın olağan akışı kapsamında beklenebilecek faizler göz önünde tutulmalıdır¹⁷. Kefilin ifa gücünün belirlenmesinde ise, kefalet sözleşmesinin akdedilmesi zamanında kefilin sahip olduğu mevcut malvarlığı, gelecekteki öngörülebilir malvarlığı ve daimi giderleri, örneğin kira, kredi borçları göz önünde tutulmaktadır¹⁸. Bir görüş doğrultusunda, kefilin diğer borç ilişkilerinden doğan ödeme yükümlülükleri sadece, alacaklının bunlardan haberdar olması¹⁹ yahut haberdar olmak zorunda olduğu durumlarda göz önünde bulundurulmalıdır²⁰. Kefilin, asıl borçludan olan geliri²¹ ve kendisinin icra edilemeyen mal varlığı değerleri²² yine kefilin ödeme gücünün belirlenmesinde göz önünde bulundurulmayacaktır. Bunlara karşın, kefilin ödeme gücü ile sorumluluk tutarı arasında hangi durumlarda ağır bir orantısızlık olduğunu gösterecek, üzerinde fikir birliği bulunan standart bir formül bulunmamaktadır²³. OGH bir kararında, kefilin 5 yıl içerisinde, teminat altına alınan kredi tutarının %25'ini yerine getirebilecek olması durumunda, ağır bir orantısızlık olmadığı kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁴.

Bu kriterin varlığına ilişkin araştırmada, kefilin sorumluluk tutarı ile ödeme gücü arasındaki orantısızlıktan başka diğer unsurlar da göz önünde tutulmaktadır. Kefili koruyucu kanun hükümlerinin aksi yönünde anlaşmaların varlığı²⁵, kefilin sorumluluğunun sınırı oluşturacak azami bir miktarın bu-

¹⁵ Mader/W. Faber içinde Schwimann, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 N 15; Eigner, s. 291. Karşı görüşte: Irene Faber, „Das Mäßigungsrecht gemäß § 25d KSchG“, *Österreichisches BankArchiv (ÖBA)* 2004, s. 527 (531).

¹⁶ Mader/W. Faber içinde Schwimann, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 N 19; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150; Eigner, s. 289; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k.

¹⁷ Faber, *ÖBA* 2004, s. 532, 533.

¹⁸ Mader/W. Faber içinde Schwimann, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 N 19; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150; Eigner, s. 285; Rabl, s.75; Roman Perner, *Die Bürgschaft im Rechtsvergleich zwischen amerikanischem und österreichischem Recht*, Viyana, 2004, s. 131; Graf, *ÖBA* 1998, s. 974.

¹⁹ Graf, *ÖBA* 1998, s. 974.

²⁰ Faber, *ÖBA* 2004, s. 533.

²¹ Graf içinde Kletečka/Schauer, *ABGB-ON*^{1.02} § 879 ABGB N 164; Eigner, s. 286; Axel Thoß, *Bürgenschutz im österreichischen und deutschen Recht*, Baden-Baden, 2007, s. 156; Georg Graf, „Der Angehörige hat alle für die Sittenwidrigkeit seiner Haftungsvereinbarung sprechenden Umstände zu behaupten und beweisen.“ *Österreichisches BankArchiv (ÖBA)* 2000, s. 619 (624).

²² Mader/W. Faber içinde Schwimann, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 N 19; Rabl, s. 75; Eigner, s. 318; Thoß, s. 152.

²³ Mader/W. Faber içinde Schwimann, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 N 19; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150; Eigner, s. 290; Thoß, s. 153 v.d.; Graf, *ÖBA* 1998, s. 274.

²⁴ OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

²⁵ Mader/W. Faber içinde Schwimann, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 N 21; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol N 1/150; Graf, *ÖBA* 1995 s. 779; Thomas Rabl, „Sittenwidrigkeitskontrolle von Angehörigenbürgschaften“, *ecolex* 1998, s. 30; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

lanmaması²⁶, kefil ve pazarlık yapma açısından kuvvetli bulunan alacaklı arasında yapısal bir dengesizlik bulunması²⁷ kefalet sözleşmesinin tasvip edilmezliğini kuvvetlendirici unsurlar olarak göz önünde bulundurulmaktadır. Bu unsurlara karşın, kefilin rücu edebileceği diğer teminatların bulunması²⁸ ve, kural olarak, kefilin asıl borç ilişkisine olan ekonomik ilgisi²⁹, kefalet sözleşmesi içeriğinin tasvip edilmezliğini azaltan unsurlar olarak göz önünde tutulmaktadır. Bununla beraber, kefilin asıl borç ilişkisine olan ekonomik ilgisinin, bu ilk ana kriterin varlığına ilişkin kabule etkisinde, kefilin asıl borçluya bağlı olması sebebiyle baskı altında olduğu durumlarda, örneğin asıl borçludan geçim yardımı alınması, çekingen davranılmaktadır³⁰. Asıl borçlunun mali durumu ve umutsuz bir şekilde borçlanmış olması, bir görüşe göre bu kriter altında değerlendirilmelidir³¹, diğer bir görüşe göre ise göz ardı edilmelidir³².

B. Kefilin irade serbestisinin sınırlanması

İkinci kriter olarak, kefalet sözleşmesi imzalanırken, kefilin irade serbestisinin sınırlanmış olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu noktada, OGH'nin bazı kararlarında kabul ettiğinin aksine³³, öğretide³⁴ kefilinin irade serbestisine etkiye bulunan unsurun alacaklıya izafe edilebilir olması aranmamaktadır.

²⁶ Graf, ÖBA 1995 s. 779; Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Rabl, eolex 1998, 30; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol N 1/150; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

²⁷ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21.

²⁸ Faber, ÖBA 2004, s. 530 v.d.; Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol N 1/150; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 168; Perner, s. 131; Eigner, s. 288; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; Graf, ÖBA 1998, s. 973; Thoß, s. 161, 162. Son yazara göre, diğer teminatların varlığı ancak, kefile yapılan ifa talebinin, kefilin ödeyemeyeceği bir tutarda olmayacağına sözleşmede kararlaştırılması durumunda göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁹ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 22; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol N 1/150; Graf, ÖBA 1995 s. 780; Eigner, s. 292 v.d.; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v.

³⁰ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 161; Eigner, s. 293; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a.

³¹ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 21; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/150; Eigner, s. 287; Graf, ÖBA 1998, s. 973; Thoß, s. 151; Rabl, s. 76. Son yazara göre, asıl borçlunun mali durumu, asıl borç ilişkisinden kefilin de bir yararı olması durumunda göz önünde tutulmalıdır.

³² Faber, ÖBA 2004, s. 530; Graf, ÖBA 1995 s. 780; Perner, s. 131; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

³³ OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

³⁴ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 23; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 170; Eigner, s. 297; Georg Graf, „Sit-

Bu kriter, aile bireyleri için verilen kefaletlerde sıklıkla görüldüğünden, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılığı sorunu, genellikle aile bireylerinin kefaleti (Angehörigenbürgschaft) ile özdeşleşmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılık denetiminin kapsamını, aile bireyleri tarafından verilen kefaletler ile sınırlı değildir³⁵.

Bu kriter altında, kefilin irade özgürlüğünü sınırlayan şu unsurlar, sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmaktadır: Asıl borçluya duyulan duygusal bir bağdan veya ailevi bir baskıdan kaynaklı mecburiyet³⁶, kefilin tecrübesizliği³⁷, kefalet ile bağlı bulunan risklerin önemsiz gösterilmesi³⁸, kefilin gafil durumda bulunması³⁹.

C. Alacaklının bilgisi veya ihmali suretiyle bilgisizliği

Ahlaka aykırılık denetiminin son aşamasında, kefalet sözleşmesinin tasvip edilmezliğinden ve kefilinin irade serbestisinin sınırlanmış olduğundan, alacaklının bilgisinin olup olmadığı veya bu hususlardan ihmali suretiyle bilgisiz kalıp kalmadığı kontrol edilmektedir. Alacaklının yardımcıların veya temsilcilerinin bu durumlardan haberdar olmaları veya ihmali suretiyle habersiz kalmaları da, bu kriterin gerçekleştiğinin kabul edilmesi için yeterli kabul edilmektedir⁴⁰.

Bir görüşe göre, alacaklının ihmali suretiyle, yukarıda bahsedilen ağır orantısızlıktan haberdar olmadığı durumlar ile bağlantılı olarak, alacaklıya bir

tenwidrigkeit oder Reduktion der Haftung eines Interzedenten“, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2001, s. 166 (170).

³⁵ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 16; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/154; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 162; Eigner, s. 326 v.d.; Rabl, s. 86, 87; Peter Bydliniski, Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis², Viyana, 2003, s. 52; Graf, ÖBA 1998, s. 972.

³⁶ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 24; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/151; Graf, ÖBA 1995 s. 779; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 169; Eigner, s. 300; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

³⁷ Graf, ÖBA 1995 s. 779; Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 27; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/151; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 169; Eigner, s. 302; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

³⁸ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 25; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/151; Graf, ÖBA 1995 s. 780; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 169; Eigner, s. 298; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

³⁹ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 26; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/151; Graf, ÖBA 1995 s. 780; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 169; Eigner, s. 299 v.d.; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 1 Ob 39/10g.

⁴⁰ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 28.

araştırma yapma görevi yüklenmelidir⁴¹. Bu araştırma ödevinin kapsamı, öğretinin bir bölümde, kefilin serbest iradesini sınırlayan unsurları da içine alacak şekilde genişletilmektedir⁴². Bununla beraber, genel, her olaya uygulanacak bir araştırma ödevi kabul edilmemekte, yapılması gereken araştırmanın yoğunluğunun her somut olay için farklı olması gerektiği belirtilmektedir⁴³. Alacaklının, bir gerçek kişi veya kendi alanında uzman bir tüzel kişi olması da, yapılması gereken araştırma ödevinin içeriğinin ve yoğunluğunun belirlenmesi açısından önemli addedilmektedir⁴⁴. Keza, alacaklının araştırma yapma ödevi açısından, teminat altına alınan borcun yüksekliği ve asıl borçlu ile kefil arasındaki yakın ilişki de önemli kabul edilmektedir⁴⁵. Buna karşın, yine öğretilerde alacaklıya yüklenecek bir araştırma yapma ödevi, sözleşme yapma serbestisini başka olguların varlığına bağlaması ve genel kuralların aksine bu konudaki ispat yükünü alacaklıya yüklemesi gerekçeleri ile eleştirilmektedir⁴⁶.

IV. Ahlaka aykırılığın yaptırımı

Yukarıda açıklanan bu üç kriterin birlikte varlığı halinde, kefalet sözleşmesi hükümsüz olarak addedilmektedir. Alacaklının, kefil ile asıl borçlu arasında vuku bulacak olası bir mal varlığı kaymalarından endişe duyarak, kefalet sözleşmesi yapmış olması, bir görüş doğrultusundan korunması gereken bir menfaat olarak kabul edilmemektedir⁴⁷, diğer bir görüş doğrultusunda ise, kefalet sözleşmesinde bu husus ifade edilmişse, korunması gereken bir menfaat olarak kabul edilmektedir⁴⁸.

Ahlaka aykırılığın mevcudiyetine sebep veren olguların varlığını, kefil ispat ile görevlidir⁴⁹. Bununla beraber, öğretilerde bir görüş⁵⁰ ve OGH⁵¹ bazı kararlarında, kefil ile asıl borçlu arasında bir akrabalık ilişkisi bulunduğu durumlarda, kefilin irade serbestisinin sınırlandırılmış olduğunu ve alacaklının bu husustan ihmal suretiyle haberdar olmadığını, başka bir hususun ispatına gerek kalmadan, kendiliğinden kabul etmektedir. Bu yönde bir kabul, öğretilerde ispat yükünün haksız olarak yerinin değiştirilmesi sebebiyle haklı olarak eleştirilmektedir⁵².

⁴¹ Peter Bydlinki, „Die Sittenwidrigkeit von Haftungsverpflichtungen“, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 1995, s. 135 (137); Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152; Eigner, s. 311; Rabl, s. 66.

⁴² Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152; Eigner, s. 311.

⁴³ Bydlinki, ZIK 1995, s. 137; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152.

⁴⁴ Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152; Rabl, s. 66.

⁴⁵ Bydlinki, ZIK 1995, 137; Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/152.

⁴⁶ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 28.

⁴⁷ Eigner, s. 169, 303; Rabl, s. 90.

⁴⁸ Thoß, s. 143, 144, 159.

⁴⁹ Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 17; Eigner, s. 310; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

⁵⁰ Thoß, s. 170 v.d.; Graf, ÖBA 2000, s. 624. Sadece bir emare olarak: Rabl, s. 88.

⁵¹ OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z.

⁵² Mader/W. Faber içinde Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 N 17. Sonuç olarak aynı yönde: OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

Ahlaka aykırılığın mevcudiyeti durumunda, öğretinin bir bölümü⁵³ ve OGH⁵⁴ kefilin sorumluluk tutarının, kefil tarafından yerine getirilebilecek bir meblağ ile sınırlandırılmasını ve bu meblağı aşan kısmı için hükümsüzlüğün kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu sayede, alacaklının teminat ihtiyacının kısmen karşılanmış olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bir kabul ancak şüpheli görünmektedir. Zira ahlaka aykırılık tek başına kefilin ödeme gücünü aşan bir sorumluluk tutarından değil, bununla beraber diğer unsurların da bir araya gelerek oluşturduğu bir sonuçtur. Bununla beraber, mahkemenin, kefilinin sorumluluğunu indirerek, ahlaka aykırı bir sözleşmeyi, ahlaka uygun hale getirmesi de, mahkemelerin yetkilerinin sınırları açısından şüphelidir. Bu sebeplerden ötürü, kısmi hükümsüzlüğün kabul edilmemesi daha doğru görünmektedir⁵⁵.

V. Sonuç

Avusturya yargı kararları ve öğretisinde, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin tabi tutulduğu ahlaka aykırılık denetimi, Türk Hukuku için bir örnek teşkil edebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ve kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, bu şekildeki bir denetime engel oluşturacak bir hüküm yer almamaktadır. Bununla beraber, bu denetimin gabin şartlarının kıyasen uygulanarak gerçekleştirilmesi, gabinin Türk Hukukunda bir nisbi butlan hali olarak düzenlemiş ve ileri sürülmesi için zamansal bir sınırlama öngörülmüş olması dolayısıyla tatmin edici sonuçlar vermekten uzak görünmemektedir. Öte yandan, gabinde söz konusu olduğu gibi bir yararlanma, yine kefalet sözleşmelerinde söz konusu olmamaktadır. Bu bakımdan, bu hükümsüzlüğün TBK madde 27 paragraf 1'nin özel bir uygulama alanı görülmesi daha doğru görünmektedir.

Sonuç olarak, Türk Hukuku'nda da, finansal açıdan aşırı yük getiren kefalet sözleşmelerinin ahlaka aykırılığı, üç ana kriterin gerçekleşmesi şartına bağlı olarak kabul edilebilir. Bu üç ana kriterin, gerçekleşip gerçekleşmediğinin keza bu kriterlerin yoğunluğunun tespitinde, birbirinden farklı unsurların esnek düzende (bewegliches System) değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk Hukukunda, kefaletin geçerliliği için her ne kadar kefalet sözleşmesinde azami bir meblağın gösterilmesi ve kefilin sorumluluk tutarı hakkında en başından beri bilgi sahibi olması, pek çok olayda, kefilin ödeme gücünü aşan bir sorumluluk altına girmesine engel olacak olsa da, ahlaka aykırılık denetimi ile korunan menfaatlerin tümünün şekil şartı ile koruma altında alınması mümkün görünmemektedir.

⁵³ Böhler içinde Apathy/Iro/Koziol, N 1/153; Gamerith içinde Rummel, ABGB³ vor § 1360 N 5a; Georgia Neumayer/Thomas Rabl içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} §§ 1346, 1347 N 171; Faber, ÖBA 2004, s. 541, 542; Graf içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB N 173; Andreas Riedler içinde Michael Schwimann/Georg Kodek (Hazırlayanlar), ABGB Praxiskommentar Band IV⁴, Viyana, 2014, § 879 – Teil 3 N 51; Eigner, s. 314 v.d.; Rabl, eclex 1998, 8; Rabl, s. 84, 85; Graf, ÖBA 1998, s. 971; Kolba içinde Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d N 6.

⁵⁴ OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p.

⁵⁵ Kısmi hükümsüzlüğün reddi yönünde: Thoß, s. 179 v.d..

KAYNAKÇA

Peter Apathy/Gert Iro/Helmut Koziol (Hazırlayanlar), Österreichisches Bankvertragsrecht Band VIII: Kreditsicherheiten Teil I², Viyana, 2012.

Yeşim Atamer, “Geliri ve malvarlığı olmayan aile bireylerinin kefaleti – sözleşme içeriğinin denetlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LV, Sayı 3, 1997, s. 419.

Peter Bydlinki, Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis², Viyana, 2003.

Peter Bydlinki, “Die Sittenwidrigkeit von Haftungsverpflichtungen”, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 1995, s. 135.

Wolfgang Eigner, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung, Viyana, 2004.

Irene Faber, “Das Mäßigungsrecht gemäß § 25d KSchG”, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2004, s. 527.

Christiana Fountoulakis, “Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2010, s. 423.

Georg Graf, “Der Angehörige hat alle für die Sittenwidrigkeit seiner Haftungsvereinbarung sprechenden Umstände zu behaupten und beweisen.“ Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2000, s. 619.

Georg Graf, “Sittenwidrigkeit oder Reduktion der Haftung eines Interzedenten”, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 2001, s. 166.

Georg Graf, “Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften”, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 1995, s. 776.

Georg Graf, “Zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaftsübernahme durch erwachsene Geschwister”, Österreichisches BankArchiv (ÖBA) 1998, s. 967.

Michael Gruber, “Der Schutz des Bürgen”, Festschrift für 200 Jahre ABGB, Viyana, 2011, s. 997.

Andreas Kletečka/Martin Schauer (Hazırlayanlar), ABGB-ON^{1.02}, Viyana, 2013.

Anne Marie Kosesnik-Wehrle (Hazırlayan), KSchG – Konsumentenschutz und Fern- und Auswärtsgeschäfte⁴, Viyana, 2015.

Helmut Koziol/Peter Bydlinki/Raimund Bollenberger (Hazırlayanlar), Kurzkomentar zum ABGB⁴, Viyana, 2014.

Roman Perner, Die Bürgschaft im Rechtsvergleich zwischen amerikanischem und österreichischem Recht, Viyana, 2004. (Doktora tezi, Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi).

Thomas Rabl, Die Bürgschaft, Viyana, 2000.

Thomas Rabl, “Sittenwidrige Bürgschaften Vermögensschwacher Angehöriger”, eoclex 1998, s. 8.

Thomas Rabl, “Sittenwidrigkeitskontrolle von Angehörigenbürgschaften”, eoclex 1998, s. 30.

Martina Rosenmayr, “Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften Übersicht zur Judikatur des OGH”, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 2004, s. 196.

Peter Rummel (Hazırlayan), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch – ABGB³, Viyana, 2002.

Michael Schwimann (Hazırlayan), ABGB Praxiskommentar Band VI³, Viyana, 2006.

Michael Schwimann/Georg Kodek (Hazırlayanlar), ABGB Praxiskommentar Band IV⁴, Viyana, 2014.

Axel Thoß, Bürgenschutz im österreichischen und deutschen Recht, Baden-Baden, 2007.

HUKUKA AYKIRI TASFİYENİN TÜZEL KİŞİLİĞE ETKİSİ*

(EFFECTS OF UNLAWFUL LIQUIDATION ON LEGAL ENTITY)

Araş. Gör./ Res. Asst. Barış Demirsatan**

ÖZ

Tüzel kişinin bütün hukuki ilişkileri sona erdiğinde tasfiye tamamlanır ve tüzel kişilik sona erer. Zira tüzel kişinin doğrudan doğruya sona erdiğinin varsayılması, kişinin hukuki ilişkileri ve malvarlığı bakımından kabul edilemez sonuçlara yol açar. Bir tüzel kişinin hukuka aykırı olarak tasfiye edilmiş olması, tüzel kişiliğin sona ermesine neden olmaz. Hukuka aykırı olarak tasfiye edilmiş bir tüzel kişinin davaya taraf olması durumunda, tüzel kişinin varlığı, bir dava şartı olarak davanın açıldığı mahkeme tarafından incelenmek gerekir. Oysa Türk yargı uygulamasında bu durumlarda, asıl mahkemenin tüzel kişinin taraf ehliyetini incelemeyeceği, ihya davası adı verilen bir davayla tüzel kişinin taraf ehliyetini yeniden kazandırılacağı kabul edilmektedir. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu da bu uygulamayı benimseyerek, uygulamaya sermaye ortaklıkları bakımından ek tasfiye adıyla somut bir dayanak kazandırmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tüzel kişi, Tüzel kişiliğin sona ermesi, Tasfiye, Tasfiyenin sonucu, Tüzel kişiliğin ihyası

ABSTRACT

A legal entity ceases to exist and its liquidation is completed only if all legal relations embracing the entity are terminated, since the assumption according to which the entity vanishes without liquidation results unacceptable consequences with relation to the patrimony of the entity. Thus, an unlawful liquidation does not lead the entity to disappearance. The court before which a lawsuit involving the liquidated entity has competence to judge on whether the entity still exists or not. However, the Turkish jurisprudence obliges the parties to file another lawsuit called restoration in order that the legal personality unlawfully liquidated is reinstated. The Turkish Code of Commerce has adopted the jurisprudence related to the restoration lawsuit and instituted the additional liquidation provisions.

Keywords: Legal entity, Dissolution of legal entity, Liquidation, Effects of liquidation, Restoration of legal entity

* Bu makale, 14.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup, 25.11.2016 tarihinde birinci hakem; 02.12.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
baris.demirsatan@istanbul.edu.tr

I. GİRİŞ

Kişiliğin sona ermesi gerçek kişiler yönünden kaçınılmaz, tüzel kişiler yönünden ise muhtemel bir akıbetir. Gerçek kişilerde kişiliğin son bulması halinde mirasbırakanın malvarlığı ve taraf olduğu hukuki ilişkiler ya sona erer ya da kendiliğinden miras hukuku hükümlerine göre ve kural olarak külli halefiyet çerçevesinde mirasçılara intikal eder. Kısaca, mirasbırakanın malvarlığının kaderi bellidir.

Buna karşılık tüzel kişiler bakımından, kişiliğin sona ermesi durumunda malvarlığının aktarılacağı bir mirasçılık düzeni yoktur. Bu durumda, tüzel kişinin haklarının sahipsiz kalacağı ve yükümlülüklerinin sona ereceği kabul edilemez. Böylece kaçınılmaz olarak, sona erme sebebinin gerçekleşmesinden sonra ve ancak kişilik sona ermeden önce, tüzel kişinin tüm hukuki ilişkilerinin sona erdirildiği tasfiye süreci söz konusu olur¹. Bu çalışmada, tüzel kişiler bakımından genel bir bakış açısı izlenerek, tasfiyenin sona ermesinin tüzel kişilik üzerindeki etkisi ve tasfiyenin hukuka aykırılığının nasıl ileri sürülebileceği değerlendirilecektir.

II. MEDENİ KANUNA GÖRE TÜZEL KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ

1. Sona Erme Nedenleri

Tüzel kişiliğin sona ermesi ve tasfiye sürecinin başlamasının ön koşulu, tüzel kişiliğin hukuka uygun şekilde kazanılmış olmasıdır. Tüzel kişiliğin kurulmasına ilişkin işlem, kesin hükümsüz² yahut yok hükmündeysen veya tüzel kişiliğin doğumuna ilişkin bir tamamlayıcı unsur gerçekleşmediyse ve gerçekleşmeyeceği anlaşılıyorsa, tüzel kişilik kazanılmaz³. Dolayısıyla tasfiye sürecine

¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 280; Rona Serozan, *Tüzel Kişiler Özellikle: Dernek ve Vakıflar*, İstanbul, 1994, s. 49; Ümit Yaşar Doğanay, *Hükmî Şahıslar (Ders Notları)*, İstanbul, 1969, s. 17-18

² İşlemin geçmişe etkili olarak iptal edilmesi halinde de kurucu işlem kesin hükümsüz olacağından aynı sonuç söz konusu olacaktır. Ancak iptal hakkının kullanılmasının geriye etkili olup olmayacağı, özellikle tüzel kişinin üçüncü kişilerle işlem yapması durumunda tartışmaya açık olur. Mahkeme kararıyla sona ermede ileriye etkinin söz konusu olacağı hakkında: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 279 dn. 982; Genel olarak ileriye etki yönünde: Jale Güral, *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi*, Ankara, 1953, s. 142-143

³ Tüzel kişiliği kuran hukuki işlem, MK m. 5'in yollamasıyla TBK m. 27'ye tabi olacaktır (Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 238). Birden fazla kişinin taraf olduğu tüzel kişilik kurma işlemlerinin, kıyasen TTK m. 214 hükmünün uygulanması sonucunda adi ortaklık sayılması olasılığı da düşüktür. Zira TBK m. 27'ye aykırılık, işlemin adi ortaklık olarak hüküm ifade etmesini de büyük ihtimalle olanaksız kılar (Ferit H. Saymen, *Türk Medenî Hukuku Cilt II: Şahsın Hukuku*, İstanbul, 1960, s. 298). Daha ziyade tamamlayıcı bir unsurun gerçekleşmemesi halinde bu hüküm uygulanabilir. Esasen bu durumda da taraflar arasında tüzel kişiliğin tesis edilmesine yönelik kurulmuş olan adi ortaklığın sona ermemesi söz konusu olacaktır. Bu çerçevede kuruluş ortaklığı ve önotaklık kavramları için: S. Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler [Equity Joint Ventures]*, İstanbul, 2009, s. 311-312; Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul, 2008, s. 135 vd.; Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık*, Ankara, 2008, s. 142 vd.; Peter Jung, "Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften", recht 2013 S. 79, s. 79 vd., kuruluş ortaklığı ve önotaklık arasındaki devamlılık hakkında: s. 81-82

gereksinim duyulmaz⁴. Bununla birlikte, üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye girilmesi durumunda, üçüncü kişilerin korunması adına tüzel kişinin tasfiyesine ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması kabul edilmektedir⁵.

Medenî Kanun, tüzel kişilere ilişkin genel hükümlerde sona erme sebebi düzenleme yoluna gitmemiştir. İlgili tüzel kişilere ilişkin kısımlarda ve özel mevzuatta sona erme sebepleri yer almaktadır⁶. Genel olarak bakıldığında sona erme sebepleri üçe ayrılabilir. Tüzel kişi, kanun veya kuruluş işleminde yer alan belli nedenlerin gerçekleşmesiyle sona erme sürecine giriyorsa “infisah-tan”, tüzel kişiliğe son verilmesine yönelik yenilik doğuran bir hükümlerle sona erme sürecine giriyorsa “dağıtılmadan” ve yetkili organın karar almasıyla sona erme sürecine giriyorsa “fesihten” bahsedilir⁷.

İnceleme konusu bakımından sona erme sebeplerinin bu şekilde nitelen-dirilmesi, tasfiye sürecinin hangi andan itibaren başladığını belirlemek bakımından gereklidir. İnfisah halinde, sebep gerçekleştiği anda tüzel kişi sona

⁴ Hans Michael Riemer, *Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen: BK - Berner Kommentar Band/Nr. 1/3/1, Bern, 1993, Art. 57/58, N. 5; Tüzel kişiliğin yokluğuna ilişkin tespit davası açılabilir (Dural/Öğüz, s. 239-240; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 2001, C. I, §18,A,III,1,a; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, Medenî Usül Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015, N. 538; Tufan Öğüz, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul, 2007, s. 59*). Bununla birlikte tespit davasına konu olan tüzel kişilik kuran hukuki işlemin geçersizliğidir. Zira tespit davasına ancak bir hukuki ilişkinin varlığı konu edilebilir. Bir kişinin varlığı veya yokluğu, bir vakfa olarak tespit davası kapsamına girmez. Gerçek kişiler açısından: Baki Kuru/Alı Cem Budak, *Tespit Davaları, İstanbul, 2010, s. 198 vd.*; Ancak hak ehliyetinin bulunmadığı ileri sürülen tüzel kişinin yargılamada davalı olacağı, bu bakımdan geçici de olsa bir taraf ehliyetinden bahsedilebileceği, tüzel kişinin varlığının hem maddi hukuk hem usul hukuku yönünden önem taşıyan bir çift etkili vakfa olduğu hakkında: Serdar Kale, *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul, 2010, s. 48-49 ve s. 211; Ayrıca: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2016, Art. 66, N. 12; Riemer, Art. 89, N. 41**

⁵ Huguenin, Art. 57/58, N. 4; August Egger, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - Kişinin Hukuku, İkinci Kısım Tüzel Kişiler mad. 52-89, Çeviri: Av. Volf Çernis, Ankara, 1949, m. 52, N. 11; Ayrıca: Julia Xoudis, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010, Art. 57/58, N. 29. Ayrıca, tüzel kişinin tasfiyesine ilişkin olarak düzenlenmiş İMK m. 57/III (MK m. 54/III) hükmünün kıyasen başlangıçtan itibaren tüzel kişilik kazanılmadığı durumlara Federal Mahkeme tarafından uygulandığı hakkında: Urs Scherrer, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2011, Art. 57, N. 5; Riemer, Art. 57/58, N. 19, Art. 76-79, N. 110; Claire Huguenin, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 2007, Art. 57/58, N. 4; Xoudis, Art. 57/58, N. 5**

⁶ Kural olarak tüzel kişinin kuruluş işlemi dışında yer verilenler haricinde, sona erme sebepleri sınırlı sayıdadır ve ancak kanunda yer alabilir. Bu bağlamda tüzel kişiliklere ilişkin sona erme sebeplerinin Anayasa ile olan bağlantısına da işaret edilmek gerekir. Tüzel kişilerin varlığı ve bünyelerinde sürdürülen etkinlikler büyük ölçüde Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerle ilintilidir. Bu itibarla sınırlandırılmaları Anayasa’da öngörülen rejime uygun olmak zorundadır.

⁷ Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1978, s. 90-91; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 179; Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, Ankara, 2016, s. 504; Teoman Akunal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1988, s. 33. Kendiliğinden sona erme ve kararlar sona erme olarak ikili bir ayırım da öğretilmektedir: Zevkliler/Acabay/Gökyayla, s. 568**

erme sürecine girer. Fesih halinde, sona ermeye ilişkin kararın yetkili organ tarafından alınmasıyla⁸; dağıtımda, tüzel kişiliğin sona erdirilmesine ilişkin hükmün kesinleşmesiyle (HMK m. 367/II) süreç başlar⁹.

Derneklere ilişkin olarak infisah nedeninin gerçekleşmesi halinde, bu durumun tespiti MK m. 87/II hükmü gereği her ilgili tarafından talep edilebilir. Bu çerçevede HMK m. 106 anlamında bir hukuki ilişki veya hakkın varlığı tespit konusu edilmemektedir. MK m. 87/II hükmü, kendine özgü ve çekişmesiz yargı kapsamında kalan bir tespit olanağı sağlamaktadır¹⁰. Verilecek kararın tüzel kişilik üzerinde kurucu bir etkisi yoktur. Sadece tasfiye sürecinin yürütülmesi gerektiğini gösterir (DernK. m. 15, DernY. m. 89).

Vakıflarda da infisah sebebinin gerçekleşmesi, vakfı tek başına tasfiye sürecine sokar. Bu itibarla vakıf amacının imkânsızlaşmasıyla vakfın infisah ettiğine ilişkin olarak MK m. 116/I hükmü gereği mahkemeden alınan sicilden silinme kararı fesih hükmünde değildir¹¹. Derneklere koşut biçimde tasfiye sürecinin başlatılması gerektiğini gösterir. Vakıflar Yönetmeliği m. 19 uyarınca

⁸ Vakıflarda, yönetim organının böyle bir yetkisinin olmadığı kabul edildiği gibi vakıf sedine de yönetim organına bu yönde bir yetki veren hüküm konulamayacağı kabul edilmektedir: Ögüz, s. 133; Doğanay, s. 106; Ahmet İşeri, Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara, 1968, s. 223; Harold Grüninger, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 2007, Art. 89, N. 2; Vakfın fesih olmayacağı her zaman için infisah edeceği ifadesiyle: Max Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht: Zweiter Band Einleitung und Personenrecht, 1967, s. 505-506; Parisima Vez, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010, Art. 88-89, N. 1 vd.; Ayrıca: Marc-Antoine Schaub, "Une fondation peut-elle décider sa propre dissolution?", JdT 1952 I 31 vd.

⁹ Ögüz, s. 141; Vakıflar bakımından karşı. Hans Michael Riemer, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen: BK - Berner Kommentar Band/Nr. 1/3/2, 1990, Art. 89, N. 86; Genel olarak sona ermeye ilişkin kararın kesinleşmesi gerektiği şeklinde: Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 572

¹⁰ Yürürlükten kalkan Medeni Kanun ile kaynak İsviçre Medeni Kanununda yer almayan bu düzenleme Türk hukukuna özgüdür, ancak madde gerekçesinde düzenlemeye ilişkin bir açıklama yoktur. Bununla birlikte yürürlükten kalkan Medeni Kanun döneminde de bu davalar görülmüştür: Yarg. 2. HD., 2.12.1972, 7768/7217 (Suat Ballar, Türk Dernekler Hukuku, Ankara, 2006, s. 661). Ayrıca bkz. 4279 sayılı kanunla değişik mülga 2908 sayılı kanun m. 51. Bu maddeye göre infisah hali, dernek merkezinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirinin veya Cumhuriyet savcılığının istemi üzerine sulh hukuk mahkemesince tespit edilmekteydi. Bu itibarla MK m. 87/II hükmünün kökeninin bu düzenleme olduğu ifade edilebilir. Bu madde kapsamında yapılan yargısal başvurularda basit yargılamaya usulünün uygulanacağı DernK m. 18 uyarınca Yargıtay tarafından kabul edilmektedir: Yarg. 7. HD., 3.2.2011, 5218/612 (Lexpera); Yarg. 7. HD., 17.10.2008, 4009/4297 (Lexpera); HMK m. 385/II de bu sonuca ulaştırmaktadır. Bu hükümden hareketle Cumhuriyet savcısının derneğin feshini talep edemeyeceği hakkında: Yarg. 18. HD., 17.11.2015, 17877/16618 (Kazancı)

¹¹ Yarg. 18. HD., 2.7.2007, 5802/6340 (Lexpera): "... Davacı dilekçesinde, Türk Medeni Kanununun 116. maddesine göre, vakfın sona erdiğinin tespitini istediği halde, başka bir kavram ve hukuki sonuçları olan vakfın feshine karar verilmesi... doğru görülmemiştir."; Yarg. 18. HD., 20.6.2013, 4406/10785 (Lexpera): "... Dava dilekçesinde, amacının gerçekleştirilmesi imkansız hale gelen vakfın sona erdirilmesi istenilmiş olup, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 116. maddesi vakfın sona ermesini, Tüzüğün 30. maddesi ise vakfın dağılmasını öngördüğü hususu gazetilerle koşullarının gerçekleşmesi durumunda kavram birliğinin sağlanması bakımından vakfın dağılmasına (sona ermesine) hükmedilmesi gerekirken, vakfın tasfiyesine karar verilmesi... doğru görülmemiştir."

bu durumda, vakıf yönetim organı veya Vakıflar Genel Müdürlüğü mahkemeye başvurarak keyfiyetin mahkeme siciline tescilini talep eder¹². Bu tescil, vakıf tüzel kişiliğini etkilemez. İnfisah sebebinin gerçekleşmesiyle tasfiye sürecine giren vakıf, tasfiyenin tamamlanmasıyla sona erer.

2. Sona Erme Nedenlerinin Gerçekleşmesinin Hukuki Sonucu: Tasfiye

Tüzel kişiliğin sona erme nedenlerinin gerçekleşmesiyle, tüzel kişiyi sona ermeye götüren tasfiye süreci başlar¹³. Tasfiye sürecine girilmesi, tüzel kişiliğin sona ermesine yol açmaz (MK m. 52) fakat tüzel kişinin hak ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlanır¹⁴. Böylece tüzel kişinin amacı değişmiş olur¹⁵.

Tüzel kişilik tasfiye süreci olmadan da sona erebilir. Bu bağlamda, tüzel kişinin başka bir tüzel kişiyle birleşmesi halinde, kişilik tasfiye edilmeksizin

¹² Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Konya, 2015, s. 293, Yazarlar diğer sebeplerle vakfın infisah etmesi durumunda da aynı prosedürün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Suat Ballar, *Yeni Vakıflar Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 658 vd.; Ortaklıklar bakımından da tasfiye sürecine girilmesinin ticaret siciline tescilinin kurucu olmadığı yönünde: Jung, s. 84; Bununla birlikte m. 116/I uyarınca karar verilmesi durumunda, karar ile herhalde artakalan malvarlığının özgüleneceği kişinin belirlenmesi gerektiği ve bir duraksamaya yer vermemek için lüzum görüldüğünde tasfiye kurulu oluşturulması gerekliliği içtihatlarda vurgulanmaktadır: Yarg. 18. HD., 15.9.2014, 2522/12625 (Lexpera); Yarg. 18. HD., 11.9.2014, 12004/12436 (Lexpera); Kararda özgüleme yapılacak vakfın ismen belirtilmesi gerektiği: Yarg. 18. HD., 13.10.2014, 33852/14010 (Kazancı); Ayrıca VK m. 27'ye dayanmak suretiyle: Yarg. 18. HD., 20.6.2013, 4406/10785 (Lexpera); Yarg. HGK., 29.5.2013, 18-1929/782 (Lexpera), kararda ayrıca, vakfın malvarlığı bulunmuyor olsa dahi özgülemeye ilişkin karar verilmesi gerektiği, vakfın tazminat isteminin bulabileceği de ifade edilmektedir. Bu durumda tasfiye ile herhangi bir artakalan malvarlığı söz konusu olmazsa, özgülemeye ilişkin karar etkisiz kalacaktır. Yürürlükten kalkan Medeni Kanundaki benzer hüküm hakkında: İşeri, s. 248; Karş. Oğuz Sadık Aydos, "Vakfın Sona Ermesi", İNÜHFD, C. 4, S. 1, 2013, s. 135

¹³ Sona erme sebebi gerçekleşmiş bir dernekte tasfiyenin başlatılması için Dernekle İl Müdürlüğünün davalı göstermeden açtığı davada, tüzel kişiliğin devam ettiği ve bu nedenle usuli olarak derneğin davalı olarak gösterilmesi gerektiği yönünde: Yarg. 7. HD., 28.10.2010, 4274/6213 (Lexpera)

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 280; Dural/Öğüz, s. 264; Öğüz, s. 140; Xoudis, Art. 57/58, N. 8; Kılıçoğlu, s. 506; Ayrıca: Yarg. İç. BK., 6.11.1971, 5/3. Bu durumda sona erme sebebinin gerçekleşmesinden sonra yapılan tasfiye amacı dışındaki işlemler yok hükmündedir (Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2016, N. 332). Anonim ve limited ortaklıklarda ise, tasfiye hususunda özel olarak, ultra vires meselesinde kabul edilen genel ilkeye koşut bir düzenleme benimsenmiştir (TTK m. 371, m. 539/II ve m. 643). Bu konuda ayrıntılı bilgi: Özlem Karaman Coşgun, *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, Ankara, 2015, s. 41 vd.; Emrullah Kervankıran, *Anonim Şirketlerin Tasfiyesi*, Ankara, 2015, s. 65 vd.; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul, 2013, N. 10-107; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, Ankara, 2015, §53 N. 6; Öğretideki tartışmalar hakkında genel olarak: Gizem Alper, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, İstanbul, 2013, s. 125 vd.; Ömer Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu*, İstanbul, 2010, s. 169 vd. Yürürlükten kalkan Medeni Kanunda bu yönde bir açık hüküm bulunmasa dahi 6762 sayılı TTK m. 208 ve 439 hükümlerine kıyasen bu sonuç kabul edilmekte idi: Zevkliler/Acabey/Gökyaayla, s. 569; Ayrıca: Hıfız Veldet Velidedeoglu, *Türk Medeni Hukuku Cilt I: Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, İstanbul, 1951, s. 247; Özsunay, s. 92

¹⁵ Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, 2008, §17, N. 17.54; Jung, s. 84

sona erer. Bu durumda birleşilen tüzel kişi, birleşen tüzel kişinin külli halefi olacağından (Örn: TTK m. 136, 153) tasfiyeye gerek duyulmaz. Türk Hukukunda tüzel kişilerin birleşmesi, ticaret ortaklıkları bakımından TTK m. 134 ila 194 arasında ve özel olarak kooperatiflerde Kooperatifler Kanunu m. 84-85'te, sendikalarda Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 22'de düzenlenmiştir¹⁶. Diğer tüzel kişiler bakımından böyle bir düzenleme yoktur. Külli halefiyet kanunen öngörülmek zorunda olduğundan¹⁷ bu şekilde birleşmeleri mümkün değildir. Sadece genel sona erme ve tasfiye mekanizması ile bir tüzel kişi malvarlığının bir diğer tüzel kişiye aktarılması söz konusu olabilir¹⁸. Kanuni bir dayanak bulunmaksızın, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m. 29/I ve m. 30 hükümleriyle avukatlık ortaklıklarına birleşme ve bu nedenle tasfiyesi sona erme olanağının tanınmış olması hukuka uygun değildir.

Tasfiye ile tüzel kişinin bütün hukuki ilişkileri sona erdirilir¹⁹. Tüzel kişi, tüm borçlarını ve yükümlülüklerini yerine getirir, alacaklarını tahsil eder ve artakalan malvarlığı başka bir kişi veya kişilere özgülenerek devredilir²⁰. Böylece hiçbir hukuki ilişkisi kalmayan tüzel kişinin varlığı sona erebilecek duruma gelir²¹. Bu bakımından özgüleme tasfiye sürecinin son noktasını oluşturur.

Tasfiyenin usulü ve artakalan malvarlığının özgülenmesi hususunda, genel hüküm olarak Medeni Kanun tasfiyenin, kuruluş işleminde aksine düzenleme yoksa terekenin resmen tasfiyesi hükümlerine tabi olacağını düzenleyen (m. 53), artakalan malvarlığının özgülenmesi için de genel bir düzenleme öngörmüştür (m. 54). İlgili tüzel kişiler hakkındaki özel mevzuatta yer alan düzenlemeler kuşkusuz öncelikli olarak uygulanır.

3. Tasfiye Sürecinin Tamamlanması

A- Genel Olarak

Sona erme nedeni gerçekleşen tüzel kişinin tasfiyesinin tamamlanmasıyla, yani tüzel kişinin malvarlığında herhangi bir hak ve borç kalmadığı ve bü-

¹⁶ Siyasi Partiler Kanunu m. 110 hükmü ile fesih kararı alan bir siyasi partinin, malvarlığını başka bir siyasi partiye, ilgili partinin kabulü ile devredebileceği düzenlenmiş ve bu şekilde bir tasfiyesiz sona erme hali öngörülmüştür. Ayrıca, ilgili siyasi parti devri kabul etmediği takdirde malvarlığı tümüyle Hazineye intikal etmektedir. Bu itibarla siyasi parti tüzel kişileri bakımından da külli halefiyet ve tasfiyesiz sona erme ile birleşme için kanuni dayanak mevcuttur.

¹⁷ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuku, İstanbul, 2015, N. 784 dn. 365

¹⁸ İsviçre'de ise 3 Ekim 2003 tarihli Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri hakkında Federal Kanun uyarınca vakıflar ve dernekler için bu olanak öngörülmüştür.

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 280; Dural/Öğüz, s. 263; Öğüz, s. 140; Ferit H. Saymen, Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, İstanbul, 1944, s. 87; Xoudis, Art. 57/58, N. 8

²⁰ Özgüleme, tasfiye sürecinin son noktasını oluşturur, ancak tüzel kişinin artakalan bir malvarlığı bulunmuyorsa özgüleme söz konusu olamaz: Doğanay, s. 84-85; Özgüleme sayesinde artakalan malvarlığı unsurları sahihsiz halde düşmez: Henri Deschenaux/Pierre Tercier/Paul-Henri Steinauer, Personnes Morales du Code Civil, Friburg, 1987, s. 39

²¹ Tasfiye ve özgüleme ile tüzel kişiler için bir miras hukuku düzenlemesi yapıldığı şeklinde benzetme yapılmaktadır: Saymen, s. 87; Ayrıca: Gutzwiller, s. 506

tün hukuki ilişkileri sona erdirildiği anda, tüzel kişi kendiliğinden sona erer²². Zira tasfiyenin tamamlanması tüzel kişinin hukuk düzeninden tüm ilişkilerinin nihayete erdirilmesi suretiyle ortadan kaldırılması anlamına gelir. Bu çerçevede tasfiyesi tamamlanmış derneğin dernekler kütüğünden silinmesi (DernK. m. 15/II) veya böyle bir vakfın sona erdiğinin ilanı kurucu nitelikte değildir²³. Zira tasfiye işlemlerinin tamamlanmasıyla birlikte, tüzel kişinin hak ehliyetinin sona ermesi kaçınılmazdır. Belirtildiği üzere ehliyet tasfiye ile sınırlıdır, tamamlanma ile hak ehliyeti ve bu itibarla kişilik tükenir. Tüzel kişinin doğumu için bir sicile tescili gerekli olarak öngörülmüş olsa bile terkinin tescille aynı hükümde değildir²⁴. Başka bir ifadeyle, tüzel kişinin kayıt altında bulunduğu sicilden silinmesi, tüzel kişiliğin sona ermesi için bir sebep olarak düzenlenmemiştir.

Türk Ticaret Kanununa tabi ortaklıklarda aynı sonucun benimsenmesi, tasfiye hak ehliyetini sınırlamadığı ölçüde, mümkün değildir. Hak ehliyetini tam olarak muhafaza eden ortaklık, her türlü hukuki işlemi yapabileceğinden, sadece tasfiye işlemlerinin tamamlanmış olması, ortaklığın sona ermesi için gerekli fakat yeterli değildir. Aynı zamanda ticaret sicilinden de terkin şarttır²⁵.

²² Serozan, s. 50; Riemer, Art. 76-79, N. 136; Anton Heini/Urs Schrerer, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 2007, Art. 79, N. 5; Xoudis, Art. 57/58, N. 11; Vincent Jeanneret/Oliver Hari, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010, Art. 76, N. 13 ve 17, Yazar ancak tasfiyenin tamamlanmasıyla kişiliğin sona ereceğini vurgulamaktadır. Siyasi Partiler Kanunu ise m. 109/III hükmünde, siyasi parti tüzel kişiliğinin fesih kararı alındığı takdirde karar tarihinde sona ereceğini düzenlemiştir. Bu sonuç birleşme nedeniyle fesih halinde kabul edilebilir. Zira birleşilen siyasi parti veya Hazine sona eren siyasi partinin külli halefi olmaktadır. Buna karşılık kanunun m. 110/II hükmü icabı tasfiyenin söz konusu olacağı hallerde, parti tüzel kişiliğinin devam etmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle m. 109/III, sadece m. 110/II hükmü kapsamı dışında kalan hallerle sınırlı olarak uygulanabilir.

²³ Derneklerde: Ayan/Ayan, s. 263-264; Vakıflarda: Ballar, Vakıflar Hukuku, s. 659; Ortaklıklar için İsviçre’de: SJ 1983 s. 383; SJ 1980 s. 375; Philippin, s. 21; İFM, 6.4.2010, 4A_16/2010 (Swisslex); Michael Gwelessiani/Niels Schindler, Commentaire pratique de l’Ordonnance sur le registre du commerce, 2014, Art. 164, N. 576; François Rayroux, Commentaire Romand: CO II, 2008, Art. 747, N. 6; Ruedin, N. 2055-2056; Genel olarak: Deschenaux/Tercier/Steinauer, s. 39; Xoudis, Art. 57/58, N. 11; Jeanneret/Hari, Art. 76, N. 15, Art. 79, N. 7

²⁴ Jung, s. 86; Benzerlik kurmak gerekirse, kural olarak doğumu tapu siciline tescil edilmesi gereken aynı haklar, yolsuz olarak terkin edildiklerinde sona ermez.

²⁵ Bu husustaki farklı görüşler ve değerlendirmeler için: Oruç Hami Şener, Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Ankara, 2015, s. 18 vd., Yazar, sonuç itibarıyla benzer bir görüşü benimsemektedir; Murat Alışkan, “Anonim Şirketlerde Sicil Kaydının ve Tasfiyenin Yeniden Açılması (=İhya)”, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 59-60, 2009, s. 14 vd., Yazar terkinin bildirici olduğu görüşündedir; Asuman Yılmaz, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 32, S. 2 (Haziran), 2016, s. 152 vd.; İsviçre hukukundaki tartışmalar için: Markus Vischer, “Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?”, GesKR 2015 S. 257, s. 259 vd.; İsviçre hukukunda bu yönde: Jung, s. 90 vd.; Genel olarak sicilden terkinle tüzel kişiliğin sona ereceği şeklinde: Tekinalp, N. 10-117; Tasfiyenin tamamlanmasının yeterli olmayıp ticaret siciline tescil edilen tüzel kişilerin ancak terkinle sona ereceği şeklinde: Hausheer/Aebi-Müller, §17, N. 17.57; Terkinin tüzel kişiliğin sona erdiği yönünde bir karine yarattığı, tescilin varlığına rağmen ortaklığın sona ermiş olabileceği şeklinde: JdT 2014 III 185

B- Artakalan Malvarlığının Özgülenmesi

Tasfiye sonucunda, tüzel kişinin artakalan malvarlığının bulunması halinde, bu malvarlığının özgüleme ile MK m. 54 hükmü uyarınca ilgili kişi veya kişilerce²⁶ ne zaman kazanılmış olacağı, tasfiyenin tamamlanma anının belirlenmesi açısından zorunluluk arz eder. Zira özgüleme tamamlandığı anda, genel ilkeler çerçevesinde tüzel kişilik sona ermiş olacaktır.

Ayrıca hüküm, taşınır veya taşınmazlar şeklinde bir ayırım yapmadığından bütün malvarlığı unsurları bakımından ortak bir kazanım şeklinin olacağı sonucuna varılmak gerekir. Öğretide ise genel olarak taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bahsinde bu mesele incelenmektedir²⁷.

MK m. 54, hükmünde yer alan “geçer” sözcüğüyle lafzen tasfiyenin sürecinin sonuna gelinmesiyle doğrudan doğruya bir intikalin olacağı yönünde bir düzenleme yapıldığı sonucuna ulaşılabilir²⁸. Fakat sistematik olarak bakıldığında özgüleme (MK m. 54), tasfiyenin (MK m. 53) son aşamasıdır. Özgüleme- den önce tasfiye ile tüzel kişinin artakalan malvarlığı somutlaşmalıdır²⁹. Tasfiye süreci bağlamında hangi malvarlığı unsurunun geride kalacağı, bu kazanımın hangi anda gerçekleşeceği belirsizdir. Tüzel kişilik olarak üçüncü kişilerle hukuki ilişkiler başladıktan sonra, sona erme hangi nedenle gerçekleşirse gerçekleşsin, tüzel kişiliğin sona erebilmesi için öncelikle bu ilişkilerin sona erdirilmesi lazım gelir. Diğer yandan, özgüleme ile sonuçlanan tasfiye sürecinde tüzel kişi hak ehliyetini muhafaza eder. Bu itibarla MK m. 54, tasfiye memurlarına

²⁶ Vakıflar bahsinde artakalan malvarlığının devri ve tasfiye bakımından farklı malvarlığı unsurlarına farklı uygulamalar öngörülebileceği görüşünde: Hans Michael Riemer, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen - BK-Berner Kommentar Band/Nr. 1/3/3, 1981 Art. 89, N. 95

²⁷ Öğretide büyük çoğunluk, kamu kurum ve kuruluşları açısından taşınmazlar bakımından tescilsiz iktisabın söz konusu olacağını kabul etmektedir. Örnek olarak: Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Ankara, 2015, s. 331-332; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, 2015, N. 1541; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, İzmir, 2015, N. 1428; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2014, s. 263. Taşınır-taşınmaz açısından ayırım gözetmeyen hükmün taşınırlarda da teslimsiz iktisaba yol açacağı sonucuna bu görüş uyarınca ulaşılacak gerekir.

²⁸ MK m. 54'e karşılık gelen İsviçre Medeni Kanununun 57. maddesinin Fransızca ve Almanca metinlerinde yer alan terimler, külli halefiyet uyarınca gerçekleşen geçişler için de kullanılmaktadır.

²⁹ Yarg. 11. HD., 4.4.2016, 8555/3561 (Lexpera): “... mahkeme kararıyla sona erdirilen vakfın, borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve hakların devri mümkündür. Nitekim dava dışı vakfın sonlandırılmasına dair karar davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temyiz edilmiş, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nce açıklanan bu düzenlemeler uyarınca kararın düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir. Bu durum karşısında davacı devir kararıyla birlikte doğrudan doğruya sona erdirilen vakfa ait mallar üzerinde hak sahibi olmayıp ancak sona erdirilen vakfın bütün borçlarının ödenmesi ve alacaklarının tahsilinden sonra arta kalan bakiye üzerinde hak sahibi olacaktır. Dosya kapsamından sona erdirilen vakfın yukarıda açıklanan kanun ve tüzük hükümleri uyarınca tasfiye işlemlerinin yapıldığı anlaşılmamaktadır. O halde mahkemece sona erdirilen vakfın malvarlığının tasfiye edilip edilmediği, davacı tarafından dava konusu yapılan hisselerin ve alacağın tasfiyesinden sonra arta kalan bakiye olup olmadığı bu kapsamda davacının dava tarihi itibarıyla taraf ve dava ehliyetine sahip olup olmadığı araştırılarak hasıl olacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi gerekirken...”; Özgüleme için öncelikle tasfiyenin yapılması gerektiği yönünde: Velidedeoğlu, s. 246 ve 248; Saymen, Şahsın Hukuku, s. 328; Akunal, s. 35, 151, 195; Vakıflarda: İşeri, s. 234

artakalan malvarlığını hangi kişilere genel hükümlere göre devredeceğini gösteren bir düzenlemedir³⁰. Başka bir deyişle ilgili kişilerin tasfiye edilen tüzel kişiye karşı alacak hakkı doğar³¹. Bu bakımdan devrin gerçekleşeceği kişinin, tüzel kişinin yetkili organı³² veya kuruluş belgesi uyarınca tespit edilmiş olması veya en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşu olması (MK m. 54/I) bakımından bir farklılık yoktur. MK m. 54/III hükmü gereği, ilgili kamu kuruluşuna geçiş konusunda da aynı sonuca varılmak gerekir³³. MK m. 54/III, sadece tüzel kişi kuruluş belgesi veya yetkili organlarının dikkate alınmasını engeller, tasfiye şekli ve devri tarzı bakımından farklılık öngörmez. Ortada kurulmuş bir tüzel kişilik bulunduğundan, tasfiye gerekliliği ve diğer hususlar yönünden farklı muameleyi gerektiren bir durum yoktur³⁴.

³⁰ Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981, s. 129; Benzer yönde: Aydos, s. 146-147; Devrin kendiliğinden gerçekleşmediğini gösterir şekilde, Yarg. 1. HD., 24.10.2007, 8092/100045 (Kazancı): "... Değinen yasal düzenlemeler ve ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde davalı derneğin fesh edilmesi neticesinde derneğin malik olduğu üzerinde caminin yer aldığı 1035 parsel sayılı taşınmazın Tasfiye Kurulu tarafından derneğin tüzüğü gereğince dahili davalı Marmara Diyanet Vakfına devredildiği sabittir..."

³¹ Karş. Bilge Öztan, Tüzel Kişiler, Ankara, 1998, s. 26, Yazar sona eren tüzel kişinin yetkili organı ile aldığı karar veya kurucu işlem uyarınca özgülmenin yapılacağı kişinin, sona eren tüzel kişinin safi malvarlığının devrine ilişkin talep hakkının bulunacağını belirtirken, kamu kurum ve kuruluşlarına kanun gereği yapılacak devirlerde külli intikalin gerçekleşeceğini kabul etmektedir.

³² Vakıflarda bu olanağın varlığı tartışmalıdır: Vez, Art. 88/89, N. 34; Mümkün olduğu fikrinde: Gutzwiller, s. 507; Vakıf senedinde bu yönde açık hüküm olması gerektiği fikrinde: İşeri, s. 239-240

³³ Aybay/Hatemi, s. 129, Yazarlar MK m. 54/III (Yürürlükten kalkan MK m. 50) hükmü uyarınca doğrudan doğruya intikalin sadece tüzel kişiliğin başlangıçtan beri doğmamış olduğu hallere inhisar ettirebileceğini belirtmektedir.

³⁴ Öğretide MK m. 54/I (İMK m. 57/I) uyarınca kamuya devir durumunun, kuruluş belgesi veya yetkili organ kararıyla devirden farklı olduğu görüşü savunulmaktadır. Xoudis, Art. 57/58, N. 24, Yazar burada tam olarak bir külli halefiyetin bulunmadığı, devletin mirasçı olmasına (İMK m. 466) benzer bir durumun söz konusu olduğu fikrinde. Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht: ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, 1977, Art. 656, N. 42, Yazarlar, sadece kamu kurum veya kuruluşlarına geçiş bakımından, külli halefiyetin söz konusu olacağını; yetkili organın aldığı karar veya kuruluş belgesi uyarınca yapılacak özgülmede tüzel kişiye karşı bir talep hakkının doğduğu, genel hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir. Aynı yönde: Egger, m. 57, N. 3; Bu yönde anlaşılabilir: Paul-Henri Steinauer, Der Schuldbrief, Die Anleihenobligationen mit Grundpfandrecht, Art. 842-865 und 875 ZGB: ZK - Zürcher Kommentar, 2015, Art. 864, N. 19; Hermann Laim, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II. Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 2007, Art. 656, N. 74. Sona ermede genel olarak artakalan malvarlığının özgüleneceği fikrinde: Velideoğlu, s. 248; Özsunay, s. 95-96; Akünal, s. 35; Benzer şekilde her halükarda özgülmenin yapılacağı kişinin niteliğinden bağımsız şekilde tasfiyenin gerekeceği yönünde: İşeri, s. 247; Türk hukukunda MK m. 116/II hükmü gereği vakıf dağıtılırsa, MK m. 54'e ilişkin tartışmadan bağımsız olarak, VK m. 27 uyarınca vakfın tasfiyesi her hâlükârda söz konusu olur ve artakalan malvarlığı tasfiye dâhilinde Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devrolunur. Siyasi Partiler Kanunu ise kapatılma halinde, tasfiyesiz olarak siyasi parti malvarlığının Hazineye doğrudan geçeceğini düzenlerken (m. 107), kapatılma veya birleşme nedeniyle fesih kararı alınması dışında tasfiye sürecinin söz konusu olacağını hüküm altına almıştır (m. 110/II). Ancak özgülmenin yapılacağı kişiye

Eğer tüzel kişinin malvarlığının MK m. 54 uyarınca artakalan malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı tasarruf işlemleriyle intikal etmeyeceği kabul edilmiş olsaydı, herhangi bir şekilde tasfiyeye gerek kalmaz³⁵, ilgililer külli halefiyet benzeri şekilde doğrudan doğruya tüzel kişinin malvarlığını iktisap etmiş olurdu³⁶. Hâlbuki malvarlığı unsurlarının bütün olarak doğrudan iktisabı istisnai bir kazanım şeklidir ve sistematik bakımından böyle bir geçişin öngörüldüğü sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

Öte yandan artakalan malvarlığının özgüleneceği tasfiye alacaklısı kişiler bakımından söz konusu olabilecek kuramsal bir duruma da değinmek gerekir. Tasfiye alacaklısı olan kişi, kural olarak bu alacağı kendi iradesi dışında, tüzel kişinin kuruluş belgesi, kanun hükmü veya yetkili organın kararıyla kazanmaktadır. Oysa temel ilke istisnaları haricinde bir kişiye iradesi dışında kazan-dırma yapılamaz. Böyle bir alacak hakkını kabul etmek istemeyen kişi, tasfiye edilen tüzel kişiyle ibra sözleşmesi kurmaya mecbur bırakılmamalıdır. Açık bir düzenleme bulunmayan bu hususta vasiyetin reddi hükmüne (MK m. 616) kıyasen, tasfiye alacaklısı kişinin tek yanlı irade beyanıyla alacağı sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır³⁷. Şu kadar ki, kanun tarafından nihai tasfiye alacaklısı olarak düzenlenmiş kişi bakımından bu hak mevcut değildir yoksa tüzel kişinin tasfiyesi tamamlanamaz. Ayrıca, tasfiye alacaklısı, alacağının ifasını kabulden de haklı bir sebep bulunmadan kaçınmış olabilir. Bu durumda alacaklı temerrüdü gerçekleşir. Ancak alacaklı temerrüdü nedeniyle, tasfiyenin akamete uğraması ve tüzel kişiliğin sona ermesinin engellenmesi söz konusu olamaz. Temerrüde düşülen alacağın konusu tevdi elverişliyse, TBK m. 107 uyarınca tevdi yoluna gidilerek tasfiyeye devam edilecektir. Eğer alacak konu bakımından tevdi elverişli değilse, tasfiyenin tamamlanması gerekliliği de dikkate alınarak bu durumda TBK m. 108 uyarınca ilgili malvarlığı unsurunun paraya çevrilmesi ve bu tutarın tevdi edilmesiyle tasfiye süreci sürdürülecektir.

ilişkin özel bir düzenleme kanunda yer almadığından Medeni Kanun genel hüküm olarak uygulama alanı bulacaktır. Sendika ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 32/II hükümünden de herhalde tasfiyenin yapılacağı ve artakalan malvarlığının devredileceği anlaşılmaktadır.

³⁵ Karş. Egger, m. 57, N. 3, Yazar kamu kurum ve kuruluşlarına geçiş söz konusu olduğunda tasfiyeye yer olmayacağı fikrindedir. Aksi yönde: Riemer, Art. 89, N. 100, Art. 57-58, N. 17, Art. 76-79, N. 130 Karş. Jeanneret/Hari, Art. 78, N. 19-20-21, Yazarlar net aktiflerin doğrudan doğruya kamu kuruluşuna İMK m. 57/III uyarınca geçeceği fikrindedir. Benzer şekilde: Vez, Art. 88-89, N. 33; Nitekim Alman Medeni Kanununda §46 hükmüyle, dernekler bakımından Hazine'ye özgülenme yapılması halinde kıyasen mirasçılık hükümlerinin uygulanacağı ve bu çerçevede külli halefiyetin ceryan edeceğini düzenlemiştir. Tasfiye ise Hazine'ye intikal söz konusu olmadığı durumlarda uygulama alanı bulur (§47). Ayrıca: Özsunay, s. 97

³⁶ Karş. Yürürlükten kalkan MK m. 50 bakımından külli halefiyetin öngörüldüğü şeklinde: Bülent Köprülü, Medeni Hukuk, İstanbul, 1970-1971, s. 302

³⁷ Ögretide, benzer şekilde üçüncü kişi lehine tanınan alacak hakları bakımından da tek yanlı irade beyanının alacağı sona erdirmek için yeteceği kabul edilmektedir: Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015, s. 416; Mustafa Alper Gümüş, İbra Sözleşmesi, İstanbul, 2015, s. 70; Genel olarak alacaklıya iradesi bulunmadan yapılan alacak hakkı kazandırmalarından feragat edilebileceği yönünde: Mustafa Aksu, "Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Aydın Zevkililer Armağanı Özel Sayısı, S. 8, 2013, s. 105-106. Özgülemenin öngörüldüğü kişinin özgülemeyi reddettiğini gösteren bir ilk derece mahkemesi kararı için: Aydos, s. 147, dn. 50

Son olarak belirtmek gerekir ki, tasfiye ve özgülleme kapsamında gerçekleştirilen işlemler geçerlilikleri yönünden genel hükümlere tabidir. Bu çerçevede devredilen malvarlıkları, tasfiyenin hukuka aykırılığı nedeniyle tekrar tüzel kişiye kazandırılması mümkün olmaması halinde, tasfiye kararı hukuka aykırı ise yetkili organın; tasfiye süreci hukuka aykırı olarak tamamlanmış ise tasfiye memurlarının sorumluluğu doğabilir.

III. HUKUKA AYKIRI TASFİYE

1. Genel Olarak

Tüzel kişinin tasfiyesinin hukuka aykırılığı iki olasılıkta söz konusu olur. Birinci olasılıkta, sona erme sebebi geçersizdir. Örnek vermek gerekirse, tüzel kişinin aldığı fesih kararı yok hükmünde veya kesin hükümsüzse³⁸ yahut tüzel kişinin dağıtılmasına ilişkin mahkeme hükmü yargılamanın yenilenmesi kanun yoluyla ortadan kaldırıldıysa bunlara dayalı olan tasfiye işlemleri kural olarak hukuka aykırı olacaktır. Ancak, tüzel kişi tasfiye sürecine yetkili organın kararıyla girmiş ve bu karar geçersizse, tasfiyeye ilişkin olarak yapılan uygulama işlemlerinin hüküm ifade edeceği hukuk güvenliğinin korunması gerekçesiyle kabul edilebilir³⁹.

İkinci olasılık ise tasfiyenin henüz tamamlanmamış olmasına rağmen şekli olarak tasfiyenin kapatılmasıdır. Bu ifadeden anlaşılması gereken, tüzel kişinin hukuki ilişkileri tamamen sona erdirilmeden tasfiyenin sona erdirilmiş olmasıdır. Tüzel kişinin tasfiye sırasında birtakım malvarlığı unsurlarının gözden kaçırılmış olması veya tüzel kişinin halen sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinin bulunması bu olasılığa örnek olarak verilebi-

³⁸ Benzer şekilde tasfiye iptal edilebilir bir karara dayalı olarak gerçekleşmiş ise, bu kararın iptali üzerine de tasfiye hukuka aykırı olur. Esasen iptal davasının varlığı, tasfiyenin kapatılmasına engeldir: Halük N. Nomer, Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul, 2008, s. 189. Yargı uygulaması dava görülürken şeklen tasfiyenin kapatılması durumunda ihya yoluna gidilmesi şeklindedir. Örnek olarak: Yarg. 11. HD., 14.9.2015, 7446/9165 (Lexpera); Yarg. 11. HD., 25.11.2015, 13361/12561 (Lexpera); Şener, s. 100 vd. Yazar, uygulamayı ortaklığın davacı olduğu davalar ile davalı olduğu alacak davalarıyla sınırlı olarak uygun görmektedir: Şener, s. 106-107. Bununla birlikte, tüzel kişiye salt teknik olarak alacak davası sayılmayacak davaların da yöneltilmesi söz konusu olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Buna karşılık, Yarg. HGK., 13.12.2006, 1-780/801 (Lexpera) kararında davalı vakfın dava sırasında kanuna aykırı amaç gütmesi nedeniyle sona erdirilmiş, malvarlığının mazbut vakıflar tüzel kişiliğine dava tarihinde yürürlükte olan Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük m. 33/II uyarınca devredilmiş olması halinde, davanın Vakıflar Genel Müdürlüğüne yönetilmesiyle devam edebileceğine karar verilmiştir. Esasen bu sona erme şeklinde dahi tasfiyenin gerekli olması nedeniyle kararda isabet bulunmamaktadır. İlgili tüzük m. 33/II hükmü de açıkça tasfiyenin yapılacağı öngörmüştür. Bu durum yürürlükteki mevzuat için de geçerlidir. Medeni Kanun hükümlerinde bu açıdan bir farklılık bulunmadığı gibi VK m. 27 de aynı yöndedir. Öte yandan Yarg. 1. HD., 24.10.2007, 8092/10045 (Kazancı) kararında davalı derneğin sona erip tüzük gereği tasfiye çerçevesinde dava konusunun başka bir tüzel kişiye devredilmesi halinde HUMK m. 186 (dava konusunun devri) hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu karar da tüzel kişinin tasfiyesine ilişkin ilkelerle bağdaşmamaktadır.

³⁹ Bu konuda: Nomer, s. 113-115; Dernekte: Riemer, Art. 75, N. 97; Ayrıca anonim ortaklıklarda: Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2004, s. 151

lır. Tüzel kişinin satıcı sıfatıyla ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında sorumluluğu tutulması da başka bir örnek oluşturur⁴⁰.

Her iki olasılığa da tasfiyenin hukuka aykırı olmasının tüzel kişiliğin akıbeti üzerindeki etkisi farklı değildir. Tüzel kişilik varlığını aynen sürdürecektir⁴¹. Zira tasfiye işlemlerinin şeklen tamamlanmış olması halinde tüzel kişilik sona ermiş olsaydı, tüzel kişinin malvarlığı ve yükümlülükleri sahihsiz kalırdı veya hükümsüz tasfiye kararına bu şekilde hukuki bir etki tanınmış olurdu. Oysa belirtildiği üzere tüzel kişilerde sona erme nedeninin gerçekleşmesinden sonra tasfiye sürecinin öngörülmesinin sebebi, sona ermenin ardından tüzel kişinin malvarlığının ortada kalmasının önüne geçilmesidir. Bu itibarla, geçerli bir sona erme nedeni sonucunda tasfiye hukuka uygun olarak tamamlanmadıkça tüzel kişilik varlığını devam ettirir⁴². Tasfiye sebebi geçersiz ise tüzel kişi tasfiye sürecine başlangıçtan itibaren hiçbir şekilde girmemiştir. Diğer ihtimalde ise tasfiye süreci halen devam etmektedir.

Hukuka aykırı tasfiyenin tüzel kişi ve organları üzerinde bir etkisi olmaz⁴³. Başka bir deyişle, hak ehliyeti devam eden tüzel kişi, fiil ehliyetini de muhafaza eder⁴⁴. Organların göreve gelmesi için sicillere tescil kurucu nitelikte

⁴⁰ İFM, 17.6.2011, 4A_58/2011 (RNR/93/2012 s. 306)

⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 280 dn. 984; Ortaklıklarda: Halil Arslanlı, Anonim Şirketler (V), İstanbul, 1961, s. 235-236, Yazar terkinin kurucu olmadığını belirtirken, ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesi gerektiğini ve bunun yürürlükten kalkan TTK m. 36'ya kıyasen mümkün olduğunu ifade etmektedir. Kervankıran, s. 305; Alışkan, s. 18; JdT 2012 II 120; Aksi yönde sicilden terkinle tüzel kişiliğin sona ereceği fikrinde: Karaman Coşgun, s. 273-274 ve 284; Kuru, C. I, §18,A,III,1,c; Karş. Kale, s. 209-210 ve 212, Yazar terkinle kişiliğin sona ereceği, terkinin hatalı olması halinde tüzel kişiliğin tasfiye sonrası adı verilen başka bir hukuki durum içinde olduğu, bu durumdaki ortaklıkların taraf ehliyetine sahip olduğu fikrindedir. Farklı yönde karş. Saymen, Şahsın Hukuku, s. 422-423, Yazar borcu ifa edilmeden tasfiyesi kapatılan derneğin artakalan malvarlığının Hazine'ye özgülenmiş olması halinde, borcun ifası için Hazine'ye dava açılabilceğini, Hazine'nin devredilen malvarlığı değeri ölçüsünde sorumlu olacağını kabul etmektedir. Vakıflara ilişkin olarak, tasfiyenin hukuka aykırı olması halinde vakfın tescili ile birlikte tasfiyeye konu edilmemiş borcun ifasının istenebileceği fikrinde: İşeri, s. 249

⁴² Deschenaux/Tercier/Steinauer, s. 39; Dernekte: Montavon, s. 150; Anton Heini, Schweizerisches Privatrecht: Zweiter Band Einleitung und Personenrecht, 1967, s. 540; Roland Ruedin, Droit des sociétés, Bern, 2007, N. 2056; Ortaklıklarda başka bir yolla, tüzel kişinin artakalan malvarlığı ve hukuki ilişkilerinin ortada kalmasının önüne geçilemeyeceği hakkında: Philippin, s. 21

⁴³ İsviçre'de ortaklıklar bakımından sicilden terkin edilmenin ortaklığın sona erdirdiği görüşü öğretilen genel olarak kabul edilmektedir. Görüşler için: Vischer, s. 259 vd.; Jung, s. 85 vd. Tasfiyenin hukuka aykırı gerçekleşmesi halinde malvarlığının akıbeti açısından İsviçre TST m. 164 uyarınca yeniden tescile ilişkin verilen kararın geçmişe etkili olması veya bu süreçte bir önotaklık benzeri bir ilişkinin doğması çözümleri önerilmektedir. Eleştirisi için: Jung, s. 85-86; Federal Mahkeme'nin bu yönde kararları olmakla birlikte (İFM, 15.12.2008, 5A_65/2008; ATF 117 III 39; İFM, 3.7.2002,3/2002; ATF 132 III 731), yeni kararları aksi yöndedir: İFM, 25.9.2012, 2C_408/2012; İFM, 20.9.2011, 4A_231/2011 (Swisslex); Ayrıca Federal Mahkeme önceden de bu yönde karar vermiştir: JdT 1973 II 40; JdT 1968 III 28; Bu gelişme hakkında: Denis Piotet, "Commentaire d'Arrêt: Cour d'appel civile (CACI 13 décembre 2013/668)", JdT 2014 III 185; Vischer, s. 259; Jung, s. 85 vd.

⁴⁴ Tasfiye kararı hükümsüz ise, organlar görevlerine olağan şekilde devam ettiği gibi, tasfiye hukuka uygun kapatılmamışsa tasfiye memuru olarak görevlendirilenlerin yet-

olmadığından, hukuka aykırı olarak tüzel kişiliğin tasfiye edilmesi sonucunda terkin edilmesi organların sıfatlarını yitirmesine yol açmaz. Buna karşılık Yargıtay kararlarında bu konuda istikrarlı bir içtihat görülmemektedir. Hukuka aykırı tasfiyenin tüzel kişiliği etkilemeyeceği yönünde kararlar olduğu gibi⁴⁵, isabetsiz şekilde şeklen tasfiyenin sonuçlanmasıyla tüzel kişiliğin sona ereceği yönünde kararlar da mevcuttur⁴⁶. Bunun yanı sıra TTK geçici m. 7 istisnai bir şekilde, kapsamına girdiği ortaklıklara ilişkin olarak hukuka aykırı tasfiyenin ancak ticaret sicilinden terkinden itibaren beş yıl içinde ileri sürülebileceğini, bu süre dolunca ortaklığa ait yükümlülüklerin kesin olarak sona ereceğini, aktiflerinse hak düşürücü sürenin dolmasıyla bütün olarak ve kendiliğinden Hazine'ye intikal edeceğini ve bu şekilde tüzel kişiliğin sona ermiş olacağını düzenlemektedir.

2. Tasfiyenin Hukuka Aykırılığının İleri Sürülmesi

A- Genel Olarak

Tüzel kişinin tasfiyesinin hukuka aykırı olduğunun ileri sürülmesi, tüzel kişinin varlığını sürdürdüğünün iddia edilmesi demektir. Örnek vermek gerekirse, yok hükmünde bir karara dayanılarak tasfiye edilen derneğin üyesi genel kurulun toplanmasını isterken, tasfiyenin hukuka aykırılığından bahisle derneğin varlığını devam ettirdiğini ileri sürer. Aynı şekilde, borçları hukuka uygun şekilde ifa edilmeden vakıf sicilinden terkin edilen vakfın alacaklısı, vakfın devam ettiğini ileri sürerek alacağının vakıf malvarlığından tahsil edilmesini talep eder; ticaret sicilinden terkin edilmiş bir anonim ortaklığın işçisi hizmet tespit davası açarak ortaklığın hukuken yerine getirmediği yükümlülüklerinin bulunduğunu ortaya koymuş olur.

kisi sürer. Sermaye ortaklıklarında ise TTK m. 547 hükmü ek tasfiye ile birlikte tasfiye memuru tayin edileceğini düzenlediğinden, şeklen kapatılan tasfiyenin tasfiye memurlarının görevine son vereceği anlaşılmaktadır. Bkz. Şener, s. 90-92; Kervankıran, s. 300; Karaman Coşgun, s. 285. Yeniden tescille birlikte terkinden önceki ortaklıklar ve unvanında herhangi bir değişiklik olmamış olacağı hakkında: JdT 1969 I 644. Şeklen tasfiyenin kapatılması tasfiye memurlarının görevini sona erdirdiğinden, organların görev ve yetkileri eski halini TTK m. 535/I uyarınca alması gerekir: Şener, s. 92; Aksi yönde: Alışkan, s. 20 ve 31, Yazar terkinle ortaya çıkan görünümle ortaklığın dışarı karşı temsil edilemeyeceğini ifade etmekte ve esasen örtülü şekilde ortaklığın fiil ehliyetini yitirmiş olacağını kabul etmektedir.

⁴⁵ Yarg. 23. HD., 28.1.2014, 7232/509 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 21.4.2011, 5255/4799 (Kazancı); Yarg. 21. HD., 10.6.2008, 16035/8938 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 5.2.2008, 14343/1124 (Şener, s. 11); Yarg. 14. HD., 2.4.2007, 2411/3583 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 9.11.2005, 13191/10704 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 27.1.2003, 8073/797 (Kazancı); Yarg. 9. HD., 25.6.2001, 10852/10921 (Kazancı); Yarg. HGK., 7.1.1999, 10-1/1 (Kazancı); Yarg. HGK., 24.9.1997, 11-441/649 (Şener, s. 19); Yarg. 23. HD., 26.2.2014, 7580/1394 (Kazancı)

⁴⁶ Yarg. 11. HD., 21.4.1992, 7485/5515 (Kazancı); Yarg. 19 HD., 9.3.2006, 4574/1171 (Kazancı); Yarg. 16. HD., 21.12.2009, 5027/8804 (Kazancı); Dernekte: Yarg. 1. HD., 23.6.2014, 11180/14683 (Lexpera); Yarg. 21. HD., 23.6.2014, 11180/14683 (Kazancı); Yarg. 6. HD., 28.9.2015, 5215/7605 (Kazancı); Vakıfta: Yarg. 21. HD., 8.10.2012, 15690/16813 (Kazancı); Anayasa Mahkemesi de taraf sıfatının değerlendirildiği bir bireysel başvuru kararında bu yönde yorumlanmaya elverişli ifadeler kullanmıştır: AYM., 2. B., 7.1.2016, 2013/6825 (Lexpera); İdari yargıda: Dan. 4. D., 14.1.1998, 3219/81 (Kazancı)

Buradan görüldüğü üzere, hukuka aykırı tasfiye iddiası tüzel kişiyle ilgili bir talebin ileri sürülmesiyle bağlantılıdır⁴⁷. Tüzel kişiliğin varlığını devam ettirip ettirmemesi, başka bir ifadeyle hukuka uygun olarak tasfiye edilip edilmediği, ileri sürülen talep bakımından bir dava şartı teşkil eder (HMK m. 50, 114/I,d). Zira bu husus taraf ehliyeti ile ilgilidir. Aleyhine dava açılan bir gerçek kişinin, sağ veya vefat etmiş olması yahut hiç var olmamış olması ihtimallerinden nitelik olarak farklı değildir⁴⁸. Mesele, yargılamanın yapılabilmesi için davanın taraflarından birinin var olup olmadığının saptanmasından ibarettir.

Bu itibarla, tasfiyenin hukuka aykırılığının ileri sürülmesinde tek başına bir hukuki yarar kuralı olarak bulunmaz⁴⁹. Her zaman için tüzel kişiliğin varlığı, bu tüzel kişinin malvarlığı ve hukuki ilişkileriyle bağlantılı davada bir dava şartıdır. Çünkü talebin ileri sürülmesi, bu talebin yöneltildiği tarafın hak ehliyetine sahip olmasıyla bağlantılıdır. Taleple, karşı tarafın hak ehliyetinin varlığı hususları birbirinden ayırlamaz. İfade edildiği gibi, tek başına tüzel kişinin varlığını koruyup korumadığı, teknik olarak tespit davasına konu olamaz⁵⁰. Zira tespit davasında ancak bir hukuki ilişki veya hakkın varlığı yahut yokluğu dava edilebilir. Oysa tüzel kişinin varlığı bir hak veya hukuki ilişki olarak nitelendirilemez. Tüzel kişilik, yetkili organının aldığı kararlar sona erme sürecine girmişse, bu işlem iptal davasına konu edilebiliyorsa, iptal davası açılarak tasfiye sürecinin ortadan kaldırılması mümkün olacaktır. Buna karşılık ilgili karar, kesin hükümsüz ve yokluk ile geçersizse, bu hususun tespiti hukuki menfaati olanlar tarafından dava edilebilecektir⁵¹. Şeklen tasfiye tamamlandıktan sonra, tek başına bu yönde bir tespit kararı verilmesinde herhangi bir hukuki yarar kalmayacaktır. Ancak henüz tasfiye sürecinin başında bu yönde bir karar alınması suretiyle hukuka aykırı tasfiye kararına dayalı işlemler yapılmasının önüne geçilebilir.

Öte yandan, hukuka aykırı tasfiyeye dayanılarak tüzel kişiye yöneltilen davalarda, tüzel kişinin, yerleşim yeri, organları ve sair hususlar tasfiyenin

⁴⁷ Kale, s. 210. Öte yandan VK geçici m. 12 uyarınca tanınan imkân, hukuka uygun şekilde tasfiye edilmek suretiyle tüzel kişiliğini yitirmiş vakıfların yeniden kurulmasıyla ilgili olup hukuka aykırı tasfiyenin ileri sürülmesiyle bağlantılı değildir.

⁴⁸ Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Münih ve Berlin, 1960, s. 405: Gerçek veya tüzel kişinin varlığının birlikte değerlendirilmesi bu noktaya işaret etmektedir.

⁴⁹ Hukuki yarar, tüzel kişiye yöneltilen dava bakımından genel hükümlere göre dava şartı açısından değerlendirilecektir. Karş. Yarg. 11. HD., 9.11.2005, 13191/10704 (Şener, s. 77-78)

⁵⁰ Rosenberg, s. 405; İsviçre’de aksi yönde: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 88, N. 4; Yerini federal düzenlemelerin aldığı Zürih kantonu açısından: Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer/Niklaus Wiget/Gregor Wiget, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 1997, §59, N. 10. Bununla birlikte bu çerçevede örnek olarak gösterilen ATF 112 II 191 = JdT 1987 I 343 kararında, başlangıçtan itibaren amacı hukuka aykırı olan bir tüzel kişinin hükümsüzlüğünün tespitini ilgili kamu tüzel kişisi istemiş ve ayrıca İMK m. 57 gereği net malvarlığının özgülmesini talep etmiştir. Dolayısıyla İMK m. 57/III hükmünün uygulanması suretiyle tüzel kişilik kurulmuş gibi tasfiyesinin yapılarak artakalan malvarlığı talep edildiğinden bu örneklerde gerçek anlamda bir tespit davasından bahsedilmesi doğru değildir. Karş. Riemer, Art. 89, N. 45, Yazar başlangıçta hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü halde tescil edilen vakıflara ilişkin yaptığı değerlendirmede bir hak veya hukuki ilişkinin yokluğuna karar verilmediğini, yenilik doğuran bir dava ve kararın bulunduğunu ifade etmektedir.

⁵¹ Nomer, s. 106

şeklen kapatılmasından önceki durumuna göre belirlenir⁵². Zira burada iddia, tüzel kişinin varlığını devam ettirmesidir. Gerçekten, tasfiye hukuka aykırıysa ve tüzel kişilik varlığını sürdürüyorsa, tüzel kişinin statüsünde ve organlarında herhangi bir değişiklik olmayacaktır⁵³. Bu itibarla, hukuka aykırı tasfiye, dava şartı olarak taraf ehliyetini yönünden yargılamada değerlendirilecek bir husustur.

B- Yargı Uygulaması

i. Genel Olarak

Yargı uygulaması, yukarıda açıklanan ilkelerin aksi istikamette gerçekleşmiştir. Hukuka aykırı olarak bir tüzel kişinin tasfiye edildiği iddiası dava şartları içinde dava kapsamında bir unsur olarak değerlendirilmemiş olup Yargıtay “ihya davası” adı altında ayrı bir kurum yaratmıştır. Yargıtay, başta ortaklıklar ve kooperatifler olmak üzere genel olarak tüzel kişilere ihya davası kurumuna ilişkin içtihadını uygulamıştır ve esasen kuramsal bir temellendirme yapmadan gereksiz bir yargısal başvuru aşaması yaratılmıştır⁵⁴. Bununla birlikte uygulamaya, kapsamına girdiği ölçüde ortaklıklar bakımından TTK m. 547 ve geçici m. 7 hükümleriyle ek tasfiye adıyla yasal bir dayanak kazandırılmıştır. Dolayısıyla bu kanun hükümlerine dayalı olarak ortaklığın ticaret siciline tekrar tescil ettirilmesi, bu ortaklıklara karşı yargı yoluyla bir talep ileri sürebilmek için zorunlu olacaktır.

İhya davasıyla tasfiye süreci hukuka aykırı olan tüzel kişiye, hukuki varlığı tekrar kazandırılmaktadır. Başka bir deyişle tüzel kişinin hukuk düzeninde var olup olmaması gerektiği tespit edilmektedir. İncelenen ve karar verilen, taraf ehliyetidir. Tasfiyesi şeklen tamamlanmış tüzel kişiye karşı dava açıldığında⁵⁵, mahkeme davacıya “ihya davası” açmak için süre vermekte ve bu ihya davasının sonucuna göre davaya devam etmektedir⁵⁶. Bu itibarla ihya davası, asıl dava için bekletici mesele teşkil etmektedir.

⁵² Ortaklıklar açısından: Şener, s. 89 vd.; Yarg. 12. HD., 10.5.2005, 6953/10511 (Kazancı): “Şirket hakkında verilecek ihya kararından sonra varsa son tasfiye memuru, yoksa şirket temsilcisi şirketi temsilen şirket adına işlem yapabilir, dava açabilir.”; İsabetsiz şekilde asıl dava ile birlikte ileri sürülen ihya iddiasının bulunması halinde davaların ayrılarak öncelikle ihyanın inceleneyeceği şeklinde: Yarg. 11. HD., 8.7.2010, 2121/8105 (Kazancı)

⁵³ Şu kadar ki süreyle görevli organlarda sürenin dolması gibi bir nedenle boşluk oluşmuş ise MK m. 427 b. 4 uyarınca kayyım atanması söz konusu olacaktır. Genel olarak bu hususta: Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul, 2006, s. 99 vd.; Ayrıca anonim ortaklıklarda organ yokluğu hakkında ayrıntılı bilgi: İsmail Cem Soykan, Anonim Ortaklıkta Organ Yokluğu, İstanbul, 2012, s. 63 vd.

⁵⁴ Öğretide, yürürlükten kalkan TTK m. 35 veya 36 hükümlerinin dayanak olacağı yönünden fikirler olmakla birlikte Yargıtay kararlarında bu yönde ifadeler kullanmamıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi: Alışkan, s. 30 vd.

⁵⁵ Uygulamaya göre yargılama esnasında da tasfiye şeklen tamamlanırsa, ihya davası yoluna gidilmek gerekir: Yarg. 9. HD., 9.3.2000, 36/2884 (Kazancı)

⁵⁶ Örnek olarak: Yarg. 6. HD., 389.2015, 5215/7605 (Kazancı): “...derneğin tüzel kişiliğinin sona erdiğinin tespiti halinde, artık denneğin taraf ehliyeti kalmadığından derneğin tüzel kişiliğinin ihyası için kiraya veren-davacıya yetki ve süre verilerek sonucuna göre taraf teşkili sağlandıktan sonra toplanan delillere göre karar verilmesi gerekirken...”; Yarg. 21. HD., 15.6.2015, 9769/13690 (Kazancı): “...Dosyadaki kayıt ve belgelerden;...Valiliği İl Dernekler Müdürlüğü'nün 18.11.2014 tarihli yazısından...’nin 26.4.2003 tarihli olağan genel kurul toplantısıyla feshedildiği, davacı taraf münfesihi

Yargı uygulamasında, ihya davasında davalı olarak tasfiye memurları veya bu sıfatla yönetim organını oluşturan kişiler⁵⁷ ve varsa tüzel kişinin kayıtlı olduğu sicil memurluğunun göstereceği kabul edilmektedir⁵⁸. Tüzel kişiliğin ortadan kalktığı ve yeniden tesis edildiği varsayımına dayalı bu kabul de hatalıdır. Tasfiyenin hukuka aykırı olması halinde söz konusu olan tüzel kişiliğin devam etmesi olup sicil memurluklarının rolü dolaylıdır⁵⁹. Aslında ihya dava uygulamasında dahi başvurunun tüzel kişilik ve bu itibarla temsile yetkili organına karşı ileri sürülmesi gerekirdi⁶⁰.

İsviçre’de ise, yeniden tescil (*réinscription/Wiedereintragung*) terimiyle anılan farklı bir uygulama gelişmiştir. İsviçre Ticaret Siciline tescili gereken tüzel kişilerde⁶¹, tüzel kişiliğin hukuka aykırı olarak tasfiye ve terkin edilmiş olması durumunda, hukuki yarara sahip olanların, tüzel kişiliğin yeniden tescil edilmesi için ticaret siciline başvurabileceği, sicilın bu başvuruyu reddetmesi olasılığında da ret kararına karşı yargı yoluna gidebileceği kabul edilmiştir⁶². Federal Mahkeme’nin bu başvurulara ilişkin olarak verdiği kararlarla, ispat, hukuki yarar, yeniden tescil ölçütleri gibi hususlarda istikrarlı bir içtihat oluş-

derneğin ihyası için özel verilmediği...”; Yarg. 21. HD., 8.10.2012, 15690/16813 (Kazancı): “...tüzel kişiliği sona ermiş bulunan vakıfların "ihya yolu ile tasfiye kararı kaldırılarak" yeniden tüzel kişiliğinin kazandırılması mümkündür. Bu durumda, mahkemeye vakfın ihyası için ayrı bir dava açılmak üzere, davacı tarafa HUMK’nın 39 ve 40. maddeleri hükümleri uyarınca uygun bir özel verilmesi ve dava açıldığı takdirde alınacak sonuca göre...”

⁵⁷ Yarg. 18. HD., 12.2.2013, 12940/1713 (Lexpera)

⁵⁸ Şener, s. 82 vd.; Yarg. 11. HD., 30.1.2006, 758/646 (Lexpera). Bu itibarla zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur: Yarg. 23. HD., 28.3.2012, 4319/2427 (Kazancı). Sicil memurlukları aleyhine yargılama gideri ve vekâlet ücretine, davanın açılmasına neden olmadıkları için karar verilemeyeceği hakkında: Yarg. 11. HD., 16.9.2015, 8135/9347 (Lexpera)

⁵⁹ Ortaklıklarda da tasfiyenin şeklen kapanması tasfiye memurlarının yetkisini sona erdirir: Şener, s. 89

⁶⁰ Ortaklıklarda: Şener, s. 89; Yılmaz, s. 162

⁶¹ İsviçre’de kuruluşu tescile bağlı olmayan tüzel kişilerin Ticaret Sicili kapsamında yeniden tescilin istenilmesine gerek olmadığı hakkında: Vogel, Art. 938, N. 5; Çalıştırılan ve işçilere yardım vakıflarında (İMK m. 89a) İsviçre TST m. 164 kapsamında yeniden tescilin mümkün olduğu şeklinde: İFM, 19.12.2013, 4A_412/2013 (Swisslex); Riemer, Art. 76-79, N. 141, Yazar, ticaret siciline tescil edilmiş dernekler (İMK m. 61; İsviçre TST m. 7) bakımından yeniden tescile (İsviçre TST m. 164) başvurulabileceği fikrindeyken, tescil edilmeyen derneklerde de durumun mahkeme kararıyla tespit edilmiş olması halinde derneğin yeniden canlanacağını (Wiederaufleben) ifade etmektedir. 1 Ocak 2008 tarihinden önceki yürürlükte olan mevzuat açısından İsviçre TST’nün dernekler bakımından işlevi ve İMK m. 79 (ve yürürlükten kalkan MK m. 72) hükmünün işlevi hakkında: Özsunay, s. 345 dn. 40 (ayrıca, 1969 basısı s. 135); Ayrıca: Egger, m. 79, N. 2, Yazar derneklerde yeniden tescilin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde: Heini/Scherrer, Art. 79, N. 6; Pascal Montavon, *Abrégé de droit civil Art. 1er à 640 CC/LPart*, 2013, s. 150; Jeanneret/Hari, Art. 76, N. 15, Art. 79, N. 8

⁶² David Rüetschi, “Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV - Zugleich eine Entgegnung auf Philippin, REPRAX 2/2011, 20 ff.”, REPRAX 4/2011 S. 23, s. 24; David Rüetschi, CS - Commentaire Stämpfli: Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV), 2013, Art. 164, N. 3; ATF 132 III 731; JdT 1990 I 603; Takdirin ticaret sicilinde olduğu hakkında: JdT 1969 I 644; Ayrıca bkz. Ekrem Edgü, “Tasfiyesi Hitam Bulmuş Olan Bir Anonim Şirketin Yeniden Ticaret Siciline Kaydının Yapılabilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 6, 1953, s. 533

muştur⁶³. Görüldüğü üzere İsviçre’de, içtihat yoluyla yaratılmış ayrı kurum söz konusu olmayıp ticaret siciline ilişkin düzenlemelerle gelişmiş bir uygulama gerçekleşmiştir. 17 Ekim 2007 tarihli Ticaret Sicili Tüzüğüyle birlikte, m. 164 düzenlemesiyle⁶⁴ ticaret siciline yeniden tescil başvurusu yapma yolu kapanmış, gelişen içtihatlarla ortaya çıkan ilkelerden hareketle somut bir düzenleme getirilmiş ve bu konudaki başvuru ve karar mercii münhasıran mahkemeler olarak belirlenmiştir⁶⁵. Öğretide Tüzük düzenlemesinin yasal dayanağı olmadığı ve ticaret sicili nezdinde işleyen uygulamanın daha doğru olduğu belirtilmiştir⁶⁶.

ii. Hukuki Nitelik

İçtihatla şekillenen ihya davası kurumunun hukuki niteliğinde açıklık yoktur. Öncelikle ihya davasının teknik anlamda bir dava sayılıp sayılmayacağı sorusu yanıtlanmak gerekir.

Davalar yöneltile talebe göre tespit davası, eda davası veya yenilik doğuran dava olarak üçe ayrılır⁶⁷. İhya davası ile mahkemenin bir edime hükmetmesi talep edilmediğinden eda davası şeklinde bir nitelendirmede bulunmak olanaksızdır. Tespit davasında ise bir hukuki ilişki yahut hakkın varlığı veya yokluğunun belirlenmesi talep edilmektedir (HMK m. 106, İFUK m. 88). İhya davasında incelenen, davalı olarak gösterilen tüzel kişinin hukuki varlığı-

⁶³ JdT 1934 I 516; JdT 1956 I 114; JdT 1968 III 28; ATF 121 III 324; SJ 1980 s. 375; ATF 132 III 731, içtihatlarda benimsenen ilkeleri içeren karara göre, terkin edilmiş bir ortaklığın tasfiye sürecinde dikkate alınmayan varlık veya taleplerin bulunması halinde yeniden tescili mümkündür. Ortaklıktan alacağı olan kişi, hukuki yararını ve alacağını yaklaşık ispatla kanıtlayarak yeniden tescili isteyebilir yeter ki başka bir yolla alacağını tahsil etme imkânı bulunmasın. Burada yaklaşık ispatın yeterli olmasının nedeni, alacağın varlığını incelemenin asıl mahkemenin görevinde olmasıdır; JdT 1975 I 286

⁶⁴ Madde metni:

(1) Mahkeme, talep üzerine aşağıda belirtilen hususlardan birinin varlığı kanaat verici şekilde kanıtlandığı takdirde, sicilden terkin edilmiş bir tüzel kişinin yeniden tesciline hükmedebilir.

(a) Terkin edilmiş tüzel kişinin tasfiyesinden sonra halen paraya çevrilmemiş veya dağıtılmamış aktiflerin bulunması,

(b) Terkin edilmiş tüzel kişinin yargısal bir sürece taraf olması,

(c) Kamusal bir sicilin düzeltilmesi için yeniden tescilin gerekli olması,

(d) Müflis terkin edilmiş tüzel kişinin tasfiyesinin bitirebilmesi için yeniden tescilin gerekli olması.

(2) Terkin edilmiş tüzel kişinin yeniden tescilinde korunmaya değer menfaati bulunan herkes bu istemde bulunabilir.

(3) Tüzel kişinin organlarında eksiklik bulunması halinde, mahkeme yeniden tescil ile beraber gerekli tedbirleri alır.

(4) Ticaret sicili memuru, mahkemenin hükmü üzerine, yeniden tescili gerçekleştirir. Tüzel kişilik, “tasfiye halinde” unvanıyla tescil edilir. Tasfiye memuru ve tasfiye yeri de sicilde aynı zamanda belirtilir.

(5) Yeniden tescili gerektiren sebep ortadan kalktığında tasfiye memuru, tüzel kişinin sicilden terkinini ister.

⁶⁵ Edgar Philippin, “Observations procédurales sur l’action en réinscription d’une entité juridique radiée”, REPRAX 2/2011, s. 20; Gwelessiani/Schindler, N. 577; Rüetschi, Art. 164, N. 3; Hans-Jakob Käch, “Les impacts de la nouvelle ordonnance sur le registre du commerce”, TREX 1/2008, s. 96

⁶⁶ Philippin, s. 29

⁶⁷ Ayrım ve dava türleri hakkında ayrıntılı bilgi: Kuru/Budak, s. 45 vd.

dır; bir hakkın veya hukuki ilişkinin tespit edilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle ihya davası tespit davası olarak da nitelendirilemez⁶⁸. Tasfiyenin hukuka aykırı olduğunun ileri sürülmesi de bunu ileri süren tarafa tanınmış dava yoluyla kullanılan bir yenilik doğuran hak değildir. Bu itibarla, inşai dava olarak sayılması da imkânsızdır.

Böylece, ihya davasının çekişmeli yargı kapsamında nitelendirilmeyeceği açıktır. Uygulama, HMK m. 389 vd. hükümleri kapsamında geçici hukuki koruma önlemi de sayılamaz. Zira geçici hukuki korumadan, yargılama sırasında veya öncesinde davanın kabulü durumunda talep sonucunun elde edilmesini önleyecek durumların gerçekleşmesinin önüne geçmek için alınan tamamlayıcı ve kesin hükme dek etkisi bulunabilen yargısal tedbirler anlaşılır⁶⁹. Dolayısıyla, ihya davası ancak çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilebilir⁷⁰. Aslında, ihya davası olarak anılan uygulamanın çekişmesiz yargı kapsamında kabul edilmesi de güçtür. Zira HMK m. 382/II hükmünde sayılanlar haricinde, mahkeme huzurunda görülen bir işin çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilebilmesi için m. 382/I uyarınca (i) hâkimin re'sen harekete geçmesi, (ii) tarafların ileri sürdüğü bir hak bulunmaması, (iii) ilgililer arasında çekişmenin bulunmaması ölçütlerinden birinin sağlanması lazım gelir⁷¹. Çekişmesiz yargı işi söz konusu olduğundan, uygulamanın “dava” olarak anılması da uygun değildir.

Yargı uygulamasının yarattığı ihya davasının nitelendirilmesinin güçlük yaratma sebebi, taraf ehliyetine ilişkin bir hususu dava şartı olarak ilgili davada görülmesi yerine, dava dışında incelenmesidir. Başka bir deyişle davanın bir unsuru, dava dışına çıkarılmış olup ayrı bir incelemeye tabi tutulmaktadır⁷². Bu durum, ihya davasının usul hukuku yönünden de sorgulamaya değer bir uygulama olduğunu ortaya koymaktadır.

iii. Sonuçları

İhya davasının tüzel kişilik üzerindeki etkisine gelince, kararlarda istikrar görülmemektedir. Büyük kısmında sona ermiş tüzel kişiliğin yeniden kazandırıldığının kabul edildiğini gösteren ifadeler bulunmaktadır⁷³. İhya davasının kabulüyle tüzel kişilik tekrar canlanmakta ve sonra asıl davaya bu kararın

⁶⁸ Gerçek veya tüzel kişinin varlığının tespit davasına konu edilemeyeceği şeklinde: Rosenberg, s. 405

⁶⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1009 vd.; Postacıoğlu/Altay, N. 1720 vd.; Yavuz Alango-ya, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003, s. 431

⁷⁰ Philippin, s. 21 vd., Yazar yeniden tescil isteminin çekişmeli yargının hiçbir özelliğini taşımadığından bahisle sicillerin tutulmasının idari bir nitelikte olduğunu ve açık bir şekilde çekişmesiz yargı işinin söz konusu olduğunu vurgulamaktadır. Rüetschi, Art. 164, N. 32; İFM, 19.12.2013, 4A_412/2013 (Swisslex); İFM, 20.11.2014, 4A_396/2014 (Swisslex); Friburg Kanton Mahkemesi de bu hususu vurgulamıştır: Arrêts du Tribunal cantonal fribourgeois, 101 2012-133

⁷¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 101 vd.; Postacıoğlu/Altay, N. 65 vd.; Ayrıca gerçek kişinin sağ veya vefat etmiş olmasının MK m. 44/II uyarınca tespiti çekişmesiz yargı kapsamında kalması (Kuru/Budak, s. 199; HMK m. 382/II,a,4), ihya davası uygulamasının da çekişmesiz yargı işi olarak sayılacağına işaret eden bir gösterge olarak kabul edilebilir.

⁷² Hukuki ilişkilerdeki unsurların veya önsorunların ayrıca tespite konu edilemeyeceği hakkında: Rosenberg, s. 405

⁷³ Örnek olarak: Yarg. 21. HD., 7.5.2007, 9102/7610 (Lexpera); Yarg. 11. HD., 8.7.2010, 2121/8105 (Kazancı); Yarg. 10. HD., 3.3.2011, 14260/2699 (Lexpera)

sunulmasıyla asıl dava görülebilmektedir. Yukarıda açıklanan ilkelere aykırı olan bu kabul isabetsizdir. Öte yandan, çekişmesiz yargı işi söz konusu olduğundan verilen kararın yenilik doğuran etkisi veya kesin hüküm sonucu bulunmayacaktır.

iv. Şekli Hususlar

İhya davasının HMK m. 316'da sayılan işlerden olmadığından basit yargılama usulüne tabi olmayacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Ancak TTK m. 1521 gereği ortaklıklar bakımından basit yargılama usulünün uygulanması gerektiği öğretide ifade edilmektedir⁷⁵. Görev ve yetki bakımından da özel hüküm bulunmadığı için genel ilkeler uygulanmaktadır.

Oysa ihya davası çekişmesiz yargı işi olduğundan, çekişmesiz yargıya ilişkin görev, yetki, yargılama usulü kurallarının uygulama alanı bulması gerekirdi. Bu çelişkili tablo, ihya davasına ilişkin uygulamanın kuramsal olarak temellendirilmediğini göstermektedir.

IV. SONUÇ

Tüzel kişiler, sona erme sebeplerinin gerçekleşmesinden sonra tasfiye sürecine girer. Tasfiye ile tüzel kişinin bütün hukuki ilişkileri sona erdirilir zira tüzel kişinin sona ermesinin ardından bu hukuki ilişkilere taraf olacak bir külli halefi yoktur. Bu itibarla tasfiye süreci hukuka uygun tamamlamadığı müddetçe, tüzel kişi varlığını korur.

Hukuka aykırı olarak tasfiye edilen tüzel kişiye karşı, tasfiyeden artakalan hukuki ilişkileri nedeniyle dava açılması, tüzel kişinin varlığını koruduğu ve tasfiyenin hukuka aykırı olduğu iddiasını içerir. Davada tüzel kişinin taraf ehliyetinin bulunup bulunmadığına ilişkin bu husus, bir dava şartı olarak davanın görüldüğü mahkemede incelenmelidir. Oysa içtihatla bu hususta "ihya davası" olarak adlandırılan uygulama geliştirilmiştir. Maddi hukuk ve şekli hukuk yönünden temellendirmesi güç olan bu uygulama hatalıdır. Buna karşılık TTK m. 547 ve geçici m. 7 kapsamında kalan ortaklıklar bakımından ek tasfiye adı verilen ihya uygulamasına gidilmesi ise zorunludur.

Kısaltmalar

Art.	: Article/Artikel
ATF	: Arrêts du Tribunal Federal
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Bölüm
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Dairesi
Dan.	: Danıştay
DernK.	: Dernekler Kanunu

⁷⁴ Yarg. 11. HD., 5.12.2014, 11965/19113 (Lexpera)

⁷⁵ Şener, s. 94; Karş. Yarg. 11. HD., 25.9.2013, 13652/16500 (Kazancı)

DernY.	: Dernekler Yönetmeliği
dn.	: Dipnotu
GesKR	: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İç. BK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İFUK	: İsviçre Federal Usul Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medenî Kanunu
JdT	: Journal des Tribunaux
Karş.	: Karşılaştırınız
Kazancı	: Kazancı çevrimiçi hukuk bilgi bankası
Lexpera	: Lexpera çevrimiçi hukuk bilgi bankası
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
N.	: Kenar/Paragraf Numarası
Recht	: recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
REPRAX	: Droit des sociétés et droit du registre du commerce revue de la législation et de la pratique
RG	: Resmi Gazete
RNRF	: Revue suisse du notariat et du registre foncier
RVJ	: Revue valaisanne de jurisprudence
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJ	: La Semaine judiciaire
Swisslex	: Swisslex çevrimiçi hukuk bilgi bankası
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TREX	: TREX - L'expert fiduciaire
TST	: Ticaret Sicili Tüzüğü
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu (6102 sayılı)
vd.	: ve devamı
VK	: Vakıflar Kanunu
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

- Aksu, Mustafa, "Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Aydın Zevkliler Armağanı Özel Sayısı, S. 8, 2013
- Akunal, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1988
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003
- Alışkan, Murat, "Anonim Şirketlerde Sicil Kaydının ve Tasfiyenin Yeniden Açılması (=İhya)", Kazancı Hukuk Dergisi, S. 59-60, 2009
- Alper, Gizem, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), İstanbul, 2013
- Altay, S. Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler [Equity Joint Ventures], İstanbul, 2009
- Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler (V), İstanbul, 1961
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya, 2015
- Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1981
- Aydos, Oğuz Sadık, "Vakfın Sona Ermesi", İNÜHFD, C. 4, S. 1, 2013
- Ballar, Suat, Türk Dernekler Hukuku, Ankara, 2006
- Ballar, Suat, Yeni Vakıflar Hukuku, İstanbul, 2015
- Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2008
- Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre/Steinauer, Paul-Henri, Personnes Morales du Code Civil, Friburg, 1987
- Doğanay, Ümit Yaşar, Hükmi Şahıslar (Ders Notları), İstanbul, 1969
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016
- Edgü, Ekrem, "Tasfiyesi Hitam Bulmuş Olan Bir Anonim Şirketin Yeniden Ticaret Siciline Kaydının Yapılabilmesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 6, 1953
- Egger, August, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - Kişinin Hukuku, İkinci Kısım Tüzel Kişiler mad. 52-89, Çeviri: Av. Volf Çernis, Ankara, 1949
- Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2014
- Ergün, Ömer, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul, 2010
- Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, 2015
- Frank, Richard/Sträuli, Hans/Messmer, Georg/Wiget, Niklaus/Wiget, Gregor, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 1997
- Grüniger, Harold, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 2007
- Gutzwiller, Max, Schweizerisches Privatrecht: Zweiter Band Einleitung und Personenrecht, 1967
- Gümüş, Mustafa Alper, İbra Sözleşmesi, İstanbul, 2015
- Gümüş, Mustafa Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, İstanbul, 2006
- Güral, Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara, 1953
- Gwelessiani, Michael/Schindler, Niels, Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, 2014

Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht: ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, 1977

Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, 2008

Heini, Anton, Schweizerisches Privatrecht: Zweiter Band Einleitung und Personenrecht, 1967

Heini, Anton/Scherrer, Urs, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 2007

Huguenin, Claire, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 2007

İşeri, Ahmet, Türk Medenî Kanunua Göre Vakıf (Tesis), Ankara, 1968

Jeanneret, Vincent/Hari, Oliver, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010

Jung, Peter, "Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften", recht 2013 S. 79

Käch, Hans-Jakob, "Les impacts de la nouvelle ordonnance sur le registre du commerce", TREX 1/2008

Kale, Serdar, Medeni Yargulamada Taraf Ehliyeti, İstanbul, 2010

Karaman Coşgun, Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Ankara, 2015

Kervankıran, Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Ankara, 2015

Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Hukuk, Ankara, 2016

Köprülü, Bülent, Medenî Hukuk, İstanbul, 1970-1971

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 2001

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, Tespit Davaları, İstanbul, 2010

Laim, Hermann, Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II. Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, 2007

Montavon, Pascal, Abrégé de droit civil Art. 1er à 640 CC/LPart, 2013

Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2004

Nomer, Haluk N., Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul, 2008

Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015

Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medenî Hukuk, İstanbul, 2015

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2015

Öğüz, Tufan, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul, 2007

Özsunay, Ergun, Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1978

Öztan, Bilge, Tüzel Kişiler, Ankara, 1998

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2013

Philippin, Edgar, "Observations procédurales sur l'action en réinscription d'une entité juridique radiée", REPRAX 2/2011

- Piotet, Denis, “Commentaire d’Arrêt: Cour d’appel civile (CACI 13 décembre 2013/668)”, JdT 2014 III 185
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2015
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, Ankara, 2015
- Rayroux, François, *Commentaire Romand: CO II*, 2008
- Riemer, Hans Michael, *Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen: BK - Berner Kommentar Band/Nr. I/3/1*, Bern, 1993
- Riemer, Hans Michael, *Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen: BK - Berner Kommentar Band/Nr. I/3/2*, 1990
- Riemer, Hans Michael, *Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen - BK-Berner Kommentar Band/Nr. I/3/3*, 1981
- Rosenberg, Leo, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Münih ve Berlin, 1960
- Ruedin, Roland, *Droit des sociétés*, Bern, 2007
- Rüetschi, David, *CS - Commentaire Stämpfli: Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV)*, 2013
- Rüetschi, David, “Zur Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV - Zugleich eine Entgegnung auf Philippin, REP-RAX 2/2011, 20 ff.”, *REPRAX* 4/2011 S. 23
- Saymen, Ferit Hakkı, *Medenî Hukukumuzda Hükmi Şahıslar*, İstanbul, 1944
- Saymen, Ferit Hakkı, *Türk Medenî Hukuku Cilt II: Şahsın Hukuku*, İstanbul, 1960
- Schaub, Marc-Antoine, “Une fondation peut-elle décider sa propre dissolution”, *JdT* 1952 I 31
- Scherrer, Urs, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, 2011
- Serozan, Rona, *Tüzel Kişiler Özellikle: Dernek ve Vakıflar*, İstanbul, 1994
- Sirmen, Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara, 2015
- Soykan, İsmail Cem, *Anonim Ortaklıkta Organ Yokluğu*, İstanbul, 2012
- Steinuer, Paul-Henri, *Der Schuldbrief, Die Anleiheobligationen mit Grundpfandrecht, Art. 842-865 und 875 ZGB: ZK - Zürcher Kommentar*, 2015
- Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger,/Christoph, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2016
- Şener, Oruç Hami, *Adi Ortaklık*, Ankara, 2008
- Şener, Oruç Hami, *Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya)*, Ankara, 2015
- Tekinalp, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul, 2013
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2016

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku Cilt I: Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul, 1951

Vez, Parisima, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010

Vischer, Markus, "Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?", GesKR 2015 S. 257

Vogel, Alexander, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012

Xoudis, Julia, Commentaire Romand: Code Civil I, 2010

Yılmaz, Asuman, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 32, S. 2 (Haziran), 2016

Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre, Medeni Hukuk, Ankara, 2000

SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜ VE BUNUN GENEL SINIRI: TBK M. 27*

(FREEDOM TO DETERMINE THE CONTENT OF THE AGREEMENT AND GENERAL
LIMITATIONS TO THIS: TURKISH CODE OF OBLIGATIONS ARTICLE 27)

Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. H. Kübra Ercoşkun Şenol**

Öz

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 26. maddesinde "Sözleşme özgürlüğü" başlığı adı altında, bir sözleşmenin içeriğinin, bu sözleşmenin taraflarınca kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün hemen sonrasında TBK m. 27/1'de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. TBK m. 27/2'de ise sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir.

Her ikisi de "Sözleşmenin içeriği" başlığı altında düzenlenen bu hükümler (TBK m. 26-27) bize göstermektedir ki; sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü hukukumuzda temel bir ilke olarak benimsenmiştir ve TBK m. 27 bu özgürlüğe getirilen en önemli kısıtlamadır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme içeriği, Sözleşme özgürlüğü, Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, Hukuka ve ahlaka aykırılık, İmkânsızlık

ABSTRACT

Turkish Code of Obligations (TBK) Article 26, under the title of "Freedom Regarding Agreements", it is stipulated that a agreement's content can be freely arranged by its parties and within the range allowed by legal regulations. Right after this regulation; Turkish Code of Obligations (TBK) article 27/1 clearly specifies that if a agreement is against a person's rights, imperative provisions of law, moral values or if the subject of the agreement is impossible/inachieveable; such agreement is definitely null and void. Turkish Code of Obligations (TBK) article 27/2 stipulates that if some of the provisions of an agreement are invalid, it doesn't make the rest of the articles invalid, however if it is clearly understood that without the invalid provisions the agreement cannot be made; then the whole agreement is definitely invalid.

Both articles which are stipulated under the title "agreement content" (Turkish Code of Obligations article 26-27) show us that the freedom to determine

* Bu makale, 11.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 17.11.2016 tarihinde birinci hakem; 12.11.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
kubra.ercoskun@atauni.edu.tr.

the content of the agreement is accepted as a basic principle of our law and Turkish Code of Obligations (TBK) article 27 is the most important restriction imposed to this freedom.

Keywords: *Agreement content, Freedom of Contract, freedom to determine the content of an agreement, Contrary to Law and Immoral, Impossibility.*

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

A. Genel Olarak

Hukuk sistemimiz herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu (Anayasa -AY- m. 12/1) ve bu hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve sadece kanunla sınırlanabileceğini (AY m. 13 c. 1) kabul etmiştir¹. Yine herkesin, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına (AY m. 17/1) ve ayrıca kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu kabul edilmiştir (AY m. 19/1). Kişilerin mülkiyet ve miras haklarına sahip oldukları kabul edildiği gibi (AY m. 35/1)², diledikleri alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip oldukları ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu da açıkça belirtilmiştir (AY m. 48/1 c. 1).

Anayasanın bu düzenlemeleri göstermektedir ki; hukuk sistemimiz kişilerin irade özgürlüğüne sahip olduğunu temel bir ilke olarak benimsemiştir³. Felsefi bir görüş olan irade özgürlüğü⁴, kişilerin her alanda özgürleştirilmesini ilke edinmiş ekonomik ve politik bir doktrindir. Bu doktrin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda atılmış ve toplumsal etkisini 1789'da gerçekleşen Fransız İhtilali'nde göstermiştir. 18. yüzyılda başlamakla beraber asıl etkisini 19. yüzyılda gösteren endüstri devrimiyle de endüstri toplumları oluşmuş ve endüstriyel üretim yapan serbest işletmeciler modeli ortaya çıkmıştır⁵. 19. yüzyılda "*Bırakınız yapınlar, bırakınız geçsinler*" deyişle ünlenen ve klasik liberal iktisat teorisinin temellerini ortaya atan Adam Smith, devletin sözleşme eşitliğini sağlamak adına piyasadaki fiyat dengesine müdahale etmesinin piyasanın dengesini bo-

¹ Aynı hükmün ikinci cümlesinde bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı da belirtilmiştir.

² Aynı hükmün 2. fıkrasında bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği ve 3. fıkrasında da mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

³ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler C. 1, 13. bs., İstanbul, 2015, s. 23; Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, s. 15; İbrahim Kaplan, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. bs., Ankara, 2007, s. 19; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler C. I, 2. bs., İstanbul, 2013, s. 53 (Borçlar); Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 2. bs., Ankara, 2014, s. 12.

⁴ Vecdi Aral, "Hukukta İrade Özgürlüğü", İÜHF M, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, s. 249-251.

⁵ Arzu Küçükyağcı, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", AÜHF D, C. 53, S. 4, 2004, s. 105; Hasan Erman, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak sınırlamaları", İÜHF M, C. 38, S. 1-4, 1973, s. 602; Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011, s. 18-19.

zacağını ileri sürmüştür. Bu görüşün kabulüyle devletin tek görevi piyasanın oluşabilmesi gerekli olan sosyal ve siyasal koşulları sağlamak olmuştur⁶.

Bu ilkeleri esas alan bir ekonomik düzende, kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunma ve geliştirmelerinin en önemli araçlarından birinin sözleşmeler olduğu açıktır⁷. İrade özgürlüğünün borçlar hukukuna alanına yansımaları da sözleşme özgürlüğüdür. Bu ilke sayesinde kişiler borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleyebilmektedirler⁸.

Modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi her ne kadar temel bir ilke olarak benimsenmiş olsa da, 20. yüzyılda yoğun bir biçimde yaşanan savaşlar ve devletlerin sosyal devlet rolünü benimsemeleri, bu ilkenin yeniden ele alınarak değerlendirilmesine sebep olmuştur. Bu dönemde sözleşme özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirilmiştir ve bu sınırlamalar artarak devam etmektedir⁹. Özellikle bir sözleşmenin her iki tarafı da sözleşme özgürlüğüne

⁶ Küçükyağcı, s. 105; Erman, s. 602. AY m. 48/2'ye göre de: "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 18. bs. Ankara, 2015, s. 298 (Borçlar Genel); Aydın Zevkililer/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, 14. bs., Ankara, 2014, s. 6; Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku, (Özel Borç İlişkileri)*, 3. bs., Ankara, 2013, s. 27; Küçükyağcı, s. 105; Kırkbeşoğlu, s. 19.

⁸ Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil*, 9. bs., Bern, 2010, s. 10; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık*, Ankara, 2007, s. 36-37, 38; Gül Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, İstanbul, 2006, s. 35; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 7. bs., İstanbul, s. 363; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, Ankara, 2014, s. 20, 49 (Borçlar Özel); Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 17. bs., Ankara, 2013, s. 75; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 23. bs., İstanbul, 2012, s. 133; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. bs., İstanbul, 2014, s. 501; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 8. bs., Konya, 2013, s. 6; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 2. bs., İstanbul, 2006, s. 45 (Özel); Eren, *Borçlar Genel*, s. 297-298, 300; Oğuzman/Öz, s. 23; Antalya, *Borçlar*, s. 53, 261; Başpınar, s. 14-15; Aydoğdu/Kahveci, s. 12; Zevkililer/Gökyayla, s. 7; Kaplan, s. 19; Erman, s. 602; Kırkbeşoğlu, s. 19, 23; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, 19. bs., München, 2010, s. 32; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 38. bs., München, 2014, s. 28; Frank Weiler, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 2. bs., Baden-Baden, 2014, s. 51. Ancak bu ilkenin kişilere yalnızca borç ilişkilerini değil, tüm özel hukuk ilişkilerini hukuk düzeninin sınırları dâhilinde serbestçe düzenleme yetkisi verdiği unutulmamalıdır. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I*, Basel/Frankfurt am Main, 1996, s. 17; Andreas von Tuhr/Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts C. 1*, 3. bs., Zürich, 1979, s. 247; Başpınar, s. 16; Eren, *Borçlar Özel*, s. 49; Ateş, s. 39; Jakob Joussen, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, 2. bs., Stuttgart, 2013, s. 4-5; Medicus/Lorenz, s. 29.

⁹ Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, 5. bs., Bern, 2009, s. 160-161; Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *AÜHFĐ*, C. 52, S. 3, 2003, s. 229-230 (Zorunluluk); Nilgün Başalp, "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 224, 226-227; Eren, *Borçlar Genel*, s. 229-300; Erman, s. 604-605; Küçükyağcı, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 364; Başpınar, s. 18,

sahip olmasına rağmen, örgütlülüğü ve ekonomik gücü nedeniyle, içeriğini önceden tek başına belirlediği sözleşmeleri, ihtiyaçları nedeniyle birçok kişiye koşulsuz olarak kabul ettirebilen teşebbüslerin ortaya çıkması, karşılardaki kitlelerin korunabilmesi adına kanun koyucuların bu meseleye yoğun bir biçimde müdahil olmalarına yol açmıştır¹⁰.

B. Sözleşme Özgürlüğünün Görünüm Şekilleri ve Sınırları

Türk ve İsviçre borçlar hukukunda temel bir ilke olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğünün sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini, tipini ve şeklini belirleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi görünüm şekilleri bulunmaktadır.

Modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü temel bir ilke olarak kabul edilse de bunun bazı sınırlarının olduğu da kabul edilmektedir. Çoğunlukla sözleşme özgürlüğünün görünüm şekilleri ve sınırları ayrı ayrı incelenmektedir¹¹.

1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme özgürlüğünün ilk görünüş şekli, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüdür. Buna göre kişi dilediği biriyle dilediği sözleşmeyi yapabileceği gibi, hiç kimse bir sözleşme yapmaya zorlanamaz¹². TBK'da bu hususa açıkça işaret edilmiş değilse de, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü söz konusu olmaksızın anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir.

Ancak kanun bazı sözleşmelerin yapılmasını yasaklamakta ve yasağa rağmen yapılan sözleşmeleri hükümsüz saymaktadır. Bazı istisnai durumlarda ise, sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Sözleşme yapıp yapmama

dn. 22; Reisoğlu, s. 133. Kanun koyucunun bu tutumu ekonomik kamu düzenini adı verilen düzeni sağlamaya yöneliktir. Bu kavram için bkz. Erman, s. 614; Ateş, s. 154.

¹⁰ Hans Giger, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich, 1983, s. 22-23; Ayrancı, Zorunluluk, s. 230; Küçükyalçın, s. 110-114; Antalya, Borçlar, s. 289-290; Kırkbeşoğlu, s. 21-22; Serozan, Özel, s. 44-45; Başalp, s. 224-225, 227-229.

¹¹ Bazı yazarlar ise, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını olumlu veya olumsuz sınırlar olarak ikiye ayırırlar. Buna göre sözleşmenin yapılmasını zorunlu kılmak veya kamu organlarının iznine bağlı kılmak ya da edimin miktarını bazı sınırlamalara tabi tutmak olumlu sınırlamayı ifade ederken, sözleşmenin yapılmasını yasaklamak ve yasağa rağmen yapılan sözleşmeyi hükümsüz saymak ise olumsuz sınırlamayı ifade eder. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364.

¹² Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Delictrecht, 2. bs., Zürich, 1988, s. 90; Clarie Huguenin, Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 3. bs., Zürich/Basel/Genf, 2008, s. 22; von Tuhr/Peter, s. 278; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, 9. bs., İstanbul, 2014, s. 14; Oğuzman/Öz, s. 23; Eren, Borçlar Genel, s. 301; Erman, s. 603; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 76; Reisoğlu, s. 133, dn. 1; Antalya, Borçlar, s. 53, 261; Kaplan, s. 19; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Aydoğdu/Kahveci, s. 14; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365; Zevkililer/Gökayla, s. 8; Ayan, Borçlar Genel, s. 6; Eren, Borçlar Özel, s. 50; Ateş, s. 40-41; Harm Peter Westermann/Peter Bydliniski/Ralph Weber, BGB - Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 8. bs., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2013, s. 8; Peter Schlechtriem, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 5. bs., Tübingen, 2003, s. 28; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. bs., Berlin, 2006, s. 70. Medicus/Lorenz, s. 32; Brox/Walker, s. 30; Weiler, s. 53; Jousen, 18.

özgürlüğünü ortadan kaldıran bu zorunluluk kanundan doğabileceği gibi, dürüstlük kuralından veya önceki bir taahhüitten de kaynaklanabilir¹³.

Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu bir kamu hukuku hükümünden doğabilir. Örneğin, kamu hukuku kuralları uyarınca kamu hizmeti gören kamu kurum ve kuruluşlarıyla, imtiyazlı olarak bu hizmetleri yürüten işletmeler, şartlara uygun şekilde öneride bulunan herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar¹⁴. Yine Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Kamu İhale Kanunu (KİK) uyarınca ihale yapılan hallerde de, istisnalar haricinde, ihaleyi yapan idare ile ihaleyi kazanan kişi arasında ihale dokümanında belirlenmiş içerikte bir sözleşme yapma zorunluluğu doğar.

Özel hukuktan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu halleri ise oldukça azdır. Mirasın (Türk Medeni Kanunu -TMK- m. 642)¹⁵ veya paylı mülkiyetin paylaşılması (TMK m. 698)¹⁶, komşular için getirilmiş zorunlu geçit ve kaynak hakkı tanıma yükümlülüğü (TMK m. 747, 761)¹⁷ bu hususta örnek olarak gösterilebilir. En çarpıcı örnek ise, tüketicinin talebi üzerine satıcı veya sağlayıcıyı¹⁸ sözleşme yapmak zorunda bırakan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

“(1)Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.

¹³ Oğuzman/Öz, s. 23; Ayrancı, Zorunluluk, s. 234; Kaplan, s. 19; Ayan, Borçlar Genel, s. 7, 8; Eren, Borçlar Genel, s. 303; Antalya, Borçlar, s. 261; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 76; Kırkbeşoğlu, s. 25, dn. 98; Ateş, s. 48-49. Serbest iradenin ürünü olduğu için, bazı yazarlar, sözleşme yapma vaadini sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir hal olarak kabul etmezler. Erman, s. 603-604; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Başalp, s. 222, dn. 6.

¹⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 304-305; Ayrancı, Zorunluluk, s. 236; Erman, s. 607; Aydoğdu/Kahveci, s. 14; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365; Oğuzman/Öz, s. 183-184; Kocayusufpaşaoğlu, s. 606; Antalya, Borçlar, s. 264; Ayan, Borçlar Genel, s. 7; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 76; Ateş, s. 49.

¹⁵ O. Gökhan Antalya, Miras Hukuku, İstanbul, 2009, s. 449 vd; Rona Serozan/Baki İlay Engin, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2014, s. 638 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2012, s. 317 vd; Zahir İmre/Hasan Erman, Miras Hukuku, 11. bs., İstanbul, 2015, s. 461 vd; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Türk Medeni Kanunu: Miras Hukuku, 8. bs., Ankara, 2012, s. 550 vd; Mehmet Ayan, Miras Hukuku, 7. bs., Konya, 2014, s. 298 vd; Bilge Öztan, Miras Hukuku, 6. bs., Ankara, 2014, s. 435 vd; Mustafa Dural/M. Turgut Öz, Türk Özel Hukuku C. 4: Miras Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2015, s. 468 vd.

¹⁶ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay - Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, 2011, s. 274 vd. (Eşya);

Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2011, s. 115 vd. (Mülkiyet); Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 2. bs., Ankara, 2014, s. 322, 330; Zekariya Kurşat, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 2008, s. 166 vd.

¹⁷ Bu hususlar için bkz. Eren, Mülkiyet, s. 388-393; Sirmen, s. 468-475; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s. 467-474.

¹⁸ Sağlayıcı, satıcı ve tüketicici kavramları TKHK'nın 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (2/1-b. i); satıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (2/1-b. i), tüketicici ise, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (2/1-b.k), ifade eder.

(2) Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.

(3) Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.

(4) Bakanlık ve belediyeler, bu maddede hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir.”.

Son olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karar yasağı ile hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle bazı durumlarda teşebbüsler için sözleşme yapma zorunluluğu doğabileceği belirtilmiştir¹⁹.

Kanuni olarak sözleşme yapma zorunluluğu bulunmasına rağmen sözleşme yapmaktan kaçınan kişiye karşı bir aynen ifa davası açılabilir. Zira sözleşme yapmaktan kaçınan kişi, kanundan doğan borcuna aykırı davranmaktadır²⁰. Ancak kanuni bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde aynen ifa yerine, uğranılan zararların tazminine yönelik bir dava açılabileceği de kabul edilmektedir (TBK m. 112)²¹.

Sözleşme yapma zorunluluğunun dürüstlük kuralından doğması da mümkündür. Restoran, sinema, tiyatro vs. gibi umuma açık yerlerde, haklı bir sebep olmadıkça, bu yerleri işletenlerin dürüstlük kuralından doğan sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilir²². Fiili tekel durumundaki özel kişiler de dürüstlük kuralı nedeniyle, haklı bir sebep olmadıkça sunduğu mallar ve hizmetlere yönelik talepleri karşılamaktan kaçınamazlar. Bu durumun

¹⁹ İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, 4. bs., Bursa, 2007, s. 801; Pelin Güven, Rekabet Hukuku, 2. bs., Ankara, 2008, s. 641-642; Nurkut İnan/Mehmet B. Piker, Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, 2007, s. 97; Ali Arıöz/Özgür Can Özbek, “Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ed. Kerem Cem Sanlı, İstanbul, 22 Haziran 2010, s. 371-418; Ali Demiröz, “Sözleşme Yapayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, 17-18 Nisan 2009, s. 317 vd; Osman Berat Gürzumar, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınma Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara, 2006, s. 217 vd; Ayrancı, Zorunluluk, s. 239-240; Oğuzman/Öz, s. 184.

²⁰ Oğuzman/Öz, s. 186.

²¹ Eren, Borçlar Genel, s. 302-303; Kocayusufpaşaoğlu, s. 514.

²² M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, 19. bs., İstanbul, 2013, s. 292; Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku C. 1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 8. bs., İstanbul, 2013, s. 235; Oğuzman/Öz, s. 185. Bazı yazarlar ise, umuma açık yerlerin sundukları mal ve hizmetler bakımından genele öneri yaptıklarını (eBK m. 7/3; TBK m. 8/2) ve bu öneriyi kabul eden herkesle sözleşme yapmak zorunda olduklarını savunmaktadırlar. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 366; Eren, Borçlar Genel, s. 307. Bu görüşün kabul edilebilmesi için, umuma açık işletmelerin mal sergilemiş sayıldıklarının kabul edilmesi gerekir. Zira “Herkesle açık öneri” başlığını taşıyan TBK m. 8/2'ye göre: “Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.”. Kanaatimizce sinema, tiyatro vs. gibi umuma açık yerlerde bir mal sergilenmediği için, burada bir öneri değil, olsa olsa bir öneriye davet söz konusudur. Kocayusufpaşaoğlu, s. 516-517; Oğuzman/Öz, s. 187; Antalya, Borçlar, s. 173.

tipik örneği, bir kasabada bulunan tek ekmek fırınının haklı bir sebep olmadıkça ekmek satmaktan kaçınamayacak olmasıdır²³.

Dürüstlük kuralı bir sözleşmenin yapılmasını mecburi kılıyor ve buna rağmen sözleşme yapmaktan kaçınılıyorsa, bu kaçınmadan zarar görenin zararlarının tazminini talep edebileceği²⁴ ve hatta sözleşme kurma yükümlülüğünün aynen ifası için mahkemeye başvurarak bir karar alabileceği ileri sürülmektedir²⁵, ²⁶. Sözleşme kurmaktan kaçınmanın dürüstlük kuralı uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılıp, sözleşmenin baştan itibaren kurulmuş sayılması tarzındaki bir çözüm ise, haklı olarak, kabul edilmemektedir. Zira dürüstlük kuralı bazı hallerde kesin hükümsüzlük yaptırımını değiştirip, sözleşmeyi düzeltse de; bir sözleşmenin bulunmadığı hallerde, dürüstlük kuralıyla dahi ortada bir sözleşme varmış gibi hareket edilemez²⁷. Bazı yazarlar ise bu durumu, kasten ahlaka aykırı davranışla başkasına zarar verme niteliğinde bir haksız fiil olarak değerlendirmektedirler (TBK m. 49/2)²⁸. Bu halde hâkimin aynen veya para şeklinde bir tazminata hükmetmesi mümkün olabilir (TBK m. 51/1)²⁹. Bunun yanı sıra bir kanun hükmü (konumuz bakımından TBK m. 49/2) belirli bir davranışa tazminat yaptırımını bağlamışsa, bundan örtülü biçimde bu davranışı yasakladığı (konumuz bakımından sözleşmenin yapılmasını emrettiği) sonucunun çıkarılması gerektiği de ileri sürülmektedir³⁰. Sözleşme yapmaktan kaçınmanın kişilik haklarına bir saldırı teşkil ettiği hallerde (TMK m. 24), kusur ve zarar şartları aranmaksızın TMK m. 25'de düzenlenen saldırıya son verilmesi veya saldırının önlenmesi davalarının açılabilmesi de ileri sürülmektedir³¹.

²³ Oğuzman/Öz, s. 186; Oğuzman/Barlas, s. 292; Ayrancı, Zorunluluk, s. 242-244; Reisoğlu, s. 133, dn. 1; Antalya, Borçlar, s. 262, Eren, Borçlar Genel, s. 303-304, 306; Ayan, Borçlar Genel, s. 7; Dural/Sarı, s. 235; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365.

²⁴ Oğuzman/Öz, s. 186-187; Ayan, Borçlar Genel, s. 7.

²⁵ Oğuzman/Öz, s. 187. Ayrancı ise, sözleşme kurma talebini reddetmek hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse, bu durum hukuka aykırı olduğundan, TBK m. 49/1'e göre haksız fiili tazminatı talep edebileceğini ileri sürmektedir. Ayrancı, Zorunluluk, s. 249

²⁶ Yalnızca son çare olarak dürüstlük kuralına dayanan yazarlar için bkz. Antalya, Borçlar, s. 263; Kocayusufpaşaoğlu, s. 512.

²⁷ Oğuzman/Öz, s. 186.

²⁸ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri C. 1/1, 6. bs., İstanbul, 2008, s. 11; Eren, Borçlar Genel, s. 304, 306; Ayrancı, Zorunluluk, s. 241-242, 246-274; Eren, s. 607-608; Zevkiiler/Gökyayla, s. 8.

²⁹ Ayrancı, Zorunluluk, s. 248-249; Eren, Borçlar Genel, s. 306-307. Son yazara göre, aynen tazmin usulü çoğu zaman pratik olmaktan uzak olduğu için, genellikle para şeklindeki bir tazminata hükmedilecektir.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 511-512. Yazara göre, ancak sözleşme yapmaktan kaçınma kişilik haklarına saldırı teşkil etmiyorsa bu esasa göre hareket edilmelidir.

³¹ Huguenin, s. 23; Antalya, Borçlar, s. 262-263; Kocayusufpaşaoğlu, s. 511; Ayrancı, Zorunluluk, s. 249. Ancak Medicus/Lorenz, lokanta sahibi ırkçılık yaparak siyahi bir kişiye hizmet etmeyi reddettiği bir durumda, başka bir lokantaya kolaylıkla ulaşabilme imkânı varsa, karşı tarafa sözleşmenin kurulmasını sağlamak üzere bir dava hakkı tanınmasının yerinde olmadığını ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre, bu durumda, istemeksizin servis yapan lokantacı ile bu şartlar altında kendisini rahat hissetmeyen müşteri karşı karşıya getirilmiş olur. Medicus/Lorenz, s. 41.

Sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olabileceği bir diğer halde, bir kişinin ileride belirli bir sözleşmeyi yapmayı vaat ettiği hallerdir³². Bu vaat, sözleşmenin diğer tarafı lehine yapılabileceği gibi, bir üçüncü kişi lehine yapılmış da olabilir³³. Bu vaadin yer aldığı sözleşme TBK'da ön sözleşme olarak adlandırılmaktadır (TBK m. 29). Ön sözleşmede yalnızca bir tarafın bu tür bir vaade bulunması mümkün olduğu gibi, her iki tarafın karşılıklı olarak vaatte bulunmaları da mümkündür³⁴. Ancak ön sözleşmenin karşılıklı vaatleri içermesi halinde bunun asıl sözleşmeden bir farkının kalmadığını ileri sürenler de mevcuttur³⁵. Kanaatimizce bu halde de ortada bir ön sözleşmenin bulunduğu kabul edilmelidir. Zira sözleşme özgürlüğü ilkesi burada da geçerli olduğundan, tarafların ileride asıl sözleşmeyi kurmaya yönelik karşılıklı beyanlarda bulunmaları mümkündür³⁶. Ayrıca asıl sözleşme olarak yapılacak olması halinde geçersiz olacak pek çok sözleşme, ön sözleşme olarak geçerli bir biçimde yapılabilir. Örneğin, bir kimse bir taşınmazın henüz parsellenip bağımsızlık kazanmamış belirli bölümünü satmak ve bir başka kişi de bunu satın almak isteyebilir. Bu durumda satış konusu taşınmaz henüz hukuken belirli olmadığından, tarafların tapu sicil memuru huzurunda resmi satış sözleşmesini yapmaları mümkün olmadığı halde, noterde bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaları mümkündür³⁷. Bu ve bu gibi hallerde tarafların karşılıklı vaatte buldukları ön sözleşmelerin asıl sözleşmeden bir farkının kalmadığını söylemek mümkün değildir³⁸.

Bir ön sözleşme ile yapmayı taahhüt ettiği asıl sözleşmeyi yaptıktan kaçınan kişiye karşı dava açılabilir. Bu halde hâkimin davacı lehine vereceği hüküm, davalının irade beyanı yerine geçer³⁹.

³² Huguenin, s. 22; Doğan, s. 37; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 76; Antalya, Borçlar, s. 54, 264; Oğuzman/Öz, s. 188; Eren, Borçlar Genel, s. 307; Medicus/Lorenz, s. 37. Serbest iradenin ürünü olduğu için, bazı yazarlar, sözleşme yapma vaadini sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir hal olarak kabul etmezler. Erman, s. 603-604; Kocayusufoğlu, s. 100; Weiler, s. 55.

³³ Nicolas R. Herzog, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich, 1999, s. 68; Theo Guhl/Alfred Koller/Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. bs., Zürich, 1991, s. 102; Schwenger, s. 162; Huguenin, s. 22; Hasan Ayrancı, Ön Sözleşme, Ankara, 2006, s. 161-168; Oğuzman/Öz, s. 188; Doğan, s. 63; Eren, Borçlar Genel, s. 308; Antalya, Borçlar, s. 264; Kocayusufoğlu, s. 104.

³⁴ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 219; Herzog, s. 65; Schwenger, s. 162; Huguenin, s. 22; Oğuzman/Öz, s. 189; Eren, Borçlar Genel, s. 308; Kocayusufoğlu, s. 100; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 156-160; Doğan, s. 61; Antalya, Borçlar, s. 123, 264, 265; Weiler, s. 55.

³⁵ von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, s. 214 Doğan, s. 34, dn. 12'den naklen.

³⁶ Bucher, s. 91; Kocayusufoğlu, s. 102; Doğan, s. 35-36; Antalya, Borçlar, s. 265.

³⁷ Ön sözleşmenin konusu belirli veya en azından belirlenebilir nitelikte olmalıdır. Herzog, s. 162; Huguenin, s. 22; Antalya, Borçlar, s. 266; Doğan, s. 148-149; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 123-124; Oğuzman/Öz, s. 189; Eren, Borçlar Genel, s. 310, 311; Weiler, s. 55; Fikentscher/Heinemann, s. 82. Verdiğimiz örnekte ön sözleşmenin konusu belirli değilse de, en azından belirlenebilir niteliktedir.

³⁸ Kocayusufoğlu, Borçlar, s. 103-104; Oğuzman/Öz, s. 195-196; Eren, Borçlar Genel, s. 309-311; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 77.

³⁹ Halük, N. Nomer, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 14. bs., İstanbul, 2015, s. 39-40; Oğuzman/Öz, s. 189-190. Kocayusufoğlu, s. 106; Ayan, Borçlar Genel, s. 8-9; Sirmen, s. 366; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 177. Bazı yazarlar ise, mahkeme hükmünün borçlunun irade beyanının yerine geçmeyeceğini, doğrudan doğruya asıl sözleşmeyi ku-

Ön sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde, aynen ifa davasının yerine sadece uğranılan zararların tazmini için bir dava açılabileceği de belirtilmektedir (TBK m. 112)⁴⁰. Özellikle aynen ifa davası açılmadan önce edimin ifası imkânsız hale gelmişse, artık bu davayı açmanın sağlayacağı bir yarar yoktur. Alacaklının bu gibi hallerde TBK m. 112'ye dayanarak tazminat talep edebileceği söylenebilirse de, borçlunun meydana gelen imkânsızlıktan sorumlu olmadığını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulup kurtulamayacağı üzerinde durulması gereken önemli bir husustur. Şayet sözleşme zamanında kurulsaydı dahi, edimin ifasının imkânsızlaşacağı ve borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu olmayacağı ispat edilebilirse (TBK m. 136), borçlu tazminat ödemekten kurtulur; aksi takdirde edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararları tazmin etmesi gerekir⁴¹.

2. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme özgürlüğünün ikinci görünüş şekli, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüdür. Buna göre, hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda değildir ve kişi, sözleşme yapmak istediği kişiyi serbestçe tayin etme hakkına sahiptir⁴². Bu husus da TBK'da açıkça düzenlemiş olmasa da, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü olmaksızın sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir.

Sözleşme yapmama özgürlüğünün kısıtlandığı hallerde, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün de kısıtlanmış olduğu söylenebilir⁴³. Zira KİK ve DİK'de, idarenin ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapmak zorunda olduğu açıkça belirtildiği gibi, tekel durumundaki işletmeler de şartlara uygun bir biçimde kendisine öneride bulunan herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar.

racasını iddia etmektedirler. Doğan, s. 177-178; Antalya, Borçlar, s. 267. Hatta öğretideki bir fikre göre, ön sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde alacaklı, sadece borçlunun irade beyanı yerine geçecek veya doğrudan asıl sözleşmeyi kuracak bir hükmün verilmesini değil, aynı zamanda asıl sözleşmeden doğacak hakkın kendisine geçirilmesini de talep edebilmektedir. Yargıtay tarafından da kabul edilen bu fikrin, teorik yönden uygun olmasa bile, usul ekonomisi ve pratikliği yönünden gerçeklere daha uygun düştüğü ileri sürülmektedir. Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, 4. bs., Ankara, 2008, s. 195; Eren, Mülkiyet, s. 231; Eren, Borçlar Genel, s. 314-315; Antalya, Borçlar, s. 267; Kocayusufpaşaoğlu, s. 107-108, 514. Ayrancı da, taşınmaz satış vaatleri bakımından bu fikri benimsemektedir. Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 182. Ancak bu fikir, kanaatimizce de haklı olarak eleştirilmektedir. Zira bu çözüm, ön sözleşme ile asıl sözleşme arasındaki farkı tamamen ortadan kaldırmaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 325. Diğer haklı gerekçeler için bkz. Doğan, s. 175-176.

⁴⁰ Ayan, Borçlar Genel, s. 9; Kocayusufpaşaoğlu, s. 108; Eren, Borçlar Genel, s. 315; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 186, dn. 761.

⁴¹ Eren, Borçlar Genel, s. 315; Kocayusufpaşaoğlu, s. 109.

⁴² Huguenin, s. 22; Erman, s. 603; Eren, Borçlar Genel, s. 315; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Aydoğdu/Kahveci, s. 14; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Zevkçiler/Gökyayla, s. 7; Kaplan, s. 19; Antalya, Borçlar, s. 54; Kırkbeşoğlu, s. 24; Eren, Borçlar Özel, s. 50; Yavuz/Acar/Özen, s. 15; Ateş, s. 41; Medicus/Lorenz, s. 32; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 8; Fikentscher/Heinemann, s. 70.

⁴³ Huguenin, s. 22; Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006, s. 47; Ayrancı, Zorunluluk, s. 236; Antalya, Borçlar, s. 54; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Kırkbeşoğlu, s. 25; Eren, Borçlar Genel, s. 315-316, Fikentscher/Heinemann, s. 71.

3. Sözleşmenin İçeriğini ve Tipini Belirleme Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme özgürlüğünün bir diğer görünüm şekli de, sözleşmenin içeriği belirleme özgürlüğüdür. TBK m. 26'da, bir sözleşmenin taraflarının, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde, sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Bu nedenle TBK'da yer alan hükümler emredici olmaktan çok tamamlayıcı ve yorumlayıcıdır⁴⁴.

Sözleşmenin içeriği kavramından ne anlaşılması gerektiği TBK'da açıkça belirtilmemiştir. Öğretide ise, tarafların yapmış oldukları sözleşme kapsamında, üzerinde anlaşmaya vardıkları her şeyin sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Tarafların belirledikleri edim veya edimler, bu edimlerin nerede ve ne zaman ifa edileceği, yan edimler, yan yükümlülükler, sözleşmenin şekli, tarafların birbirlerine yapacağı ihbar ve ihtarların şekli, tarafların yapmaması gereken fiil ve davranışlar ve burada sayamayacağımız pek çok şey sözleşmenin içeriğine dâhildir. Hatta tarafların ortak amaçlarının da sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu kabul edilmektedir⁴⁶.

TBK m. 26'dan da açıkça anlaşılacağı üzere sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, yalnızca bir tarafa değil, sözleşmenin tüm taraflarına tanınmış bir özgürlüktür. Zira taraflardan yalnızca birisinin sözleşme içeriğine dâhil olmasını istediği bir husus, ancak diğer tarafın da kabulüyle sözleşme içeriğine dâhil olur. Aksi takdirde taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez⁴⁷.

Ancak kanun bazı hallerde sözleşmenin taraflarından birisine, sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleme yetkisi tanımıştır. Öğretide TKHK m. 6/3'ün tüketiciye bu tür bir yetki tanıdığı ifade edilmektedir⁴⁸. Bu hükmün ilk iki fıkrasına göre vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilme-

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 23; Aydoğdu/Kahveci, s. 16-17; Nomer, s. 60; Kocayusufoğlu, s. 535; Reisoğlu, s. 134; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 371. Aynı durum Alman Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB) borç ilişkilerini düzenleyen kısmı bakımından da geçerlidir. Micahel Kittner, Schulrecht: Rectliche Grundlagen - Wirtschaftliches Zusammenhänge, München, 2001, s. 155; Medicus/Lorenz, s. 33; Weiler, s. 56, 57.

⁴⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 317; Başpınar, s. 60; Kaplan, s. 27-28; Kırkbeşoğlu, s. 140; Ateş, s. 199.

⁴⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 192; Huguenin, s. 59-60; Eren, Borçlar Genel, s. 317; Kocayusufoğlu, s. 534; Başpınar, s. 60; Kaplan, s.27; Kırkbeşoğlu, s. 140; Ateş, s. 199.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 72-73. Bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların üzerinde anlaşmaları gereken unsurlara sözleşmenin objektif esaslı noktaları adı verilir. Sözleşmenin bu asgari unsurlar dışındaki kısımları ise, ikinci derece noktalar olarak adlandırılır. Tarafların ikinci derece noktaları hiç görüşmemiş olmaları veya bu noktalar üzerinde anlaşmayı ileriye bırakmış olmaları, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz (TBK m. 2/1). Ancak ikinci derecedeki noktalar taraflar arasında görüşülmüş ve bir anlaşmaya ya da en azından ileride belirlenmesi hususunda bir anlaşmaya varılmamışsa sözleşme kurulmaz. Bu şekilde sözleşmede yer alması gerekli ikinci derecede noktalara ise sübjektif esaslı noktalar adı verilir. Honsell/Vogt/Wiegand, s. 34, 59-60; Guhl/Koller/Druey, s. 100-101; Huguenin, s. 33-34; Turhan Esener, "Aktlerde Esaslı Noktalar İle İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi", AÜHF D, C. 16, S. 1-4, 1959, s. 270-274; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011, s. 29-30; Oğuzman/Öz, s. 72-73; Reisoğlu, s. 63-64; Nomer, s. 31-32, 34; Antal-ya, Borçlar, s. 165-166.

⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 24.

dikçe satışından kaçınılamayacağı gibi, hizmet sağlamaktan da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz. 3. fıkrada ise, ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenlerin aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep bulunmadıkça bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullarla satın alınması şartına bağlayamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden anlaşılması gereken şudur ki; istisnalar haricinde, teşhirdeki malın miktar ve ölçüsü ne olursa olsun, dürüstlük kuralına uygun olduğu müddetçe, tüketici bu maldan dilediği miktar, sayı ve süre için talepte bulunabilir.

Ayrıca uygulamada kanuni bir yetki söz konusu olmaksızın sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün tek taraflı olarak kullanıldığı haller de mevcuttur. Bu hallerde sözleşmenin taraflarından biri önceden sözleşmenin hükümlerini kısmen veya tamamen⁴⁹ belirlemekte, diğer tarafa ise yalnızca bu sözleşmeyi yapıp yapmama kararı kalmaktadır⁵⁰. TBK’da bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri *genel işlem koşulları* olarak adlandırılmaktadır (TBK m. 20/1-c.1). Sözleşmenin geri kalan hükümlerinin diğer taraf ile müzakere edilerek özel olarak belirlenmesi, bu sözleşmenin genel işlem koşulu içerdiği gerçeğini değiştirmemektedir. Kanun koyucu, bir tarafın hâkim durumunu kullanarak, ihtiyacı nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda olan diğer tarafa kabul ettirdiği genel işlem koşullarına karşı ihtiyatlı davranmış ve bunların geçerliliğini sıkı koşullara bağlamıştır. Her tür sözleşme bakımından genel işlem koşullarının tabi olduğu hükümler TBK m. 20-25’de ayrıntılı olarak düzenlenmişken, tüketici sözleşmelerindeki uygunsuz genel işlem koşulları “*Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar*” başlığı altında TKHK m. 5’de düzenlenmiştir.

Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğüyle bağlantılı olarak, borçlar hukukunda sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü de söz konusudur⁵¹. Bu nedenle taraflar kanunda düzenlenen ve tipik veya isimli sözleşmeler olarak adlandırılan sözleşmelerin dışında, başka sözleşmeler yapma hakkına da sahiptirler⁵². Bu tür sözleşmeler ise atipik veya isimsiz sözleşme olarak adlandırılmak-

⁴⁹ Öğretide, bir sözleşmenin tüm hükümlerinin bir tarafça belirlenmiş olduğu sözleşmeler, iltihaki sözleşme veya katılım - katılma sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Oğuzman/Öz, s. 26; Reisoğlu, s. 70.

⁵⁰ Bu husus Comman Law hukukunda “take it or leave it” formülüyle ifade edilmektedir. Serozan, Özel, s. 45.

⁵¹ von Tuhr/Peter, s. 249; Huguenin, s. 58; Oğuzman/Öz, s. 23-24; Reisoğlu, s. 133; Nomer, s. 56; Erman, s. 604; Aydoğdu/Kahveci, s. 17-18; Kaplan, s. 20; Antalya, Borçlar, s. 55, 150, 268; Eren, Borçlar Genel, s. 316; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Kocayusufoğlu, s. 526-527; Eren, Borçlar Özel, s. 50; Ateş, s. 42-43; Michael Martinek, Moderne Vertragstypen: B. I, Leasing und Factoring, München, 1991, s.17; Brox/Walker, s. 32; Medicus/Lorenz, s. 32; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 8; Weiler, s. 56; Schlechtriem, s. 27; Fikentscher/Heinemann, s. 72.

⁵² Bir sözleşmenin kanunda yalnızca ismen zikredilmiş olması onu isimli sözleşme haline getirmez. Zira tüm unsurları hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kanunda düzenlenen sözleşmelerin isimli sözleşme oldukları kabul edilmektedir. Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHFM, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 264 (İsimsiz Sözleşme); Alper Gümüş, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler C. 1, İstanbul, 2012, s. 4; Aral/Ayrancı, s. 54; Zevkililer/Gökyayla, s. 11; Eren, Borçlar Özel, s. 18.

tadır⁵³. İsimli sözleşmeler kendi aralarında karma, birleşik ve kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak üçe ayrılırlar⁵⁴. Kanunda düzenlenen veya düzenlenmeyen çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşme, karma sözleşmedir⁵⁵. Otellerle yapılan sözleşmeler bu tip sözleşmelerin tipik bir örneğidir. Zira otel işletmecisi kira, hizmet ve satım sözleşmesinde yer alan edimleri yerine getirmeyi üstlenirken, karşı taraf bir miktar para ödeme borcunu üstlenir. Bazı yazarlarca karma sözleşmenin bir türü olduğu savunulan⁵⁶ birleşik sözleşmelerde ise taraflar, hukuki nitelikleri itibarıyla birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmeleri, birbirine bağlı hale getirerek yeni bir sözleşme oluştururlar⁵⁷. Bu sözleşmeler arasındaki işlevsel ve ekonomik bağ o kadar sığdır ki; her bir sözleşme bir diğerinin sebebi ve şartı olduğundan, her bir sözleşmenin varlık ve geçerliliği diğerinin varlık ve geçerliliğine bağlıdır⁵⁸. Örneğin, imalathanesini kiraya vermek isteyen kişi, kiracının belirli dönemlerde imal ettiği ürünlerden kendisine satmasını istiyor ve bir başkası da bu şartla kira sözleşmesini kurmayı kabul ediyorsa, taraflar arasında satım ve kira sözleşmesi şeklinde bir birleşik bir sözleşme kurulmuş olur. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ise, kanunda düzenlenen sözleşmelerin taşıdığı unsurları kısmen veya tamamen içermezler ve kendine özgü öğeler taşırlar⁵⁹. Uygulamada sıklıkla rastlanan tek satıcılık sözleşmesi bu tür bir sözleşmedir.

⁵³ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 890; Honsell, s. 12; Guhl/Koller/Druey, s. 303; Oktay, İsimli Sözleşme s. 263; Aydoğdu/Kahveci, s. 18; Zevkliler/Gökyayla, s. 11; Antalya, Borçlar, s. 55, 150; Eren, Borçlar Genel, s. 316; Eren, Borçlar Özel, s. 18; Aral/Ayrancı, s. 54; Yavuz/Acar/Özen, s. 19; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 56; Tandoğan, s. 12; Christoph Hirsch, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 8. bs., Baden-Baden, 2013 s. 50; Martinek, s. 3; Westermann/Bydliniski/Weber, s. 43; Brox/Walker, s. 32; Fikentscher/Heinamann, s. 39.

⁵⁴ Öğretide, isimli bir sözleşmenin kanunda öngörülen bir veya birkaç unsuruna yer verilmeyerek bir sözleşme yapıldığı hallerde de ortada isimli bir sözleşmenin bulunduğu savunulmaktadır. Bu tür isimli sözleşmeler ise eksik sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Aydoğdu/Kahveci, s. 34; Gümüş, s. 13. Kanaatimizce bu son görüşe katılmak mümkün değildir. Zira isimli bir sözleşmenin kanunda öngörülen bir veya birkaç unsuruna yer verilmeyerek bir sözleşme yapıldığı hallerde de ortada tam anlamıyla isimli bir sözleşme bulunmaktadır.

⁵⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 888; Guhl/Koller/Druey, s. 307; Oktay, İsimli Sözleşme s. 274; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 56. Eren ise, isimli sözleşmelerin unsurlarıyla isimli sözleşmelerin unsurlarından meydana getirilen sözleşmeleri, uygulamada yoğun bir biçimde kullanılıp kullanılmamalarına göre, kitlesel tipikleşmiş isimli sözleşme ya da atipik - bireysel isimli sözleşme olarak adlandırmaktadır. Eren, Borçlar Özel, s. 24.

⁵⁶ Honsell, s. 13; Westermann/Bydliniski/Weber, s. 43. Bileşik sözleşmeyi eksik karma, karma sözleşmeyi ise tam karma olarak nitelendiren Serozan'ın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Serozan, Özel, s. 56, 73.

⁵⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 891; Honsell, s. 13; Oktay, İsimli Sözleşme s. 275; Guhl/Koller/Druey, s. 308; Oğuzman/Öz, s. 47; Aral/Ayrancı, s. 61; Aydoğdu/Kahveci, s. 33; Eren, Borçlar Özel, s. 35; Zevkliler/Gökyayla, s. 21; Antalya, Borçlar, s. 151; Kırkbeşoğlu, s. 128, 129; Serozan, Özel, s. 62; Yavuz/Acar/Özen, s. 22; Tandoğan, s. 75-76; Westermann/Bydliniski/Weber, s. 43. Eren'e göre ise bileşik sözleşme bir isimli sözleşme değildir. Eren, Borçlar Özel, s. 23.

⁵⁸ Antalya, Borçlar, s. 151; Kırkbeşoğlu, s. 129; Eren, Borçlar Özel, s. 36, 38; Yavuz/Acar/Özen, s. 22; Aydoğdu/Kahveci, s. 33; Tandoğan, s. 76; Aral/Ayrancı, s. 61.

⁵⁹ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 891; Oktay, İsimli Sözleşme s. 275; Oğuzman/Öz, s. 48; Nomer, s. 56; Aydoğdu/Kahveci, s. 18; Tandoğan, s. 12, 13; Zevkliler/Gökyayla, s. 12;

Borç sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü sınırsız bir biçimde kabul edilmiş değildir. Bu özgürlüğe yönelik olarak getirilen temel sınırlama, konumuz bakımından taşıdığı önem nedeniyle aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz, TBK m. 27’de düzenlenmiştir⁶⁰.

4. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü

Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü aslında, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. TBK m. 12’de sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bu halde kanuni istisnalar haricinde, taraflar sözleşmeyi istedikleri şekilde yapabilirler. Ancak taraflarca öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler de hüküm doğuramazlar (TBK m. 17/1).

Kanundan belirli bir şekilde yapılması öngörülen sözleşmenin bu şekle uyulmaksızın yapılması kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur (TBK m. 12/2)⁶¹. Yani kanuni şekil şartının bulunduğu haller, sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğünün önemli bir istisnasını oluşturur.

5. Sözleşmenin İçeriğini Değiştirme veya Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Özgürlüğü

Nasıl ki, borç sözleşmeleri bakımından sözleşmenin içeriğini belirleme hususunda taraflar serbestse, yapılmış bir sözleşmenin içeriğini değiştirmek veya sözleşmeyi kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmak hususunda da ser-

Aral/Ayrancı, s. 57; Antalya, Borçlar, s. 152; Yavuz/Acar/Özen, s. 28. Eren’e göre ise, kendine özgü unsurlarla birlikte yasada düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içeren sözleşmeler kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden sayılmamalıdır. Eren, Borçlar Üz, s. 34. Daha önce belirttiğimiz gibi yazar uygulamada yoğun bir biçimde kullanılan bu tür sözleşmeleri kitlesel tipikleşmiş isimli sözleşme, aksi halde atıf ya da bireysel isimli sözleşme olarak adlandırmaktadır. Bkz. dn. 55.

⁶⁰ Sözleşmenin içeriğini ve tipini belirleme özgürlükleri borç sözleşmelerinin temel ilkeleri olsa da kişiler, aile, miras ve özellikle eşya hukuku alanındaki sözleşmelerde bu ilkeler geçerli değildir. Örneğin; aynı haklar TMK’da sınırlı bir biçimde sayılmıştır ve bunların dışında yeni bir aynı hak türü yaratmak mümkün değildir. Ancak kanunda sınırlı bir biçimde belirlenen aynı hakların içeriğini belirlemek bakımından kişilerin daha serbest bırakıldıkları görülmektedir. Bazı aynı hakların (örneğin irtifaklarda) içeriğini belirleme özgürlüğü daha genişken, bazılarında (taşınmaz yükü) daha dardır. Mülkiyet ve rehinde ise içeriği belirleme özgürlüğü yalnızca belirli hususlara özgüdür. Sirmen, s. 40; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s. 23; Ünal/Başpınar, s. 112-113.

⁶¹ Öğretide ve uygulamada hâkim olan fikre göre, şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Ancak şekle aykırılığı kesin hükümsüzlük yaptırımından kurtarmaya yönelik görüşler de mevcuttur. Buna göre, şekle aykırılıktan doğan geçersizlik, tamamen taraflar arasındaki bir geçersizlik olup; şekle aykırılık herkes tarafından değil, yalnızca sözleşmenin taraflarınca bir defa olarak ileri sürülebilir; hâkim tarafından da resen nazara alınmaz. Yine şekil eksikliğine rağmen, bilerek ve istenerek yapılan ifanın, tarafların bu korumadan vazgeçtikleri anlamına geldiği ve geçersiz sözleşmenin, ifa ile geçerlilik kazandığı ileri sürülmektedir. Honsell/Vogt/Wiegand, s. 120; Bucher, s. 169 vd.; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, Yetkin, 1998, s. 143-147; Eren, Borçlar Genel, s. 291 vd. Son yazar, TBK m. 78/1’in, 288/3’ün ve TMK m. 166’nın bu görüşü doğrulayan hükümler olduğunu ileri sürmektedir. Eren, Borçlar Genel, s. 293.

besttirler⁶². Ancak bu serbestlik de, kural olarak, sözleşmenin her iki tarafının da kabulüyle kullanılabilecek bir haktır. Zira belirli bir sözleşme kapsamında bir tarafın vermiş olduğu sözleri tek yanlı olarak değiştirmesi veya ortadan kaldırması, kural olarak, mümkün değildir⁶³. Ancak güven ilişkisinin çok yoğun olduğu bazı sözleşmelerde, her iki tarafa da sözleşmeyi tek başına sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m. 512'ye göre, vekâlet veren ve vekil her zaman için sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilirler (c.1)⁶⁴. Bunun yanı sıra sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kanunla tek tarafa tanınmış olduğu hallerde mevcuttur. Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin TBK m. 347/1, belirli süreli sözleşmelerde kiracının sözleşme süresinin bitiminden en az 15 gün önce bildirimde bulunmadığı hallerde, sözleşmenin aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayıldığını kabul etmiştir. Kiraya veren ise, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez⁶⁵.

Bazı kanuni düzenlemeler ise, sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüğünü ortadan kaldırmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda, bu tür sözleşmelerde işin süresi, süreye göre ödeme şartları, işin yapılma ve teslim yeri hariç olmak üzere (m. 15), ihale dokümanlarında yer alan şartlara aykırı düşecek değişikliklerin yapılamayacağı düzenlenmiştir (m. 4). Konut ve çatılı işyeri kiralaları hakkındaki TBK m. 343 ise, bu tür kira sözleşmelerinde, kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağını düzenlemiştir.

Bazı hallerde sözleşmenin içeriğindeki değişikliklerin geçerliliği bazı koşullara bağlı tutulmuştur. Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin TBK m. 344/1'e göre, tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, ancak bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerli olabilir (c. 1).

Son olarak, sözleşmedeki bazı değişikliklerin taraflardan birinin başvurusu üzerine ancak hâkim kararıyla yapılabileceği belirtilmelidir. Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin TBK m. 344/2'ye göre, taraflarca yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir⁶⁶. Bunun yanı sıra borçlu, TBK m. 138/1'de belirtilen koşullar

⁶² von Tuhr/Peter, s. 249; Huguenin, s. 122; Kaplan, s. 20; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Antalya, Borçlar, s. 54; Kırkbeşoğlu, s. 24; Eren, Borçlar Genel, s. 316; Başpınar, s. 17; Eren, Borçlar Özel, s. 51; Yavuz/Acar/Özen, s. 16; Aydoğdu/Kahveci, s. 15; Ateş, s. 43; Arat, s. 44; Weiler, s. 56; Medicus/Lorenz, s. 263; Fikentscher/Heinemann, s. 176.

⁶³ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 190; Hatemi/Gökyayla, s. 60; Aydoğdu/Kahveci, s. 15; Zevkliler/Gökyayla, s. 9; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Ayan, Borçlar Genel, s. 11; Dural/Sarı, s. 239-240; Ateş, s. 61; Eren, Borçlar Özel, s. 51.

⁶⁴ Hükmün 2. cümlesine göre, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. TBK m. 512 hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Suat Sarı, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004, s. 64 vd.

⁶⁵ Bu hükmün 3. cümlesine göre, kiraya veren ancak, on yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

⁶⁶ Bu hükmün 3. fıkrasına göre, taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmele-

altında ifade aşırı bir güçlüğü düşmüşse, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkına sahiptir⁶⁷. Bu halde de sözleşmenin içeriği hâkim kararıyla değiştirilmektedir.

II. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

“Sözleşmenin içeriği” başlığı altında TBK m. 27/1’de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz oldukları düzenlenmiştir. Bu hükümde sayılan hallerin sözleşmenin içeriğini sakatladığı kabul edilmekte ve bu haller dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri olarak adlandırılmaktadır⁶⁸. TBK m. 27/2’de ise, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği; ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşıldığı hallerde, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin kısmen kesin hükümsüz olmasına yol açan sebepler ise dar anlamda kısmi içerik sakatlığı sebepleri olarak adlandırılabilirler.

Geniş anlamda içerik sakatlığı sebeplerinin ise, TBK’da ve diğer kanunlarda sayılan sebeplerden oluştuğu ileri sürülmekte ve TBK m. 27’de sayılan hallerin bu anlamda da bir içerik sakatlığı sebebi olduğu belirtilmektedir⁶⁹. “Sözleşmenin içeriği” başlığı altında düzenlenen aşırı yararlanma (gabin) (TBK m. 28) başta olmak üzere burada incelemeye çalışma kapsamının elvermeyeceği birçok geniş anlamda içerik sakatlığı sebebi bulunduğundan, burada yalnızca dar anlamdaki içerik sebepleri incelenecektir⁷⁰.

A. Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık

Emredici hukuk kuralları, kişilerin kendi iradeleri doğrultusunda aksini kararlaştıramayacak oldukları ve mutlaka uyulması gereken kurallardır⁷¹. Az

rinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir.

4. fıkrada ise, kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırıldığı hallerde, aşırı ifa güçlüğü dışında beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamayacağı düzenlenmiştir (c. 1-2). Görüldüğü gibi bu halde de sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüğü kısıtlanmıştır. Hükümün devamında 5 yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanacağı düzenlenmiştir (c. 3). Bu halde de sözleşmenin içeriği ancak hâkim hükmüyle değiştirilebilir.

⁶⁷ Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkı da mevcuttur. Sürekli edimli sözleşmelerde ise borçlu, kural olarak dönme hakkı yerine fesih hakkına sahiptir (TBK m. 138).

⁶⁸ von Tuhr/Peter, s. 251; Mehmet Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005, s. 75; Başpınar, s. 103; Kırkbeşoğlu, s. 143-144.

⁶⁹ Başpınar, s. 104-105; Altunkaya, s. 75; Kırkbeşoğlu, s. 143-144.

⁷⁰ Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Kübra Erçoşkun Şenol, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, İstanbul, 2106, s. 146-156.

⁷¹ von Tuhr/Peter, s. 251; Huguenin, s. 59; Kocayusufoşoğlu, s. 534; Erman, s. 609; Reisoğlu, s. 134; Oğuzman/Öz, s. 82; Nomer, s. 60; Antalya, Borçlar, s. 276; Kırkbe-

sayıda olsalar da TBK'daki bazı hükümler emredici niteliktedir. Ancak önemli olan, bir sözleşmenin yalnızca TBK'da düzenlenen emredici bir hükme aykırı olmaması değil, tüm kanunların emredici hükümlerine aykırı olmamasıdır. Yani herhangi bir kanunda yer alan emredici bir hükme aykırılık, sözleşmeyi kesin hükümsüz kılar⁷².

Emredici hukuk kurallarının yanı sıra öğretide yasaklayıcı hukuk kurallarından da söz edilmektedir⁷³. Emredici hükümler, tarafların sözleşme özgürlüğünü sınırlayarak bir ilişkiyi bizzat düzenler ve emredici bir hükümle düzenlenen bir konuda da ayrıca kanuni bir yasaklama söz konusu değildir. Örneğin, TBK 147'de sayılan ve 5 yıllık bir zamanaşımına tabi olan bir alacak, sözleşme taraflarınca 3 veya 7 yıllık bir zamanaşımına bağlanmış olsa dahi, TBK 148'in emredici hükmü nedeniyle bu alacak bakımından 3 veya 7 yıllık süre değil, 5 yıllık yasal süre uygulama alanı bulur. Yani TBK m. 148'de sözleşme özgürlüğü baştan sınırlandırılmıştır ve bu sınırlamanın aksine yapılmış bir sözleşmede TBK m. 146'daki yasal süre geçerli olur. Yasaklayıcı hükümlerde ise, sözleşme özgürlüğü baştan emredici bir hükümle sınırlandırılmış olmamasına rağmen, kanun koyucu belirli amaçlarla belirli davranışları yasaklamaktadır. Yasaklayıcı hükümlerin söz konusu olduğu hallerde TBK m. 27/1 nedeniyle kesin hükümsüz sayılan sözleşmenin veya sözleşme hükmünün yerini alabilecek bir düzenleme de mevcut değildir⁷⁴. Geniş anlamda emredici kanun hükümlerinin yasaklayıcı kanun hükümlerini de kapsamına aldığı, ancak dar ve teknik anlamdaki emredici hükümlerin yasaklayıcı hükümlerini içermediği belirtilmektedir⁷⁵.

Sadece bazı yasaklayıcı hükümler getirdikleri yasağa aykırı bir işlem yapılması halinde bu işlemi kesin olarak hükümsüzleştirirler de; kimi yasaklar işlemi geçersiz kılmayıp, başka bir yaptırımın uygulanmasına sebep olurlar. Bu yaptırım genellikle idari veya cezai niteliktedir. Bizim hukukumuzda ikinci gruptaki hükümler, düzen hükümleri olarak adlandırılmaktadır⁷⁶. Bazı yasaklayıcı hükümler, getirmiş oldukları yasağa aykırı bir işlem yapılması halinde bu işlemin geçersiz olacağını açıkça belirtmiş olmalarına rağmen, bazıları bu hususta açık değildir. Bu halde yasaklayıcı hükmün bir düzen hükmü olup olmadığı tespit etmek için hükmün amacı araştırılmalıdır. Yasaklayıcı hükmün amacı, yasağa rağmen yapılan işlemi geçersiz olmasıyla gerçekleşebiliyorsa, işlem geçersiz sayılmalıdır⁷⁷. Öğretideki bir fikre göre, yasaklayıcı hükmün anlam ve amacının hükümsüzlük dışındaki bir yaptırımı gerektirdiği ortaya konulmadığı müddetçe, sözleşmenin içeriğine ilişkin yasaklayıcı hükümlerde, kural olarak, kesin hükümsüzlük yaptırımına başvurmak gerekir. Ancak sözleşmenin

şoğlu, s. 161; Eren, Borçlar Genel, s. 318; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 370; Ateş, s. 147; Schlechtriem, s. 38.

⁷² Huguenin, s. 59, 60; Kocayusufpaşaoğlu, s. 535; Oğuzman/Öz, s. 82.

⁷³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 536-544.

⁷⁴ Antalya, Borçlar, s. 278; Kocayusufpaşaoğlu, s. 536-537.

⁷⁵ Antalya, Borçlar, s. 277; Kırkbeşoğlu, s. 164; Kocayusufpaşaoğlu, s. 537; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 395.

⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 538; Antalya, Borçlar, s. 278; Kırkbeşoğlu, s. 165.

⁷⁷ Nevzat Koç, "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukuna Hükümsüzlük (= Butlan)", DEÜHF D, C. 2, S. 2, 1981, s. 152; Antalya, Borçlar, s. 278. Son yazara göre, hüküm özel hukuka ilişkin maddi bir hüküm değilse, tereddüt halinde, hükmün geçersizliğe sebep olmayacağı kabul edilmelidir. Antalya, Borçlar, s. 278.

içeriğine ilişkin olmayan yasaklayıcı hükümlerde doğrudan doğruya hükmün amacına bakarak bir sonuca varmak gerekir⁷⁸.

Bu halde düzen hükümleri hariç, geniş anlamda emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür (TBK m. 27/1). Bu ağır yaptırım nedeniyle bir hükmün emredici olup olmadığının tespiti büyük bir önem taşır. Aslında bir hukuk kuralının emredici olup olmadığı ifade biçiminden anlaşılabilirse de, bazı hükümlerin ifade biçimleri açık değildir. Bu takdirde kuralın dayandığı esas ve konulmasındaki amaç araştırılarak bir sonuca varılmalıdır⁷⁹. Kamu düzenini, ahlaki ve kişilik haklarını koruma amacı güden hükümlerin amaçları itibarıyla emredici oldukları kabul edilir⁸⁰. Ekonomik ve sosyal yönden zayıf olan kişileri koruma amacı güden hükümlerin de, kamu düzenini ve ahlaki yakından ilgilendirdikleri ve bu nedenle emredici oldukları kabul edilir⁸¹. Ancak bu hükümlerin korunmak istenen kişi aleyhine kullanılmayacak olması, emredici karakterlerinin nispi olduğunu göstermektedir. İşçiyi, tüketiciyi ve kiracıyı koruyan hükümler genellikle bu niteliktedir⁸².

Bir sözleşmenin emredici bir hukuk kuralını ihlal etmesi ise dört farklı şekilde gerçekleşebilir⁸³. İlk olarak, emredici bir kanun hükmü belirli bir sözleşmenin yapılmasını açıkça yasaklamış olabilir. Örneğin, TBK m. 115/1'de borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşmanın kesin hükümsüz olduğunu düzenlemiştir⁸⁴. İkinci olarak, bir sözleşmenin kurulması yasak olmamakla birlikte sözleşmenin içeriği emredici bir kurala aykırı olabilir. Örneğin, TBK'nın tanıdığı ve yapılmasına izin verdiği satım sözleşmesi-

⁷⁸ Guhl/Koller/Druey, s. 40; Kocayusufoğlu, s. 539. Son yazara göre, kesin hükümsüzlüğü uygulamanın kimseye bir yararın olmadığı hallerde hükmün bir düzen hükmü olduğu kabul edilmelidir. Ancak hükümde açıkça bildirilmiş olmasa bile, kamu yararının ağır bastığı hallerde mutlaka kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır. Kocayusufoğlu, s. 539-543

⁷⁹ Guhl/Koller/Druey, s. 40; Huguenin, s. 60; Çiçek Ersoy, "Verstoss gegen ein Verbotgesetz gemäss § 134 BGB", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. 1, İstanbul, 2010, s. 932-939; Ateş, s. 149; Medicus/Lorenz, s. 43; Weiler, s. 57.

⁸⁰ Hatemi/Gökyayla, s. 73; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 370-371; Nomer, s. 60; Kocayusufoğlu, s. 534, 547; Oğuzman/Öz, s. 82-83; Reisoglu, s. 134; Antalya, Borçlar, s. 277; Kırkbeşoğlu, s. 169; Eren, Borçlar Genel, s. 320; Başpınar, s. 126; Ateş, s. 149.

⁸¹ Hüseyin Hatemi, "BK. 19-20 ve TBK. 27'nin Karşılaştırılması", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), İstanbul, 3-4 Haziran 2011, s. 97 (BK 19); von Tuhr/Peter, s. 250; Oğuzman/Öz, s. 83; Antalya, Borçlar, s. 277.

⁸² Huguenin, s. 60; Oğuzman/Öz, s. 83; Kocayusufoğlu, s. 536; Kırkbeşoğlu, s. 35-36, 168; Medicus/Lorenz, s. 43. Eren bu tip hükümleri tek taraflı emredici normlar olarak adlandırmaktadır. Eren, Borçlar Genel, s. 319.

⁸³ von Tuhr/Peter, s. 251; Kocayusufoğlu, s. 533-534; Antalya, Borçlar, s. 277; Başpınar, s. 127.

⁸⁴ Aynı hükmün 2. ve 3. fıkralarında da kurulması yasak olan sözleşmeler düzenlenmiştir: Buna göre:

"Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."

nin konusu, bir miktar uyuşturucu madde ise, bu sözleşme emredici bir hüküm ihlal etmektedir. Yine bir sözleşme taraflarının ortak amaçları nedeniyle de kanunun emredici hükümlerini ihlal edebilir. Zira sözleşme taraflarının güttükleri amaçlar da sözleşmenin içeriğine dâhildir⁸⁵. Örneğin, bir kişinin uyuşturucu ticareti sayesinde elde ettiği kara parayı, işletmesinde aklamayı amacıyla bir diğer kişiye ödünç olarak vermesi halinde bu tür bir hukuka aykırılık ortaya çıkar. Ancak bir sözleşmede yalnızca bir tarafın güttüğü amaç, sözleşmenin içeriğine dâhil değildir. Bu halde emredici bir hükmün ihlalini hedef alan amaç, tarafların ortak amacı olmalıdır. Aksi halde bizzat hukuka aykırı bir amaç gütmeyi ve karşı tarafın da hukuka aykırı bir amaçla hareket ettiğini bilmeyen bir kişi, yaptığı sözleşmenin kesin hükümsüz olması gibi ağır bir yaptırımla karşılaşır. Bu ise işlem güvenliğinin ortadan kalkması anlamına gelir⁸⁶. Sözleşmenin yalnızca bir tarafı böyle bir amaç taşıyor ve diğer taraf bu amacı bilmekle beraber bu amaca katılmıyorsa sözleşmenin kesin hükümsüz olup olmayacağına da tespiti gerekir. Bir fikre göre, yalnızca karşı tarafın hukuka aykırı bir amaç güttüğünü bilmek, kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması için yeterlidir. Zira bu davranış karşı tarafın hukuka aykırı amacını örtülü olarak kabul etmek anlamına gelir⁸⁷. Son olarak, bir sözleşme kanuna karşı hile niteliği taşıyorsa, bu halde de dolandığı emredici hükümü ihlal etmiş sayılır⁸⁸. Kanunun yasakladığı bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla, ilgili hükümü dolanarak aynı sonucun başka bir yoldan elde edilmesini sağlayan bir hukuki işlemin yapılması halinde kanuna karşı hile söz konusu olur. Bu hususun tipik örneği, avukatlıktan men edilen bir kişinin, bir başkasının alacağını takip etmek amacıyla bu alacağı devralmasıdır⁸⁹.

B. Ahlakı Aykırılık

Toplumun ahlaki esaslarını korumak adına kanun koyucu, çoğu halde ahlak kurallarına aykırı davranışları emredici hukuk kurallarıyla yasaklamıştır. Ancak her ahlak kuralı da bir hukuk kuralıyla korunmuş değildir. TBK m. 27/1 sayesinde, herhangi bir hukuk kuralında açıkça ifade edilmiş olmasa dahi, konusu ve amacı toplumun genel anlayışına aykırı olan sözleşmeler de kesin hükümsüz sayılırlar⁹⁰.

Bir toplumun sahip olduğu ahlaki esasları belirlemek oldukça güçtür. Zira belirli bir toplumdaki fertlerin ahlak anlayışları birbirinden farklı olabileceği gibi, toplumun tüm kesimlerince kabul gören bir ahlak kuralı da zamanla değişebilir⁹¹. Öğretide hâkim olan fikre göre, bir toplum içerisinde ortalama derecedeki makul ve dürüst kişilerin düşünce ve anlayışlarına aykırı düşen

⁸⁵ Bkz. dn. 46.

⁸⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 322; Başpınar, s. 133-134; Kocayusufpaşaoğlu, s. 534.

⁸⁷ Başpınar, s. 134.

⁸⁸ Oğuzman/Öz, s. 82; Kocayusufpaşaoğlu, s. 534; Erman, s. 615; Koç, s. 152; Reisoğlu, s. 134; Antalya, Borçlar, s. 219, 277; Eren, Borçlar Genel, s. 323.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 534; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 420-421; Koç, s. 163-164; Reisoğlu, s. 134-135; Antalya, Borçlar, s. 218; Eren, Borçlar Genel, s. 323; Oğuzman/Barlas, s. 279-280; Dural/Sarı, s. 232-233.

⁹⁰ Oğuzman/Öz, s. 85-86; Erman, s. 616; Antalya, Borçlar, s. 278; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 371.

⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 398-399; Kırkbeşoğlu, s. 172; Başpınar, s. 136; Erman, s. 324; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 98; Ateş, s. 88-89

şeyler ahlaka aykırı sayılmalıdır⁹². Buna karşın bir diğer görüş, bu şekildeki soyut bir ahlak anlayışının esas alınmasına karşı çıkmakta ve başta anayasa olmak üzere diğer kanunların temelinde yatan etik değerlerden oluşan hukuki bir ahlak anlayışının esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir⁹³. Üçüncü bir görüş ise yukarıda bahsedilen görüşlerin ahlaki belirlemek açısından esas aldıkları her iki kaynağı da benimsemektedir⁹⁴. Ancak birinci görüşün esas aldığı ahlak anlayışıyla hukuki ahlak çeliştiği zaman, hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, hukuki ahlak anlayışının esas alınması gerektiği de belirtilmektedir⁹⁵. Biz de ilk iki görüşün bir karması olan bu son görüşe katılıyoruz.

Bir sözleşmenin sırf yapılmış olması doğrudan doğruya ahlaka aykırı olabileceği gibi, sözleşme içerdiği edimler itibarıyla de ahlaka aykırı olabilir⁹⁶. Bunun yanı sıra tarafların yaptıkları sözleşme ile güttükleri amaçlar da sözleşmenin içeriğine dâhil olduğundan⁹⁷, bu amaçtaki ahlaka aykırılık da sözleşmeyi kesin hükümsüz kılar⁹⁸. Ancak bunun için ahlaka aykırı amaç, sözleşmenin her iki tarafınca da güdülmelidir. Aksi halde bizzat ahlaka aykırı bir amaç gütmeyen ve karşı tarafın da ahlaka aykırı bir amaçla hareket ettiğini bilmeyen bir kişi, yaptığı sözleşmenin kesin hükümsüz olması gibi ağır bir yaptırımla karşılaşır. Bu ise, işlem güvenliğinin ortadan kalkması anlamına gelir⁹⁹. Taraflardan biri ahlaka aykırı bir amaç gütmemekle beraber, yalnızca karşı tarafın ahlaka aykırı amaç güttüğünü biliyorsa, bu halde de sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünden bahsedilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak karşı tarafın ahlaka aykırı amaçla hareket ettiğini bilmenin yanı sıra bu amacın teşvik edilmesi¹⁰⁰, bu amaca ulaşılmasının kolaylaştırılması¹⁰¹ veya bu amaç sayesinde fazladan bir çıkar elde edilmesi¹⁰² gibi hallerde sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı da savunulmaktadır. Kanaatimizce de bu söylenenler doğrudur. Aksi halde mesleki faaliyetlerini sürdürmekten başka gayesi olmayan kişiler, sırf karşı tarafın ahlaka aykırı amaçlarını bildikleri için, işlem yapamaz duruma gelebilirler.

⁹² von Tuhr/Peter, s. 256; Huguenin, s. 60; Oğuzman/Öz, s. 85, dn. 132; Reisoğlu, s. 90; Başpınar, s. 136; Nomer, s. 61; Eren, Borçlar Genel, s. 323; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 98-99; Erman, 610; Koç, s. 154; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 398; Ateş, s. 200-202. Bu görüşte olan bazı yazarlara göre, hekimlik ve avukatlık gibi katı etik ilkelere sahip olan meslek grupları bakımından, o mesleğe ilişkin daha katı bir ahlak anlayışını esas almak mümkündür. von Tuhr/Peter, s. 256; Başpınar, s. 137; Ateş, s. 201.

⁹³ Bucher, s. 256; Hatemi/Gökyayla, s. 75.

⁹⁴ Kırkbeşoğlu, s. 173; Kocayusufpaşaoğlu, s. 553.

⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 553.

⁹⁶ Huguenin, s. 61; Oğuzman/Öz, s. 85-86; Reisoğlu, s. 138; Erman, s. 610-612; Nomer, s. 61; Başpınar, s. 137-138, 142-143; Antalya, Borçlar, s. 279; Kırkbeşoğlu, s. 173; Eren, Borçlar Genel, s. 325; Kocayusufpaşaoğlu, s. 554.

⁹⁷ Bkz. dn. 46.

⁹⁸ Guhl/Koller/Druey, s. 41; Huguenin, s. 61; Kırkbeşoğlu, s. 173; Eren, Borçlar Genel, s. 327; Koç, s. 155; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 99; Erman, s. 610-611; Oğuzman/Öz, s. 85-86; Reisoğlu, s. 138; Başpınar, s. 145; Nomer, s. 61; Antalya, Borçlar, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu, s. 554, 556; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 399; Ateş, s. 224

⁹⁹ Oğuzman/Öz, s. 86; Başpınar, s. 146-147; Nomer, s. 62; Kırkbeşoğlu, s. 140, dn. 127, 174; Eren, Borçlar Genel, s. 326; Kocayusufpaşaoğlu, s. 556-557.

¹⁰⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 400-401; Oğuzman/Öz, s. 86; Kocayusufpaşaoğlu, s. 557; Nomer, s. 62; Ateş, s. 202.

¹⁰¹ Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler C. 1, 6. bs., İstanbul, 1976, s. 177.

¹⁰² Oğuzman/Öz, s. 86; Kocayusufpaşaoğlu, s. 557; Nomer, s. 62; Ateş, s. 202.

Öğretide sözleşme taraflarından birinin diğer tarafa nazaran sahip olduğu üstünlüğe dayanarak ona aşırı derecede zorlayıcı hükümleri kabul ettirmesi ve bu sayede kendisine aşırı yarar sağlaması halinde de bu sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰³. Buna karşın yalnızca sözleşmenin içeriğinin ve amacının ahlaka aykırılığa yol açabileceği; sözleşmenin kurulmasına ilişkin hal ve şartların ise ahlaka aykırılığa yol açamayacağı savunulmaktadır. Bu görüşte, bu gibi haller yalnızca irade sakatlıkları (TBK'nın yeni adlandırmasıyla yanılma, aldatma ve korkutma) (TBK m. 30-39) veya gabin (TBK'nın yeni adlandırmasıyla aşırı yararlanma) (TBK m. 28) hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır¹⁰⁴. Sözleşmenin kurulduğu hal ve şartlar da sözleşmenin içeriğine doğrudan doğruya etkide bulunduklarından¹⁰⁵, biz de ilk görüşe katılmayı uygun görüyoruz. Ancak somut olaylar bakımından irade sakatlıkları ve gabinle ahlaka aykırılık arasındaki sınırlara dikkat edilmesi gerektiği de belirtilmelidir. Zira bu hallerin kapsamına giren bir durum söz konusu olduğunda artık ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü değil, bu hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir¹⁰⁶.

C. Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzenini koruma amacı taşıyan hukuk kuralları, emredici bir nitelik taşıdıklarından, bu kuralları ihlal etmeye yönelik sözleşmeler, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdürler. Ancak bir sözleşme hiçbir kanun hükmünün ihlal etmemekle beraber, kamu düzenini ihlal ediyorsa bu halde de sözleşmenin kesin hükümsüz olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Bir diğer görüş ise, yazılı olmayan emredici kamu düzeni kurallarından bahsedilemeyeceğini, aksi bir kabulün hukuki güvenlikle bağdaşmayacağını ileri sürmektedir¹⁰⁸. Buna karşın ahlak başta olmak üzere dürüstlük kuralı gibi

¹⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 557-558; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 401; Ateş, s. 173.

¹⁰⁴ Bucher, s. 258-259. Ataay'ın da gabin bakımından bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Aytekin Ataay, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi: Birinci Yarım, 4. bs., İstanbul, 1986, s. 253-254.

¹⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 558-559.

¹⁰⁶ Gabin hükümlerinin ahlaka aykırılığa ilişkin TBK m. 27 karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu hususunda bkz. Burcu Kalkan, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004, s. 158.

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz, s. 83; Kocayusufpaşaoğlu, s. 548-550; Nomer, s. 60-61, 77; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 97; Antalya, Borçlar, s. 278.

¹⁰⁸ Hatemi/Gökyayla, s. 73-74, 76-77; Kırkbeşoğlu, s. 150. TBK m. 27/1'i karşılayan eski Borçlar Kanunu'nun (eBK) 20. maddesinin 1. fıkrasında kamu düzeninin kesin hükümsüzlük sebebi olarak gösterilmemiş olmasının bu görüşü doğruladığı ileri sürülmekteydi. Gerçekten de o dönemde kamu düzeni yalnızca eBK m. 19/2'de sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir hal olarak düzenlenmiş, ancak bu sınırların aşılmasının yaptırımını gösteren eBK m. 20/1'de bu kavrama yer verilmemişti. Bu durumun kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğu hallerde kamu düzenine aykırılığın sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmayacağına bir örnek olarak gösterilmekteydi. Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, s. 39 vd. (Aykırılık). Her şeyden önce belirtilmelidir ki; eBK'nın bu düzenlemesi oldukça kötüydü; eBK m. 19/2'de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmayan sözleşmelerin geçerli oldukları, eBK m. 20/1'de ise konusu imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olan sözleşmelerin geçersiz oldukları belirtilmişti. Bu düzenlemeler eBK m. 19/2'nin niteliği hususunda tartışmalara yol açmaktaydı. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğu hallerde kamu düzenine aykırılığın sözleşmenin hükümsüzlüğüne

kanunda sadece genel olarak belirtilen ve içeriğini hâkimin belirleyecek olduğu pek çok kavramın bulunduğu ve bu durum hukuki güvenliğe aykırı görülmezken, burada hukuki güvenliğin ortadan kalktığını söylemenin isabetli sayılamayacağı da savunulmaktadır¹⁰⁹. Ayrıca Anayasa hükümlerinin özel hukukta uygulama alanı bulmasını sağlayan en önemli unsurun kamu düzeni kavramı olduğu¹¹⁰ ve kanunla açıkça düzenlenmemiş olduğu hallerde kamu düzeninin bulunmadığından söz etmemenin gereksiz bir sınırlama olduğu da belirtilmektedir¹¹¹. Kanaatimizce de bir sözleşme hiçbir kanun hükmünü ihlal etmese de, kamu düzenini ihlal ediyorsa kesin hükümsüzdür. Zira kamu düzeni temel olarak yasal düzenlemelerle tesis edilse de, kanunlar bu hususta tek başlarına yeterli olmazlar. Kanun koyucuyu TBK m. 27'de kamu düzeni kavramına yer vermeye iten düşünce de bu olmalıdır.

Kamu düzeninin toplumun temel yapısı ile önemli menfaatlerini koruyan kurullarla ortaya çıkan düzen olduğundan bahsedilmektedir¹¹². Belirli bir yerde bile zamanla değişebilmesi nedeniyle kamu düzeni kavramının sınırlarını belirlemek oldukça güçtür¹¹³. Ancak en azından toplumun barış ve huzur içerisinde sürdürdüğü ortak yaşamı ve kamu yararını ağır bir biçimde ihlal eden hallerin, kamu düzenini ihlal ettikleri söylenebilir.

D. Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik haklarının en iyi şekilde korunması, modern hukuk sistemlerinin temel amaçlarından biridir. Bu nedenle kanunlarımızda kişiliği koruyan birçok düzenleme bulunmaktadır. TMK m. 23-25 bu tür düzenlemelerin örneklerindedir. TMK m. 23'de kimsenin kısmen de olsa hak ve fiil ehliyetinden, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve özgürlüklerini hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlamayacağı düzenlenmiştir (f. 1-2)¹¹⁴. Görüldüğü gibi bu hükümde

yalı açmayacağını iddia eden yazarlar, eBK m.19/2'nin yalnızca yorumlayıcı bir hüküm olduğunu ve hangi hükümlerin emredici olduğunu belirleme hususundaki kriterleri göstermekten başka bir amacının olmadığını ileri sürmekteydi. Hatemi, Aykırılık, s. 39 vd. Buna karşı çıkarak, eBK m. 19/2'nin, m. 20/1 ile birlikte ele alınması gerektiğini ve mevcut düzenleme karşısında, kanunî bir düzenlemeyle ele alınmamış olsa dahi kamu düzenine aykırılığın sözleşmeyi kesin hükümsüz kılacağı savunular da mevcuttu. Kocayusufpaşaoğlu, s. 548-549; Ateş, s. 158-159, 160. Nihayet tartışma yaratmaktan başka bir işe yaramayan eBK m. 19/2'ye, kanaatimizce de doğru olarak, TBK'da yer verilmemiş ve sözleşmenin içeriğini sakatlayan haller yaptırımıyla birlikte tek bir madde düzenlenmiştir. Aynı yönde; Ahmet M. Kılıçoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler: Rapor, Ankara, TBBY, t.y., s. 17 (Eleştiri). Bu düzenlemede kamu düzenine aykırılığın sözleşmeyi kesin hükümsüz kılacağı da açıkça düzenlenmiştir. Ancak TBK'da, eBK m. 19'a benzer bir hükme yer verilmemiş olması Hatemi tarafından eleştirilmektedir. Hatemi, BK 19, s. 97-99.

¹⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 549.

¹¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 501-502.

¹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 549.

¹¹² Hatemi/Gökyayla, s. 74; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 402; Kocayusufpaşaoğlu, s. 546; Koç, s. 156; Oğuzman/Öz, s. 83; Erman, s. 613; Nomer, s. 60; Reisoğlu, s. 135; Antalya, Borçlar, s. 280; Eren, Borçlar Genel, s. 320; Ateş, s. 153-154.

¹¹³ Oğuzman/Öz, s. 83; Kocayusufpaşaoğlu, s. 546; Erman, s. 613; Antalya, Borçlar, s. 280; Eren, Borçlar Genel, s. 320; Ateş, s. 157.

¹¹⁴ Öğretideki bazı yazarlar, bu hükmün yalnızca (hak ve fiil ehliyetleriyle) kişilerin özgürlüklerine ilişkin olduğunu savunmakta ve özgürlük kavramına girmeyen diğer kişilik hakları bakımından gereken düzenlemenin TBK m. 27'de yapıldığını ileri sürmektedir.

bir kişinin kişilik haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran taahhütlerde bulunması yasaklanmıştır¹¹⁵.

Yapılan bir sözleşme, kişiliği koruyan TMK m. 23'e veya benzeri bir kanuni düzenlemeye aykırı ise, emredici hükümlere aykırılık söz konusu olur. Ancak bir sözleşme somut bir kanun hükmünü ihlal etmemesine rağmen, yine de kişilik haklarını ihlal ediyorsa, bu halde de sözleşme kesin hükümsüz olur¹¹⁶. Kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler çoğu halde ahlaka da aykırıdır. Sözleşmenin taraflarından birinin kişisel veya ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayarak, onu çok uzun bir süre için bağlayan sözleşmeler, kişilik haklarına aykırı olduğu gibi, ahlaka da aykırıdır¹¹⁷. Ahlaka aykırı olmadığı,

ler. Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku C. 2: Kişiler Hukuku, 13. bs., İstanbul, 2013, s. 145-146. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 393. Bu görüşe karşın, TMK m. 23'de kişilik haklarının kapsamına giren tüm kişilik değerleri bakımından, özgürce karar verme özgürlüğünden vazgeçilemeyeceği veya bu konuda hukuka ya da ahlaka aykırı düşecek şekilde sınırlama yapılamayacağına düzenlenmiş olduğu da savunulmaktadır. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. bs., İstanbul, 2014, s. 184-185, 187 (Kişiler); Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, 5. bs., Konya, 2014, s. 73; Kocayusufoğlu, s. 566-567; Antalya, Borçlar, s. 281; Kırkbeşoğlu, s. 177-178; Ateş, s. 165. Biz de son görüşe katılmaktayız. Zira TMK m. 24-25'de tüm kişilik hakları koruma altına alınmışken, TMK m. 23'de sadece hak ve fiil ehliyetleriyle kişi özgürlüklerinin koruma altına alındığını söylemek mümkün değildir. Aynı yönde; Kocayusufoğlu, s. 567-568.

¹¹⁵ TMK m. 23 getirdiği yasaklara aykırılığın yaptırımını bildirmediğinden, bu hususta da birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu, s. 568-574. Ancak öğretilerde çoğunlukla benimsenen ve bizim de kabul ettiğimiz görüş, esnek hükümsüzlük görüşüdür. Buna göre TMK 23'ün yasaklayıcı hükmüne rağmen bir kişi, özgürlüklerini aşırı derecede kısıtlayan veya ortadan kaldıran bir sözleşme yapılmışsa, bu sözleşme TBK m. 27/1'e göre kesin hükümsüzdür. Ancak bu hükümsüzlük yalnızca kişilik hakları çığnayan kişi lehine uygulanmalı, aksi halde bu yaptırımın uygulanmayacağı kabul edilmelidir. Yani TMK m. 23 ile korunmak istenen taraf kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilmeli, diğer taraf ise buna dayanmamalıdır. Hakim de TMK m. 23 ile korunan kişi lehine kesin hükümsüzlüğü resen göz önüne alabilmelidir. Bucher, s. 256; Huguenin, s. 64; Nomer, s. 61; Antalya, Borçlar, s. 102, 105, 282; Kırkbeşoğlu, s. 178-180; Eren, Borçlar Genel, s. 335-336; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 97; Kocayusufoğlu, s. 571-572, 592-593; Ateş, s. 168; Roland Michael Beckmann, Nichtigkeit und Personenschutz, Tübingen, 1998, s. 274-293.

¹¹⁶ Oğuzman/Öz, s. 84; Nomer, s. 61.

¹¹⁷ Guhl/Koller/Druey, s. 41; Saibe Oktay, "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni", İÜHF M, C. 55, S. 3, 1997, s. 209; Jale G. Akipek/Turgut Akın-türk/Derya Ateş-Karaman, Türk Medeni Hukuku C. 1: Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2011, s. 358-359; Rona Serozan, Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. bs., İstanbul, 2013, s. 457 (Giriş-Kişiler); Oğuzman/Şeliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 188-189; Kırkbeşoğlu, s. 180-181; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 391, 392, 576; Oğuzman/Öz, s. 84, 87; Nomer, s. 61; Koç, s. 155, 156; Kocayusufoğlu, s. 531, 574-577; Erman, s. 611; Eren, Borçlar Genel, s. 324; Ateş, s. 167, 238 vd. Bu tür sözleşmeler öğretilerde kelepçeleme, kısıktırak bağlama, boğazlama (Serozan'ın özgün deyişiyle cendere veya tıkaç) sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır. Honsell/Vogt/Wiegand, s. 201; Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması), Ankara, 2012, s. 99 vd; Serozan, Giriş-Kişiler, s. 461; Kocayusufoğlu, s. 574; Nomer, s. 61; Antalya, Borçlar, s. 281; Kırkbeşoğlu, 181; Oğuzman/Şeliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 188. Bir sözleşmenin ne zaman ahlaka ve kişilik haklarına aykırı sayılacağına belirli kriterleri bulunmadığından, somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Erman, s. 611.

hatta ahlaki değerlere dayandığı halde kişilik haklarına aykırı düşen sözleşmeler de yapılabilir. İki kardeşin yaşlı ebeveynlerine daha iyi bakabilmek için hiç evlenmeyeceklerini birbirlerine karşı taahhüt etmeleri, öğretide bu hususta verilen örnektir¹¹⁸. Bu halde de sözleşme kişilik haklarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılmalıdır. Zira ahlaki bir amacı gerçekleştirmek için olsa dahi, kişilerin kişilik haklarından vazgeçmesi veya onları sınırlaması kabul edilemez.

Kişilik haklarının kapsamına nelerin girdiğini teker teker belirlemek mümkün değildir. Zaten bu kapsam zaman içerisinde değişebilir. Bu nedenle kişilik haklarının neler olduğu ne TMK’da ne de TBK’da sınırlı bir biçimde belirtilmiş değildir¹¹⁹.

E. Başlangıçtaki İmkânsızlık

TBK m. 27/1’de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan sözleşmelerin yanı sıra konusu imkânsız olan sözleşmelerin de kesin hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Sözleşme geçerli olarak kurulduktan ortaya çıkan imkânsızlık, TBK’nın başka hükümleriyle düzenlenmiş olduğundan, burada bahsedilen imkânsızlık, sözleşme kurulduğu anda mevcut olmalıdır. Bu nedenle bu tür imkânsızlık başlangıçtaki imkânsızlık olarak adlandırılmaktadır.

TBK m. 27/1’de başlangıçtaki imkânsızlığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olarak belirlenmesi öğretide, kanaatimizce de haklı olarak, eleştirilmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde de başlangıçtaki imkânsızlık bir kesin hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarılmıştır¹²⁰. Bizim hukukumuz bakımından da başlangıçtaki imkânsızlığın kesin hükümsüzlük yaptırımından kurtulmasını sağlayacak pek çok teori ortaya atılmaktadır¹²¹.

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, s. 84; Reisoğlu, s. 136.

¹¹⁹ Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 2. bs., İstanbul, 2000, s. 107; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 3. bs., İstanbul, 2010, s. 97-98; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 388; Dural/Öğüz, s. 100-101; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s. 157-158; Ayan/Ayan, s. 58-59; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 345; Serozan, *Giriş-Kişiler*, s. 453-454.

¹²⁰ Reform öncesinde Alman hukukunda da başlangıçtaki imkânsızlığa kesin hükümsüzlük yaptırımı bağlanmış olmasına rağmen (Eski BGB § 306), reform sonrasında başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir. Başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin BGB § 311 a/1’de daha sözleşmenin kurulduğu andan beri mevcut olan bir imkânsızlık nedeniyle borçlunun BGB § 275/1-3 uyarınca asli edimi yerine getirmek zorunda olmamasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir. Paul Popescu, *Kein positives Interesse bei Anfänglicher Unmöglichkeit und Anfänglich unbehebbarer Mängel*, Baden-Baden, 2012, s. 16-18; Simonida Cekovic-Vuletic, *Haftung Wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechts modernisierungsgesetz*, München, 2003, s. 4; Sebastian Jäpel, *Rechtliche Unmöglichkeit und Gesetzliches Verbot*, Baden-Baden, 2014, s. 49-56; Britta Kley, *Unmöglichkeit und Pflichtverletzung*, Berlin, 2001, s. 183-189; Eric Wagner, *Studien zum Recht der Unmöglichkeit*, Baden-Baden, 2007, s. 94; Andrea Fehre, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung*, Berlin, 2005, s. 24-25; Volker Emmerich, *Das Recht Der Leistungsstörungen*, 6. bs., München, 2005, s. 22; Lothar Haas ve diğerleri, *Das neue Schulrecht*, München, 2002, s. 5-6, 85; Holger Wentland, “Yeni Alman Borçlar Hukuku”, Çev. Mustafa Aksu, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, 2004, s. 359-361.

¹²¹ Bu hususta bkz. Ercoşkun-Şenol, s. 193-206.

SONUÇ

Hukuk sistemimiz kişilerin irade özgürlüğüne sahip olduğunu temel bir ilke olarak benimsemiştir. İrade özgürlüğünün borçlar hukuku alanına yansıma şekli sözleşme özgürlüğüdür. Bu ilke sayesinde kişiler borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleyebilmektedirler.

Sözleşme özgürlüğünün görünüm şekillerinden biri de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüdür. TBK m. 26'da, bir sözleşmenin taraflarının, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde, sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilecekleri düzenlenmiştir.

Sözleşmenin içeriği kavramından ne anlaşılması gerektiği TBK'da açıkça belirtilmemişse de, öğretilerde, tarafların yapmış oldukları sözleşme kapsamında, üzerinde anlaşmaya vardıkları her şeyin sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu ifade edilmektedir. Hatta tarafların ortak amaçları da sözleşmenin içeriğine dâhildir.

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, yalnızca bir tarafa değil, sözleşmenin tüm taraflarına tanınmış bir özgürlüktür. Zira taraflardan yalnızca birisinin sözleşme içeriğine dâhil olmasını istediği bir husus, ancak diğer tarafın da kabulüyle sözleşme içeriğine dâhil olur. Aksi takdirde taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Ancak kanun bazı hallerde sözleşmenin taraflarından birisine, sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleme yetkisi de tanımıştır (TKHK m.6/3). Ayrıca uygulamada kanuni bir yetki söz konusu olmaksızın sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün tek taraflı olarak kullanıldığı haller de mevcuttur. Bu hallerde sözleşmenin taraflarından biri, sözleşmenin içeriğini kısmen veya tamamen belirlemekte, diğer tarafa ise yalnızca bu sözleşmeyi yapıp yapmama kararı kalmaktadır. Kanun koyucu, bir tarafın, hâkim durumunu kullanarak, ihtiyacı nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda olan diğer tarafa kabul ettirdiği sözleşme içeriğine karşı ihtiyatlı davranmış ve bunun geçerliliğini sıkı koşullara bağlamıştır (TBK m. 20-25, TKHK m. 5).

Her ne kadar sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bulunduğu kabul edilse de, bunun bazı sınırları da mevcuttur. Bu husustaki en genel sınırlama TBK m. 27'de yapılmıştır. Bu hükmün ilk fıkrasında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz oldukları belirtilmiştir. Sözleşmenin içeriğini sakatlayan bu haller dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri olarak da adlandırılmaktadır TBK m. 27/2'de ise, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği; ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağına açıkça anlaşıldığı hallerde, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.

Hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kısmen veya tamamen kesin hükümsüz olması yerindedir. Ancak başlangıçtaki imkânsızlığın yaptırımının da kesin hükümsüzlük olması, kanaatimizce de haklı olarak, eleştirilmekte ve başlangıçtaki imkânsızlığı kesin hükümsüzlük yaptırımından kurtulmasını sağlayacak pek çok teori ortaya atılmaktadır.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: Bakınız
bs.	: Baskı
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
dn.	: Dip not
eBK	: 818 sayılı eski Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
f.	: Fıkra
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
t.y.	: Tarih yok
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

Akipek, G. Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş-Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku C.1, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2011.

Altunkaya, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005.

Antalya, O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul, 2009.

- Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 2. bs., İstanbul, 2013. (Antalya, Borçlar)

Aral, Vecdi, "Hukukta İrade Özgürlüğü", İÜHFM, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, (s. 249-282).

Arat, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.

Ariöz, Ali/Özbek, Özgür Can, "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama, Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar", Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ed. Kerem Cem Sanlı, İstanbul, XII Levha, 22 Haziran 2010, (s. 371-418).

Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. bs., İstanbul, 2000.

- Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, 4. bs., Bursa, 2007.
- Ataay, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 4. bs., İstanbul, 1986.
- Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007.
- Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 8. bs., Konya, 2013. (Ayan, Borçlar Genel)
- Miras Hukuku, 7. bs., Konya, 2014.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nursen, Kişiler Hukuku, 5. bs., Konya, 2014.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. bs., Ankara, 2014.
- Ayrancı, Hasan, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", AÜHFMD, C. 52, S. 3, 2003, (s. 229-252). (Ayrancı, Zorunluluk)
- Ön Sözleşme, Ankara, 2006.
- Başalp, Nilgün, "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması, İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, (s. 221-238).
- Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998.
- Beckmann, Roland Michael, Nichtigkeit und Personenschutz, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 38. bs., München, 2014.
- Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Delictrecht, 2. bs., Zürich, 1988.
- Cekovic - Vuletic, Simonida, Haftung Wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechts modernisierungsgesetz, München, 2003.
- Demiröz, Ali, "Sözleşme Yapayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, 17-18 Nisan 2009, (s. 317-395).
- Doğan, Gül, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul, 2006.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku C. 2, Kişiler Hukuku, 13. bs., İstanbul, 2013.
- Dural, Mustafa/Öz, M. Turgut, Türk Özel Hukuku C. 4, Miras Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2015.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 8. bs., İstanbul, 2013.
- Emmerich, Volker, Das Recht Der Leistungsstörungen, 6. bs., München, 2005.
- Ercoşkun-Şenol, H. Kübra Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, İstanbul, 2016.
- Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2011. (Eren, Mülkiyet)
- Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2014. (Eren, Borçlar Özel)
- Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. bs. Ankara, 2015. (Eren, Borçlar Genel)

Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, İÜHFİM, C. 38, S. 1-4, 1973, (s. 601-620).

Ersoy, Çiçek, “Verstoss gegen ein Verbotgesetz gemäss § 134 BGB”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C. 1, İstanbul, 2010, (s. 927-950).

Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, (Özel Borç İlişkileri), 3. bs., Ankara, 2013.

Esener, Turhan, “Akitlerde Esaslı Noktalar İle İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi”, AÜHFD, C. 16, S. 1-4, 1959, (s. 234-259).

Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, 4. bs., Ankara, 2008.

Fehre, Andrea, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Berlin, 2005.

Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 10. bs., Berlin, 2006.

Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, 2. bs., Ankara, 2008.

Giger, Hans, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich, 1983.

Guhl, Theo/Koller, Alfred/Druey, Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. bs., Zürich, 1991.

Gürzumar, Osman Berat, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınma Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.

Haas, Lothar v.d., Das neue Schulrecht, München, 2002.

Hatemi, Hüseyin, “BK. 19-20 ve TBK. 27’nin Karşılaştırılması”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), İstanbul, 3-4 Haziran 2011, (s. 97-100). (Hatemi, BK 19)

- Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976. (Hatemi, Aykırılık)

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011.

Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, 3. bs., İstanbul, 2010.

Herzog, R. Nicolas, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich, 1999.

Hirsch, Christoph, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. bs., Baden-Baden, 2013.

Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. bs., 1992.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel/Frankfurt am Main, 1996.

Huguenin, Clarie, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. bs., Zürich/Basel/Genf, 2008.

İmre, Zahit/Erman, Hasan, Miras Hukuku, 11. bs., İstanbul, 2015.

İnan, Ali Naim/Ertas, Şeref/Albaş, Hakan, Türk Medeni Kanunu, Miras Hukuku, 8. bs., Ankara, 2012.

İnan, Nurkut/Piker, B. Mehmet, Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, 2007.

Jäpel, Sebastian, Rechtliche Unmöglichkeit und Gesetzliches Verbot, Baden-Baden, 2014.

Joussen, Jakob, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2. bs., Stuttgart, 2013.

Kalkan, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004.

Kaplan, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. bs., Ankara, 2007.

Kılıçoğlu, M. Ahmet, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2012.

- Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. bs., Ankara, 2013. (Kılıçoğlu, Genel Hükümler)

- Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler, Rapor, Ankara, t.y. (Kılıçoğlu, Eleştiri)

Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011.

Kittner, Micahel, Schulrecht, Rectliche Grundlagen – Wirtschaftliches Zusammenhänge, München, 2001.

Kley, Britta, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, Berlin, 2001.

Kocayusufoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. bs., İstanbul, 2014.

Koç, Nevzat, "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukuna Hükümsüzlük (= Butlan)", DEÜHFD, C. 2, S. 2, 1981, (s. 127-172).

Kurşat, Zekariya, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 2008.

Küçükyağın, Arzu, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", AÜHFD, C. 53, S. 4, 2004, (s. 101-124).

Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. bs., München, 2010.

Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, B. I, Leasing und Factoring, München, 1991.

Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. bs., İstanbul, 2015.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 19. bs., İstanbul, 2013.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. 1, 13. bs., İstanbul, 2015.

Oğuzman, M. Kemal/Eşya Hukuku, İstanbul, 2011.

Seliçi, Özer/Oktay - Özdemir, Saibe, (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya) Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. bs., İstanbul, 2014. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler)

Oktay Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", IÜHFM, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, (s. 263-296). (Oktay, İsimsiz Sözleşme)

- "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni", IÜHFM, C. 55, S. 3, 1997, (s. 209-234).

Öztan, Bilge, Miras Hukuku, 6. bs., Ankara, 2014.

Popescu, Paul, Kein positives Interesse bei Anfänglicher Unmöglichkeit und Anfänglich unbehebbarer Mängel, Baden-Baden, 2012.

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. bs., İstanbul, 2012.

Sarı, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004.

Schlechtriem Peter, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Al., Tübingen, 2003.

Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. bs., Bern, 2009.

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. bs., İstanbul, 2006. (Serozan, Özel)

- Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. bs., İstanbul, 2013. (Serozan, Giriş-Kişiler)

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2014.

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, 2. bs., Ankara, 2014.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C, I/1, 6. bs., İstanbul, 2008.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu Haluk, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, 1993.

von Tuhr, Andreas/Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts C. 1,

Peter, Hans, 3. bs., Zürich, 1979.

Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. 1, 6. bs., İstanbul, 1976.

Ünal, Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması), Ankara, 2012.

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 5. bs., Ankara, 2010.

Wagner, Eric, Studien zum Recht der Unmöglichkeit, Baden-Baden, 2007.

Weiler, Frank, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. bs., Baden-Baden, 2014.

Wentland, Holger, "Yeni Alman Borçlar Hukuku", Çev. Mustafa Aksu, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, (s. 353-366).

Westermann, Harm Peter/BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. bs.,

Bydlinski, Peter/Weber Ralph, Heidelberg/München/Landsberg/ Frecchen/Hamburg, 2013.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9. bs., İstanbul, 2014.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. bs., Ankara, 2014.

ANONİM ŐIRKET PAYI ÜZERİNDE REHİN HAKKI KURULMASI*

(PLEDGE ESTABLİSHMENT ON CORPORATE SHARES)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Mehmet Serkan Ergüne**

ÖZ

Anonim Şirket payı üzerinde kurulan rehin, bir taşınır rehni türü olarak hak ve alacak rehni niteliğindedir. Bu nedenle, anonim Şirket payının rehnedilmesi, “Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde RehİN” başlığı altında yer alan TMK 954-961 hükümlerine tabidir. Bu düzenlemelerin yanı sıra, anonim Şirketi ve kıymetli evraki ilgilendiren yönleri nedeniyle, ticaret hukuku mevzuatı da, pay rehninde dikkate alınmak durumundadır.

Diğer iradi rehin türlerinde olduğu gibi, pay üzerinde rehin hakkının tesis edilmesinde de, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamaları mevcuttur. Borçlandırıcı işleme karşılık gelen rehin sözleşmesi, kanun koyucu tarafından hiç düzenlenmemiştir. RehİN sözleşmesi, bir kimsenin, sahip olduğu anonim Şirket payı üzerinde alacaklı lehine rehin kurma borcunu üstlendiği hukuki işlemdir ve herhangi bir Şekle tabi değildir.

Rehin hakkının kuruluşu için, borçlandırıcı nitelikteki rehin sözleşmesi yeterli değildir; ayrıca tasarruf işleminin yapılmasına ihtiyaç vardır. Tasarruf işlemi, rehin konusu payın senede bağlanıp bağlanmamasına ve senede bağlanmışsa, pay senedinin türüne göre, farklı hukukî düzenlemelere tabi tutulmuştur. Buna göre, pay üzerinde rehin hakkının kuruluşu, “senede bağlanmamış (çıplak) payın rehni”, “kaydileştirilmiş payın rehni”, “hamiline yazılı pay senedinin rehni” ve “nama yazılı pay senedinin rehni” Şeklinde başlıklar altında toplanabilir.

Bu çalışmada, anonim Şirket payı üzerinde rehin hakkının kuruluşu, medeni hukuk esasları öne çıkarılmak suretiyle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket payı, çıplak pay, kaydileştirilmiş pay, hamiline yazılı pay senedi, nama yazılı pay senedi, rehin sözleşmesi, rehin ciro-su, zilyetliğin devri, alacak rehni, hak rehni.

ABSTRACT

The pledge on corporate shares is classified under the pledges on rights and claims. Therefore, pledge on corporate shares is subject to Turkish Civil Code (TCC) Articles 954-961 regarding “Pledge on Claims and Other Rights”. In addi-

* Bu makale, 30.9.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup, 04.10.2016 tarihinde birinci hakem; 11.10.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
ergune@istanbul.edu.tr

tion to these provisions, commercial law regulations also have to be taken into consideration, since pledge on shares is closely linked to corporations and commercial papers.

Similar to other types of voluntary pledges, pledge on shares consists of two phases; obligatory act and dispositive acts. Pledge agreement, the obligatory act of pledge, has been regulated by the lawmaker. Share owner undertakes to burden the share with the pledge in favor of the creditor within the pledge agreement. Pledge agreement is not subject to any type of form.

Pledge agreement, obligatory act, is not sufficient for the establishment of pledge. In addition, a dispositive act needs to be carried out. Legal regulations that the dispositive act shall be subject to differ in relation to certified and uncertified shares. Accordingly, the establishment of pledge on share may be examined under four main titles: "Pledge on uncertified shares", "pledge on certified shares", "pledge on bearer shares" and "pledge on registered shares".

Within the context of this study, establishment of pledge on shares has been examined with emphasis on civil law principals.

Keywords: Corporate shares, uncertified share, certified share, bearer shares, registered shares, pledge agreement, pledge endorsement, transfer of possession, pledge on claims, pledge on rights.

I. Giriş

Anonim şirketler hukukunda pay, esas sermayenin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçasını ifade eder¹. Sermayenin paylara bölünmesi, anonim şirketin bahsettiği hakların bütünüdür, bundan bağımsız olarak yararlanacak birimlere ayrılmasıdır; her birim, bütünden yararlanma hakkına sahip bir parçayı oluşturur².

Ticaret hayatında anonim şirketlerin sayısının ve öneminin artması, bu şirketlerin paylarının hukukî işlemlere (satış, intifa³, rehin vs.) daha çok konu olmasına yol açmıştır. Maddî değer taşımaları ve devredilebilir olmaları nedeniyle⁴, anonim şirket payları teminat işlemlerine sıklıkla konu edilmekte; bunlar üzerinde özellikle, rehin hakkı kurulmaktadır.

¹ Payın çeşitli anlamları için bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010, N. 758 vd.; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Bası, Ankara 2013, § 23, N. 3 vd.

² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 759.

³ Pay üzerinde intifa hakkı için bkz. Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s. 28 vd.

⁴ Hamiline yazılı payların devri sınırlanamazken, nama yazılı payların devrinde, kandanun yahut esas sözleşmeden kaynaklanan sınırlamalar (bağlımlar) söz konusu olabilir (TTK 491 vd.). Nama yazılı payın devrinde sınırlama öngörülmesi, bunun (bağlı nama yazılı pay) üzerinde rehin hakkı kurulmasına engel değildir. Çünkü rehin hakkı, sadece teminat işlevine sahiptir ve rehinli alacaklıya şirket genel kuruluna katılma ve oy kullanma hakkı vermez (TMK 960). Nitekim TTK 492/2'de, esas sözleşmede öngörülen sınırlamanın pay üzerinde intifa hakkı kurulurken geçerli olduğu belirtilmiş, ancak rehin hakkı bakımından herhangi bir sınırlamadan söz edilmemiştir. Kanunun gerekçesinde de, bu husus vurgulanmıştır. Eski kanun döneminde de aynı sonuç be-

Anonim şirket payının rehnedilmesi, medenî hukuk ile ticaret hukukunun kesiştiği bir noktada bulunmakta; her iki hukuk dalının birlikte uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak bunun ağırlık merkezini, hiç şüphesiz ki medenî hukuk esasları oluşturmaktadır. Zira bir malvarlığı değerinin özellikleri başka hukuk dalında düzenlenmiş olsa da, onun üzerinde rehin hakkı kurulması, esasen medenî hukuk işlemidir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nda, payın rehnine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır; bu noktada Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.

Bu çalışmada, anonim şirket payı üzerinde rehin hakkı kurulması, özellikle medenî hukuk bağlamında incelenecek⁵; bu noktada tereddüt doğuran bazı sorunlara ışık tutulmaya çalışılacaktır⁶.

II. Pay Üzerindeki Rehin Hakkına İlişkin Genel Bilgiler

Anonim şirket payı, pay sahipliği haklarını temsil ettiğinden, senede bağlanmış olsun ya da olmasın, pay üzerindeki rehin hakkı, pay sahipliği hakları üzerinde kurulmuş olur. Bu yönüyle, pay üzerinde tesis edilen rehin, hak üzerinde kurulmuş rehin niteliğindedir ve taşınır rehnine ilişkin esaslara tabidir. Zira kanun koyucu, taşınmaz rehninin kapsamına girmeyen bütünü rehinleri, taşınır rehni başlığı altında toplamıştır (TMK 939 vd.)⁷. Taşınır eşyaların yanı sıra, cismanî varlığı olmayan (eşya sayılmayan) alacak ve haklar da, taşınır rehni türü olarak düzenlenmiştir. Buna göre, anonim şirket payının rehni, “Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehin” başlığı altında yer alan TMK 954-961 hükümlerine tabidir. Ayrıca aksine bir düzenleme bulunmadıkça, bunlar hakkında, teslimle bağlı rehin hükümleri de uygulanır (TMK 954/f. II)⁸. Bu bağlamda, taşınır rehnine hâkim olan “alacağa bağlılık”, “belirlilik”, “kamuya açıklık”, “iyiniyetin korunması”, “teminatın bölünmezliği”, “öncelik” ve “lex commissoria” gibi ilkeler, pay rehninde de uygulama alanı bulur⁹.

Rehin hakkı anonim şirket payı üzerinde kurulduğundan, Medenî Kanundaki düzenlemelerin yanı sıra, ticaret hukuku mevzuatı da, bu noktada dikkate alınmak durumundadır. İki hukuk dalı arasında gri alanı oluşturan bu meselede, sadece medenî hukuk esasları ile bir sonuca varılması, mümkün değildir.

Pay üzerinde rehin kurulması, payın devrinden farklı olarak, pay sahipliği sıfatında değişmeye yol açmaz. Rehinli alacaklı yalnızca, teminat altına alı-

nimsenmişti. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1169; 1189; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 372.

⁵ Anonim şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi (TTK 379), ticaret hukuku meselesi olması itibarıyla, bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁶ Anonim şirket payının rehni hakkında geniş bilgi için bkz. Y. Can Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001, s. 59 vd.

⁷ Taşınır rehni türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili-Rehin Hakları, 3. Bası, İstanbul 2016, N. 704 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 13 vd.

⁸ Teslime bağlı rehin hükümleri (TMK 939 vd.), taşınır rehninin esaslarını belirleyecek şekilde genel olarak kaleme alınmıştır. Bu itibarla, teslimle bağlı rehindeki kurallar, yapılarına aykırı olmadığı müddetçe diğer taşınır rehni türlerine de uygulanır. Bkz. Nomer/Ergüne, N. 716.

⁹ Taşınır rehnine hâkim olan ilkeler hakkında bkz. Nomer/Ergüne, N. 725 vd.

nan alacağının ödenmemesi durumunda, rehin konusu payı paraya çevirerek, elde edilen bedelden alacağını öncelikli olarak tahsil etme yetkisine sahip olur. Bununla birlikte, alacağın devrine ilişkin hükümler (TBK 183 vd.), kıyasen pay rehnine de uygulanır.

Payın rehnedilmesi, paydan doğan bütün hakların rehnin kapsamına girmesi sonucunu doğurmaz¹⁰. Paraya çevrilmesi mümkün olmayan yönetime katılma hakları (genel kurula katılma, oy hakkı vs.) rehnin konusunu oluşturmaz (TMK 960, TTK 427/f. II); yalnızca paraya çevrilebilen malvarlığına ilişkin haklar (kâr payı alma, tasfiye bakiyesine katılma vs.), rehnin kapsamında yer alır¹¹.

Anonim şirket payının rehni, eşyayı konu edinmediğinden, sınırlı aynı hak sağlamaz. Bu hâlde rehinli alacaklı, rehnedilen payın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilecek satış bedelinden öncelikli olarak yararlanma yönünde mutlak hakka sahip olur¹². Rehin hakkının mutlak hak vasfı, rehnin kurulmasından sonra rehin verenin iflas etmesi ya da rehin konusu hak veya alacağın üçüncü kişilerce haczedilmesi durumunda kendisini gösterir. Bu hâllerde rehinli alacaklının hakkı, diğer alacaklılar karşısında öncelikli olur¹³.

III. Rehin Hakkının Kuruluşu

Anonim şirket payı üzerinde rehin hakkı, diğer iradi rehin türleri gibi, ilk aşamada borçlandırıcı işlemin ve bunu takiben ikinci aşamada, tasarruf işleminin yapılmasıyla kurulur¹⁴. Her bir hukukî işlemi yakından inceleyecek olursak, pay üzerinde rehin hakkının kuruluşuna dair aşağıdaki tespitleri yapabiliriz.

1. Borçlandırıcı İşlem: Rehin Sözleşmesi

Anonim şirket payı, ister senede bağlanmış olsun, ister bağlanmamış olsun, rehin sözleşmesi, rehin hakkının kuruluşunda borçlandırıcı işleme karşılık gelir. Rehin sözleşmesi, bir kimsenin, sahip olduğu anonim şirket payı üzerinde alacaklı lehine rehin kurma borcunu üstlendiği hukukî işlemdir.

¹⁰ Karl Otfinger/Rolf Bär, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1981, Art. 899, N. 32; Porroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1122, 1188, 1190c; Göksoy, s. 59; 228 vd.

Pay sahipliğinden doğan tüm hakların rehnin kapsamına gireceği yönündeki farklı görüş için bkz. Dieter Zobl, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888-906 ZGB, 2. Auflage, Bern 1996, Art. 899, N. 90.

¹¹ Pay sahipliğinden doğan malvarlığı haklarının, tek başına rehne konu edilmesi mümkündür. Örnek olarak, kâr payı alma hakkı üzerinde rehin kurulabilir. Ancak bu ihtimalde, pay rehni değil, münferit bir alacağın TMK 955 uyarınca rehni söz konusu olur.

¹² Alacaklar ve diğer haklar üzerindeki rehnin hukukî niteliği, esasında tartışmalıdır. Öğretideki görüşler için topluca bkz. A. Lâle Sirmen, Alacak Rehni, Ankara 1990, s. 5 vd.; Nomer/Ergüne, N. 879.

¹³ Nomer/Ergüne, N. 879.

¹⁴ Rehin hakkı doğrudan kanundan doğuyorsa (örnek olarak, hapis hakkı), borçlandırıcı işleme veya tasarruf işlemine gerek yoktur. Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle birlikte rehin hakkı, kendiliğinden (ipso iure) kurulmuş olur. Bu hususta bkz. Abuzer Kendigelen, "Anonim Ortaklık Payı (Pay Senedi) Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paylardan Kaynaklanan Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu", Makalelerim, Cilt I: 1986-2001, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 245 vd.

Rehin sözleşmesi, anonim şirket payını teminat olarak gösteren rehin veren ile alacağını teminat altına almak isteyen alacaklı arasında yapılır. Rehin veren, teminat altına alınacak alacağın borçlusu veya borçtan sorumlu olmayan üçüncü kişi olabilir (TMK 881/f. II'ye kıyasen). Alacaklı ise, rehin hakkının fer'iliği gereği, rehinle temin edilecek alacağın sahibi olmak durumundadır¹⁵.

Rehin sözleşmesinin yapılmasıyla rehin hakkı kurulmuş olmaz; rehin sözleşmesi, rehin kurma borcu yükler ve buna uygun olarak tasarruf işleminin yapılması yükümlülüğünü doğurur. Rehin kurma borcunu içeren bu sözleşme, ayrı olarak yapılabileceği gibi, başka bir sözleşmenin içinde kayıt olarak da yer alabilir.

Kanun koyucu, taşınır rehni bahsinde, borçlandırıcı işlemi (rehin sözleşmesini) hiç düzenlememiştir; TMK 955'teki yazılı sözleşme, tasarruf işlemine karşılık gelmektedir¹⁶. Borçlandırıcı işlemi oluşturan rehin sözleşmesi, rızai ve isimsiz (atipik) bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulabilmesi için, taraf iradelerinin uyuşması yeterli olup, sözleşme konusu payın teslimine gerek yoktur. Hatta rehin sözleşmesinde, rehne konu edilecek payın genel özellikleriyle belirtilmesi, belirlilik ilkesi açısından yeterlidir.

Rehin sözleşmesi, rehin hakkının hukukî sebebini oluşturur. Soyutluk görüşü çerçevesinde, rehin sözleşmesinin mevcut olmaması veya geçersizliği, tasarruf işleminin geçerliliğini ve rehin hakkının doğumunu etkilemez¹⁷. Fakat bu hâlde, rehinli alacaklı, sebepsiz zenginleşmiş olur. Sebebe bağlılığı kabul eden görüş bakımından ise, rehin sözleşmesi yapılmamışsa veya geçersizse, tasarruf işlemi de geçersiz olur ve rehin hakkı hiç doğmaz.

Rehinle temin edilecek alacağın miktarının ve hukukî sebebini, rehin sözleşmesinde belirtilmesine gerek yoktur¹⁸; alacağın miktarının rehin paraya çevrilmesi aşamasında belirlenmesi yeterlidir.

Pay senede bağlanmamışsa, rehin sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Pay senede bağlanmış ise, rehin sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğine bürünür. Zira rehin sözleşmesi uyarınca rehin veren, senede bağlanmış payın zilyetliğini alacaklıya devretmek borcunu üstlenirken, alacaklı da, rehinli alacağın sona ermesi şartına bağlı olarak rehin konusu pay senetlerini iade etmek borcu altına girer (TMK 954/f. II, 944/f. I).

Rehin sözleşmesi, herhangi bir şekle tabi değildir (TBK 12/f. I); ancak taraflar, rehin sözleşmesinin bir şekle bağlı olarak yapılması hususunda anlaşabilirler. Bu takdirde, kararlaştırılan iradi şekil gerçekleşmedikçe, rehin sözleşmesi tarafları bağlamaz (TBK 17/f. I).

¹⁵ Rehin sözleşmesinin yapıldığı anda, alacağın mevcut olması şart değildir. İleride doğacak ve hatta doğması muhtemel alacaklar için de rehin hakkı tesis edilebilir. Bkz. Sirmen, s. 15; Nomer/Ergüne, N. 727.

¹⁶ Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Sınırlı Aynı Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983, s. 539; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2014, N. 3804; Ergüne, s. 38.

¹⁷ Tasarruf işleminin kendisinde geçersizlik sebebi (aldatma, korkutma, ehliyetsizlik vs.) varsa, soyutluk görüşü çerçevesinde de rehin hakkı kazanılmış olmaz.

¹⁸ Rehin sözleşmesinde, alacağın hukukî sebebini yeterince belirtilmemiş olması, teminatın kapsamına giren alacakların tespit edilmesi sorununu ortaya çıkarır. Bu hususta bkz. Sirmen, s. 19-20; Nomer/Ergüne, N. 739.

Rehin veren, rehin sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmemezse alacaklı, borcun ifasını dava yoluyla talep edebilir. Bu hâlde mahkeme kararı, rehin verenin tasarruf işlemindeki irade beyanı yerine geçer. Sözleşme konusu pay senede bağlanmamışsa, mahkeme kararı ile birlikte rehin hakkı kurulmuş olur. Pay senede bağlı ise, mahkeme kararının icra edilip, senedin zilyetliğinin alacaklıya geçirilmesiyle rehin hakkı kurulmuş olur¹⁹.

2. Tasarruf İşlemi

Borçlandırıcı işlem niteliğindeki rehin sözleşmesi, pay üzerindeki rehin hakkının kuruluşunu tek başına sağlamaz. Rehın sözleşmesini takiben, tasarruf işleminin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin ayrı ayrı gerçekleştirilmesi, zorunlu değildir, her iki işlem – sıklıkla görüldüğü üzere- aynı anda da yapılabilir. Bu hâllerde, sanki tek işlem yapılmış gibi bir görüntü ortaya çıksa da, aslında iki ayrı hukuki işlem söz konusudur.

Borçlandırıcı işlemden farklı olarak, tasarruf işleminde, belirlilik ilkesine sıkı bir şekilde uyulması; rehne konu edilecek payların bu aşamada (yazılı rehin sözleşmesinde, ciroda, yazılı devir beyanında, zilyetliğin devrinde) ferdileştirilmesi gerekmektedir²⁰. Kaydileştirilmiş olsa dahi, şirket payları, hiçbir belirleme yapılmadan topluca rehnedilemez.

Rehin veren, aynı alacak için birden fazla payını rehnetmişse, aksine anlaşma olmadıkça, toplu rehin durumu ortaya çıkar ve her bir pay, alacağın tamamından sorumlu olur (TMK 944/f. II).

Tasarruf işlemi, rehin konusu payın senede bağlanıp bağlanmadığına ve senede bağlanmışsa, pay senedinin türüne göre farklılık göstermektedir. Buna göre, anonim şirket payı üzerinde rehin tesisinde tasarruf işlemi aşamasını, aşağıdaki başlıklar altında toplayabiliriz.

a. Senede Bağlanmamış (Çıplak) Pay Üzerinde Rehın Hakkı Kurulması

Anonim şirket payı herhangi bir senede bağlanmayarak, çıplak olarak kalmışsa, bunun üzerinde rehin hakkı kurulması, TMK 955/f. I çerçevesinde gerçekleşir: *“Senede bağlanmış... olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması... gerekir.”*²¹ Buna göre, anonim ortaklık payı sene-

¹⁹ Sirmen, s. 33, 42; Nomer/Ergüne, N. 886.

²⁰ Rehın konusu paylar, eşya birliği teşkil eder. Taraflar, aynı ikame hususunda anlaşmışlarsa, rehin verenin elden çıkarıp yerine sonradan edindiği paylar da eşya birliğine dâhil olur ve rehınin kapsamına girer.

²¹ Anonim şirket payının rehınin, alacak rehni mi, yoksa hak rehni mi olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, pay rehni, TMK 955/f. I çerçevesinde kurulan alacak rehni niteliğindedir. Zira paydan doğan katılma hakları, rehınin kapsamına girmemektedir; pay rehınin konusu, paydan doğan tasfiye payı, kâr payı gibi para alacaklarıyla sınırlıdır. Bkz. Sirmen, s. 56-57.

Diğer bir görüşe göre, pay rehni, TMK 955/f. III’de düzenlenen hak rehni niteliğindedir. Pay sahipliğinden doğan malvarlığı haklarının rehne konu olması, burada bir alacak rehınin bulunduğu sonucunu doğurmaz. Pay rehnedildiğinde, pay sahipliğinden doğan tüm malvarlığı hakları rehınin kapsamına girmektedir; yoksa münferit bir alacak rehni söz konusu değildir. Bkz. Zobl, Art. 900, N. 105; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1190; Göksoy, s. 62-63; 79 vd.; Aslı Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 48.

de veya ilmühabere bağlanmamışsa, çıplak payın rehni için, yazılı rehin sözleşmesinin yapılması yeterlidir. Sözleşmenin yazılı olması, geçerlilik şartıdır (TBK 12/f. II)²². Buradaki yazılı rehin sözleşmesi, tasarruf işlemi niteliğinde olup²³, rehin kurma borcunu yükleyen borçlandırıci işlemle karıştırılmamalıdır²⁴. Rehin veren ile alacaklı arasında yazılı rehin sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, şirket payı üzerinde rehin hakkı kurulmuş olur²⁵.

Rehin hakkının, şirket pay defterine kaydedilmesine veya şirkete ihbar yapılmasına gerek yoktur²⁶; bunların rehin hakkının doğumu bakımından kurucu etkisi yoktur. Fakat alacaklı veya rehin veren dilerse, rehni şirkete ihbar edebilir (TMK 955/f. II). Rehinin ihbar edilmesi şirketin, kâr payı, tasfiye payı gibi malvarlığı haklarını rehin verene iyiniyetle ödemesini engeller (TBK 186, TMK 961/f. II-III)²⁷.

Rehin veren tasarruf yetkisine sahip değilse, alacaklı iyiniyetli olsa bile rehin hakkını kazanamaz. Zira kıymetli evraka bağlanmamış alacaklar bakımından, "kimse hakkından fazlasını başkasına geçiremez" kuralı geçerlidir.

b. Kaydileştirilmiş Pay Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması

Yığınla çıkarılan menkul kıymetlerin saklanması ve işlemlere konu edilmesinin oldukça zahmetli olması kanun koyucuyu, kaydi sistemi benimsemeye yöneltmiştir. Bu gelişmeye paralel olarak, anonim şirket paylarının, senede bağlanmadan ya da senetten soyutlanarak özel bir kuruluş tarafından kayda alınması ve hukukî işlemlerin kaydi değer üzerinden yapılması mümkün

Esasında iki görüş bakımından pratik bir farklılık yoktur. Zira her iki durumda da, çıplak pay üzerinde rehin hakkı, tasarruf işlemi niteliğindeki yazılı rehin sözleşmesiyle kurulmaktadır. Zaten "hakların rehni", "alacak rehni"ni de kapsayan bir üst kavramdır. Hak rehininin en önemli uygulama alanını alacaklar oluşturduğundan, kanun koyucu bunları özel olarak belirtmiştir. Bkz. Oftinger/Bär, Art. 899, N. 2; Köprülü/Kaneti, s. 535; Sirmen, s. 3.

Bu itibarla, kıymetli evraka özgü rehin yoluna başvurulmadıkça (TMK 956), pay rehni, hem alacak rehininin (TMK 955/f. I) hem de hak rehininin (TMK 955/f. III) kapsamına girer. Bkz. Oftinger/Bär, Art. 900, N. 97.

²² Yazılı şeklin gerçekleşmesi için, sözleşmede alacaklının imzasının bulunmasına ihtiyaç yoktur; sadece rehin verenin imzasının bulunması yeterlidir (TBK 14/f. I'e kıyasen).

²³ Oftinger/Bär, Art. 900, N. 13; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3804; Köprülü/Kaneti, s. 540; Sirmen, s. 35.

²⁴ Öğretide bazı yazarların (örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1190), senede bağlanmamış payların rehninde, TMK 955/f. III'deki yazılı sözleşmenin kurucu olduğunu belirttikten sonra, sözü edilen durumda borçlanma işlemine eklenen bir tasarruf işleminin bulunmadığını ileri sürmeleri, hukuken isabetsizdir.

Çıplak payların rehnine yönelik yazılı rehin sözleşmesinin, hem borçlandırıci hem de tasarruf işlemini bünyesinde barındırdığı yönündeki farklı görüş için bkz. Göksoy, s. 83-84; 86.

²⁵ Çıplak pay üzerinde rehin hakkı kurulduktan sonra, şirket tarafından ilmühaber ya da pay senedi çıkarılırsa, bu durum, önceden kurulmuş olan rehinin geçerliliğini etkilemez. Rehinli alacaklı, sonradan çıkarılan senetlerin zilyetliğinin kendisine geçirilmesini, rehin verenden talep edebilir. Ancak senetler, fiilen yalnız rehin verenin hâkimiyetinde bulunduğu sürece, rehinin hükümleri askıda kalır (TMK 943/f. II'ye kıyasen). Bkz. Oftinger/Bär, Art. 900, N. 97; Göksoy, s. 94-95.

²⁶ Faruk Acar, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, § 7, N. 382; Makaracı Başak, s. 48.

²⁷ Göksoy, s. 89 vd.; karş. İmregün, s. 371.

hâle gelmiştir. Sermaye Piyasası Kanununda çeşitli tarihlerde yapılan değişiklikler sonrasında, sermaye piyasası araçlarının Merkezî Kayıt Kuruluşu²⁸ tarafından kaydedilmesi öngörülmüştür²⁹. Böylece sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracının esas olduğu; kaydi sermaye piyasası araçlarının, nama veya hamiline yazılı olmalarına bakılmaksızın isme açılmış (bazı hâllerde toplu) hesaplarda izleneceği; kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin hakların, Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından izleneceği; kayıtların, Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından oluşturulan elektronik ortamda ve bu kuruluşun üyelerince tutulacağı gibi esaslar getirilmiştir (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 13)³⁰.

Anonim şirket paylarının kaydedilmesine ilişkin esasları dikkate aldığımızda, kaydi paylar üzerinde rehin hakkının kuruluşunda özellik arz eden hususları şöyle açıklayabiliriz: Payın kaydedilmesi, onun senede bağlanmamış (çıplak) olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla senede bağlanmamış (çıplak) payların rehinine ilişkin hükümler, kaydedilmiş payların rehininde de uygulama alanı bulur. Buna göre, TMK 955/f. I'de öngörülen tasarruf işlemi niteliğindeki yazılı rehin sözleşmesinin yapılmasıyla³¹, kaydedilmiş paylar üzerinde rehin hakkı kurulmuş olur. Rehin hakkının, şirket pay defterine kaydedilmesine veya şirkete ihbar yapılmasına gerek yoktur³². Keza Merkezî Kayıt Kuruluşu nezdinde kayıt yapılması da, rehin hakkının doğumu bakımından kurucu değildir³³.

Merkezî Kayıt Kuruluşu'na yapılan bildirim, yalnızca açıklayıcı etkiye sahiptir; bu bildirim hiç yapılmamış olsa bile, rehin veren ile alacaklı arasında yazılı rehin sözleşmesinin düzenlenmesiyle rehin hakkı kurulmuş olur. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu da, bu noktada farklı bir esas getirmemiştir.

²⁸ Merkezî kayıt kuruluşu, sermaye piyasası araçlarının kaydedilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydedilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, merkezî saklamasını yapmak ve Kurul tarafından sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş bulunan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz anonim şirkettir (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 3/p).

²⁹ Kaydi sistem ve kaydi paylar hakkında bkz. Sami Karahan/Mücahit Ünal, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya 2013, s. 724 vd.; Öz Seçer, "Kaydi Sermaye Piyasası Araçları Üzerinde Rehin Tesisi ve Hükümleri", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 9, Sayı: 105-106, s. 170 vd.

³⁰ Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan Pay Tebliği'nin (VII-128.1) 48. maddesine göre; "Payları borsada işlem gören ortaklıklarca ihraç edilecek payların ve ortaklıklarca ihraç edilecek pay benzeri menkul kıymetlerin MKK nezdinde elektronik ortamda kayden ihracı ve bunlara ilişkin hakların hak sahipleri bazında izlenmesi zorunludur. Kanununun 13 üncü maddesi uyarınca kaydedilen sermaye piyasası araçlarına ilişkin kayıtların tutulmasının usul ve esasları hakkında Kurulca yapılacak düzenlemeler saklıdır."

³¹ Kaydi payların rehininde, hak rehinine ilişkin TMK 955/f. III'ün uygulama alanı bulacağı yönündeki görüş için bkz. Karahan/Ünal, s. 728-729; Seçer, s. 178.

Yukarıda açıklandığı üzere (bkz. dn. 21), çıplak pay rehininin, alacak rehni veya hak rehni olarak nitelendirilmesi, rehlin kurulması noktasında pratik bir farklılığa yol açmamaktadır.

³² Şirketin, rehin verene iyiniyetle ifada bulunmasını (TBK 186) önlemek için, alacaklı veya rehin veren, pay üzerinde rehin kurulduğunu şirkete ihbar edebilir (TMK 955/f. II).

³³ Göksoy, s. 207; Acar, § 7, N. 383; Karahan/Ünal, s. 729; Seçer, s. 176-177; aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 20.02.2007, E. 2005/12033, K. 2007/3194 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Şöyle ki, sermaye piyasası araçlarını konu alan teminat sözleşmeleri, Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesinde düzenlenmiştir; anılan maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: “MKK nezdinde kayden izlenen sermaye piyasası araçlarını konu alan teminat sözleşmeleri yazılı şekilde yapılır.” Burada bahsi geçen yazılı teminat sözleşmesi, tasarruf işlemi olup, TMK 955/f. 1’deki rehin sözleşmesine karşılık gelmektedir³⁴. Kanun koyucu, sadece yazılı sözleşmeden bahsetmiş, bunun ötesinde herhangi bir yere kayıt yapılmasını, rehin hakkının doğumu bakımından gerekli görmemiştir³⁵.

Kaydi sermaye piyasası araçları üzerinde tesis edilen rehinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirilmesi, rehin hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi açısından hüküm ifade eder. Nitekim Sermaye Piyasası Kanunu m. 13/f. V’e göre; “Kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, MKK’ya yapılan bildirim tarihi esas alınır.” Bu hükümden anlaşılacağı gibi, Merkezi Kayıt Kuruluşu’na yapılan bildirim, rehin hakkının kurulduğunun üçüncü kişiler nezdinde aleniyete kavuşmasını sağlar. Ancak buradaki aleniyet, rehin hakkının doğumu bakımından kurucu etkiye sahip değildir³⁶. Zaten kanun koyucu, senede bağlanmamış alacakların ve diğer hakların rehninde, zilyetliği devredilebilecek yahut ilgili sicile tescil edilebilecek bir şey mevcut olmadığından, rehin hakkının kuruluşu aşamasında, aleniyet (kamuya açıklık) ilkesinden genel olarak feragat etmiştir³⁷. Merkezi Kayıt Kuruluşu’na yapılan bildirim, özellikle art rehin veya haciz gibi

³⁴ Aynı yönde bkz. Seçer, s. 180. Sermaye Piyasası Kanunu 47/f. 1’deki yazılı teminat sözleşmesinin, borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğunu ileri süren aksi görüş için bkz. Makaracı Başak, s. 364.

³⁵ Sermaye piyasasına dair ikincil mevzuatta da rehin hakkının kuruluşu bakımından, genel esaslardan ayrılan bir düzenleme bulunmamaktadır; zaten tebliğ yoluyla kanuni esasları değiştiren bir rejim öngörülmesi mümkün değildir. Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (II-13.1) m. 22/f. 1’e göre; “Kaydi sermaye piyasası araçları üzerine teminat, rehin ve intifa hakkı kurulmasına ilişkin olarak, tarafların, bu hakkın tesis edildiğine ilişkin belgeleri, ilgili üyelere vermeleri üzerine, ilgiliyelerce durum derhal MKK kayıtlarına yansıtılır.” Görüldüğü üzere burada, rehin hakkının kurulduğu hususunun, bildirim üzerine Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarına sadece yansımından söz edilmiştir. Aynı yönde bkz. Makaracı Başak, s. 365.

Tebliğin anılan maddesinin diğer fıkralarında, rehin hakkının ne şekilde kaydedileceği düzenlenmiştir:

“(2) Kanunun 47 nci maddesi uyarınca mülkiyetin teminat verende kaldığı teminat sözleşmelerinde, kaydi sermaye piyasası araçları, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, teminat verenin mevcut hesabına bağlı bir alt hesap açılmak suretiyle MKK kayıtlarında izlenir. Alt hesapta intifa hakkı sahibi ile lehine teminat verilmiş üçüncü kişinin kimlik bilgileri yer alır. Teminata konu sermaye piyasası aracının teminat alana ait alt hesaba kaydı halinde, teminat veren kişiye ilişkin kimlik bilgileri de bu hesapla bağlantılı olarak izlenir. Teminat sözleşmesinin sona ermesi ile teminat alan teminat konusu sermaye piyasası araçlarını veya bu araçları kullanmış ise eş değerini teminat verene iade eder...”

(6) Rehne konu olan sermaye piyasası araçları ise, hakkı tesis edenin mevcut hesabına bağlı bir alt hesap açılmak suretiyle veya rehin alanın hesabında bir alt hesap açılmak suretiyle MKK kayıtlarında izlenir.

(7) Rehin veya teminata konu sermaye piyasası aracının rehin veya teminat alana ait alt hesaba kaydı halinde, bu hakları tesis eden kişiye ilişkin kimlik bilgileri de bu hesapla bağlantılı olarak izlenir...”

³⁶ Aynı yönde bkz. Seçer, s. 183 vd.; Makaracı Başak, s. 366; Karahan/Ünal, s. 729.

³⁷ Nomer/Ergüne, N. 742.

üçüncü kişilerin rehin konusu pay üzerinde hak sahibi olduğu hâllerde, sıra ilişkisinin tespitinde rol oynar. Pay üzerinde rehin tesis edildiği Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirilmişse, bu tarihten sonra pay üzerinde hak kazanan üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır (kanuni faraziye); böylece bildirim yapılan rehin hakkı, sonradan tesis edilen haklardan ve hatta daha evvel kurulduğu hâlde bildirilmemiş diğer haklardan sıra itibarıyla önce gelecektir.

Kanaatimce, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na yapılan bildirim, önceden tesis edilen rehin hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için (haklar arasındaki öncelik sırasının tespitinde) zorunlu unsur sayılmamalıdır³⁸. Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirim yapılmamış olsa bile, önceki tarihli rehin, pay üzerinde sonradan hak kazanan iyiniyetli olmayan (payın rehinli olduğunu bilen veya bilmesi gereken) üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, bu ihtimalde haklar arasındaki sıra ilişkisi, tesis edildikleri tarihe göre belirlenmelidir³⁹.

c. Senede Bağlanmış Pay Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması

Anonim şirket payları, tedavülünü kolaylaştırmak amacıyla kıymetli evrak niteliğindeki hamiline veya nama yazılı senetlere bağlanabilir (TTK 484/f. I). Türk Ticaret Kanunu'nda, pay senedinin rehnine yönelik özel bir düzenleme yoktur. Bu itibarla, kıymetli evrakın rehnini genel olarak düzenleyen TMK 956, pay senedi üzerinde rehin hakkı kurulmasında da uygulama alanı bulur.

TMK 956 hükmü, kıymetli evrakın türüne göre, rehin hakkının kuruluşunu farklı esaslara bağlamıştır⁴⁰. Buna göre, pay senedi üzerinde rehin hakkının kuruluşu, senedin hamiline veya nama yazılı olması dikkate alınarak bir ayrıma tabi tutulmalıdır.

aa. Hamiline Yazılı Pay Senedi Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması

TMK 956/f. I'e göre; "*Hamile yazılı senetlerin rehini için senetlerin rehin alacaklısına teslimi yeterlidir.*" Bu düzenleme uyarınca, hamiline yazılı pay senedi üzerinde rehin hakkı, senedin alacaklıya teslimiyle kurulur. Buradaki "*teslim*" ifadesinden anlaşılması gereken, hamiline yazılı kıymetli evrakın zilyetliğinin, teslimle bağlı rehin esasları çerçevesinde alacaklıya devredilmesidir (TMK 939, 954/f. II, TTK 647/f. I). Senedin zilyetliğinin alacaklıya devredilmesi, rehin hakkının tesisi bakımından kurucu bir etkiye sahiptir. Zilyetliğin devrini öngören TMK 939/f. I hükmü emredici olup, taraflarca aksi kararlaştırılamaz.

Zilyetliğin devri neticesinde rehin hakkının kurulmuş sayılabilmesi için, taraflar arasında aynı sözleşme gerçekleşmiş olmalıdır. Aynı sözleşme, tasarruf işleminin hüküm ifade etmesi için zilyetliğin devri anında varlığı aranan⁴¹ ve çoğu kez örtülü olarak ortaya çıkan irade uyuşmasıdır. Buna göre taraflar,

³⁸ Karş. Göksoy, s. 208.

³⁹ Bkz. ve karş. Seçer, s. 186-187.

⁴⁰ Pay senedi bastırılıncaya kadar ilmühaber çıkarılabilir; ilmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır (TTK 486/f. II). Dolayısıyla ilmühaber üzerinde rehin kurulması hakkında, nama yazılı pay senetlerinin rehnine ilişkin esaslar uygulanır.

⁴¹ Kanunda herhangi bir şekilde düzenlenmiş olmasa da, aynı sözleşmenin varlığı - özellikle taşınır bakımından- tasarruf işlemi aşamasında aranmaktadır. Bkz. Köprülü/Kaneti, s. 479; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2583, 3668; Sirmen, s. 60-61; Acar, § 7, N. 365-366, 378; Nomer/Ergüne, N. 780-782.

hamiline yazılı pay senetlerinin zilyetliğinin, rehin amacıyla devredildiği hususunda anlaşmaya varmış olmalıdırlar. Şayet pay senetlerinin sahibi, rehin yerine başka amaçla (örnek olarak, satış sözleşmesi yapmak üzere) hareket etmişse, alacaklı senetlerin zilyetliğini elde etmiş olsa bile, rehin hakkı kurulmuş olmaz.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, zilyetliğin devri + aynı sözleşme, hamiline yazılı pay senedinin rehninde, tasarruf işlemini oluşturur. Hamiline yazılı pay senedinin rehni, geçerlilik açısından herhangi bir şekil şartına tabi olmayıp, yazılı rehin sözleşmesinin yapılmasına ihtiyaç yoktur. Senedin zilyetliğinin alacaklıya devredilmiş olması ve bunun rehin tesis etmek amacıyla gerçekleştirildiği yönünde taraflar arasında irade uyuşmasının bulunması, rehin hakkının doğumunu sağlamaya yeterlidir. Rehin hakkının, şirket pay defterine kaydedilmesine veya şirkete bildirim yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Fakat alacaklı veya rehin veren, TMK 955/f. II'ye kıyasen ihbarda bulunarak şirketin, rehin verene iyiniyetle ifade bulunmasını engelleyebilir (TBK 186, TMK 961/f. II-III)⁴².

Zilyetliğin devri şartı, rehin hakkının kuruluşundaki aleniyeti gerçekleştirir. Böylece üçüncü kişiler, zilyetliği devredilen pay senetleri üzerinde daha önceden bir rehin hakkının tesis edildiğini öğrenme imkânına sahip olurlar. Zilyetliğin devri şartı ayrıca, rehin verenin senetler üzerinde yapacağı tasarruflara karşı rehinli alacaklıyı korur. Çünkü rehin veren, dolaysız zilyetliğine sahip olmadığı rehinli pay senetleri üzerinde ancak zilyetliğin havalesi yoluyla tasarrufta bulunabilir. Bu ihtimalde, rehinli alacaklı, zilyetliğin havalesi yoluyla pay senedi üzerinde hak kazanan üçüncü kişilere karşı –bunlar iyiniyetli olsalar dahi- rehin hakkını ileri sürebilir (TMK 979/f. III).

Rehin hakkının kuruluşu için pay senedinin zilyetliğinin alacaklıya devri gerekli ise de, zilyetliğin her türlü devri, bu noktada yeterli sayılmaz. Çünkü TMK 939/f. III'e göre; *"Taşınır, fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmaz."* Bu düzenleme uyarınca, rehin konusu pay senedi, rehin verenin münhasır zilyetliğinde kaldığı sürece, rehin hakkı doğmaz. Rehin hakkının kurulabilmesi için *nitelikli rehin zilyetliğine* ihtiyaç vardır. Zilyetliğin alacaklıya devri, rehin verenin, pay senedi üzerindeki münhasır (*"fiilen ve yalnız"*) zilyetliğini sona erdirecek şekilde gerçekleşmiş olmalıdır⁴³. Buna göre, *teslim, kısa elden teslim, zilyetliğin havalesi, temsilciye teslim, yediemine teslim*⁴⁴ veya *iştirak hâlinde zilyetlik* yoluyla pay senedi üzerinde rehin hakkı kuru-

⁴² İmregün'e göre, rehinin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için, ortaklığa ihbarı gerekir. Bkz. İmregün, s. 371. Ancak bu ifade tarzı isabetli değildir. Zira pay senedi üzerinde rehin kurulduğu ihbar edilmiş olmasa bile şirket, rehinden başka yollarla haberdar olmuştaysa, rehin verene ödeme yapması onu sorumluluktan kurtarmaz. Rehinli alacaklı, rehin hakkını şirkete karşı ileri sürebilir.

⁴³ Rehin zilyetliğini sağlamaya yeterli olacak zilyetlik devir yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, s. 134 vd.; Nomer/Ergüne, N. 783 vd.

⁴⁴ Yediemin ile rehin veren arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamalı; yediemin, rehin verenin müdahalelerine karşı koyabilecek (rehin verenin pay senedi üzerindeki münhasır egemenliğini sona erdirebilecek) durumda olmalıdır. Bu itibarla, rehin verenin birlikte yaşadığı aile üyelerine, iş ortaklarına veya yakın arkadaşlarına, yediemin sıfatıyla yapılacak teslim, somut olayın özellikleri aksini göstermedikçe, rehin hakkını kurmaya yeterli değildir.

labilir⁴⁵. Buna karşın, pay senedinin hükmen teslimiyle ya da senet üzerinde müşterek zilyetlik tesisi yoluyla rehin hakkının kurulması mümkün değildir (TMK 979/f. I)⁴⁶. Zira bu hâllerde, rehin verenin pay senedi üzerindeki münhasır egemenliği sona ermiş olmaz.

Rehin hakkının kuruluşunun bir diğer şartı, rehin verenin tasarruf yetkisine sahip olmasıdır. Rehlin verenin tasarruf yetkisi eksikse, rehin hakkı kurulmuş olmaz. Bununla beraber, hamiline yazılı senetlerde üçüncü şahısların iyiniyeti tam olarak korunmuştur. TMK 990 uyarınca, hamiline yazılı senet, önceki zilyedin elinden rıza dışında çıkmış olsa bile, alacaklı iyiniyetli ise, yani rehin veren olarak hareket eden hâlihazır zilyedin, tasarruf yetkisine sahip olmadığını bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa, rehin hakkını kazanmış olur⁴⁷.

Senet zilyetliğinin devrini yeterli gören TMK 956/f. I hükmü, hamiline yazılı pay senedi üzerinde rehin hakkı kurulmasında başvurulması gereken yegâne imkân değildir. Çünkü payın kıymetli evraka bağlanmış olması, sadece tedavül kolaylığına hizmet etmektedir; pay senede bağlanmış olsa bile, rehinin konusu daima, senette mündemiç olan haktır. Dolayısıyla taraflar isterlerse, hamiline yazılı senetler için tanınan kolaylıktan yararlanmak yerine, TMK 955/f. I veya TMK 956/f. II çerçevesinde hareket etmek suretiyle de rehin hakkı tesis edebilirler⁴⁸. Bu takdirde, şu ihtimaller söz konusu olur:

- Hamiline yazılı pay senedi için yazılı rehin sözleşmesi düzenlenerek, senedin rehin zilyetliği alacaklıya devredilmiş olabilir. Bu yola genelde, hamiline yazılı pay senedinin zilyetliğinin rehin amacıyla devredildiğini ispatlamak için başvurulur. Bu hâlde, yazılı rehin sözleşmesi, ispat belgesi olmaktan öte bir fonksiyona sahip olmaz. Rehlin hakkı, hamiline yazılı pay senedinin rehin zilyetliğinin alacaklıya devri ile kurulmuş olur. Fakat taraflar, kıymetli evrak yerine, sadece onda mündemiç alacağı gözeterek yazılı rehin sözleşmesi düzenlemişlerse, rehin hakkı, adi alacakların rehnine ilişkin TMK 955/f. I uyarınca tesis edilmiş olur ve kıymetli evraka özgü sonuçlar ortaya çıkmaz. Ancak böyle bir ihtimalle karşılaşılması, hayatın olağan akışı içinde son derece düşüktür. Örnek olarak taraflar, hamiline yazılı senedin kıymetli evrak niteliği hakkında şüpheye düşmüşlerse, bu yöntemi benimseyebilirler. Bu tarz istisnai hâller dışında tarafların, yazılı rehin sözleşmesi yapmayı tercih etmekle, hamiline yazılı senedin tedavül kolaylığından vazgeçtikleri ileri sürülemez. Nitekim öğretilde belirtildiği üzere, zilyetliği devredilen hamiline yazılı pay senedi için ayrıca yazılı rehin sözleşmesi düzenlenmişse, rehin hakkının, kıymetli evraka özgü sonuçlarıyla TMK 956/f. I uyarınca kurulduğu karine olarak kabul edilir⁴⁹.

⁴⁵ Alacaklının pay senedi üzerindeki nitelikli rehin zilyetliği, rehin hakkı süresince devam etmelidir. Eğer alacaklı, pay senedine zilyet olmaktan çıkar ve onu üçüncü kişiden geri alamaz hâle gelirse, rehin hakkı sona erer (TMK 943/f. I). Ayrıca pay senedi, alacaklının rızasıyla fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetine geçici olarak girerse, bu durum devam ettikçe rehlin hükümleri askıda kalır (TMK 943/f. II).

⁴⁶ Ergüne, s. 42.

⁴⁷ Rehlin hakkı iyiniyetle kazanılabilir olsa da, hakkın içeriği bakımından iyiniyetin korunması imkânı sınırlıdır. Zira pay senedi, sebebe bağlı kıymetli evraktır. Pay senedinin içerdiği hak, varlık ve kapsam açısından temel ilişkiye bağlı olup, hakkın içeriği, senet metnine göre değil, kanun, esas sözleşme ve genel kurul kararları çerçevesinde belirlenir. Bkz. Göksoy, s. 107 vd.; Kendigelen, İntifa Hakkı, s. 111.

⁴⁸ Oftinger/Bär, Art. 901, N. 51 vd.; Poroy/Tekinlalp/Çamoğlu, N. 1121; Karahan/Ünal, s. 717.

⁴⁹ Oftinger/Bär, Art. 901, N. 52; Zobl, Art. 901, N. 113; Sirmen, s. 61-62; Göksoy, s. 142.

• Rehin veren, hamiline yazılı pay senedini ciro ederek ya da üzerine devir beyanı düşerek, senedin rehin zilyetliğini alacaklıya devretmiş olabilir. Fakat ciro için öngörülen kanuni sonuçlar, emre yazılı senetlerde ortaya çıkar⁵⁰. Keza devir beyanıyla rehin hakkının kurulması, alacağın devri hükümlerine tabi olan nama yazılı kıymetli evrak bakımından söz konusudur. Hamiline yazılı pay senedi üzerindeki ciro ya da devir beyanı, kıymetli evraka özgü sonuçlar doğurmasa bile, senedin rehin zilyetliğinin alacaklıya devredilmesiyle birlikte, hamiline yazılı kıymetli evrakin rehni için TMK 956/f. I'de aranan tek şart kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Hamiline yazılı pay senedinin rehin zilyetliğinin alacaklıya devredildiği hâllerde, gerekli olmamasına rağmen senedin ayrıca ciro edilmesi ya da üzerine devir beyanının yazılması, rehin hakkının TMK 956/f. I uyarınca kurulmasına (bu maddede aranan şartın gerçekleşmesine) engel olmaz⁵¹. Dolayısıyla bu hâlde rehin hakkının kuruluşu, kıymetli evraka özgü sonuçlarıyla TMK 956/f. I uyarınca gerçekleşir⁵². Tarafların, hamiline yazılı pay senedi yerine, münhasıran onda mündemice alacağı gözeterek hareket ettiği istisnai hâllerde, rehin hakkı, adi alacakların rehnine ilişkin TMK 955/f. I uyarınca tesis edilmiş sayılır. Zira hamiline yazılı senet üzerindeki ciro ya da yazılı devir beyanı, TMK 955/f. I'de aranan yazılı rehin sözleşmesinin şekil şartlarını karşılar. Bununla birlikte somut olayda aksi ispatlanmadıkça, hamiline yazılı pay senedi üzerindeki rehin hakkının, kıymetli evraka özgü sonuçlarıyla TMK 956/f. I uyarınca kurulduğu karine olarak kabul edilmelidir.

bb. Nama Yazılı Pay Senedi Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması

Nama yazılı anonim şirket pay senetleri, kanunen emre yazılı senet niteliğinde olup (TTK 490/f. II)⁵³; bunların rehni, TMK 956/f. II hükmüne tabidir: *“Diğer kıymetli evrakin rehni için senedin ciro edilmiş veya yazılı devir beyanı yapılmış olarak teslimi gerekir.”* Bu düzenleme uyarınca, nama yazılı pay senetlerinin rehni, iki şekilde olabilir (ayrıca bkz. TTK 647/f. I-II):⁵⁴

- **Ciro + zilyetliğin devri**
- **Yazılı devir beyanı + zilyetliğin devri**

⁵⁰ Öztan, s. 251; Sirmen, s. 62.

⁵¹ Peter Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teil 7a: Die Wertpapiere, Art. 965-989 und 1145-1155, Zürich 1959, Art. 967, N. 130. Yazara göre, hamiline yazılı senetler, yalnızca TMK 956/f. I uyarınca zilyetliğin devri ile rehnedilebilir; kıymetli evraka özgü sonuçları bertaraf edecek şekilde hamiline yazılı senetler üzerinde devir beyanı ya da ciro yoluyla (TMK 955 veya 956/f. II uyarınca) rehin hakkı kurulamaz; tarafların bu yolu tercih etmeleri durumunda dahi, rehin hakkı kıymetli evraka özgü sonuçlarıyla TMK 956/f. I uyarınca kurulmuş sayılır.

⁵² Rehin hakkının, adi alacakların rehnini düzenleyen TMK 955/f. I uyarınca kurulduğunu ileri süren farklı görüş için bkz. Oftinger/Bär, Art. 901, N. 53; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 251; Sirmen, s. 62-63.

⁵³ Bu hususta bkz. Öztan, s. 1500; 1508 vd.; Kendigelen, İntifa Hakkı, s. 90-91; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015, s. 610-611; Karahan/Ünal, s. 719-720.

⁵⁴ Gerçek (rekta) nama yazılı pay senetleri, emre yazılı değildir; bunlar hakkında, alacağın devri hükümleri uygulanır. Dolayısıyla gerçek nama yazılı pay senetleri, TMK 956 uyarınca rehnedilmiş olsa bile, kıymetli evraka özgü sonuçlar doğmaz. Gerçek nama yazılı pay senedi üzerine yazılmış ciro, esasen alacağın devrine yönelik beyan niteliğindedir. Devir beyanı, TMK 956/f. II uyarınca senet üzerine yazılabileceği gibi, TMK 955 uyarınca ayrı bir kâğıda da yazılabilir; her iki hâlde de, adi alacakların rehnine ilişkin sonuçlar doğar. Bkz. Oftinger/Bär, Art. 901, N. 108; Göksoy, s. 132 vd., 142-143.

Nama yazılı pay senedi ciro yoluyla rehnedilecekse, bunun rehin cirosu olması gerekmektedir. Rehin cirosu, senedin üzerine veya alonja “*bedeli teminatı*”, “*bedeli rehindir*” ibaresini veya rehnetmeyi belirten diğer herhangi bir kaydı içeren cironun yapılması ve rehin veren tarafından imzalanması ile gerçekleşir (TTK 683, 689/f. I)⁵⁵. Bunun yanı sıra, öğretide belirtildiği üzere, beyaz ciro (TTK 683/f. II) yoluyla da rehin hakkı kurulabilir⁵⁶.

Nama yazılı pay senedi, rehin cirosu yerine, rehin verenin imzasını taşıyan yazılı devir beyanı ile de rehnedilebilir. Rehin kurmaya yönelik devir beyanı, açık veya örtülü olabilir. Yazılı beyanda sadece “*temlik*”, “*devir*” gibi ifadeler varsa, taraf iradelerinin yorumundan, rehin hakkını kurmak istedikleri anlaşılabilir (TBK 19/f. I)⁵⁷.

Rehin kurmaya yönelik devir beyanı, pay senedi üzerine veya ayrı bir kâğıda yazılabilir (TTK 647/f. II). Ancak devir beyanı, pay senedi üzerine yazılmışsa, -nama yazılı pay senedi, kanunen emre yazılı sayıldığından- bunun ciro niteliğinde olacağını gözden kaçırmamak gerekir⁵⁸. Bu ihtimalde, senet üzerindeki devir beyanının kaleme alınış şekline göre, rehin cirosu veya temlik (gizli rehin) cirosu söz konusu olur.

Ciro, emre yazılı senet üzerinde hak tesisine yönelik yazılı ve soyut bir irade beyanı olup, kıymetli evrak hukukuna özgü bir işlemdir⁵⁹. Ayrı bir kâğıda yazılan rehin kurmaya yönelik devir beyanı ise, medenî hukuk işlemi olup, tasarruf aşamasındaki aynı sözleşmeye karşılık gelir⁶⁰. Bu hâliyle yazılı devir beyanı, TMK 955/f. I’deki yazılı rehin sözleşmesiyle aynı niteliği taşır⁶¹.

⁵⁵ Rehin cirosu, “temlik cirosu” şeklinde gizli olarak da yapılabilir. Bu hâlde, görünüşteki temlik cirosuna rağmen taraflar, bunun rehin kurmak amacıyla yapıldığı hususunda anlaşmışlardır. TBK 19/f. I uyarınca tarafların gerçek iradeleri dikkate alınacağından, temlik cirosuna dayanarak pay senedini devralan kimse, rehin hakkı kazanmış olur; ancak bu durum, görünüşteki ciroya dayanarak senet üzerinde hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TTK 686/f. II, 825/f. II).

Tahsil cirosu ise, rehin hakkını tesis etmek için uygun değildir; meğerki taraf iradelerinin yorumundan, aslında rehin hakkı kurmak istedikleri anlaşılınsa (TBK 19/f. I). Bkz. Oftinger/Bär, Art. 901, N. 87; Zobl, Art. 901, N. 81; Göksoy, s. 121.

⁵⁶ Öztan, s. 1513; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1190c; Acar, § 7, N. 379; Karahan/Ünal, s. 723; Göksoy, s. 119-121.

Pay üzerinde intifa hakkı kurulmasında da, beyaz ciro yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Kendigelen, İntifa Hakkı, s. 91-92.

Rehni belirten bir ibare yoksa, bunun rehin cirosu olduğunu ispat yükü, iddia eden tarafa aittir.

⁵⁷ Oftinger/Bär, Art. 901, N. 89, 91; Göksoy, s. 122.

⁵⁸ Oftinger/Bär, Art. 901, N. 92 vd.; Zobl, Art. 901, N. 87. Yazarlar, burada bir karinenin bulunduğu, senet üzerine yazılan devir beyanına rağmen, rehin verenin kıymetli evraka özgü sonuçların doğmasını arzu etmediğini iddia eden tarafın, bunu ispat külfeti altında olduğunu; bunun ispatlanması hâlinde (sadece bu ihtimalde), kıymetli evraka özgü sonuçların doğmayacağını belirtmektedirler.

Senet üzerine yazılan devir beyanının, esasen ciro olarak nitelendirilebileceği yönünde ayrıca bkz. Kendigelen, İntifa Hakkı, s. 95, dn. 102.

⁵⁹ Cironun hukuki niteliği hakkında bkz. Öztan, s. 553 vd.

⁶⁰ Yazılı devir beyanında, alacaklının imzasına gerek yoktur; yalnızca rehin verenin imzalamasıyla şekil şartı gerçekleşmiş olur (TBK 14/f. I’e kıyasen).

⁶¹ Aynı yönde bkz. Göksoy, s. 123, dn. 215.

Rehin veren, ciro yapma yoluna başvurursa, rehin hakkının kuruluşu TMK 956/f. II'ye tabi olur ve kıymetli evraka özgü sonuçlar ortaya çıkar⁶². Şayet rehin veren, ayrı bir kâğıtta devir beyanında bulunursa, rehin hakkının kuruluşu, adi alacakların rehnini düzenleyen TMK 955/f. I'e tabi olur ve kıymetli evraka özgü sonuçlar ortaya çıkmaz⁶³.

Nama yazılı pay senedi, ister ciro ister yazılı devir beyanı ile rehnedilsin, her durumda senedin zilyetliğinin alacaklıya devri zorunludur. Burada tasarruf işlemi, ciro veya yazılı devir beyanı + zilyetliğin devrinden oluşur. Rehin hakkının, pay defterine kaydedilmesine veya şirkete herhangi bir bildirim yapılmasına gerek yoktur⁶⁴.

TMK 956/f. II'deki "teslim" kelimesi, senedin zilyetliğinin, teslimine bağlı rehin esasları çerçevesinde alacaklıya devredilmesini ifade eder (TTK 647/f. I, TMK 939/f. III, 954/f. II). Dolayısıyla rehin verenin, rehin konusu senet üzerinde münhasır egemenliği sona ermedikçe, rehin hakkı kurulmuş olmaz. Senedin rehin zilyetliğinin alacaklıya devri, rehin hakkının tesisi bakımından kurucu etkiye sahiptir ve aleniyeti gerçekleştirir. Alacaklı için rehin zilyetliği sağlanmadıkça, ciro veya yazılı devir beyanı tek başına rehin hakkını kurmaya yeterli olmaz. Yukarıda "Hamiline Yazılı Pay Senedi Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması" başlığı altında zilyetliğe dair yapılan açıklamalar, burada da geçerlidir.

Nama yazılı pay senedi üzerinde rehin hakkının kurulabilmesi için, rehin verenin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir; tasarruf yetkisi eksikliği, rehin hakkının doğumuna engel olur. Bununla birlikte, emre yazılı senetlerde iyiniyetle hak kazanma imkânı (TTK 686/f. II, 831/f. II), kanunen emre yazılı senet sayılan (TTK 490/f. II) nama yazılı pay senetlerinde de uygulama alanı bulur. Dolayısıyla nama yazılı pay senedinin ciro yoluyla (kıymetli evraka özgü sonuçlarıyla) TMK 956/f. II uyarınca rehnedildiği hâllerde alacaklı, rehin hakkını iyiniyetle kazanabilir⁶⁵. Ancak nama yazılı pay senedi, adi alacak gibi TMK 955/f. I uyarınca rehnedilmişse, bu alanda geçerli olan "kimse hakkından fazlasını başkasına geçiremez" kuralı gereğince, rehin hakkının iyiniyetle kazanılması mümkün olmaz⁶⁶.

IV. Art Rehin Hakkı Kurulması

Anonim şirket payının rehnedilmiş olması, üzerinde başka rehinlerin kurulmasına engel değildir; pay üzerinde art rehin hakkı kurulabilir⁶⁷. Payın se-

⁶² Nama yazılı pay senedinin rehini için, cironun yanında rehin sözleşmesi düzenlenmiş olursa, hem TMK 955/f. I'in hem de TMK 956/f. II'nin şekil şartları gerçekleşmiş olur. Bu ihtimalde, rehin hakkının kuruluşu, kıymetli evrakin rehini bakımından özel hüküm olan TMK 956/f. II'ye tabi olur. Bkz. Göksoy, s. 142.

⁶³ Oftinger/Bär, Art. 901, N. 95; Zobl, Art. 901, N. 89; Göksoy, s. 123.

⁶⁴ Göksoy, s. 125; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1190d; Acar, § 7, N. 381; Karahan/Ünal, s. 723; "...nama yazılı pay senetlerinin ve ilmühaberlerin rehin edilmesi, mülkiyetin ve ona bağlı hakların devredilmesini gerektirmez. Pay senetleri üzerinde "mülkiyet" devredilmeyince de rehin alana ortaklık sıfatı kazandırmayacağından, rehnin şirket pay defterine kaydına da olanak yoktur." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 10.01.1987, E. 1986/7332, K. 1987/672) (Kazanıcı Hukuk Otomasyon).

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Göksoy, s. 128 vd.

Pay senedi, sebebe bağlı kıymetli evrak olduğundan, rehin hakkının içeriğinde iyiniyet korunmaz. Bkz. yukarıda dn. 47'de yer alan açıklamalar.

⁶⁶ Oftinger/Bär, Art. 901, N. 108-109; Zobl, Art. 901, N. 100; Sirmen, s. 23; Göksoy, s. 154.

⁶⁷ Rehin hakları arasındaki öncelik sırası, iyiniyetin korunduğu hâller haricinde, rehinlerin kuruluş tarihine göre belirlenir (TMK 948/f. II).

nede bağlanmış olup olmamasına ve senedin türüne göre, yukarıda açıklanan koşullar, art rehin hakkının kuruluşunda da aranır⁶⁸. Bu koşulların yanı sıra, rehin veren veya alacaklı, art rehin kurulduğunu önceki rehinli alacaklıya yazılı olarak bildirmelidir (TMK 958). Bu yazılı bildirim, art rehin hakkının doğumu bakımından kurucu etkiye sahiptir⁶⁹. Art rehin hakkı, yazılı bildirim önceki rehinli alacaklıya varması anında kurulmuş olur; önceki rehinli alacaklının, rıza göstermesine gerek yoktur.

Pay senedi düzenlenmişse, bunun art rehinli alacaklıya teslimi gerekli değildir. Art rehinli alacaklı lehine rehin zilyetliğinin sağlanması, zilyetliğin havalesi ile gerçekleşir (TMK 979). Önce gelen rehinli alacaklı, kendi rehin hakkı sona erdikten sonra senedi, art rehinli alacaklıya teslim etmek durumundadır; bunun kurucu nitelikteki yazılı bildirimde belirtilmesine gerek yoktur. Zira bu husus, TMK 944'ün olağan bir gereğidir⁷⁰.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
bkz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
N.	: Kenar numarası
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: Vesaire
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

⁶⁸ Pay senedi, önceki rehinli alacaklının ya da yedieminin dolaysız zilyetliğinde bulunduğu, rehin verenin, art rehin hakkı kurmak amacıyla senedi nasıl ciro edeceği tartışmalıdır. Bu hususta bkz. Göksoy, s. 179 vd.

⁶⁹ Oftinger/Bâr, Art. 903, N. 5; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3816; Köprülü/Kaneti, s. 546; Sirmen, s. 106; Nomer/Ergüne, N. 904.

⁷⁰ Oftinger/Bâr, Art. 903, N. 5; Köprülü/Kaneti, s. 546.

Taraflar anlaşırsa, önceki rehinli alacaklı, senedin zilyetliğini yediemin sıfatıyla art rehinli alacaklı adına muhafaza etmeye devam edebilir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Ergüne, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehininin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehininin Kuruluşu, İstanbul 2002.
- Göksoy, Y. Can, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001.
- İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989.
- Jäggi, Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teil 7a: Die Wertpapiere, Art. 965-989 und 1145-1155, Zürich 1959.
- Karahan, Sami/Ünal, Mücahit, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya 2013.
- Kendigelen, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994 (Metin içerisinde "İntifa Hakkı" şeklinde kısaltılmıştır).
- Kendigelen, Abuzer, "Anonim Ortaklık Payı (Pay Senedi) Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paylardan Kaynaklanan Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu", Makalelerim, Cilt I: 1986-2001, 2. Bası, İstanbul 2006.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Aynı Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983.
- Makaracı Başak, Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014.
- Nomer, Haluk Nami/
Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili-Rehin Hakları, 3. Bası, İstanbul 2016.
- Oftinger, Karl/Bär, Rolf, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1981.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2014.
- Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010.
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Bası, Ankara 2013.
- Seçer, Öz, "Kaydi Sermaye Piyasası Araçları Üzerinde Rehin Tesisi ve Hükümleri", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 9, Sayı: 105-106.
- Sirmen, A. Lâle, Alacak Rehni, Ankara 1990.
- Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015.
- Zobl, Dieter, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888-906 ZGB, 2. Auflage, Bern 1996.

NİŞANIN BOZULMASINDA MADDİ TAZMİNAT*

(PECUNIARY DAMAGES IN CASE OF BREACH OF ENGAGEMENT)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Mehmet Serkan Ergüne**

ÖZ

Birbiriyle evlenmek isteyen erkek ve kadın arasındaki duygusal ilişki, nişanlanma adı verilen kurum ile hukuki yapıya kavuşturulmuştur. Kendisine sınırlı hukuki sonuçlar bağlanmış olsa da, nişanlanmanın toplum içinde yaygın bir şekilde kabul görmesi, Medenî Kanunda özel olarak düzenlenmesine yol açmıştır.

Nişanlanma, karşılıklı evlenme vaadiyle kurulan aile hukuku sözleşmesidir. Taraflar nişanlanmakla, karşı yanda ve onun bazı yakınlarında, evlenmenin gerçekleşeceği yönünde güven oluşturmuş olurlar.

Nişanlanma sözleşmesinin hem kurulması hem de sona erdirilmesi son derece kolaydır. Taraflardan birinin bu serbestiyi kullanarak nişanı bozması, evlenmenin gerçekleşmemesine ve böylece nişanlanma sözleşmesinin amacına ulaşmamasına yol açar. Bu durum aynı zamanda, nişanlanma sözleşmesiyle oluşan güvenin boşa çıkması anlamına gelir.

TMK m. 120'ye göre, nişanlılardan biri haklı sebep olmaksızın nişanı bozarsa ya da kusuru ile nişanın bozulmasına yol açarsa, gerek diğer tarafın gerekse onun ana babasının veya onlar gibi davranan kimselerin uğramış oldukları maddi zararı tazmin etmek yükümlülüğü altına girer. Buradaki tazminat sorumluluğu, nişanlılık ilişkisinin evlenmeyle sonuçlanacağına dair duyulan güvenden kaynaklanan ve dürüstlük kuralına uygun olarak meydana gelen malvarlığı kayıplarını kapsar.

Anahtar Kelimeler: Nişanlanma, aile hukuku sözleşmesi, nişanın bozulması, maddi tazminat, olumsuz zarar, güven sorumluluğu.

ABSTRACT

The emotional relationship in between a man and a woman who intend to marry each other finds its statutory construction under the institution of "Engagement". Despite its limited legal consequences, this union is legally accepted and regulated by Turkish Civil Code, due to its highly rated social acceptance.

Engagement is a family law contact that concludes with the mutual marriage promise. Engaged parties are deemed to build trust related to the realization

* Bu makale, 25.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 15.11.2016 tarihinde birinci hakem; 20.10.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
ergune@istanbul.edu.tr

of the marriage not only on the other party and but also on some people closely related to the other party.

Both the conclusion and the termination of the engagement contract are relatively uncomplicated. But the breach of the promise within this simple structure leads to the fall through of the marriage and accordingly bars the achievement of the goal by the engagement contract. This situation also constitutes the betrayal of the trust that has been built by the engagement.

According to the provisions of TCC Art. 120, the party, which terminates the engagement for convenience or by fault, is obliged to compensate the pecuniary damages of not only the other party but also the parents of other party and others pretend to be parents. Under the principle of good faith, this compensation liability covers the pecuniary loss caused by the breach of trust related to the realization of the marriage.

Keywords: *Engagement, family law contract, breach of engagement, pecuniary damages, negative damage, trust liability.*

1. Giriş

Nişanlanma, Türk Medenî Kanununun Aile Hukuku Kitabının hemen başında, ayrı bir kurum olarak düzenlenmiştir¹. Nişanlanma, kadın ile erkeğin karşılıklı ve birbirine uygun evlenme vaadiyle kurulan bir aile hukuku sözleşmesidir². Evlenme vaadiyle kurulan nişanlanma (TMK m. 118/f. I), taraflar arasında, evlenmeden önce girilen özel bir süreç olan nişanlılık ilişkisini baş-

¹ Alman (BGB § 1297 vd.), İsviçre (ZGB Art. 90 vd.) ve İtalyan (Cci Art. 79 vd.) Medenî Kanunlarında nişanlanma bir kurum olarak yer aldığı hâlde, Fransız Medenî Kanununda nişanlanma özel olarak düzenlenmemiştir. Fransız hukukunda nişanın bozulması, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bkz. Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015, § 20, N. 2-3.

² Nişanlanmanın hukukî niteliği tartışmalı olmakla beraber, ön sözleşme veya karar olduğu görüşü, öğretilerde genel olarak kabul edilmemektedir. Nişanlanmanın aile hukuku sözleşmesi olduğu yönünde bkz.

Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 20, N. 4-5; Selâhattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990, s. 7-8; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986, s. 23-24; Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 24; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümü, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016, N. 73-76; Nevzat Koç, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002, s. 20-21; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, s. 44-45; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 11-12; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 18. Bası, İstanbul 2016, s. 30; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, § 2, N. 5.

Yargıtay da aynı görüştedir. Örnek olarak, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 12.02.2007, E. 2007/1442, K. 2007/1598 sayılı kararına göre; "TMK'nun 118. maddesi uyarınca nişanlanma; karşılıklı evlenme vaadi içeren aile hukukuna özgü bir sözleşmedir" (Kazancı Hukuk Otomasyon).

latır³. Nişanlılık ilişkisi, güven temeline dayalıdır. Taraflar nişanlanmakla, karşı yanda ve onun bazı yakınlarında, evlenmenin gerçekleşeceği yönünde haklı bir beklenti oluşturmuş olur. Ancak kanun koyucu, bu ilişkinin duygusal yönünü dikkate alarak, nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermediğini öngörmüştür (TMK m. 119). Nişanlandığı kimseye karşı olan hislerinde, sevgisinde ve bağlılığında herhangi bir nedenle azalma yaşayan bir kimseden, bu ilişkiyi devam ettirmesini ve sırf nişan sözleşmesi yaptığı için evlenmesini beklemek, hukuk ve mantıkten kabul edilebilir değildir. Bu itibarla, nişanlılardan her biri, önemli bir sebebe dayanmak zorunda olmadan her zaman tek taraflı olarak nişanı bozma hakkına sahiptir.

Nişanı bozan veya bozulmasına sebebiyet veren taraf, evlenmenin gerçekleşeceği yönünde oluşturduğu haklı güveni ihlal etmiş olur⁴. Nişanlılık ilişkisindeki güveni boşa çıkaran taraf kusurlu ise, bunun maddi sonuçlarına katlanmak zorundadır. Zira nişanlılık duygusal bir bağa dayansa da, ileride evlenmenin gerçekleşeceği beklentisi, aile hukukuna özgü bu sözleşme ilişkisi sırasında bazı malvarlığı azalmalarının yaşanmasına sebebiyet verir. Bu hâliyle nişanlılık, bir çeşit risk topluluğudur. Nişanı bozan tarafın evlenmeye zorlanamaması, nişanlılık ilişkisine güvenerek hareket eden kişilerin, nişanlılık dolayısıyla uğradıkları malvarlığı kayıplarına katlanmalarını beklemek için yeterli sebep değildir.

Bu çalışmada, nişanın tek taraflı bozulması hâlinde ortaya çıkan maddi tazminat sorumluluğunun özellik taşıyan hususları, İsviçre ve Alman hukuklarındaki düzenlemeler de dikkate alınmak suretiyle, inceleme konusu yapılacaktır.

2. Türk, İsviçre ve Alman Medenî Kanunlarının Konuyu Düzenleme Biçimleri

a) Türk Medenî Kanunundaki Düzenleme

Nişanın bozulması nedeniyle istenebilecek maddi tazminat talebi, TMK m. 120'de hükme bağlanmıştır: *“Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır.*

Tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası veya onlar gibi davranan kimseler de, aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler.”

Bu düzenleme, güven temeline dayalı aile hukuku sözleşmesi olan nişanlanma yüzünden uğranılan maddi zararların giderilmesini hedeflemektedir. Böylece kanun koyucu, nişanlanma dolayısıyla ortaya çıkan güvenin ihlal edilmesini yaptırma bağlamış; dürüstlük kuralı çerçevesinde ve evlenme ama-

³ Nişanlanma ve nişanlılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rudolf Montanari, Verlobung und Verlöbnisbruch, Bern 1974, s. 21 vd.; Yıldız Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005, Cilt: 54 Sayı: 2, s. 65 vd.

⁴ Bruno Huwiler, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel 2014, Art. 92, N. 1; nişanlanma sözleşmesinin güven ilişkisine yol açtığı yönünde bkz. Montanari, s. 56 vd.

ciyla yapılan harcamalar ile katlanılan maddi fedakârlıklar için uygun bir tazminat ödenmesini öngörmüştür.

TMK m. 120 hükmü, ancak geçerli bir nişanlanmanın tek taraflı olarak bozulması hâlinde uygulama alanı bulur. Bu itibarla nişanlanma sözleşmesi, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla sona erdirilmişe yahut nişanlılık ilişkisi devam ediyorsa, TMK m. 120 çerçevesinde maddi tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz⁵. Keza nişanlanma sözleşmesinin hiç kurulmadığı veya geçersiz olduğu hâllerde⁶, taraflar arasındaki tazminat talepleri, TMK m. 120'ye değil, şartları varsa genel hükümlere tabi olur (TBK m. 49 vd.).

Nişanın bozulmasından sonra taraflar yeniden nişanlanmışlarsa, ilk nişanlılık dolayısıyla yapılan harcamalar ve katlanılan maddi fedakârlıklar, evlenme amacına hizmet etmeye devam edeceğinden, tazminat sorumluluğunun zarar unsuru gerçekleşmiş olmaz. Yeniden nişanlanmaya rağmen, ilk nişanlılık sırasında yapılan ve nişanın bozulması nedeniyle karşılıksız kalan malvarlığı kayıpları varsa, bunlar için kural olarak tazminat davası açılabilir; ancak yeniden nişanlanan tarafların, ilk nişanın bozulmasından doğan zararlar bakımından birbirlerini örtülü olarak ibra ettikleri kabul edilebilir⁷.

Evlenmeye zorlama hakkı vermeyen nişanlanma sözleşmesinin bozulması, kural olarak haksız fiil sorumluluğuna yol açmaz⁸. Zira bir kimsenin, sözüne sadık kalmayarak evlenmekten vazgeçmesi, bu davranışında kusurlu olsa bile, diğer taraf için mutlak hak ihlali değildir. Bununla beraber somut olayda, nişanın bozulmasına yol açan olaylarda, ayrıca haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş olabilir (hakaret, darp, hile, tehdit vs.). Bu ihtimalde, söz konusu fiillerden kaynaklı haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkabilir. Ancak haksız fiil sorumluluğuna dayanarak, TMK m. 120 uyarınca tazmini mümkün olmayan kayıpların (evlenme amacıyla yapılmayan masrafların, evlenmeden beklenen menfaatin vs.) talep edilmesi mümkün değildir.

b. İsviçre ve Alman Medenî Kanunlarındaki Düzenlemeler

İsviçre Medenî Kanununda (ZGB Art. 92) 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikte, nişanın bozulmasının maddi sonuçları düzenlenirken tazminat kelimesi kullanılmamış, bunun yerine katılma yükümlülüğünden (*Beit-*

⁵ Tekinay, s. 37; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 51.

⁶ TMK m. 118/f. II'de yer alan "Nişanlanma, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça küçük veya kısıtlıyı bağlamaz" şeklindeki düzenleme nedeniyle, yasal temsilcisinin rızasını almayan sınırlı ehliyetsizin nişanlanamayacağı kabul edilecek olursa, bu durum nişanlanma sözleşmesinin geçersizliğine sebebiyet verdiğinden, her iki tarafın da (diğer nişanlı tam ehliyetli olsa bile) TMK m. 120 uyarınca maddi tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. Buna karşın, nişanlanmanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızası olmaksızın nişanlanabileceği, fakat nişanlanmanın maddi sonuçlarından sorumlu olmayacağı yönündeki görüş benimsenecek olursa, sonuç değişir. Bu ihtimalde, nişanı bozan sınırlı ehliyetsizden, TMK m. 120 uyarınca maddi tazminat istenemez, fakat diğer nişanlı tam fiil ehliyetine sahipse ve nişanın bozulmasında kusurlu ise, onun maddi tazminat sorumluluğu ortaya çıkar.

⁷ İbranın örtülü olarak yapılabileceği yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, 14. Bası, İstanbul 2016, N. 1761.

⁸ Dieter Hahn, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, 40. Edition, Stand: 01.08.2016, München 2016, § 1298, N. 24; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 98; Abik, s. 123; aksi yönde bkz. Koç, s. 85-86.

ragspflicht) söz edilmiştir. Bu değişikliğin, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa neden alınmadığı belli değildir; madde gerekçesinde herhangi bir açıklama yoktur. Elbette kanun koyucu, İsviçre’yi takip etmek zorunda olmayıp, mehzaz kanundan ayrılan bir düzenleme getirebilir. Ama kanunun baştan sonra İsviçre’yi takip ettiği bir sistemde, İsviçre’deki değişikliğin neden alınmadığının izah edilmemesi, bunun görmezden gelinmesi, önemli bir eksiklik olmuştur.

Değişiklik sonrası ZGB Art. 92, şu şekilde kaleme alınmıştır: Evlenmenin gerçekleşeceğini gözeterek iyiniyetle⁹ hazırlıklar yapmış olan nişanlı, nişanın bozulması hâlinde diğerinden, uygun bir katkı talep edebilir, yeter ki bu talep, tüm şartlara göre hakkaniyete aykırı görünmesin.

İsviçre öğretisinde belirtildiği üzere, tazminat ifadesi maddede her ne kadar açıkça yer almasa da, burada bahsi geçen esasında, borçlar hukuku anlamında tazminat yükümlülüğünden öte bir şey değildir¹⁰. Maddede geçen hazırlıklar/etkinlikler (*Veranstaltungen*) ifadesi, yapma veya yapmama suretiyle malvarlığında azalmaya yol açan davranışları ifade eder. Bunun kapsamına, evlenmenin gerçekleşeceği beklentisiyle yapılan fiili masraflar ve uğranılan kâr mahrumiyetleri girer¹¹. Hazırlıkların iyiniyetle yapılması şartı, hem evlenmenin gerçekleşeceği yönündeki haklı beklentiyi hem de hazırlıkların somut olayın özellikleri çerçevesinde uygun olmasını ifade eder¹².

Alman hukukundaki düzenleme ise, TMK m. 120’ye oldukça benzemektedir. BGB § 1298 uyarınca, nişandan dönenen taraf, diğer nişanlıya ve onun ana babası ile ana babasının yerine hareket eden üçüncü kişilere tazminat ödemekle yükümlüdür¹³. Bu tazminatın kapsamında, tazminat isteyeme hakkı olan kimselerin, evlenmenin gerçekleşeceği beklentisiyle yaptıkları masraflar ile üstlendikleri yükümlülükler yer alır. Nişanın bozulmasında kusurlu olan nişanlı ayrıca, evlenmenin gerçekleşeceği beklentisi içinde malvarlığını veya kazanç durumunu etkileyen tedbirler dolayısıyla diğer nişanlının uğradığı zararı da gidermekle yükümlüdür. Ancak tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için masrafların, üstlenilen yükümlülüklerin ve diğer tedbirlerin, şartlara göre uygun olması gerekmektedir. Nişandan dönmek için önemli bir sebebin mevcut olduğu hâllerde ise, tazminat yükümlülüğü ortaya çıkmaz.

3. Tazminat Borçlusu

Tazminat ödeme yükümlülüğü, nişanı haksız yere bozan ya da kusuru ile nişanın bozulmasına yol açan tarafa aittir, yani nişanın bozulmasında kusurlu olan nişanlı, bundan ötürü maddi tazminat ödemek borcu altına girer. Bu noktada, borçlar hukukuna hâkim olan kusur sorumluluğu rejiminden ayrılan bir yön bulunmamaktadır. Nişanın bozulmasında haklı sebebin olması, hukuka aykırı davranışa karşılık gelir.

Nişanın bozulmasında hiçbir tarafın kusuru yoksa (kaza, hastalık gibi nedenler etkili olmuşsa) veya nişanın bozulmasında önemli bir sebep mevcutsa,

⁹ İsviçre Medeni Kanununun 92. maddesinde geçen “iyiniyetle (in guten Treuen)” ifadesi, dürüstlük kuralını işaret eder. Bu husustaki tartışmalar için bkz. Montanari, s. 174 vd.

¹⁰ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 20, N. 17; Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 1.

¹¹ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 2, 10-11; Montanari, s. 161 vd.

¹² Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 14.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hahn, Beck’scher Online-Kommentar BGB, § 1298, Rn. 1 vd.

nişanı bozan taraftan maddi tazminat istenemez¹⁴. Ancak nişanı bozma objektif olarak haklı sebebe dayansa da, bu duruma kendi kusurlu hareketleriyle yol açan nişanlı, yine tazminat ödemekle sorumlu olur¹⁵.

Nişanlılığı devam ettirmeyi ve evlenmeyi gerçekleştirilmeyi, dürüstlük kuralı çerçevesinde bir taraftan beklenemez kılan sebepler, nişanı bozma için haklı sayılır¹⁶. Nişanı bozma sebebinin haklı olup olmadığı, taraflar arasındaki ilişkinin şekli, toplumun ve özellikle nişanlıların ait oldukları sosyal sınıfın ortak inançları, gelenek ve görenekler esas alınarak belirlenir¹⁷. Nişanın bozulmasında haklı sebep olabilecek hâlleri, önceden tüketici olarak saymak mümkün değildir. Nitekim kanunda da herhangi bir açıklık yoktur; hâkime somut olayın özellikleri çerçevesinde takdir yetkisinin tanındığı “*hüküm içi boşluk*” (*intra legem*) söz konusudur. Bununla birlikte, diğer nişanlının ahlaki ve manevi niteliklerinde yetersizlikler, evlilikte önem taşıyacak bir olayın gizlenmesi veya bu hususta yanıltıcı bilgi verilmesi, nişanlıya gereken ilgi ve yakınlığın gösterilmemesi gibi hâller, genel ölçülere göre nişanın bozulmasında haklı sebep sayılır¹⁸.

İşaret etmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanununda (ZGB Art. 92), kusur şartı kaldırılmış, nişanın bozulmasıyla ortaya çıkan tazminat sorumluluğu objektif esasa dayandırılmıştır. Kişiler arasında yaşanan duygusal ilişkilerde, çoğu zaman her iki taraf da kusurlu davranışlarda bulunduğu; ilişkinin sona ermesinde kimin kusurlu olduğunu araştırmak gerekli görülmemiştir. Duygusal ilişkilerin sona ermesinin sonuçlarının, sadece geleneksel kusur esasları ile açıklanabilir olmadığı düşüncesiyle hareket edilmiş; tazminat sorumluluğu için sübjektif nitelikteki “*kusur*” unsuru yerine, objektif nitelikteki “*hakkaniyet*” şartına yer verilmiştir¹⁹. Böylece nişanlıların birbirlerinden katkı talep edebilmesi için, bunun somut olayın özellikleri çerçevesinde hakkaniyete uygun görülmesi yeterli sayılmış; ayrıca davalı nişanlının kusurlu olması aranmamıştır. Hiç şüphe yok ki, nişanın bozulmasının haklı bir sebebe dayanmaması ya da karşı tarafın kusurlu olması, somut olayın özellikleri çerçevesinde hakkaniyete uygun olma şartının içinde değerlendirilecektir²⁰. Ancak bu durum, maddi tazminat sorumluluğunun objektif olduğu (davalının kusurunun aranmadığı) esasını değiştirmemektedir.

TMK m. 120 uyarınca tazminat ödeme yükümlülüğü, sadece nişanın bozulmasında kusurlu olan nişanlıya aittir. Kusurlu nişanlının ana babası veya onlar gibi hareket eden üçüncü kişiler, nişanın bozulmasında doğrudan etkili olsalar bile, TMK m. 120’de düzenlenen tazminat sorumluluğunun borçlusu

¹⁴ Karş. Koç, s. 83, dn. 41.

¹⁵ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 9, 21; Tekinay, s. 40; Feyzioğlu, s. 64; Öztan, s. 99.

¹⁶ Hahn, Beck’scher Online-Kommentar BGB, § 1298, N. 12; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 165.

¹⁷ Tekinay, s. 37-38; Feyzioğlu, s. 61; Koç, s. 84; Köprülü/Kaneti, s. 54; Abik, s. 124-125.

¹⁸ Tekinay, s. 38-39; haklı sebep örnekleri için ayrıca bkz. Feyzioğlu, s. 62-63; Koç, s. 86 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 54-55; Oğuzman/Dural, s. 40-41; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 167-171; Öztan, s. 99; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 50; Hahn, Beck’scher Online-Kommentar BGB, § 1298, N. 15-17.

¹⁹ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 3, 18; Stefan Keller, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Herausgeber: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 92, N. 1, 4.

²⁰ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 3, 7.

olmazlar. Kusurlu nişanlı dışındaki diğer kimselere karşı açılacak tazminat davası, genel hükümlere tabi olur (TBK m. 49 vd.)²¹.

4. Tazminat Alacaklısı

Nişanın bozulması nedeniyle maddi tazminat talep etme hakkı, nişanın bozulmasında kusurlu olmayan veya daha az kusurlu olan nişanlıya aittir. Ancak kanun koyucu, tazminat talep edebilecek olanların çerçevesini sadece nişanlılarla sınırlamamış; nişanlılık ilişkisinin yol açtığı güvenden etkilenen üçüncü kişilerin de, nişanın bozulması nedeniyle maddi tazminat talep edebilmelerine imkân tanımıştır. Zira güven temeline dayalı nişanlanma sözleşmesi, her bir nişanlı ile diğer nişanlının ana babası veya onlar gibi davranan kimseler arasında, TMK m. 2 uyarınca edim yükümden bağımsız bir borç ilişkisi kurar²².

TMK m. 120/f. III uyarınca, tazminat istemeye hakkı olan nişanlının ana babası veya onlar gibi davranan kimseler de, aynı koşullar altında nişanın bozulması nedeniyle maddi tazminat talep edebilirler.

Tazminat isteyebilecek üçüncü kişilerin çerçevesi, TMK m. 120/f. II'de sayılanlar ile sınırlıdır. Dolayısıyla ana baba olmayan ve onlar gibi davranmayan kimseler, nişanın bozulması nedeniyle maddi tazminat talep edemezler. Keza nişanın bozulmasında kusurlu olan tarafın ana babası yahut onlar gibi davrananlar da, TMK m. 120 uyarınca maddi tazminat isteme hakkına sahip değildirler.

Ancak öğretide belirtildiği gibi, ana baba gibi hareket eden kimseler, sadece nişanlının hısımları olarak anlaşılmalıdır. Evlenmenin gerçekleşeceği beklentisiyle nişanlılar için masraf yapanlar, bu kategoriye girer. Buna göre, tazminat istemeye hakkı olan nişanlının herhangi bir hısmı veya bu nişanlı ile kişisel ilişkisi olmayan bir kimse ve hatta bir kurum dahi, TMK m. 120/f. II bağlamında ana baba gibi hareket eden kimse olarak kabul edilir²³.

Tazminat istemeye hakkı olan nişanlının ana babasının ve onlar gibi davranan kimselerin TMK m. 120 uyarınca sahip oldukları tazminat talepleri, birbirinden bağımsızdır. Ana babanın tazminat talebinde bulunması, ana baba gibi hareket edenlerin tazminat talebine engel oluşturmaz.

5. Tazmin Edilecek Zarar

TMK m. 120 uyarınca tazmin edilecek zarar, *nişan giderleri ile evlenme amacıyla yapılan harcamalar ve katlanılan maddi fedakârlıklardır*. Bunlar, bozulan nişanlanma sözleşmesi hiç yapılmıyaydı, uğranılmayacak olan malvarlığı kayıplarıdır, yani güven zararlarıdır. Dolayısıyla nişanın bozulması nedeniyle istenebilecek maddi tazminat, hukukî niteliği itibarıyla bir olumsuz zarar sorumluluğudur²⁴.

²¹ Tekinay, s. 48.

²² Hatemi/Kalkan Oğuztürk, § 2, N. 65.

²³ Fezyioğlu, s. 67; Koç, s. 93; Tekinay, s. 46-47; Oğuzman/Dural, s. 46; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 200; Kılıçoğlu, s. 28; Köprülü/Kaneti, s. 55-56; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 53-54; bu husustaki tartışmalar için bkz. Montanari, s. 137 vd.

²⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 20, N. 17; Öztan, s. 98, 100-101, 104; Tekinay, s. 41; Fezyioğlu, s. 67; Oğuzman/Dural, s. 42-44; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 181; Koç, s. 103; Köprülü/Kaneti, s. 56; Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.

Borçlar hukukuna özgü, sözleşmenin haksız feshi nedeniyle olumlu zararın tazmini, nişanlanma sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesinde uygulama alanı bulmaz. Nişanlanma, aile hukuku sözleşmesi olarak evlenmeye zorlama hakkı vermediği için (TMK m. 119/f. I), nişanın bozulması hâlinde, evlenme gerçekleşseydi elde edilecek menfaatin (olumlu zararın) tazmin edilmesi söz konusu olmaz²⁵. Nişanın bozulması üzerine, evlenmenin gerçekleşmesi hâlinde elde edilecek menfaatin tazmin edilmesi mümkün olsaydı, nişanlanma dolaylı olarak evlenmeye zorlama aracına dönüşmüş olurdu. Aynı nedenle, TMK m. 119/f. II uyarınca; “*Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenebilir*”. Buna göre, nişanın bozulmasında kusurlu olmayan veya daha az kusurlu olan nişanlı, evlenme gerçekleşseydi elde edilebileceği menfaate karşılık olarak (örnek olarak, mirasçı olacağını, artık çalışmak zorunda kalmayacağını ileri sürerek), kusurlu nişanlıdan herhangi bir talepte bulunamaz.

Nişanın bozulması hâlinde istenebilecek maddi tazminat, güven sorumluluğuna dayanan olumsuz zarar ile sınırlıdır. Ancak buradaki olumsuz zarar sorumluluğu, aile hukuku sözleşmesinden kaynaklandığından, borçlar hukukundan biraz farklılık göstermektedir²⁶.

Borçlar hukuku alanında olumsuz zarar, Mommsen’in menfaat (fark) teorisi çerçevesinde şöyle tanımlanmaktadır²⁷. Sözleşme tarafının malvarlığının, güvendiği sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle içinde bulunduğu fiili durum ile güvendiği sözleşmeyi hiç yapmasaydı içinde bulunacağı farazi durum arasındaki fark, olumsuz zararı ifade eder²⁸. Bunun kapsamına, sözleşme tarafının, sözleşme ilişkisinin hüküm ifade edeceğine dair duyduğu güven ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan tüm malvarlığı kayıpları girer.

Nişanın bozulmasında ise, nişanlılık ilişkisi hiç yapılmıyaydı meydana gelmeyecek olan tüm malvarlığı kayıplarının tazmin edilmesi istenemez. Bir başka ifadeyle, güvenilen nişanlılığın neden olduğu tüm zararlar, TMK m. 120’deki maddi tazminatın kapsamına girmez. Nişanın bozulması nedeniyle istenebilecek tazminat, yalnızca evlenmenin gerçekleşeceği beklentisiyle yapılan harcamaları ve katlanılan maddi fedakârlıkları kapsar. Malvarlığı kayıpları ile evlenme beklentisi arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Bunun

248, dn. 360; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, § 2, N. 65; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 52; Abik, s. 128, 130-131.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin T. 06.10.2015, E. 2015/8007, K. 2015/15143 sayılı kararına göre; “Davacı yanın isteyeceği tazminat menfi tazminattır. Başka bir anlatımla, nişanlanma olmasaydı uğranılmayacak olan parasal zarar istenebilir. Menfi tazminatın kapsamı yasada gösterilmiş olup, bunlar, dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılan harcamalar, evlenme amacıyla yapılan harcamalar ve evlenme amacıyla katlanılan maddi fedakârlıklardır” (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Benzer yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 17.03.2015, E. 2014/18045, K. 2015/4348 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Alman hukukunda da olumsuz zarar sorumluluğu söz konusudur. Bkz. Hahn, Beck’scher Online-Kommentar BGB, § 1298, N. 1.

²⁵ Öztan, s. 98; Tekinay, s. 36, 40-41; Feyzioğlu, s. 67; Koç, s. 104; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 52; Abik, s. 131.

²⁶ Olumsuz zarar sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, s. 36 vd.

²⁷ Zarar kavramına hâkim olan menfaat (fark) teorisi, Friedrich Mommsen tarafından ortaya atılmıştır. Bu hususta bkz. Ergüne, s. 14 vd.

²⁸ Ergüne, s. 41.

dışında kalan diğer zararlar, nişanlılık ile uygun nedensellik bağı içinde olsa bile, TMK m. 120 uyarınca tazmin edilebilir değildir²⁹. Örnek olarak, nişanlının hamile kalması, çocuk doğurması, kusurlu nişanlının sebebiyet verdiği bedeni zararlar³⁰, evlenme amacına yönelik olmadığından TMK m.120'ye dâhil değildir³¹. Bu tarz zarar talepleri (evlenme amacına yönelik olmayan maddi kayıplar), şartları varsa haksız fiil sorumluluğuna tabi olur (TBK m. 49 vd.).

Keza nişanlılık sırasında günlük ihtiyaçların karşılanması amacıyla veya örf ve adet gereği yapılan giderler (örnek olarak, çiçek, pasta, kuaför ve gezinti harcamaları) için, TMK m. 120 çerçevesinde tazminat istenemez³². Esasen bu tarz harcamaların, evlenmenin gerçekleşeceği beklentisi içinde yapıldığı da ileri sürülemez³³. Ayrıca Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, kullanılmakla tüketilen veya eskiyen (elbise, ayakkabı, pasta, meyve suyu gibi) eşyaların iadesine karar verilemeyeceğinden (alışılmış hediye olduklarından), bunlar için maddi tazminat da istenemez³⁴. Alışılmışın dışındaki hediyelerin geri verilmesi yahut bedellerinin karşılanması ise, TMK m. 122'ye tabidir.

²⁹ Buradan hareketle, nişanın bozulması hâlinde istenebilecek tazminatı, olumsuz zarar olarak nitelendirmeyen görüş için bkz. Montanari, s. 192-193; Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 12.

Kanaatimce, bu değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Zira tazminatın kapsamına sınırlama getirilmiş olması, buradaki sorumluluğun nişanlanma sözleşmesine duyulan güvenin ihlal edilmesinden kaynaklandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim borçlar hukuku alanında dahi, olumsuz zarar sorumluluğunun sınırlandığı hâller mevcuttur (örnek olarak, TBK m. 9/f. II, 512, 564). Bkz. Ergüne, s. 252, 274-276, 279.

³⁰ Sözleşme taraflarından birisinin uğradığı bedeni zararlar, olumlu - olumsuz zarar ayırımının dışında kalır ve bütünlük menfaati (Integritätsinteresse/Erhaltungsinteresse) kapsamında değerlendirilir. Bkz. Ergüne, s. 32.

Kusurlu nişanlının karşı tarafta yol açtığı bedeni zararlar, haksız fiil sorumluluğuna tabi olur. TMK m. 120, malvarlığı zararlarının tazmin edilmesine yönelik bir düzenlemedir.

³¹ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 12; Hahn, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 1298, N. 20.

³² Oğuzman/Dural, s. 44; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 193; Koç, s. 82.

³³ Keller, Art. 92, N. 2; Hahn, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 1298, N. 20.

³⁴ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 06.10.2015, E. 2015/8007, K. 2015/15143 sayılı kararına göre; "Kural olarak giymekle, kullanılmakla eskiyen ve tüketilen (elbise, ayakkabı, kuaför gideri, pasta, meyve suyu vs. gibi) eşyaların iadesine karar verilemez. Somut olayda, diğer taleplerin yanı sıra, davacı (karşılık davalı) tarafından yapılan nişan töreni gideri olan 8000 TL'nin tahsili de nişanın bozulması nedeni ile davalıdan tahsili istenmiştir. Yukarıda belirtilen ilke gereğince, giymekle, kullanılmakla eskiyen ve tüketilen (elbise, ayakkabı, kuaför gideri, pasta, meyve suyu vs. gibi) eşyaların iadesine karar verilemeyeceğinden, davacı (karşılık davalı) tarafından karşılanan nişan töreni giderinin (yemek, fotoğraf vs...) davalıdan (karşılık davalı) tahsili yönündeki talebin (maddi tazminat talebinin) kabulüne karar verilmesi doğru görülmüştür" (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 30.05.2002, E. 2002/5461, K. 2002/6175 sayılı kararına göre; "Maddi tazminatın bir kısmını oluşturan çanta, ayakkabı, konfeksiyon... gibi eşyalar Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre kullanılmakla eskiyen ya da tüketen eşyalar olup iadesine karar verilemez. Bu nedenle bedellerine hükmedilmesi doğru değildir" (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Benzer yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 18.09.2001, E. 2001/6263, K. 2001/7857 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Evlenmenin gerçekleşeceği beklentisiyle yapılan harcamalar ve katlanılan fedakârlıklar, fiili zarar (*damnum emergens*) yahut yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) şeklinde karşımıza çıkabilir. Zira olumsuz zarar sorumluluğunun kapsamına, güvenilen sözleşme ilişkisi nedeniyle uğranılan fiili kayıpların (*damnum emergens*) yanı sıra, aynı veya daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) da girer³⁵. Ancak nişanlanma sözleşmesinin niteliği dikkate alındığında, maddi tazminatın kapsamına girecek olumsuz zarar kalemleri bakımından bazı değerlendirmelerin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Güvenilen nişanlılık ilişkisi nedeniyle yapılan masraflar için TMK m. 120 çerçevesinde tazminat istenmesi mümkündür. Bunlar, olumsuz zarar sorumluluğunun fiili zarar (*damnum emergens*) kısmına denk gelir. Örnek olarak, nişanlının geçimi ve bakımı için yapılan masraflar, çeyiz harcamaları, oturulacak evin kiralanması, eşya satın alınması, düğün davetiyelerinin bastırılması, gelinlik siparişi verilmesi, balayı hazırlıkları, TMK m. 120'deki maddi tazminatın kapsamına girer³⁶. Keza nişan töreni giderleri de, güvenilen nişanlılık ilişkisinin yol açtığı fiili zararlar (*damnum emergens*) niteliğindedir. Eski kanun döneminde öğretilerde ve Yargıtay kararlarında tartışmalı olan bu husus, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile açıkça hükme bağlanmıştır³⁷. Bu itibarla, nişan töreni için tutulan salonun kirası, konukların davet edilmesi ve ağırlanması gibi giderler de, maddi tazminat olarak istenebilir.

Tazminat istemeye hakkı olan nişanlının malvarlığındaki aktiflerin artmasının yahut pasiflerin azalmasının, nişanlanma sözleşmesi dolayısıyla engellenmiş olması, onun yoksun kaldığı kârı oluşturur. Ancak güvenilen nişanlılık ilişkisi dolayısıyla kaçırılan her kâr kaybının tazmin edilmesi, hukuken mümkün değildir. Bu bağlamda, tazminat istemeye hakkı olan nişanlının, bozulan nişanlanma sözleşmesine güvenerek, başka evlenme tekliflerini kaçırmasından doğan kâr kayıpları, -bunlar nişanlanma sözleşmesinden doğan olumsuz zarar niteliğinde olsa da³⁸- maddi tazminat olarak istenemez. Zira bu tarz kayıpların istenmesi, hem ahlaka aykırılık oluşturur³⁹, hem de kaçırılan evlenme teklifinin evlenmeyle sonuçlanacağı ve böylece maddi menfaatler getireceği hususu (böyle bir zararın varlığı) ispatlanabilir değildir⁴⁰.

³⁵ Ergüne, s. 288 vd., 298 vd.

³⁶ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 11; Montanari, s. 161-163; Feyzioğlu, s. 67-68; Koç, s. 95, 103; Oğuzman/Dural, s. 44; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 191; Öztan, s. 101-102; Kılıçoğlu, s. 28; Köprülü/Kaneti, s. 56.

³⁷ Eski kanun döneminde öğretilerdeki tartışmalar için bkz. Koç, s. 98 vd.; Oğuzman/Dural, s. 44; Tekinay, s. 42, dn. 15; Öztan, s. 103, dn. 350.

Yargıtay'ın ağırlıklı uygulaması, nişan töreni giderlerinin, nişanlanmanın duyurulması için yapıldığı; bunların evlenme amacıyla yapılan giderlerden sayılamayacağı ve dolayısıyla maddi tazminat talebine konu edilemeyeceği yönündeydi. Örnek olarak bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 16.11.2000, E. 2000/10581, K. 2000/10847 sayılı kararına göre; "Mahkemece tahsiline karar verilen maddi tazminatta söz tören masrafı, fotoğraf masrafı ve salon kirası gibi nişan duyuru giderlerinin yer aldığı görülmektedir. Medenî Yasa 84. maddesine göre nişanlanmanın duyurulması için yapılan giderler, nikahın icra olunacağı kararıyla yapılan giderlerden sayılamayacağından istenemez." (Kazancı Hukuk Otomasyon).

³⁸ Karş. Koç, s. 100.

³⁹ Tekinay, s. 43.

⁴⁰ Montanari, s. 164.

Buna karşın, tazminat istemeye hakkı olan nişanlı, nişanlılık ilişkisine güvenerek işinden ayrılmışsa ya da iş tekliflerini geri çevirmişse, bundan kaynaklanan kâr kayıplarının tazmin edilmesini talep edebilir⁴¹. Zira sözleşmeye duyulan güven nedeniyle kaçırılan başka nitelikte ve amaçta sözleşme yapma fırsatları, bu yüzden değerlendirilemeyen değişik alanlardaki işler de olumsuz zararın kapsamına girer⁴². Dolayısıyla işinden ayrılan ya da iş tekliflerini reddeden nişanlı, yeni iş buluncaya kadar gerekli olan süre boyunca uğradığı gelir kayıplarını, nişanın bozulması hâlinde maddi tazminat olarak isteyebilir⁴³. Keza nişanlılardan birinin, diğerinin isteğiyle öğrenimini yarıda bırakması da, aynı esaslara tabi tutulur⁴⁴.

Kanun koyucu, maddi tazminat olarak istenebilecek malvarlığı kayıplarına bir sınırlama daha getirmiştir. Tazmin edilecek harcamaların ve katlanılan maddi fedakârlıkların evlenme amacına yönelik olmasından başka, bunların nişanlılık ilişkisi dolayısıyla yapılmasının dürüstlük kuralına uygun düşmesi de gerekmektedir. Yani tazminat istemeye hakkı olan taraf, evlenme amacıyla hareket ederken dürüstlük kuralına uymak; harcamalarında ve üstlendiği maddi yükümlülüklerde ölçsüz davranmamak zorundadır. Bir masrafın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı, aşırı sayılıp sayılmayacağı, somut olayın özellikleri çerçevesinde, örf ve adetler ile tarafların sosyo-ekonomik durumlarına göre belirlenir⁴⁵. Hâkim, takdir yetkisi çerçevesinde, aşırı harcamaların sadece hakkaniyetin gerektirdiği kısmının tazminine karar verecektir. Ancak bir masraf aşırı olsa bile, nişanın bozulmasında kusurlu olan tarafa yapılmasına rıza gösterilmişse, maddi tazminat talebine konu edilebilir⁴⁶.

TMK m. 120, nişanlılık dolayısıyla ortaya çıkan zararları kapsar. Bu sebeple, nişanlanmadan önce ve nişanın bozulmasından sonra ortaya çıkan zararlar, evlenme amacına yönelik olsalar bile tazmin edilmez. Ancak bu zararların, güvenilen nişanlılık ilişkisi ile sıkı bir bağ içinde bulunmaları hâlinde, TMK m. 120'deki esaslar çerçevesinde tazmin edilmesi mümkün olabilir. Zira kanun, harcamanın ve maddi fedakârlığın, evlenme amacına yönelik olmasını yeterli görmüş, fakat bunların nişanlılığın neticesinde ortaya çıkmasından söz etme-

⁴¹ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 20, N. 17, dn. 17; Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 11; Hahn, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 1298, N. 22; Montanari, s. 163; Tekinay, s. 43; Köprülü/Kaneti, s. 56; Öztan, s. 102; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 53; Abik, s. 129, 133. Aksi yönde bkz. Oğuzman/Dural, s. 43-44.

⁴² Ergüne, s. 311.

⁴³ Tazmin edilecek bu tarz kayıpları, olumsuz zararın kapsamında yer alan fiili zarar (damnum emergens) olarak nitelendiren farklı bir görüş için bkz. Koç, s. 97, dn. 99; ancak yazar, eserin başka yerinde bu tarz kayıpların olumlu zarar niteliğinde olduğunu ve dolayısıyla TMK m. 120 uyarınca tazmin edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Koç, s. 103, dn. 119; ayrıca karş. Koç, s. 106.

⁴⁴ Koç, s. 102-103; Abik, s. 133.

⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 24.01.1990, E. 1989/3-566, K. 1990/10 sayılı kararına göre; "Madde içeriğinden de anlaşılacağı üzere haklı bir neden olmaksızın nişanın bozulmasına sebebiyet verilmiş ise kusursuz nişanlıya ödenecek olan evlenme akdinin icra olunacağı kanaati ile ve ileride yapılacak evliliğe ilişkin olarak iyiniyetle yapılan masraflara karşılık uygun bir tazminattır. Bu tazminat tayin edilirken tarafların sosyal ve ekonomik durumu kültür seviyesi yerel gelenek ve görenekler ile sosyal yapı göz önünde tutulmalıdır" (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁴⁶ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 14; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 53; Oğuzman/Dural, s. 45; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 194; Koç, s. 102; Öztan, s. 105; Abik, s. 132.

miştir⁴⁷. Örnek olarak, nişanlısının başkasıyla evlendiğinden haberdar olmayan taraf, evlenmeyle nişan bozulmuş olduğu hâlde, bunu öğrenme anına kadar yaptığı giderlerin ve üstlendiği maddi fedakârlıkların (hem nişanlılık ilişkisi sırasında hem de nişanın bozulmasından sonra ortaya çıkan kayıpların) TMK m. 120 çerçevesinde tazmin edilmesini isteyebilir.

Hukukumuzdaki tazminat taleplerini genel olarak sınırlayan uygun nedensellik bağı kriteri, burada da uygulama alanı bulur. Tazmin edilecek zarar, nişanın bozulması ile uygun nedensellik bağı içinde bulunmalıdır.

6. Üçüncü Kişilerin İsteyebilecekleri Tazminat

TMK m.120'de, tazminat istemeye hakkı olan nişanlı ile onun ana babası veya onlar gibi davranan kimselerin talep edebileceği tazminatın kapsamı arasında bir ayırım yapılmamıştır. Ancak öğretilerde belirtildiği üzere, tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana babası veya onlar gibi davranan kimseler, ancak nişanlının evleneceği ümidiyle ve onun için yaptıkları masrafları talep edebilirler⁴⁸. Yani bu kimseler, tazminat istemeye hakkı olan nişanlının evlenmeye hazırlanması için yaptıkları masraflar karşılığında tazminat isteyebilirler; buna karşın kendileri için yaptıkları masrafları ve evlenmenin gerçekleşeceğine güvenerek uğradıkları kâr kayıplarını isteyemezler. Örnek olarak bu kimseler, nişanlıların oturacakları evi kiraladıysa, ev eşyası satın aldıysa, yaptıkları masrafları talep edebilirler; fakat törende giymek amacıyla kendileri için elbise satın aldıklarını, nişanlılığa güvenerek çeşitli iş tekliflerini kaçırdıklarını, seyahat harcamasında bulduklarını vs. ileri sürerek tazminat isteyemezler.

İşaret etmek gerekir ki, Alman hukukundaki düzenleme de bu yöndedir. BGB § 1298'e göre, nişanın bozulmasında kusurlu olan tarafın, diğer nişanlının ana babasına yahut ana babası yerine davranan üçüncü kişilere ödeyeceği tazminatın kapsamı, evlenmenin gerçekleşeceği beklentisiyle yapılan masraflar ve üstlenilen yükümlülükler ile sınırlıdır. Evlenmenin gerçekleşeceği beklentisi içinde malvarlığını veya kazanç durumunu etkileyen tedbirler dolayısıyla meydana gelen zarar için tazminat isteme hakkı, sadece nişanlı tarafa tanınmıştır; bu zarar kalemine yönelik talep, tazminat istemeye hakkı olan nişanlının ana babası ile ana babası yerine davranan üçüncü kişilere tanınmamıştır⁴⁹.

İsviçre hukukundaki durum ise, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik neticesinde tamamen farklı hâle gelmiştir. Şöyle ki, tazminat istemeye hakkı olan nişanlının ana babasının veya onlar gibi davranan üçüncü kişilerin, yaptıkları giderler için diğer nişanlıdan talepte bulunmasına yönelik düzenleme, gereksiz görüldüğü için ZGB Art. 92'nin yeni metnine alınmamıştır. Söz konusu hükmün, ana babanın kızlarına drahoma vermekle yükümlü olduğu dönmeden kaldığı; ana baba yapmasaydı bizzat nişanlı tarafından yapılacak masrafların, sanki nişanlının kendisi yapmış gibi sayılabileceği düşüncesi, değişiklik çalışmalarında etkili olmuştur⁵⁰.

⁴⁷ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 15; Öztan, s. 101; Abik, s. 128-129. Tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Montanari, s. 183 vd.

⁴⁸ Tekinay, s. 45-47; Feyzioğlu, s. 68-69; Oğuzman/Dural, s. 46; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 199; Koç, s. 93-94; Kılıçoğlu, s. 28; Öztan, s. 107-108; Abik, s. 135.

⁴⁹ Hahn, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 1298, N. 18.

⁵⁰ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 20, N. 17, dn. 17; Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 22.

7. Tazminat Davası ve Zamanaşımı

Nişanlanma, aile hukuku sözleşmesi olduğundan, nişanın bozulmasına dayalı tazminat talebi, borca aykırılık esaslarına tabi tutulur⁵¹. Bu itibarla, kusurun ispatı noktasında, TMK m. 5'in atfıyla TBK m. 112'deki borçlu aleyhine kusur karinesi uygulanır⁵². Buna göre, davalı taraf nişanı bozmuşsa, davalının nişanın bozulduğunu ve zararının varlığını ispat etmesi yeterlidir. Davalı taraf, nişanı bozmakta kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, tazminat ödeme yükümlülüğü altında kalır. Şayet davacı taraf nişanı bozmuşsa, ispat külfeti kendisine düşer; bu ihtimalde davacı, davalının kusurlu hareketleriyle nişanı bozmak zorunda kaldığını ispat etmek durumundadır⁵³.

Nişanın bozulmasında maddi tazminat davası, Aile Mahkemelerinin görevine girmektedir⁵⁴.

Davalı sıfatı, nişanlı tarafa aittir; ana babaya veya onlar gibi davranan kimselere karşı bu dava açılmaz⁵⁵. Ancak tazminatla yükümlü olan nişanlı ölürse, mirasçılara karşı dava açılabilir yahut açılmış olan dava devam ettirilebilir.

Maddi tazminat talebi, manevi tazminattan farklı olarak, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın başkalarına devredilebilir ve mirasçılara intikal edebilir. Tazminat istemeye hakkı olan taraf ölürse mirasçıları, bu davayı açabilirler veya açılmış olan davayı devam ettirebilirler.

Zararın ispatı ve tazminatın takdiri hususlarında, TMK m. 5 ve TBK m. 114/f. II'nin atfıyla, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (TBK m. 50 vd.). Davacı, haksız bozulan nişanlılık dolayısıyla uğradığı maddi zararı ispat etmek külfeti altındadır⁵⁶. İleri sürülen zarar iddiası, tanık dâhil, her türlü delille ispatlanabilir.

⁵¹ Huwiler/BSK ZGB I, Art. 92, N. 17.

⁵² Feyzioğlu, s. 65; Tekinay, s. 48; Koç, s. 106; Öztan, s. 108; s. 135. Karş. Kılıçoğlu, s. 27.

⁵³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 17.03.2015, E. 2014/18045, K. 2015/4348 sayılı kararına göre; "Somut olayda davacı taraf, nişanın bozulması nedeniyle maddi zarara uğradığını iddia ederek maddi tazminat isteminde bulunmuş, mahkemece davalının maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, davacı taraf, nişanın davalının kusurlu davranışları sonucu bozulduğunu ispat edememiştir" (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁵⁴ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 18.02.2015, E. 2014/9670, K. 2015/2500 sayılı kararına göre; "Somut olayda uyumsuzluk; evlilik için yapılan nişan hediyeleri, takı, kıyafet ve salon kirasına dair masraf kalemlerinin davalıdan tahsiline ilişkindir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4. maddesi uyarınca; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabı ile (3.kısım hariç) 4722 Sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun kapsamındaki aile hukukundan doğan dava ve işler Aile Mahkemelerinde görülür" (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Benzer yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 15.10.2014, E. 2014/6670, K. 2014/13359; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 11.07.2005, E. 2005/6939, K. 2005/7706 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁵⁵ Öztan, s. 104-105, 107; Tekinay, s. 48; Feyzioğlu, s. 66; Oğuzman/Dural, s. 45; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 195; Koç, s. 94; Abik, s. 131, 134.

Ana baba yahut onlar gibi hareket edenler, sırf diğer nişanlıya zarar vermek amacıyla nişanın bozulmasında etkili olmuşlarsa, bu kimselere karşı TBK m. 49/f. II uyarınca haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası açılabilir.

⁵⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 04.06.2002, E. 2002/4229, K. 2002/6453 sayılı kararına göre; "Davada nişanın haksız olarak bozulması nedeniyle maddi ve manevi tazmi-

Tazminat miktarını hâkim takdir edecektir. Tazminatın, dürüstlük kuralına uygun olarak evlenme amacıyla yapılan masrafların ve katlanılan maddi fedakarlıkların tümünü karşılaması gerekmez. Nitekim kanun koyucu da, uygun bir tazminat verilmesinden söz etmiştir.

Yapılan masraf davacı için hâlâ kullanılabilirse yahut paraya çevrilebilirse, bunun değeri ve nişanlanma dolayısıyla elde edilen diğer maddi menfaatler, tazmin edilecek zarar miktarından (zararın hesaplanması aşamasında), denkleştirme yoluyla mahsup edilecektir⁵⁷. Zarar miktarı belirlendikten sonra tazminatın takdiri aşamasına geçilecektir⁵⁸. Bu aşamada hâkim, davalı nişanlının kusurunun ağırlığını, zarar görenin birlikte kusurunu ve diğer indirim sebeplerini dikkate alarak, takdir yetkisi çerçevesinde uygun bir tazminata hükmedecektir (*hüküm içi boşluk – intra legem*).

Nişanın bozulmasına dayalı maddi tazminat davası, TMK m. 123 uyarınca, nişanın sona ermesinden itibaren 1 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

KISALTMALAR

- Art.** : Artikel
bkz. : Bakınız
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BSK : Basler Kommentar
dn. : Dipnot
E. : Esas
f. : Fıkra
K. : Karar
karş. : Karşılaştırınız
m. : Madde

nat talep edilmiş, mahkemece maddi tazminat isteminin kanıtlanamadığından, manevi tazminat isteminin de davacının fahiş surette mutazarrır olmadığı gerekçesiyle reddi cihetine gidilmiştir. Kanıtlanamayan maddi tazminat isteminin reddinde bir isabetsizlik yoktur” (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 28.09.2000, E. 2000/8652, K. 2000/9119 sayılı kararına göre; “Davada, nişan hediyealarının iade edildiği belirtilerek, davacı İhsanın nikahın icra olunacağı kanaati ile nişan merasimi ve düğün hazırlıkları için yaptığı masraf bedeli istenmiş, ancak masrafların neler olduğu dava dilekçesinde ve dava aşamasında açıklanmamıştır. Bu nedenle davacı İhsandan ne gibi masraflar yaptığı açıklattırılarak toplanacak deliller çerçevesinde bir karar verilmelidir” (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁵⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin T. 18.10.2005, E. 2005/7955, K. 2005/10266 sayılı kararına göre; “Davacı dava dilekçesinde, kızı ile davalı Özgür'ün 5 ay nişanlı kaldıktan sonra ayrıldıklarını, evlenecekleri ümidi ile kızı için taksitle halı, yatak odası ve mobilya aldığını ve bu eşyaları tutulan eve götürdüğünü, ancak nişanın bozulmasından sonra eşyaları aldığı mağazaya iade ettiğini, mağaza sahiplerinin ödenen peşinat bedeli toplam 1.710.000.000 lirayı geri vermediklerini, bu nedenle uğradığı zarar bedeli 1.710.000.000 liranın davalılardan tahsilini talep etmiştir... Bunun için dava konusu eşyaların ikinci el olarak kaç satılabileceğini bilirkişi aracılığı ile belirlemek ve alınacak rapor doğrultusunda eşyaların yeni fiyatı ile 2.el fiyatı arasındaki farka göre uğranılan zararın tazminine karar verilmelidir” (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁵⁸ Zararın hesaplanması ile tazminatın takdir edilmesinin birbirini takip eden iki ayrı aşama olduğu hususunda bkz. Ergüne, s. 332-333.

- N.** : Kenar numarası
s. : Sayfa
T. : Tarih
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK : 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd. : ve devamı
vs. : Vesaire
ZGB : Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005, Cilt: 54 Sayı: 2, s. 65-152.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 18. Bası, İstanbul 2016.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016.
- Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986.
- Hahn, Dieter: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, 40. Edition, Stand: 01.08.2016, München 2016.
- Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Huwiler, Bruno:, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honnig/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel 2014.
- Keller, Stefan, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Herausgeber: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo, 2. Auflage, Zürich 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Koç, Nevzat, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989.
- Montanari, Rudolf, Verlobung und Verlöbnißbruch, Bern 1974.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, 14. Bası, İstanbul 2016.
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2001.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi:, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990.
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015.

SINIRLI AYNI HAKLAR ARASINDA SIRA İLİŞKİSİ*

(THE SEQUENCE BETWEEN THE LIMITED RIGHTS IN REM)

Araş. Gör./ Res. Asst. Semra Karabacak Furuncı**

Öz

Bir taşınmaz üzerinde birden fazla sayıda sınırlı aynı hak kurulması mümkündür. Aynı taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı haklar birbiri ile çatışmadan kullanılabilirse herhangi bir problem söz konusu olmaz. Fakat aynı taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hakların kullanılması bakımından çatışma söz konusu ise, bu haklar arasında sıranın tespit edilmesi gerekecektir. Aynı taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı haklar arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi "sınırlı aynı haklar arasında sıra" şeklinde ifade edilmektedir. Sınırlı aynı haklar arasında sıranın tespiti bakımından genel kural "kuruluş tarihi" ölçütüdür. Buna göre bir taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı haklar arasındaki sıra ilişkisi bu hakların tapu kütüğüne tescil edildikleri tarihe göre belirlenmektedir. Sıra ilişkisinin sonucu bakımından ise irtifak hakları ile rehin hakları bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Bir taşınmaz üzerinde birden fazla irtifak hakkı söz konusu olması halinde bu haklardan sıracı önce olan sonraki tarihli hakkın kullanılmasına engel olmak hakkına sahiptir. Rehin hakkının söz konusu olması halinde ise, taşınmazın paraya çevrilmesi esnasında sıra bakımından önce olan rehin hakkı sahibi, sıracı sonra gelen bir irtifak hakkının terkin edilerek taşınmazın satışa çıkarılmasını talep edebilecektir.

Anahtar Kelimeler: sınırlı aynı haklar, sıra ilişkisi, kuruluş tarihi, irtifak hakları, rehin hakkı

ABSTRACT

It is possible to establish more than one limited right in rem in a real property. If limited rights in rem in the same real property can be used without conflict each other, it will not lead any problems. However, if there is a conflict between them from the perspective of usage, it is necessary to determine the sequence between those rights. The order of precedence among the limited rights means as "the sequence between the limited rights in rem". In principle, "establishment date" is essential to determine the sequence among limited rights in rem. Accordingly, the sequence is specified in accordance with the registration date on the book of real estate registers. With regards to result of sequence relationship, it is necessary to make a distinction between the servitudes and lien. In the event that there are more servitudes in a real property, one who has ante-dated right shall be authorised to prevent the one who has post-dated right to use it. In

* Bu makale, 12.11.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 27.11.2016 tarihinde birinci hakem; 02.12.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Araştırma Görevlisi

lien, lienor who is former relating to the sequence may demand to cancel servitude which is established later and to put real property up for sale.

Keywords: *limited rights in rem, sequence, establishment date, servitudes, lien*

I. Genel Olarak Sıra

A. Sıra Meselesi Bağlamında Mülkiyet Hakkı ile Sınırlı Ayni Haklar Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Ayni haklar hak sahibine eşya üzerinde sağladıkları yetkiye göre iki gruba ayrılmaktadır. Hakkın hak sahibine sağladığı yetki en geniş şekilde ise, diğer bir ifade ile tam ise bu hak mülkiyet hakkıdır. MK m. 683'e göre mülkiyet hakkı, malike o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri sağlamaktadır. İkinci grubu oluşturan sınırlı ayni haklar ise, mülkiyet hakkının tanımış olduğu kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinden yalnızca birini veya ikisini hak sahibine tanıyan, bu nedenle de mülkiyet hakkına nazaran kapsamı daha dar olan ayni haklardır¹.

Doktrinde mülkiyet hakkı ile sınırlı ayni haklar arasındaki ilişkiyi açıklamak üzere iki görüş² ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki, "bölünme teorisi" olup bu görüşe göre, mülkiyet hakkı üzerinde sınırlı ayni hak tesis edildiğinde mülkiyet hakkından doğan yetkilerin bir kısmı mülkiyetten ayrılarak bağımsızlaşmakta, söz konusu yetkiler başkasına aktarılmakta ve böylece sınırlı ayni haklar ortaya çıkmaktadır. Doktrinde egemen olan ikinci görüş ise, "yükleme teorisi" olarak ifade edilmekte olup bu teoriye göre bir nesne üzerinde sınırlı ayni hak tesis edildiğinde, mülkiyet hakkından doğan yetkiler sınırlı ayni hakkın sağladığı yetkiler oranında daraltılmış olur. Yani mülkiyet hakkının özünde bir değişiklik olmaz. Bu ikinci görüşe göre, mülkiyet hakkının parçalanması söz konusu değildir. Mülkiyet hakkı olduğu gibi kalmakta, mülkiyet hakkı üzerinde tesis edilen sınırlı ayni hak, mülkiyet hakkı sahibine sınırlı ayni hakkın verdiği yetkiler oranında sınırlama getirmektedir³.

Yükleme teorisinin kabul edilmesinin pratik sonucu, aynı taşınmaz üzerinde aynı içerikte birden çok sayıda sınırlı ayni hakkın aynı anda kurulabilmesinde kendisini gösterir. Böylece aynı içerikteki sınırlı ayni haklardan sıraya

¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, N. 2674-2677; Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 693; Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku, Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç), Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 3-6; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınlar, Ankara, 2014, s. 565; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983, s. 3-4; Mehmet Ayan, Sınırlı Ayni Haklar, 4. Baskı, Konya, 2012, s. 3. Sınırlı ayni haklar, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilere getirilen sınırlamalar ile oluşturulduğundan, mülkiyet hakkına göre daha dar kapsamlı yetkiler tanımaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2677.

² Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Köprülü/Kaneti, s. 4-5; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2674; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 695-696; Sirmen, s. 567; Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 161-162; Veysel Başpınar, "Sınırlı Ayni Hakların Sırası", Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Sayı 78, Yıl 1993, s. 50-60, s. 50, dn. 4.

³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2674.

önce olan sona erdiğinde, sonraki sıradaki ve aynı içerikteki sınırlı aynı hak kullanılabilir⁴. Bölünme teorisinin kabul edilmesi halinde ise buna imkan yoktur. Zira bu teoriye göre, sınırlı aynı hak kurulması için mülkiyet hakkından doğan yetkilerin bir kısmı, mülkiyetten ayrılarak bağımsızlaşmakta ve söz konusu yetkiler başkasına aktarılmaktadır⁵. Bu durumda söz konusu yetkiler başkasına yani sınırlı aynı hak sahibine aktarıldığından, malik taşınmazı üzerinde aynı içerikte başka bir sınırlı aynı hak kuramayacaktır. Yükleme teorisinin kabul edilmesi halinde ise, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkiler sınırlı aynı hak sahibine aktarılmamakta, sınırlı aynı hakkın sağladığı yetkiler oranında mülkiyet hakkının kapsamı daraltılmaktadır⁶. Bu durumda hala tasarruf yetkisine sahip olan malik, aynı içerikte başka sınırlı aynı haklar kurabilecektir⁷.

Bir eşya üzerindeki sınırlı aynı hak sona erdiğinde, o eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, sınırlı aynı hakkın sebep olduğu yetki daraltmalarından kurtularak eski halini alır. Yani sınırlı aynı hak sona erdiğinde, mülkiyet hakkından ayrılıp sınırlı aynı hakkın içeriğini oluşturmuş olan yetkiler, mülkiyet hakkına geri döner ve böylece mülkiyet hakkı yeniden eski halini alır ki buna da “mülkiyet hakkının esnekliği” denilmektedir⁸. Mülkiyet hakkının esnekliği ilkesi de, aynı taşınmaz üzerinde aynı anda aynı içerikte, yani birbiri ile çatışmadan kullanılması mümkün olmayan birden fazla sayıda sınırlı aynı hak kurulabilmesine olanak tanır⁹. Böylece sıracıma önce gelen sınırlı aynı hak sona erdiğinde, sona eren sınırlı aynı hakkın mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamalar sona erdiğinden, sıraca sonra gelen sınırlı aynı hak kullanılabilir duruma gelecektir.

Sınırlı aynı haklar mülkiyet hakkının sağladığı kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinden sadece birini veya ikisini sınırlı aynı hak sahibine tanıdığından sınırlı aynı hakların muhtevaları birbirinden farklıdır¹⁰. Bu da aynı eşya

⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2674

⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 695.

⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 696.

⁷ Ayrıca yükleme teorisine, eşya üzerindeki mülkiyet hakkı sona erse bile, sınırlı aynı haklar arasındaki ilişki ile de uyum içindedir. Zira eşya üzerindeki mülkiyet hakkı sona erse dahi sınırlı aynı haklar varlığını sürdürmeye devam eder. Köprülü/Kaneti, s. 4-5.

⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2686; Köprülü/Kaneti, s. 5; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 696; Sirmen, s. 567; Ayan, s. 4; Nomer/Ergüne, s. 162; Başpınar, s. 50, dn. 4. Ayrıca şu hususu da ifade etmek gerekir ki, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesi halinde, aynı eşya üzerinde mevcut sınırlı aynı haklar kendiliğinden genişleterek mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri alarak mülkiyet hakkının yerini almazlar. Bu noktada sınırlı aynı haklar mülkiyet hakkından farklıdır. Sınırlı aynı hakların eşya üzerindeki mülkiyet değişikliğinin yarattığı boşlukları doldurmak üzere genişleme yeteneğinden yoksun olmaları doktrinde, “sınırlı aynı hakların genişlemesizliği ilkesi” olarak ifade edilmektedir. Bkz. Köprülü/Kaneti, s. 5; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 696; Ayan, s. 5.

⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2674, dn. 3a.

¹⁰ Sınırlı aynı hak kurma yetkisi bakımından malik tamamen serbest değildir. Malik ancak MK'nın açıkça izin verdiği halde ve tarzda sınırlı aynı hak kurabilir. Sınırlı aynı haklar bakımından “sınırlı sayı” ve tipe bağlılık” prensipleri geçerli olup, kanun koyucu sınırlı aynı hak türlerini tek tek belirtme yolunu seçmiştir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2676; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 710-711; Köprülü/Kaneti, s. 13. MK'nın düzenlemesine göre sınırlı aynı haklar içeriklerine göre üçe ayrılmakta olup bunlar; yararlanma hakları, teminat hakları ve taşınmaz yüküdür. Yararlanma hakları, mülkiyet hakkının içeriğindeki yararlanma yetkisinin özgülenmesi yolu ile elde edilmekte olup, eşyanın hak sahibi tarafından kullanılması veya malikin eşyadan yararlanma yetkisinin hak sahibi lehine sınırlandırılması şeklinde ortaya çıkarlar. Yararlanma haklarına irti-

üzerinde birden fazla sayıda sınırlı aynı hak kurulmasına imkan verir¹¹. Ayrıca MK m. 869'daki, malikin, rehinli taşınmaz üzerinde yeni sınırlı aynı haklar kurmayacağına taahhüt etmesini geçersiz sayan hükmü karşısında, aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sayıda sınırlı aynı hak kurulmasının mümkün olduğu ortadadır¹². Aynı eşya üzerinde birden fazla sınırlı aynı hak bulunması durumunda bu hakların aynı anda kullanılması bazı durumlarda mümkün olmayabilir.

B. Sıra Kavramı ve Sıra İlişkisinin Uygulama Alanı

Aynı eşya üzerinde birden fazla sayıda sınırlı aynı hak bulunması durumunda, eğer eşyanın niteliği bu haklardan hepsinin kullanılmasına imkan vermiyor ise, bu haklardan hangisinin öncelikli olduğunun tespit edilmesi gerekecektir. İşte aynı taşınmaz üzerinde mevcut birden fazla sayıdaki sınırlı aynı hakkın birbiriyle olan ilişkisi, diğer bir ifade aralarındaki öncelik-sonralık ilişkisi, sınırlı aynı haklar arasında "sıra" şeklinde ifade edilmektedir¹³.

Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı aynı hak bulunmasına karşılık, bu hakların aynı anda kullanılması mümkün de olabilir. Böyle bir durumda sınırlı aynı hak sahipleri arasında taşınmazı kullanmak bakımından bir sıra öngörmeye gerek bulunmamaktadır. Her bir hak sahibinin hakkını kullanması, diğerlerine engel olmamaktadır. Bu sebeple de böyle bir durumda bu haklar arasında "sıra eşitliğinin" bulunduğu ifade edilmektedir¹⁴. Örneğin aynı taşınmaz üzerinde aynı anda hem bir manzara kapatmama irtifakının hem de geçit irtifakının bulunduğunu düşünelim. İstisnai bir durum söz konusu olmadığı müddetçe böyle bir durumda, iki farklı sınırlı aynı hakkın aynı anda kullanılması herhangi probleme sebebiyet veremeyecektir¹⁵. Bu noktada bir hususu açıkça ifade etmek gerekir. Aynı taşınmaz

fak hakları denir. İrtifak hakkının çeşitlerini MK şu şekilde düzenlemiştir; taşınmaz lehine irtifak hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı, ve diğer irtifaklar. İkinci grupta yer alan teminat hakları, malın paraya çevrilmesi yetkisi sağlayarak bir alacağı teminat altına alırlar. Bu ikinci gruba rehin hakları denir. Son gruptaki taşınmaz yükü ise, bir taraftan taşınmaz malikini sınırlı aynı hak sahibine karşı bazı edimlerde bulunma borcu altına sokar, diğer taraftan ise hak sahibinin bu alacağını o taşınmaz karşılık olmak üzere teminat altına alır. Sınırlı aynı hakların çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2717 vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 737 vd.; Ayan, s. 19 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 41 vd; Sirmen, s. 575 vd.; Özer Seliçi, Sınırlı Aynı Haklar, 1973, s. 11vd.

¹¹ Akipek, s. 27; Şafak N. Erel, Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974, s. 1; Başpınar, 50.

¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2705; Sirmen, s. 572.

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2705; Sirmen, s. 572; Nomer/Ergüne, s. 164; Seliçi, s. 7. Doktrinde sınırlı aynı haklardan hangisinin öncelikli olacağı meselesini "sıra düzeni" olarak ifade eden yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Erel, s. 1; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 248. Erel, sıra düzenini, bir gayrimenkul üzerinde aynı anda mevcut sınırlı aynı hakların birbirleriyle olan ilişkilerini ve bu hakların sağladıkları yetkilerin kullanılmasına, hukuk düzeni tarafından tespit edilmiş esaslar çerçevesinde getirilen sınırlama ve düzenlemeler, şeklinde tanımlamıştır. Erel, s. 1. Biz çalışmamızda sadece "sıra" ifadesini kullanacağız.

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2708; Sirmen, s. 572; Başpınar, s. 51; Seliçi, s. 7.

¹⁵ Ayrıca ifade etmek gerekir ki, aynı taşınmaz üzerindeki aynı türden birden fazla sınırlı aynı hakkın söz konusu olması halinde de çatışma ortaya çıkmayabilir. Örneğin aynı taşınmazın farklı bölümleri üzerinde farklı kişiler lehine kurulmuş geçit irtifakları bir-

üzerindeki birden fazla sınırlı aynı hakkın aynı anda, birbiri ile çatışmaksızın kullanılabilirliği durumu için kullanılan “sıra eşitliği” ifadesi, aslında bu hakların sıraya eşit olduğu anlamına gelmemektedir. Burada anlatılmaya çalışılan sadece, söz konusu haklar bakımından sıra meselesinin gündemde olmadığıdır. Durumun değişmesi halinde, diğer bir ifade ile bu hakların aynı anda kullanılmasına taşınmazın elverişsiz olduğu bir halin ortaya çıkması ihtimalinde, yine sıra meselesi gündeme gelecektir.

Bu çerçevede durumu şöyle ifade edebiliriz. Sınırlı aynı haklar arasında sıra meselesi, ancak aynı taşınmaz üzerindeki birden fazla sayıdaki sınırlı aynı hak sahibinin haklarını aynı anda kullanamıyor olmaları halinde, bu haklar arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini çözümlenecektir. Diğer bir deyişle aralarında çatışma olmayan sınırlı aynı haklar bakımından sıra meselesi zaten hiç gündeme gelmeyecektir.

Bu bağlamda aynı taşınmaz üzerindeki birden fazla sayıdaki sınırlı aynı hak arasında çatışmanın olup olmadığına ne şekilde tespit edileceğinin de saptanması gerekmektedir. Sözgelimi, aynı taşınmaz üzerinde farklı kişiler lehine tesis edilmiş iki adet geçit irtifakı olduğunu veya iki adet kaynak irtifakı olduğunu düşünelim. Bu hakların kullanımı bakımından çatışma olup olmadığı neye göre tespit edilecektir? Geçit hakkı sahiplerinden biri veya kaynak hakkı sahiplerinden birinin diğer hak sahibinin hakkını kullanmasının kendisinin hakkını kullanmasına engel olduğunu söylemesi yeterli olacak mıdır? Kanaatimizce böyle bir anlaşmazlık ile karşılaşılması durumunda, Medeni Kanun m. 787¹⁶ hükmü çerçevesinde çözüme ulaşılmalıdır¹⁷. Zira bu durumda çözüm için, irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi, kapsamının tayin edilmesi gerekecektir. MK m. 787 hükmü çerçevesinde birlikte kullanıma itiraz eden irtifak hakkı sahibinin sahip olduğu irtifak hakkının kapsamını belirlemede öncelikle irtifak hakkına ilişkin tapu sicilindeki tescil dikkate alınacaktır. Eğer tescilden irtifakın kapsamı tayin edilemiyor ise, bu durumda, MK m. 787/2 hükmü çerçevesinde, tescilin sınırları içinde, irtifakın kurulmasını sağlayan kazanma sebebi¹⁸ teşkil eden irtifak sözleşmesine¹⁹ bakmak gerekecektir. İrtifak sözleşmesi hükümleri incelenerek birlikte kullanım halinde söz konusu sözleşme hükümlerine aykırılık olup olmadığına tespit edilmesi gerekecektir. Şayet bir-

birleri ile çatışmaksızın kullanılabilir. Böyle durumlarda söz konusu sınırlı aynı haklar arasında sıra eşitliğinin bulunduğu söylenir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2708; Başpınar, s. 51.

¹⁶ “Tescile göre” kenar başlıklı MK m. 787 hükmü şu şekildedir: “İrtifaktan doğan yetki ve yükümlülükleri açıkça belirlendiği ölçüde tescil, irtifakın kapsamını belirlemede esas oluşturur.

Tescilden açıkça anlaşılmadığı hâllerde kapsam, tescilin sınırları içinde, irtifak hakkının kazanılma sebebine veya uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanılış biçimine göre belirlenir”.

¹⁷ MK m. 787 hükmü çerçevesinde irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2838-2848; Sirmen, s. 589-590; Bu noktada bir hususa daha değinilmesi gerekecektir. MK m. 1022/3 hükmü de bir hakkın içeriğinin, tescilin sınırları içinde, dayandığı belgelere göre veya diğer herhangi bir yolla belirleneceğini ifade ederek, irtifak haklarının içeriğinin, kapsamının belirlenmesi bakımından MK m. 787 hükmü ile paralel bir çözüm getirmektedir.

¹⁸ İrtifakın kurulmasını sağlayan kazanma sebebi, irtifak sözleşmesi veya ölüme bağlı tasarruf olabilir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841.

¹⁹ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2790.

likte kullanım, irtifak sözleşmesi hükümlerine aykırılık teşkil etmiyor ise, sıra meselesi gündeme gelmeyecek ve her iki hak sahibi de aynı anda hakkını kullanabilecektir²⁰.

Bu başlık altında son olarak şu hususa değinelim. Yukarıda anlatıldığı üzere sıra ilişkisi aynı taşınmaz üzerindeki birden fazla sayıdaki sınırlı ayni hak arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini tespit etmek amacıyla hizmet etmektedir. Ayrıca sıra ilişkisi, aynı taşınmaz üzerindeki tapu siciline şerh edilmiş kişisel hakların sıralarının tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Tapu siciline şerh verilen kişisel haklar ile aynı taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı ayni haklar arasında da sıra ilişkisinin tespit edilmesi gerekecektir. Bu sebeple, bu çalışma kapsamında sıra ilişkisine ilişkin olarak anlatılan hususlar tapu siciline şerh edilmiş kişisel haklar bakımından da geçerlidir. Yeri geldikçe bu hususa da değinilecektir.

Bununla birlikte bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ile sınırlı ayni hak arasındaki ilişki bakımından sıra meselesi gündeme gelmez. Bir taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulduğunda, sınırlı ayni hak sahibinin sahip olduğu yetkiler oranında mülkiyet hakkı daraltılmış kabul edilmektedir²¹. Yani sınırlı ayni hakkın varlığı devam ettiği müddetçe sınırlı ayni hakkın içeriğini oluşturan yetkiler oranında malik mülkiyet hakkını kullanamayacaktır. Zira sınırlı ayni hakkın içeriğini oluşturan yetkiler bakımından öncelik sınırlı ayni hak sahibindedir. Mülkiyet hakkı sahibi taşınmazı üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis ederek, mülkiyet hakkından doğan birtakım yetkilerinin söz konusu sınırlı ayni hak sahibi tarafından kullanılmasına katlanmak borcu altına girmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı ile diğer sınırlı ayni haklar arasında bir yetki çatışması ortaya çıkmamakta ve sınırlı ayni haklar her zaman mülkiyet hakkından önce gelmektedir²².

B. Sıranın Hukuki Niteliği

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bir taşınmaz üzerinde birden fazla sayıda sınırlı ayni hak bulunması ve bu hakların birlikte kullanılmasının da söz konusu olamaması halinde, bu haklar arasında öncelik-sonralık ilişkisinin belirlenmesi gerekmekte olup bu durum, sınırlı ayni haklar arasında sıra şeklinde ifade edilmektedir. Sınırlı ayni haklar arasındaki sıra ilişkisini tespit ederken hangi hususların dikkate alınacağını incelemeye geçmeden önce, sıranın söz konusu sınırlı ayni hakların içeriğine dahil olup olmadığının tespit edilmesi faydalı olacaktır. Yani bir sınırlı ayni hakkın, aynı taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı ayni haklar karşısında sahip olduğu sıranın, o hakkın içeriğine dahil olup olmadığını, diğer bir ifade ile o hakkın esaslı bir unsuru olup olmadığını açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

²⁰ Ayrıca belirtelim ki, irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından irtifak sözleşmesi hükümlerinin de yeterli olmadığı durumlar ile karşılaşılabılır. Böyle bir durumda MK m. 787/2 hükmü çerçevesinde irtifakın kapsamı, tescilin sınırları içinde uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanılmış biçimine göre tayin edilecektir. Bu da yeterli olmaz ise, hakim tarafların menfaatini tartarak bir sonuca varacaktır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2844-2847; Sirmen, s. 590.

²¹ Mülkiyet hakkı ile sınırlı ayni haklar arasındaki ilişki için bkz. Yukarıda, I, A.

²² Köprülü/Kaneti, s. 9; Ereli, s. 2; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2705, dn. 31; Ayan, s. 11; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 732; Aybay/Hatemi, s. 248.

Bu noktada doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, sıranın, sınırlı aynı hakkın içeriğine dahil olduğunu, sınırlı aynı hakkın esaslı bir unsurunu teşkil ettiğini kabul etmektedir. Bu görüşü kabul edenlere göre, sınırlı aynı hakkın kapsamını tayin eden herşey hakkın içeriğine dahil sayılır ve sıra da sınırlı aynı hakkın kapsamını tayin eden bir unsur olduğundan hakkın içeriğine dahil kabul edilmelidir²³.

İkinci görüş ise, ilk görüşün tam aksine olarak sıranın sınırlı aynı hakkın esaslı bir unsurunu teşkil etmediğini, yalnızca hakkın aynilik niteliğinin doğal bir sonucu olduğunu kabul etmektedir²⁴. Bu görüş, kanımızca da yerinde olarak, sıranın sınırlı aynı hakkın içeriğine dahil olmadığını, sadece sonraki sıradaki hak sahibinin önceki sıradaki hak sahibinin hakkına uyma zorunluluğunu ifade ettiğini kabul etmektedir²⁵. Şayet sıra, sınırlı aynı hakkın esaslı bir unsur olsa idi, sınırlı aynı hak sahibinin sıra üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi gerekirdi. Oysa aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı aynı hak bulunması durumunda sınırlı aynı hak sahibinin hakkının sırasını değiştirmesi ancak, bu durumdan hakkı etkilenen sınırlı aynı hak sahiplerinin rızası ile mümkündür²⁶. Ayrıca, sıranın, sınırlı aynı hakkın içeriğine dahil olmadığını gösteren diğer bir husus, özellikle rehin hakkı bakımından şu şekilde ifade edilmektedir. Eğer sıra, rehin hakkının esaslı bir unsuru olsa idi, sıra kaydı taşımayan rehin sözleşmelerinin ve bu sözleşmeye dayanılarak yapılan tescillerin geçerli olmamaları gerekirdi. Fakat sıranın belirtilmemiş olması yapılan tescilin geçerliliğini etkilemez, sadece bu durumda sıra, kanuni sıra sistemi olan tescil tarihine göre saptanacaktır²⁷.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, sıra ancak aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sayıda sınırlı aynı hakkın söz konusu olması ve bu hakların birbiri ile çatışmaksızın kullanılmasının mümkün olmaması halinde gündeme gelecektir. Yani sıra bir taşınmaz üzerindeki birden fazla sayıdaki sınırlı aynı hakkın birbiri ile ilişkisini düzenler. Sözelimi bir taşınmaz üzerinde tek bir sınırlı aynı hakkın bulunması durumunda o hakkın sırasının bir önemi bulunmamaktadır. İşte bu durum da sıranın sınırlı aynı hakkın içeriğine dahil olmadığını göstermektedir²⁸. Ayrıca aynı taşınmaz üzerindeki birden fazla sayıdaki sınırlı aynı

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 12.

²⁴ Erel, s. 12.

²⁵ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2709, dn. 33.

²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2709, dn. 34. Doktrinde Erel, sınırlı aynı hakkın içeriğinin hukukumuzda kanun koyucu tarafından düzenlendiğini, bu içeriğe dahil esaslı bir unsur üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyeceğini, yani sınırlı aynı haklar bakımından numerus calusus prensibinin geçerli olduğunu ifade etmekte ve sıranın esaslı bir unsur sayılması durumunda tarafların tescil tarihine göre sıra üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceklerini ifade etmektedir. Yazar bu gerekçeden yola çıkarak sıranın, sınırlı aynı hakkın içeriğine dahil olmadığını belirtmektedir. Erel, s. 12. Sınırlı aynı haklar bakımından numerus calusus ilkesinin kabul edilmesi, bu haklar bakımından kanunen öngörülenden farklı tipte bir sınırlı aynı hakkın kurulamayacağını ifade etmektedir. Yoksa kanunen öngörülen sınırlar içinde tarafların farklı bir içerikte sınırlı aynı hak kurmalarına bir engel yoktur. Dolayısıyla kanaatimizce, tarafların kanunen öngörülenden farklı bir sıra düzenini kabul edebilmeleri, sıranın, sınırlı aynı hakkın içeriğine dahil olmadığına gerekçe teşkil etmez.

²⁷ Bkz. Erel, s. 12-13. Yine rehin hakkı özelinde sıranın sınırlı aynı hakkın içeriğine dahil olmadığına ilişkin gerekçeler için bkz. Erel, s. 12-13.

²⁸ Erel, s. 13.

hak sahiplerinin birbiri ile, kanundan doğan bir borç ilişkisi içinde oldukları kabul edilmekte olup²⁹, sıra da ister kanundan ister taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklansın sadece bu ilişkiye dahil bir unsurdur. Yine mülkiyet hakkı ile sınırlı aynı hak arasında bir sıra ilişkisinin bulunmaması ve sınırlı aynı hakların daima mülkiyet hakkından önce gelmeleri de sıranın, sınırlı aynı hakkın içeriğine dahil olmadığını göstermektedir³⁰.

II. Sınırlı Aynı Haklar Arasında Sıranın Tespiti

A. Genel Kural Olarak “Kuruluş Tarihi” Ölçütü

1. Kuruluş Tarihi Ölçütüne İlişkin Değerlendirmeler

Sınırlı aynı haklar arasında sıranın ne şekilde tespit edileceği bütün hukuk sistemlerinde aynı şekilde değildir. Hukuk sistemlerinde kabul edilen iki tür sıra düzeninin bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki tescil yerine göre sıra, ikincisi ise tescil tarihine göre sıra şeklinde ifade edilmektedir³¹. Tescil yerine göre sıra düzeni Alman Medeni Kanunu'nun kabul ettiği bir sistem olup, bu sisteme göre tapu kütüğü sayfasının aynı sütununa tescil edilen aynı türden sınırlı aynı haklar arasındaki sıra, bu hakların tescil edildikleri sıraya göre saptanmaktadır³². Tapu kütüğünün farklı sütununa tescil edilen, yani farklı türden sınırlı aynı haklar arasında sıra bakımından ise tescil tarihi dikkate alınacaktır³³.

Sınırlı aynı haklar arasında sıranın belirlenmesi bakımından ikinci sistem ise, Türk-İsviçre hukuklarında da geçerli olan, tescil tarihine göre sıra düzenidir. Bu sisteme göre taşınmazlar üzerinde kurulan birden fazla sınırlı aynı hakkın söz konusu olması halinde bu haklar arasında sıra düzeni hakların tapu kütüğüne tescil edildiği tarihe göre saptanacak olup, bu sistem aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

Sınırlı aynı haklar arasında sıra ilişkisinin tapu sicilindeki tescil tarihine göre saptanmasının temelinde, aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi ve tapu sicilinin aleniyeti ilkelerinin yattığı doktrinde ifade edilmektedir³⁴. Bize göre de tescil tarihine göre sıra sisteminin kanun koyucu tarafından kabul edilmesi bu iki ilke ile yakından ilgilidir. Aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi, aynı hakların eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlaması ve bunun sonucu olarak, kişisel haklardan farklı olarak, bu hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesini ifade etmektedir. Bu bağlamda aynı hak sahibi, sahip olduğu hakkını, hakkını ihlal eden herkese karşı ileri sürebilir. Tapu sicili-

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2685, dn. 8.

³⁰ Erel, s. 13

³¹ Söz konusu sistemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 3-11.

³² Erel, s. 3-4. Bu sistem bakımından belirtilmesi gereken husus tescil sırasından ne anlaşılacak gerektiğinin Alman doktrini bakımından ihtilaflı olduğudur. Şöyle ki bir görüş burada gerçekten yer itibarıyla sıranın kastedildiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, caiz olmadığı halde tescil tarihi itibarı ile eski olan bir hak kendi sütunundan yer itibarı ile kendinden önce bir boşluk bırakılarak tescil edilir ve sonradan boş bırakılan yere başka bir hak tescil edilir ise, yer itibarı ile önce olan sonraki tarihli hak sıraya önce olacaktır. Bununla birlikte diğer görüş, tescil sırası ile ifade edilenin aslında zaman itibarıyla sıra olduğunu kabul etmektedir. Görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 4.

³³ Erel, s. 5.

³⁴ Akipek, s. 29; Başpınar, s. 52.

nin aleniyeti ilkesi bağlamında ise, MK m. 1020 uyarınca, tapu sicili herkese açık olup ilgisini inanılır kılan herkes tapu sicilini inceleyebilir. Bir taşınmaz üzerinde kurulmuş bir sınırlı aynı hak mevcut iken, o taşınmaz üzerinde başka bir sınırlı aynı hak kuracak olan kimse, tapu kütüğünde mevcut olan önceki kaydı görecektir. Bu durumda aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi ile tapu sicilinin aleniyeti birbiri ile bağlantılıdır. Zira tapu sicilinin aleniyeti ilkesinin kabul edilmesinin sebebi, aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilir olmasıdır. Diğer bir deyişle, tapu sicilinin aleniyeti ilkesi, aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesini desteklemek için kabul edilmiştir³⁵. Böylece kimse tapudaki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyecek (MK m. 1020/3) ve önceki tarihli sınırlı aynı hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi sağlanmış olacaktır.

Fakat kanımızca tescil yerine göre sıra sistemi ile tescil tarihine göre sıra sistemlerinin her ikisi de aslında bu iki ilkedен hareket etmektedir. Zira tescil yerine göre sıra sisteminde de bir taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasının aynı sütununa kaydedilmiş haklar arasında ilk sıradakinin sıracı önce olduğu, sonradan yapılan kayıt sahibinin halihazırda mevcut hakkı tapu sicilinden göreceği fikrinden hareket edilmektedir.

Kanaatimizce tescil tarihine göre sıra ile tescil yerine göre sıra sistemleri arasında kanun koyucunun tescil tarihine göre sıra sistemini tercih etmesi, bu sistemde bir taşınmaz üzerindeki farklı türdeki sınırlı aynı haklar arasında hangisinin daha eski tarihli olduğunun tespitinin kolay olmasından kaynaklanmaktadır³⁶. Zira tescil yerine göre sıra sistemi de, tapu kütüğündeki aynı sütunlara kaydedilmiş sınırlı aynı haklar arasında ilk sıradaki hakkın sıracı önce olduğunu kabul etmektedir. Yani tescil yerine göre sıra sistemi de zaman itibari ile önce olanın hakça da önce olduğu temelinden hareket etmektedir. Dolayısıyla sıra ilişkisini tespit eden iki farklı sistemin ikisi de eski tarihli olan hakkın öncelikli olması fikrinden hareket etmektedir. Bunu kabul ederken de önceki tarihli sınırlı aynı hakkın sonraki tarihli sınırlı aynı hakka karşı ileri sürülebileceği, ayrıca tapu sicilinin aleniyeti sebebi ile sonradan kurulan hakkın önceki haktan haberdar olacağından yola çıkmaktadır. Hangi hakkın tarih itibari ile eski olduğunun saptanması ise tescil tarihine göre sıra sisteminde kolaydır ve bu sebeple de kanun koyucu bu sistemi tercih etmiştir.

Medeni Kanun m. 1022'ye göre, "*Aynı haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Tescilin etkisi, kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil hâlinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar. Bir hakkın içeriği, tescilin sınırları içinde, dayandığı belgelere göre veya diğer herhangi*

³⁵ Aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilir olması, yani herkesin aynı haklara uymakla yükümlü olması, bu hakların herkes tarafından bilinebilir, görülebilir olmasını gerektirmektedir. Bu sebeple Medeni Kanun aynı hakların herkesçe bilinebilir olmasını sağlamak için taşınmaz üzerinde mülkiyetin devri veya sınırlı aynı hak tesisi için taşınmazın ziyetliğinin devredilmesini, taşınmazlar bakımından ise, tapu siciline tescil sistemini kabul etmiştir. Gürsoy/Eren/Cansel, s 7. Taşınmazlar bakımından aynı hakkın herkesçe bilinebilir, görülebilir olması için tapu siciline tescil sistemini kabul eden kanun koyucunun, tapu sicilinin aleniyetini kabul etmesinin temelinde de, herkese karşı ileri sürülebilen aynı hakların bilinebilirliğini sağlamak düşüncesi yatmaktadır.

³⁶ Zira farklı türdeki sınırlı aynı haklar taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasının farklı sütunlarına kaydedileceğinden, bunlar arasında yer itibari ile sıra kuralına göre tespit yapmak mümkün değildir. Bu sebeple Alman Medeni Kanunu da farklı türdeki sınırlı aynı hakların sırası bakımından tescil tarihine göre sıra sistemini kabul etmiştir.

bir yolla belirlenir". Hükümden anlaşıldığı üzere Medeni Kanun sınırlı ayni hakların sırası bakımından kuruluş tarihi ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmiştir³⁷. Yani sınırlı ayni hakların sırası bakımından genel kural, "zaman itibarıyla önce gelen hakça da önce gelir" (prior tempore potior jure) kuralıdır³⁸. Bu hüküm çerçevesinde sınırlı ayni haklar arasında sıranın tespiti bakımından yevmiye defterine kayıt tarihi önem taşıyacak ve tarih itibarı ile daha eski olan hak, daha yeni tarihli olanlara göre öncelikli olacaktır.

Sınırlı ayni haklar arasında sıranın belirlenmesi bakımından geçerli olan "kuruluş tarihi" ölçütü, taşınmazlar bakımından olduğu gibi taşınırlar³⁹ bakımından da geçerlidir⁴⁰. Fakat ifade edelim ki taşınmazlarda ayni hakkın kazanılması tapu siciline tescil ile olduğundan tescil tarihi sıranın belirlenmesinde önemli olacaktır. Taşınırlarda ise sınırlı ayni hakkın kazanılması zilyetliğin devri ile gerçekleşmekte olup, sınırlı ayni hakkın kuruluş tarihi bakımından da zilyetliğin kazanıldığı tarih önem taşıyacaktır⁴¹. Taşınırlarda sınırlı ayni hakkın kazanılması için zilyetliğin devrinin gerekli olması sebebi ile taşınırlar bakımından sıra meselesinde üzerinde durulmayı gerektirecek problemler ortaya çıkmamaktadır⁴².

2. Kuruluş Tarihi Ölçütü Bakımından Yevmiye Defterine Kayıt Anı

MK m. 1022/2 hükmünde tescilin, yevmiye defterine yapılan kayıttan itibaren hüküm ifade edileceği belirtilmiştir⁴³. 28738 sayılı Tapu Sicili Tüzüğü m. 23/1'de ise tapu sicili üzerindeki hakların birbirine üstünlüğünün yevmiye defterine yazıldığı tarih ve sıra numarasına göre belirleneceği ifade edilmiştir⁴⁴. Dolayısıyla tescil işlemi yevmiye defterine kayıt tarihinden itibaren hükümlerini doğurmaya başlayacağından, sınırlı ayni hakların sırasının belirlenmesinde

³⁷ Taşınmaz rehni bakımından öngörülmüş olan "sabit dereceler sistemi" irtifak hakları ve taşınmaz yükü bakımından kabul edilmemiştir. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 733. Ayrıca ifade edelim ki sabit dereceler sistemi, sadece aynı taşınmaz üzerinde kurulacak birden fazla rehin hakkı bakımından öngörülmüş olup, aynı taşınmaz üzerindeki rehin hakkı ile irtifak hakkı veya taşınmaz yükü arasında da yine "kuruluş tarihi" ölçütü geçerli olacaktır.

³⁸ Köprülü/Kaneti, s. 23-24; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2709; Sirmen, s. 572; İlhan Helvacı, Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 287. Sınırlı ayni haklar arasında sıranın belirlenmesine ilişkin bu ölçü doktrinde "kıdeme itibarı ilkesi" şeklinde ifade edilmektedir. Ayan, s. 11; Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 364; Aybay/Hatemi, s. 249.

³⁹ Bu noktada taşınırlar üzerinde sınırlı ayni hak kurulup kurulamayacağı meselesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bir kısım sınırlı ayni haklar hem taşınırlar hem de taşınmazlar üzerinde kurulabilir. İntifa ve rehin hakları bu haklardandır. Buna karşılık intifa dışındaki irtifak hakları ve taşınmaz yükü sadece taşınmazlar üzerinde kurulabilir, taşınırlar üzerinde bu tüp sınırlı ayni hakların kurulması mümkün değildir. Ayan, s. 6.

⁴⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2706.

⁴¹ Ayan, s. 11.

⁴² Akipek, s. 28; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2706.

⁴³ MK m. 1002'de, tapu siciline tescil istemlerinin istem sırasına göre yevmiye defterine kaydedileceği ifade edilmiştir.

⁴⁴ Tapu Sicili Tüzüğü m. 23/1'e göre, "Yevmiye defterine, tapu sicili üzerinde işlem yapılmasını gerektiren veya reddedilen istemler kaydedilir. Tapu sicili üzerinde kayıtlı hakların birbirine üstünlüğü, bu deftere yazım tarih ve sıra numarasına göre belirlenir".

dikkate alınacak tarih de yevmiye defterine kayıt tarihi olacaktır. Tapu Sicili Tüzüğü m. 23/3'de, yevmiye defterine tescil talebinin tarih, saat ve dakikasının yazılacağı ifade edilmiştir. Buna göre, aynı taşınmaz üzerinde tapu siciline kayıtlı birden fazla sayıdaki sınırlı aynı hakkın sırası belirlenirken, bu hakların yevmiye defterine kaydedildikleri tarih, saat ve dakika önemli olacaktır⁴⁵. Birkaç dakika önce yevmiye defterine yapılan kayıt, bu kayda dayanan hakkın sahibine, sıracı öncelik verilmesine imkan tanyacaktır⁴⁶.

Aynı taşınmaz üzerinde iki farklı kişi adına sınırlı aynı hak kurulduğunu ve iki hak bakımından tescil taleplerinin aynı günde yapıldığını düşünelim. Böyle bir durumda talep aynı günde yapılmış olsa da, Tapu Sicili Tüzüğü m. 23/3, yevmiye defterine tescil talebinin tarih, saat ve dakikasının yazılacağı ifade ettiğinden dakika olarak dahi önce yapılan talep, bu talebe ilişkin sınırlı aynı hakkın sıracı diğerinden önce gelmesini sağlayacaktır. Bununla birlikte tescil talebinin de aynı anda, yani aynı günde aynı saatte ve aynı dakikada yapılması durumu ile de karşılaşılabilir⁴⁷. Böyle bir durumda, sınırlı aynı hak sahiplerinin aksini kararlaştırmamış⁴⁸ olmaları şartı ile, söz konusu sınırlı aynı hakların aynı sırayı alacakları kabul edilmektedir⁴⁹. Eğer taraflar aralarında başka bir anlaşma yapmamışlar ise, aynı taşınmaz üzerinde tescili aynı anda talep edilen bu iki sınırlı aynı hak aynı sırayı alacaklardır. Yani bu durumda bu iki sınırlı aynı hak arasında gerçek anlamda "sıra eşitliği" bulunmaktadır, biri diğerinden önce gelmez. Bir taşınmaz üzerinde aynı anda birden fazla irtifak hakkının kurulmasının, ancak bu hakların birbiri ile çatışmadan kullanılmasının mümkün olması hâlinde mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁵⁰. Kanımızca aynı taşınmaz üzerinde sıracı eşit olacak şekilde birden fazla sınırlı aynı hak bulunması için mutlaka bu hakların birbiri ile çatışmaksızın kullanılmasının mümkün olması şart değildir. Zira iki hakkın aynı anda kullanımı birbiri ile çatışsa dahi, irtifak hakkı sahipleri aralarında yapacakları bir anlaşma ile kullanım şekillerini kısıtlayarak, birlikte kullanıma imkan tanyabilirler. Bu sebeple irtifak hakkı sahiplerinin, taşınmazdan sınırlı olarak veya belirli zamanlarda yararlanacaklarına ilişkin anlaşma yapmış olmaları halinde de bir taşınmaz

⁴⁵ Zira TST m. 627'ye göre, talepler yevmiye defterine kaydedildikleri tarih ve yevmiye numaraları ile tapu kütüğüne tescil edilirler.

⁴⁶ Bu noktada şu hususu vurgulamakta fayda bulunmaktadır. Bir sınırlı aynı hakkın tapu sicilindeki tescil tarihine göre sıra alabilmesi için, o aynı hakka ilişkin tescilin gerekli şartları taşınması, bu bağlamda yetkili kişinin tescil talebinde bulunması ve talepte bulunanın tasarruf yetkisini ve tescilin sebebini belgelendirmesi gerekmektedir. Erel, s. 6-7. Tescil için gerekli şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 829-861.

⁴⁷ Bir aynı hakkın kazanılması için gerekli tescili talep yetkisi, üzerinde aynı hak kazanılacak olan taşınmazın malikine aittir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 838. Dolayısıyla bir taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulması için tescil talebini o taşınmazın maliki yapacaktır. Hal böyle olunca da taşınmazı üzerinde birden fazla sınırlı aynı hak kurmak isteyen malik tescil taleplerini aynı günün aynı saat ve dakikasında yapması ihtimali ile karşılaşılması mümkündür.

⁴⁸ Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere sınırlı aynı hakların sırasına ilişkin MK m. 1022 hükmü emredici nitelikte olmadığından taraflar kanunen öngörülenden farklı bir sırayı kabul edebilirler. Dolayısıyla burada da taraflar tescili aynı anda talep edilmiş sınırlı aynı hakların sıracı eşit olduğundan farklı bir hususu kabul edebileceklerdir.

⁴⁹ Erel, s. 8.

⁵⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 734.

üzerinde aynı anda birbiri ile çatışan birden fazla sınırlı aynı hak kurulması mümkündür⁵¹.

Son olarak ifade edelim ki, sınırlı aynı hakların sırası bakımından burada anlatılan hususlar, tapu siciline şerh edilmiş kişisel haklar bakımından da uygulamaya alanı bulacaktır. Yani bu haklar, tapu siciline şerh edildikleri tarihe göre taşınmaz üzerinde şerh edilmiş diğer kişisel haklarla ve diğer sınırlı aynı haklar ile sıra ilişkisine gireceklerdir⁵².

B. Sınırlı Aynı Haklar Arasında Sıranın Tespiti Bakımından Özellik Arzeden Durumlar

1. Yevmiye Defterine Kayıt Bakımından Özellik Arzeden Durumlar

Bazı durumlarda tapu sicilindeki tarih ile yevmiye defterindeki tarih birbirini tutmayabilir. Böyle bir durumda yevmiye defterindeki tarihin dikkate alınması gerekecektir⁵³.

Bazı durumlarda ise tescil tarihii hem tapu sicilinden hem de yevmiye defterinden tam olarak anlaşılamayabilir. Tescil tarihinin açık olmaması veya tescil tarihinin hiç bulunmaması halinde, tescil yerinin sıranın tespiti bakımından dikkate alınacağı ifade edilmektedir⁵⁴. Böyle bir durumda yer itibari ile diğerlerinden önce tescil edilmiş olan sınırlı aynı hakkın, tescil tarihi bakımından da önce olduğu ve bu sebeple de sıracı önce geleceğinin karine olarak kabul edildiği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁵. Bu görüşün, tapu sicilinin aynı sütununa kaydedilmiş sınırlı aynı haklar bakımından kabul edilmesi Medeni Kanun'un mantığına da uygun gözükmektedir. Zira MK m. 1017/1'e göre, tapu kütüğüne tesciller istem tarihine ve sırasına göre yapılır. Fakat tapu sicilinden veya yevmiye defterinden tarihi anlaşılamayan sınırlı aynı hak ile farklı sütunlarda kaydedilmiş bir sınırlı aynı hak söz konusu olabilir. Bu durumda tarihi belli olmayan sınırlı aynı hakkın kendi sütununda, yer itibari ile kendisinden

⁵¹ Doktrinde Gürsoy/Eren/Cansel, aynı anda birden fazla irtifak hakkının kurulabilmesinin ancak birbiri ile çatışmaması ve karşılıklı olarak sınırlı ve belirli zamanlarda yararlanma şartlarına uyulmak suretiyle mümkün olabileceğini ve tarafların bu düzenlemeyi irtifak sözleşmesi ile sağlayacaklarını ifade etmiştir. Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 734. Burada aynı taşınmaz üzerinde aynı anda birden fazla irtifak hakkının söz konusu olması için yukarıda sayılan üç şartın aynı anda bulunması gerekli değildir. Yazarlarca ifade edilmiş olan üç şartın sadece birinin bulunması dahi, birden fazla irtifak hakkına aynı sırada olacak şekilde, aynı anda mevcudiyet tanınması için yeterlidir. Ayrıca böyle bir durumda kanaatimizce her bir irtifak hakkına ilişkin kullanım şekli, irtifak hakkı sahipleri arasında yapılacak bir anlaşma ile değil, her bir irtifak hakkı sahibi ile taşınmazın maliki arasında yapılacak olan irtifak sözleşmesinde belirlenecektir.

⁵² Akipek, s. 28; Nomer/Ergüne, s. 165, dn. 13; Aybay/Hatemi, s. 250. Bu sonuç MK m. 1009/2'den çıkarılmaktadır. Bu hükme göre, tapu siciline şerh edilebilen kişisel haklar, şerh verilmeyle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilir. Helvacı, s. 387.

⁵³ Erel, s. 9. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 267. Tapu sicilindeki tarih ile yevmiye defterindeki tarihin farklı olması halinde MK m. 1023 çerçevesinde iyiniyetli üçüncü kişilerin elde edecekleri sınırlı aynı hakların sırası bakımından tapu sicilindeki kaydın dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Erel, s. 9.

⁵⁴ Erel, s. 9.

⁵⁵ Yer itibari ile önce olan sınırlı aynı hakkın tarih olarak da önce olduğu yönündeki adi karinenin MK m. 1017/1'deki, "kütüğe tesciller, istem tarihine ve sırasına göre yapılır" hükmünden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Erel, s. 6.

sonra gelen sınırlı aynı hakların tarihi ile başka sütunlardaki sınırlı aynı hakların tarihi karşılaştırılmalıdır. Eğer tarihi belli olmayan sınırlı aynı hak ile aynı sütunda ondan sora gelen sınırlı aynı hakkın tarihi, başka sütunlardaki sınırlı aynı haklardan eski ise, tarihi saptanamayan bu sınırlı aynı hakkın başka sütunlarda yer alan sınırlı aynı haklardan da sıracı önce olduğu kabul edilmelidir⁵⁶.

Bununla birlikte ifade edelim ki, tapu sicilinde ve yevmiye defterinde tescil tarihinin bulunmaması veya bu iki kaydın birbirini tutmaması halinde tapu sicilindeki tescil yolsuz tescil haline gelmez⁵⁷. Aynı hak tapuya tescil ile birlikte doğmuştur. Böyle bir durumda tapuda tescil tarihi belirli olmayan sınırlı aynı hak sahibinin yapması gereken, MK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmaktır⁵⁸. Bu dava ile sonuca ulaşılamazsa, eğer gerekli şartlar sağlanmış ise MK m. 1007 uyarınca tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu uyarınca zararın tazminat yoluna gidilebilir.

2. Sınırlı Aynı Haklar Bakımından Özellik Arzeden Bazı Durumlar

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, sınırlı aynı haklar arasında sıranın tespiti bakımından genel kural olan kuruluş tarihi ölçütü çözüm olacaktır. Fakat sıranın tespiti bakımından özellik arzeden bazı durumların üzerinde durulmaya ihtiyaç bulunmakta olup bu hususlar şunlardır:

a. Müşterek Mülkiyete Tabi Bir Taşınmaza İlişkin Pay Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Kurulmuş Olması Halinde Sıra Meselesi

Müşterek mülkiyete tabi bir eşya üzerinde maddi kullanmayı hedef almayan bir irtifak hakkı, bu bağlamda pay üzerinde intifa hakkı⁵⁹, taşınmaz yükü ve rehin hakkı kurulabilecektir⁶⁰. Pay üzerinde kurulan sınırlı aynı haklar bağlamında sıra ilişkisi bakımından özellik arzeden durum, hem pay üzerinde hem de paylı mülkiyete tabi taşınmazın tamamı üzerinde sınırlı aynı hak kurulmuş olmasıdır. MK m, 692/2'de sevk edilen hüküm şu yöndedir. "Paylar üzerinde taşınmaz rehni veya taşınmaz yükü kurulmuşsa, paydaşlar malın tamamını benzer haklarla kayıtlayamazlar"⁶¹. Bu hükümden anlaşılacağı üzere kanun koyucu, bir pay üzerinde taşınmaz yükü veya rehin hakkı kurulmuş

⁵⁶ Erel, s. 8-9.

⁵⁷ Erel, s. 8.

⁵⁸ Bu durumda açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasının davalısı, davacının sahip olduğu sınırlı aynı hakkın tarihinin değiştirilmesinden hakları zedelenen diğer sınırlı aynı hak sahipleri olacaktır. Erel, s. 8.

⁵⁹ Paylı mülkiyet payı üzerinde intifa hakkı dışındaki irtifak haklarının kurulması ise mümkün değildir. Zira intifa hakkı dışındaki irtifak haklarının taşınmazı tümünü kayıtlaması şart olduğu gibi, diğer paydaşların kullanma ve yararlanma hakkını zedelemesi de olasıdır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1239; Ayan, s. 7; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 706.

⁶⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1239; Esener/Güven, s. 186; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 407.

⁶¹ Ayrıca MK m. 857/2'e göre de, "pay üzerinde rehin kurulduktan sonra, paydaşlar malın tamamını rehnedemezler". MK m. 692/2 ve m. 857 hükümleri, yeni Medeni Kanunla getirilmiş bir hükümlerdir, önceki MK'da bu yönde bir hüküm bulunmamakta idi. Fakat önceki MK döneminde de doktrinde, bir pay üzerinde rehin hakkı kurulduktan sonra taşınmazın tamamı üzerinde rehin hakkı kurulmasının mümkün olmadığı kabul edilmekte idi. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 407-408.

olması halinde taşınmazın tamamı üzerinde benzer hakların kurulmasını yasaklamıştır.

Kanun koyucunun pay üzerinde kurulmuş bir rehin veya taşınmaz yükü söz konusu ise, taşınmazın tamamının benzer haklarla kayıtlanmasını yasaklamasının temelinde, taşınmazın tamamı üzerinde kurulan taşınmaz yükü veya rehin hakkının pay üzerindeki haktan sıra bakımından önce gelmesidir⁶². Zira pay üzerinde rehin hakkı kurulduktan sonra, taşınmazın tamamı üzerinde rehin hakkı kurulması durumunda, pay rehininin sıra bakımından öncelikli olmasına rağmen, önce taşınmazın satılması nedeni ile, pay üzerindeki rehin hakkı sahibi alacağını alamayacaktır.⁶³ Bununla birlikte, pay üzerinde taşınmaz yükü veya rehin hakkına sahip kimsenin rızasının bulunması şartı ile, taşınmazın tamamı üzerinde taşınmaz yükü veya rehin hakkı kurulması mümkün görülmektedir⁶⁴. Tabiki bu durumda, taşınmazın tamamı üzerindeki taşınmaz yükü veya rehin hakkı, pay üzerindeki taşınmaz yükü veya rehin hakkından sıra itibari ile önce gelecektir.

b. Malik Lehine Kurulan Sınırlı Ayni Haklar Özelinde Sıra Meselesi

Medeni Kanun malik lehine sınırlı ayni hak kurulmasına imkan tanımaktadır⁶⁵. Malik kendi taşınmazı üzerinde kendisi lehine bir sınırlı ayni hak kurarak bu taşınmazı satması halinde, sonradan bu taşınmaz üzerinde kurulacak sınırlı ayni haklara göre, öncelikli bir sınırlı ayni hak sahibi olmak yetkisi kazanır. Ayrıca, bir taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olan kimsenin, sonradan bu taşınmazın mülkiyetini iktisap etmesi halinde de, malik lehine sınırlı ayni hak ortaya çıkar. Bu durum bakımından akla şöyle bir ihtimal gelebilir. Bir taşınmaz üzerinde önce A lehine bir irtifak hakkı, sonrasında ise B lehine rehin hakkı kuruluyor ve sonra da A taşınmazın mülkiyetini, örneğin miras yoluyla, iktisap ediyor ve ortaya malik lehine irtifak hakkı çıkıyor. Bu ihtimalde rehinli alacaklının taşınmazın paraya çevrilmesini talep etmesi durumunda, irtifak hakkı sahibi mülkiyet hakkını kaybedecek fakat irtifak hakkından kaynaklanan yetkileri devam edecektir, zira irtifak hakkı sıra bakımın-

⁶² Nomer/Ergüne, s. 165. Taşınmazın tamamı üzerinde taşınmaz yükü veya rehin hakkı kurulduktan sonra, pay üzerinde taşınmaz yükü veya rehin hakkı kurulmasının önünde ise herhangi bir engel bulunmamaktadır. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 408; Sirmen, s. 315.

⁶³ Sirmen, s. 315.

⁶⁴ Nomer/Ergüne, s. 165. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi de, pay üzerinde rehin hakkı kurulmuşsa, bu rehin hakkına sahip kimsenin rızası ile, sıra bakımından pay üzerindeki rehin hakkının önüne geçecek şekilde, taşınmazın tamamı üzerinde rehin hakkı kurulmasına imkan tanımaktadır. Bkz. Sirmen, s. 315.

⁶⁵ Bu bağlamda malik lehine irtifak haklarının, taşınmaz rehininin kurulması mümkündür. Taşınmaz yükünün ise malik lehine kurulması mümkün görülmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2692-2704. Malik lehine irtifak hakkı kurulması bakımından ise, doktrinde bir görüş, malik lehine irtifak haklarının sadece eşyaya bağlı irtifaklar bakımından mümkün olduğunu, hakim olan diğer görüş ise, sonradan kurulan sınırlı ayni haklar karşısında sıra bakımından öncelik elde etmek düşüncesinin kişisel irtifaklar bakımından da aynen mevcut olduğundan hareketle, kişisel irtifakların da malik lehine kurulabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2696; Burak Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 34-35.

dan rehin hakkından önce gelmektedir⁶⁶. Dolayısıyla rehin hakkı sahibi, taşınmazın paraya çevrilmesi esnasında irtifak hakkının terkin edilmesini talep edemeyecektir.

Verdiğimiz bu örnekte ipoteğin üçüncü bir kişinin borcu için kurulmuş olması halinde çözümün yukarıdaki şekilde olacağını kabul etmek gerekir. Fakat taşınmaz üzerinde irtifak hakkı sahibi olan kişinin borcu için ipotek kurulmuş olması ve sonradan bu kişinin taşınmazın mülkiyetini iktisap etmesi halinde, yukarıdaki çözümü kabul etmek bu kadar kolay olmayacaktır. Acaba böyle bir ihtimalde ipotek hakkı sahibi, taşınmazın paraya çevrilmesi esnasında irtifak hakkının terkinini talep edebilmeli midir? Böyle bir ihtimalde, rehinli alacağın borçlusunu ile rehinli taşınmazın maliki aynı kişidir, yani kişisel sorumluluk ile taşınmaz ile sorumluluk bir arada bulunmaktadır⁶⁷. Bu durumda da kanaatimizce malik lehine olan irtifak hakkının terkin edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Çünkü her ne kadar bu ihtimalde taşınmazın maliki, taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı sahibi ve taşınmaz üzerindeki rehin hakkından kişisel olarak borçlu olan kişi aynı ise de, rehin tesis edildiği anda durum bu şekilde değişti ve rehinli alacaklı da bunu bilmekte idi. Rehin tesis edildikten sonra durumun değişmesi, rehinli alacaklı lehine fakat borçlu aleyhine sonuç doğurmalıdır. Rehinli alacaklının taşınmazın irtifak hakkı ile yüklü olarak satılmasından alacağının tamamını elde edememesi durumunda, kanunun kendisine tanıdığı imkanlar çerçevesinde söz konusu irtifak hakkı ile ilgili talepte bulunması kanaatimizce adalete daha uygun olacaktır.

Malik lehine kurulan sınırlı aynı haklar bakımından şu hususa da değinmek gerekir. Malik sahip olduğu taşınmazı üzerinde kendisi lehine sözgelimi bir irtifak hakkı kuruyor ve daha sonra bu irtifak hakkını üçüncü bir kişiye devrediyor. Bu durumda söz konusu irtifak hakkının sırası tespit edilirken yine, o irtifak hakkının kuruluş tarihi dikkate alınmalıdır, yoksa devrin gerçekleştiği tarih değil.

c. Sınırlı Aynı Hak Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Kurulmuş Olması Durumunda Sıra Meselesi

Sınırlı aynı hakların sırası bakımından özellik arzeden diğer bir durum olarak, tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile sınırlı aynı hak üzerinde sınırlı aynı hak kurulması meselelerine değinelim. MK m. 998 hükmü gereği bağımsız ve sürekli nitelikteki haklar tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilirler. Bunun için tapu kütüğünde ka-

⁶⁶ Özen, s. 35. Yazar, intifa hakkı sahibinin sonradan mülkiyeti iktisap etmesi durumunda, intifa hakkının sağladığı yetkileri kaybetmeyeceğini, taşınmazın paraya çevrilmesi durumunda mülkiyet hakkını kaybeden intifa hakkı sahibinin taşınmazdan tam yararlanma yetkisinin devam edeceğini, zira ipotekli alacaklının ipotek hakkı tesis ederken taşınmaz üzerindeki intifa hakkının varlığından haberdar olduğunu, bu nedenle de intifa hakkı sahibinin sonradan mülkiyeti kazanmasının kendisi aleyhine sonuç doğurmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Özen, s. 35.

⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3420. MK m. 881/2'ye göre, ipoteğe konu taşınmazın borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez. Yani borçtan kişisel sorumlu olan kişi ile ipoteğe konu taşınmazın malikinin aynı kişi olması gerekli değildir. Rehinli taşınmazın maliki ile borçtan kişisel olarak sorumlu kişi aynı değil ise, taşınmazın maliki sadece, borç ödenmediği takdirde taşınmazın paraya çevrilmesine katlanmakla yükümlüdür, taşınmazın paraya çevrilmesi ile alacağının tamamını elde edemeyen alacaklı kalan kısım için taşınmazın malikine başvuramaz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3421.

yıtlı bir irtifak hakkının bulunması gerekmektedir⁶⁸. İşte tapuda zaten kayıtlı bulunan irtifak hakkının sahibinin tescil talebi ile söz konusu irtifak hakkı tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilecektir. Bu durumda tapuda kendisine ayrı bir sayfa açılmış olan bu irtifak hakkının sırası yine üzerinde kurulmuş olduğu taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasında yazan kuruluş tarihi olacaktır. Bu tarihe göre söz konusu bağımsız ve sürekli hak, sırasını alacaktır.

Diğer bir ihtimal sınırlı ayni hak üzerinde tekrar sınırlı ayni hak kurulmuş olmasıdır. Örneğin üst hakkı bağlamında doktrinde, üst hakkı üzerinde üst hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir. Yine tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar üzerinde de tekrar sınırlı ayni haklar kurulabileceği kabul edilmektedir. İşte bu durumlarda da sıra meselesinin tespit edilmesi gerekecektir. Eğer bir sınırlı ayni hak üzerinde tekrar sınırlı ayni hak tesis edilmiş ise, asıl sınırlı ayni hak ile bu asıl hakkın üzerinde tesis edilen sınırlı ayni hak üzerinde sıra ilişkisi gündeme gelmeyecektir. Burada durum mülkiyet hakkı ile sınırlı ayni hak arasında sıra ilişkisinin söz konusu olmamasındaki gibidir. Sınırlı ayni hak üzerinde tesis edilen sınırlı ayni hak daima, üzerinde tesis edildiği haktan önce gelecektir.

Sınırlı ayni hak üzerinde birden fazla sayıda sınırlı ayni hak tesis edilmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda bunlar arasında sıra meselesinin tesis edilmesi gerekecektir ki, bu durumda genel kural olarak kuruluş tarihi geçerli olacaktır. Bu noktada kuruluş tarihinin tespit edilmesi meselesi karşımıza çıkacaktır. Tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni haklar bakımından kuruluş tarihinin tespit etmek kolay olacaktır. Tapuda ayrı sayfaya kayıtlı olmayan sınırlı ayni haklar bakımından ise, bu hakkın üzerinde tesis edildiği taşınmazın tapudaki sayfasına bakmak gerekecektir. Zira sınırlı ayni hak üzerinde tekrar sınırlı ayni hak kurulması halinde bunun, söz konusu taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına kaydedilmesi gerekecektir.

d. Sicil Dışı Kazanılan Sınırlı Ayni Haklar Özelinde Sıra Meselesi

Sıra meselesi bakımından özellik arzeden bir diğer durum sicil dışı kazanılan sınırlı ayni haklardır. Sınırlı ayni haklar arasında sıra bakımından tapu siciline tescil tarihine göre bu hakların sıra ilişkisi içinde olduğunu ifade ettik. Fakat Medeni Kanun m. 780/2'de, irtifak haklarının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmüş olmadıkça, taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlerin uygulanacağını ifade etmiştir⁶⁹. MK m. 780/'nin bu yollaması dolayısıyla MK m. 705/2'de, taşınmaz mülkiyetinin sicil dışı kazanma halleri irtifak hakları bakımından da uygulanacaktır. Böyle durumlarda sınırlı ayni hak tapu siciline tescil yapılmadan önce doğmuştur, tapuya yapılacak tescil kurucu değil, açık-

⁶⁸ Tapu sicilinde kayıtlı bir irtifak hakkı bulunmadan bağımsız bir hak olarak ayrı sayfaya kayıt mümkün olmamaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 695.

⁶⁹ Aynı şekilde taşınmaz yükü bakımından MK m. 840/3'te taşınmaz yükünün kazanılması bakımından da taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına atıf yapılmıştır. Rehin hakları bakımından ise böyle bir hükme kanunda yer verilmemiştir. Dolayısıyla rehin hakları bakımından sicil dışı kazanım ancak kanunda özel olarak öngörülmüş olan durumlarda uygulanır ki bu durumlar da tescile tabi olmayan kanuni ipotek haklarıdır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3250. Tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları aşağıda ayrı bir başlık altına incelenmiştir. Bkz. Aşağıda, II, C, 3.

layıcı niteliktedir. İşte sınırlı aynı hakların sicil dışı kazanıldığı durumlarda, bu haklar arasında sıra meselesi bakımından doktrinde farklı görüşler⁷⁰ ileri sürülmektedir. Doktrinde ifade edilen ilk görüş, söz konusu sicil dışı doğan sınırlı aynı hakların sıralarını tescil tarihine göre değil, hakkın doğum tarihine alacaklarını kabul etmektedir⁷¹. İkinci görüş, sicil dışı doğan sınırlı aynı hakların ancak tapuya tescil ile tarih ve sıra alacaklarını kabul etmektedir. Üçüncü görüş ise, sicil dışı doğan sınırlı aynı hakların doğum tarihlerine göre sıralarının saptanacağını kabul etmekle birlikte, sicil dışı doğan sınırlı aynı hakların sırasının tescil olunmuş sınırlı aynı haklardan sonra gelmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷².

Kanaatimizce yukarıda ifade edilen görüşlerden ilki, yani sicil dışı doğan sınırlı aynı haklarının sıralarının tespitinde hakkın doğduğu tarihin esas alınması kabul edilmelidir. Zira kanun koyucunun MK m. 1022 hükmü ile sınırlı aynı hakların sırası bakımından tescil tarihini dikkate almasının temelinde yatan düşünce, sınırlı aynı hakların tapuya tescil ile doğmalarıdır⁷³. Oysa sicil dışı doğan sınırlı aynı hakların doğum tarihleri, tapuya tescil tarihi değildir, bunlar tescilden önce doğmuşlardır⁷⁴. Kanun koyucunun m. 1022 hükmü ile sınırlı aynı hakkın doğum tarihini dikkate aldığı düşünüldüğünde, doğum tarihi tescilden önce olan sicil dışı sınırlı aynı haklar bakımından tescil tarihini değil, doğum tarihini dikkate almak kanunun ruhuna uygun çözüm olacaktır⁷⁵.

Bununla birlikte ortaya şöyle bir durum çıkabilir. Bir taşınmaz üzerinde A lehine, örneğin mahkeme kararı ile sicil dışı olarak bir geçit irtifakı doğmuştur. Fakat A, sahip olduğu irtifak hakkının tapu siciline tescil edilmesini talep etmeden önce, taşınmazın maliki B adına taşınmazı üzerinde üst hakkı tanımıştır. Bu iki sınırlı aynı hakkın birlikte kullanılmasına da taşınmazın niteliği elverişli olmadığından, sıranın tespiti gerekecektir. Normal şartlarda kuruluş tarihi daha eski olduğundan A lehine olan geçit irtifakı sıracı öncedir. Fakat bu durumda geçit irtifakı, söz konusu taşınmazın tapu kütüğünden anlaşılmadığından B'nin tapu siciline olan güveni korunacaktır⁷⁶. Dolayısıyla şu hususu açıkça ifade etmekte fayda görüyoruz. Sicil dışı doğan sınırlı aynı haklar bakı-

⁷⁰ Doktrinde ifade edilen farklı görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 9-10.

⁷¹ Akipek, s. 28; Köprülü/Kaneti, s. 24, dn. 40; Erel, s. 9. Bu görüşü kabul eden Erel, MK m. 1022 hükmünün tescille doğan aynı haklar gözetilerek sevk edildiğini, bu hükmün sicil dışı doğan sınırlı aynı haklara uygulanmasının birtakım haksızlıklara yol açacağını kabul etmektedir. Ancak yazar, sadece iki halde tescil edilmiş sınırlı aynı hakların sıra bakımından sicil dışı doğan aynı haklardan önce geleceğini kabul etmekte olup bu hallerden ilki, tescil edilmiş sınırlı aynı hakkın tarih itibarıyla de diğerlerinden önce geliyor olması, ikincisi ise, tapu siciline güven prensibi uyarınca tescil edilmemiş bir aynı hakkın varlığını ve sırasını bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması gereken durumlardır. Erel, s. 10.

⁷² Söz konusu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 9.

⁷³ Erel, s. 9.

⁷⁴ Örneğin bir sicil dışı kazanım olan mahkeme kararı bakımından, mahkeme kararı ile birlikte irtifak hakkı doğmuş olur, yapılacak olan tescil sadece açıklayıcı niteliktedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2803.

⁷⁵ Zira aksi takdirde doğum tarihi daha eski olan sicil dışı bir sınırlı aynı hak, birtakım sebeplerle geç tescil edilmiş olması halinde, kendisinden daha sonra tescil edilerek doğan bir sınırlı aynı haktan sıracı sonra gelecek ve bu durum da adaletsiz sonuçlara sebep olacaktır. Erel, s. 9.

⁷⁶ Akipek, s. 28; Erel, s. 10.

mından sıranın tespiti bu hakların tapu kütüğüne tescil tarihine göre değil, bu hakların doğum tarihlerine göre saptanacaktır. Fakat sicil dışı doğan sınırlı ayni hak için tapu kütüğüne açıklayıcı tescilin yapılmadığı dönemde, başka bir kişi lehine sınırlı ayni hak kurulmuş ise bu kişi gerekli şartların sağlanması durumunda, yukarıdaki örnek ile açıklamaya yapmaya devam edersek B, MK m. 1023 uyarınca üst hakkına sahip olacaktır. Böylece MK m. 1023 çerçevesinde üst hakkına sahip olan B'nin bu hakkı öncelikli olacaktır.

C. "Kuruluş Tarihi" Ölçütünün Uygulanmadığı Durumlar

1. Tarafların Anlaşması

Sınırlı ayni haklar arasında sıranın belirlenmesi bakımından kural MK m. 1022/1 hükmü dolayısıyla kuruluş tarihi esastır. Fakat MK'nın söz konusu hükmü emredici nitelikte değildir⁷⁷. Aynı taşınmaz üzerinde mevcut birden fazla sayıdaki sınırlı ayni hak sahiplerinin kuruluş tarihi ölçütünden farklı bir esasın aralarında uygulanmasını kabul etmeleri mümkündür. Sınırlı ayni hak sahiplerinin kuruluş tarihi ölçütünden farklı bir durum yaratmaları, birkaç farklı şekilde karşımıza çıkabilir. İlk olarak bir taşınmaz üzerinde halihazırda mevcut sınırlı ayni hak sahiplerinin muvafakati alınmak şartıyla, söz konusu taşınmaz üzerinde onlardan önce gelecek şekilde sınırlı ayni hak kurulabilir. Böyle bir durumda aslında kuruluş tarihi itibarı ile sonraki tarihli olan hak, kendisinden daha eski tarihli sınırlı ayni haklardan sıracı önce gelecektir.

Böyle bir durumda kanaatimizce, sonradan kurulacak sınırlı ayni hak ile taşınmaz üzerinde halihazırda mevcut sınırlı ayni haklar arasında çatışma olup olmayacağını araştırmaya gerek yoktur. Herhangi bir çatışma olmaksızın kullanım mümkün gözükmemekte ise dahi, tapu memurunun önceki tarihli sınırlı ayni hak sahiplerinin rızasını araması gerekmektedir. Ayrıca tapu memurunun bu rızayı aramaksızın tescili yapması ve aradan zaman geçtikten sonra sınırlı ayni haklar arasında çatışma çıkması ihtimalinde, rızası alınmayan eski tarihli sınırlı ayni hak sahibi, sıracı öncelikli olacak ve sıra önceliğinin kendisine tanıdığı imkanlardan faydalanabilecektir.

Aynı taşınmaz üzerinde eski tarihli sınırlı ayni haklardan önce gelecek şekilde bir sınırlı ayni hak kurulabilmesi için, eski tarihli sınırlı ayni hak sahip-

⁷⁷ Akipek, s. 29; Sirmen, s.573; Ayan, s. 11; Erel, s. 10. MK'nın söz konusu hükmünün emredici nitelikte olmamasına gerekçe olarak rehin haklarının kendi aralarındaki sıranın MK m. 870 ve 871 bağlamında taraflarca belirlenebilmesi ve rehinle teminat altına alınmış bir taşınmaz üzerinde sonradan bir irtifak hakkı veya taşınmaz mükellefiyeti tesisi halinde özel düzenleme getiren MK m. 869 hükmü gösterilmektedir. Fakat doktrinde Erel bu gerekçelerin yerinde olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, rehin hakkı bakımından özel düzenleme getirilmiş olması tescil tarihine göre sıra prensibinin emredici nitelikte olduğu yönünde bir yoruma müsaittir. Ayrıca yazara göre MK m. 869 hükmü de söz konusu görüşe delil olamaz. Zira bu hüküm çerçevesinde tescil tarihine göre sıra prensibi uygulanmakla beraber rehin hakları bakımından yine sabit dereceler sistemi uygulanacaktır. Ayrıca MK m. 869 hükmü rehin hakkı, taşınmaz mükellefiyeti ve irtifak hakları arasındaki sırayı rehlin paraya çevrilmesi anı bakımından özel olarak düzenlemektedir. Dolayısıyla söz konusu gerekçelerle MK m. 1022 hükmünün emredici nitelikte olmadığı sonucuna varılmayacağını kabul etmektedir. Bununla birlikte yazar, tarafların bir ayni hak üzerinde, onun kanunda düzenlenmiş emredici muhtevasına aykırı olmadığı ve önceden tesis edilmiş diğer ayni hak sahiplerinin haklarını ihlal etmediği sürece serbestçe tasarruf edebileceklerinden yola çıkarak MK m. 1022 hükmünün emredici nitelikte olmadığı sonucuna varmaktadır. Erel, s. 10-11.

lerinin rızasının⁷⁸ herhangi bir şekilde tabi olmadığı doktrininde kabul edilmektedir^{79, 80}.

Sınırlı aynı hak sahiplerinin kuruluş tarihi ilkesinden farklı bir düzenlemeyi kabul edebilecekleri diğer bir ihtimal aralarında yapacakları bir anlaşma ile farklı bir düzen kabul etmeleridir. Bu da iki şekilde mümkün olabilir. Ya sınırlı aynı hakların tescili esnasında farklı bir anlaşma yapabilirler ya da sınırlı aynı haklar tescil edildikten sonra, yapacakları bir anlaşma ile farklı bir düzenin kendileri için uygulanmasını mümkün kılabilirler. İlk ihtimal bakımından, kural olarak tescil talebi farklı zamanlarda yapılacağından, sınırlı aynı haklar arasında sıra zaten m. 1022 uyarınca yukarıda anlatıldığı üzere saptanacaktır. Fakat tescil talebi aynı anda yapılmış olabilir. Böyle bir ihtimalde, yukarıda anlatıldığı üzere, tescili aynı anda talep edilen sınırlı aynı hakların sıraya eşit olacağı kabul edilmektedir. Fakat taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile farklı bir düzenlemeyi kabul edebileceklerdir. Bu ihtimalde, sınırlı aynı hak sahipleri sınırlı aynı hakların kuruluşu esnasında aralarında bir sıra düzeni kabul etmekte olduklarından, tescil talepleri söz konusu anlaşma diktate alınarak yevmiye defterine işlenecek ve dolayısıyla sınırlı aynı haklar da buna uygun şekilde sıraya tabi olacaklardır. Kanaatimizce bu anlaşmanın yazılı şekilde yapılmasına ihtiyaç bulunmamakta, sözlü bildirim dahi yeterli olmaktadır. Zira sınırlı aynı hak sahipleri ve/veya taşınmazın maliki, farklı anlarda talepte bulunarak dahi, bu sonucu sağlayabilirler.

İkinci ihtimalde ise, sınırlı aynı hak sahipleri gerekli tesciller yapıldıktan sonra, aralarında yapacakları bir anlaşma ile tabi oldukları sıra düzenini değiştirmektedirler. Medeni Kanun çerçevesinde sınırlı aynı hak sahiplerinin bu yönde bir anlaşma yaparak aralarındaki sıra ilişkisini değiştirmelerine bir engel görülmemektedir. Nitekim, bir taşınmaz üzerindeki birden fazla rehin hakkı arasındaki sıranın sonradan yapılacak bir anlaşma ile değiştirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸¹. Sınırlı aynı haklar arasındaki sıranın, tarafların anlaşması sonucu veya böyle bir anlaşma olmaksızın kanunen öngörülen düzene göre tespit edildikten sonra, ileriki bir tarihte değiştirilmesi de mümkün kabul edilmelidir. Fakat bunun yapılabilmesi için sıraları değiştirilecek sınırlı aynı hak sahiplerinin ve taşınmaz malikinin anlaşması ve eğer varsa bu durumdan hakkı etkilenen kişiler de sıra değişikliğine muvafakat etmesi gerekmektedir.

⁷⁸ Bu noktada ifade etmek gerekir ki, burada eski ve yeni tarihli sınırlı aynı hak sahipleri arasında bir sözleşme söz konusu değildir. Burada yalnızca eski tarihli sınırlı aynı hak sahiplerinin rızasından bahsedilmektedir.

⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2714, dn. 36. Ayrıca ifade edelim ki, bu rıza bir kez verildikten ve sonraki tarihli sınırlı aynı hak tapuda, aslında daha eski tarihli sınırlı aynı haklardan önce gelecek şekilde tescil edildikten sonra, artık bu sınırlı aynı hakların başkasına devredilmesi de sonucu değiştirmeyecektir. Yeni hak sahibi de sıra bakımından eski hak sahibinin sahip olduğu imkanlardan faydalanacaktır.

⁸⁰ Yürürlükten kalkan Tapu Sicili Nizamnamesi'nin 37. Madde hükmü dolayısıyla eski tarihli sınırlı aynı hak sahiplerinin rızasının tapu sicilinde düşünceler sütununa yazılacağı doktrininde ifade edilmekte idi. Bkz. Akipek, s. 29. Doktrininde rehin hakkı sahiplerinin, sonradan kurulacak sınırlı aynı hakkın sıraya öncelikli olmasına rıza göstermesinin oldukça düşük bir ihtimal olduğu ve bu sebeple de Tapu Sicili Nizamnamesi m. 37 hükmünün Tapu Sicili Tüzüğü'ne alınmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Helvacı, s. 389, dn. 5.

⁸¹ Erel, s. 86.

Sıra değişikliği öngören böyle bir anlaşma sadece sınırlı aynı hak sahipleri ve malik arasında yapılırsa bu anlaşma sadece taraflarını bağlayacaktır, yani sadece kişisel bir talep hakkı verecektir. Bu sözleşmenin aynı etki doğurması için kanımızca tapu sicilinde sıraları değişikliğe uğrayacak olan sınırlı aynı hakların mevcut tarihleri terkin edilerek, kabul edilecek yeni sıra ilişkisine göre bu haklara tekrar tarihler verilmek gerekir⁸². Ancak bu şekilde, yapılacak sıra değişikliği aynı etki kazanır ve herkese karşı ileri sürülebilir⁸³.

2. Kamulaştırma ve Zorunlu İrtifak

Kuruluş tarihi ölçütünün uygulanmadığı bir hal de bir taşınmaz üzerinde kamulaştırma yoluyla bir irtifak hakkının kurulmasıdır⁸⁴. Bir taşınmaz üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması mümkündür⁸⁵. Kamulaştırma yoluyla bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması ihtimalinde bu hak, taşınmaz üzerindeki diğer bütün sınırlı aynı haklardan sıraya önce gelecektir⁸⁶. Yani kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak hakları bakımından kuruluş tarihi dikkate alınarak sıra tespiti yapılmaya gerek bulunmayacaktır.

Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklara benzer şekilde zorunlu irtifak haklarının⁸⁷ söz konusu olması halinde de kuruluş tarihi ilkesi geçerli olmayacaktır. Bir taşınmaz malikinin irtifak hakkına ihtiyacı bulunduğu, aksi takdirde zor durumda kalacağı hallerde kurulan irtifak haklarına zorunlu irtifaklar denilmektedir⁸⁸. Bunlar MK m. 725/2'de taşkın yapıya ilişkin, m. 744'te mecra geçirilmesine ilişkin, m. 747'de zorunlu geçit irtifakına ilişkin ve m. 761'de zorunlu su irtifakına ilişkin olarak öngörülmüştür. Bir taşınmaz üzerinde zorunlu irtifak hakkının kurulmuş olması ihtimalinde bu hakkın, taşınmaz üzerindeki diğer bütün sınırlı aynı haklardan sıra itibari ile önce geleceği kabul edilmekte-

⁸² Buradan hareketle sıra değişikliğine ilişkin söz konusu sözleşmenin, tapudaki mevcut tescilin değiştirilmesini değil, yeniden tescile bağlı bir terkin içerdiği, bu sebeple de söz konusu sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Rehin hakları arasındaki sıra değişikliğine ilişkin sözleşme bakımından da aynı sonuç kabul edilmektedir. Bkz. Erel, s. 103. Bununla birlikte doktrinde rehin hakları bakımından aksi görüşü kabul eden yazarların da bulunduğu, bu görüşe göre, rehin derecelerinin sırasının değiştirilmesine ilişkin sözleşmelerin herhangi bir şekle tabi olmadığı fakat tapu siciline yapılacak tescilin hukuki sebebinin teşkil edeceğinden böyle bir sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmasının gerekeceği kabul edilmektedir. Bkz. Helvacı, s. 355.

⁸³ Nitekim doktrinde Erel, bir taşınmaz üzerindeki birden fazla rehin hakkı bakımından bunların tabi oldukları sıra ilişkisinin değiştirilmesi yönündeki anlaşmanın ancak tapu siciline tescil ile birlikte aynı etki kazanacağını ifade etmektedir. Erel, s. 102-103.

⁸⁴ Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklar için "idari irtifak" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Akipek, s. 52.

⁸⁵ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "irtifak hakkı kurulması" kenar başlıklı 4. Maddesine göre, "Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yerli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir".

⁸⁶ Köprülü/Kaneti, s. 24-25; Ayan, s. 11.

⁸⁷ Çiğdem Kırca, "Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 4, Yıl 2005, s. 65-76. Doktrinde zorunlu irtifak hakları ifadesi yerine "kanuni irtifaklar", "yasal irtifaklar" ifadelerini kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Akipek, s. 51; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 717; Vecdi Aral, "Kanuni İrtifaklar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 29, Sayı 4, 1963, s. 1038-1045; Köprülü/Kaneti, s. 7.

⁸⁸ Kırca, s. 65.

dir⁸⁹. Dolayısıyla bir taşınmaz üzerinde kurulmuş bir zorunlu irtifak, aynı taşınmaz üzerindeki diğer irtifak haklarından, taşınmaz mükellefiyetinden ve rehin haklarından önce gelecektir⁹⁰.

Bir taşınmaz üzerinde gerek kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulması gerekse de kanunun zorunlu irtifak hakkı kurulmasına imkan vermesi sebebi ile irtifak hakkı kurulması halinde, malikin mülkiyet hakkı kanun hükmü sebebi ile irade dışında kısıtlanmaktadır. Malikin mülkiyet hakkına iradesi dışında kısıtlama getirildiği böyle bir ihtimalde, söz konusu taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynı hak sahipleri bakımından da aynı kısıtlamanın söz konusu olacağını kabul etmek ve dolayısıyla kamulaştırma yolu ile ve zorunlu irtifak şeklinde kurulan bu irtifak haklarına sıra bakımından öncelik tanımak kanunun ruhuna uygun çözüm olarak kabul edilmelidir⁹¹. Bununla birlikte, kamulaştırma yoluyla veya zorunlu irtifak şeklinde bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması halinde, söz konusu taşınmazın malikine ödenecek bedelin bir kısmının o taşınmaz üzerinde daha önceden kurulmuş sınırlı aynı hak sahiplerine verilmesinin de adalete uygun çözüm olduğunu ifade etmek gerekir⁹². Malike ödenecek miktardan sınırlı aynı hak sahibine ayrılması gereken tutar belirlenirken, sınırlı aynı hak sahibinin sahip olduğu sınırlı aynı hakkın içeriği, kullanım şekli, kullanım süresi, taşınmazdan faydalandığı oran ile kamulaştırma yoluyla veya zorunlu irtifak şeklinde kurulan irtifak hakkının taşınmazdan yararlanacağı oran, gibi unsurlar dikkate alınmalıdır⁹³. Taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı aynı hakkın söz konusu olması halinde ise, sınırlı aynı hak-

⁸⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 718; Köprülü/Kaneti, s. 24-25; Esener/Güven, s. 365; Kırca, s. 73-74. Zorunlu irtifak haklarının kurulması için tapu siciline tescil zorunlu bir unsur olmadığından, söz konusu irtifak hakları bakımından tapuya yapılacak tescil kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2018; Kırca, s. 67-68. Fakat bu hak kurulduktan sonra, artık tescil tarihi önemli olmayacak, her durumda taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynı haklardan önce gelecektir.

⁹⁰ Taşınmaz üzerinde daha eski tarihli bir rehin hakkı mevcut olsa dahi, rehin hakkı sahibi bu taşınmazın satışını talep ettiğinde, taşınmazın satışından elde edilecek tutar, alacağını karşılamaya yetmese dahi, MK m. 862 uyarınca, zorunlu irtifak haklarının terkinini talep edemeyecektir. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 718.

⁹¹ Zorunlu irtifak hakları bakımından, bu tarz irtifak haklarının komşuluk hukukuna ilişkin olarak kanunen getirdiği mükellefiyetlerin, sadece komşu taşınmaz maliki bakımından değil aynı zamanda bu taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hak sahipleri bakımından da geçerli olduğu, dolayısıyla zorunlu irtifak haklarının diğer sınırlı aynı haklardan önce geleceği ifade edilmektedir. Aral, "Kanuni İrtifak", s. 1042. Nitekim taşınmaz mülkiyetinin sınırlamalarına ve muhtevasına ilişkin hükümlerin sınırlı aynı haklara da uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 708.

⁹² Köprülü/Kaneti, s. 24-25. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, kamulaştırma yolu ile veya zorunlu irtifak hakkı şeklinde kurulan irtifak hakkı ile, taşınmaz üzerinde halihazırda mevcut eski tarihli sınırlı aynı hakkın kullanımını birbiri ile çatışmıyorsa, sınırlı aynı hak sahibine ödmeden pay verilmesine gerek bulunmayacaktır.

⁹³ Örneğin oldukça geniş yetkiler tanıyan intifa hakkının söz konusu olması halinde, intifa hakkının süresi de dikkate alınmak şartıyla, bedelin tamamının intifa hakkı sahibine verilmesi gerekebilir. Yine taşınmazın tamamı üzerinde kullanılacak bir üst hakkı bakımından da aynı sonuca ulaşılabilir. Bununla birlikte, taşınmazın sadece bir kısmından faydalanan geçit hakkı sahibi bakımından aynı sonuca ulaşamayacaktır.

ların kullanılma biçimleri, birlikte kullanılıp kullanılmadıkları dikkate alınmalıdır⁹⁴.

3. Kanundan Doğan İpotek Hakları

Kanundan doğan ipotek hakları iki başlık altında incelenmekte olup bunlar, tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları ve tescile tabi kanuni ipotek hakları şeklinde ifade edilmektedir⁹⁵. MK'da tescile tabi olmayan üç tür kanuni ipotek hakkı öngörülmüştür. Bunlardan ilki MK m. 865/3'teki, ipotekli taşınmazın değerinin malikin kusuru ile azalması ihtimalinde ipotekli alacaklının gerekli tedbirleri malik hesabına alırken yaptığı masraflar için sahip olduğu tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkıdır. İkincisi, MK m. 867/2 çerçevesinde taşınmazın değerinin malikin kusuru olmaksızın değerinin düşmesi ihtimalinde ipotekli alacaklının aldığı önlemleri için yaptığı masraflar bakımından sahip olduğu tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkıdır. İpotekli alacaklının taşınmaza yaptığı masraflar bu iki hükümden birine dayanarak rehinli taşınmaz üzerinde sahip olduğu rehin hakkı, aynı taşınmaz üzerinde mevcut tüm sınırlı aynı haklardan önce gelecektir. Yani ipotekli alacaklının sahip olduğu bu iki türdeki rehin hakkı önceliklidir. Bu durum MK m. 865/3 ve m. 867/2'de açıkça ifade edilmiştir.

Tescile tabi olmayan kanuni ipotegin söz konusu olduğu üçüncü ve son hal ise, MK m. 876'da düzenlenmiş olan, rehinli ipotekli rehinle yüklü taşınmazın korunması için yaptığı zorunlu masraflar ve özellikle malik hesabına sigortacıya ödediği sigorta primleri bakımından sahip olduğu ipotek hakkıdır. İpotekli alacaklının yaptığı bu tür masraflar, tescile tabi olmaksızın, aynı rehinli alacağı gibi güvenceden yararlanır. Bu durumda ipotekli alacaklının yaptığı bu masraflar için tescile tabi olmayan bir ipotek kanunen öngörülmüş olup, yine m. 786 hükmü gereği bu alacakların sırası, esas rehinli alacağının sırası ile aynı olacaktır⁹⁶.

Tescile tabi olmayan söz konusu üç tür ipotek hakkı bakımından hak sahibi dilerse bu haklarını tapuya tescil ettirebilir. Burada aynı hakkın kazanılması bakımından tescil kurucu değil, sadece açıklayıcı niteliktedir. Zira rehinli alacaklının sahip olduğu ipotek hakkı tescilden önce doğmuştur⁹⁷.

İkinci başlık olan tescile tabi kanuni ipotek haklarında ise, adından da anlaşılacağı üzere, ipotek hakkının doğumu için tapu siciline tescil şarttır. Tescile tabi kanuni ipotek hakları Medeni Kanun, Türk Borçlar Kanunu ve diğer bazı kanunlarda öngörülmüştür. Söz konusu kanunlarda yer alan hükümlerde aranan şartların gerçekleşmesi halinde ipotek hakkı sahibi, ipotek hakkının tapu siciline tescili hususunda bir yenilik doğuran hakka sahip olur ve bu hakkına dayanarak tapuya tescili sağladığında ipotek hakkı doğmuş olur. Yani

⁹⁴ Örneğin, ilk sıradaki sınırlı aynı hakkın kullanılması zaten ikinci sıradakinin kullanılmasına imkan tanımıyordu ise, artık ikinci sıradaki sınırlı aynı hak sahibine ödeme yapılması gerekmez.

⁹⁵ Bir taşınmaz üzerinde ipotek hakkı kurulması için kural olarak tapu siciline tescil gereklidir ve tecil için de geçerli bir kazanma sebebi ve taşınmaz malikin yazılı olarak tescil talebinde bulunması gerekmektedir. Fakat kanun koyucu bazı durumlar için bu kurala istisna getirmiştir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N.3451-3452.

⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3457.

⁹⁷ MK m. 892 hükmüne göre, "Kanuni ipotek haklarının doğumu, aksi kanunda öngörülmüş olmadıkça, tapu kütüğüne tescil edilmelerine bağlı değildir".

tescile tabi kanuni ipotek hakları bakımından tescil kurucu unsurdur ve bu sebeple de bu tür ipotek haklarının sırası genel kural olan “kuruluş tarihi” ölçütüne göre belirlenecektir⁹⁸.

D. Sınırlı Aynı Haklar Arasında Sıra İlişkisinin Sonucu

Bir taşınmaz üzerinde birden fazla sayıda sınırlı aynı hakkın söz konusu olması ve bu hakların kullanılması bakımından çatışmanın ortaya çıkması durumunda söz konusu haklar arasında sıranın ne şekilde tespit edileceği yukarıda anlatılmıştır. Buraya kadar anlatılan hususlar sınırlı aynı hakların tümü, yani irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakları bakımından geçerli kurallardır. Yani bu üç tür sınırlı aynı hak bakımından da sıranın tespiti genel kural uyarınca kuruluş tarihi ölçütüne göre saptanacaktır⁹⁹. Sıra ilişkisinin sonucu bakımından ise bu üç farklı türdeki sınırlı aynı haklar bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

Sınırlı aynı haklar arasında sıra ilişkisinin sonucu bakımından farklı türdeki sınırlı aynı haklar arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Medeni Kanun’da kabul edilen üç tür sınırlı aynı hak bulunmakta olup bunlar, irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakkıdır. Sıra ilişkisinin sonucu bakımından bu üç tür haklar birtakım farklılıklar arz etmektedir. İlk olarak irtifak haklarına ilişkin inceleme yapalım. Aslında irtifak hakları bakımından sıra ilişkisi sadece bu hakların kullanılmasının birbiri ile çatışması halinde ortaya çıkmaktadır. Yani aynı taşınmaz üzerindeki birden fazla irtifak hakkı birbiri ile çatışma olmaksızın kullanılabilir ise, sıra ilişkisinin tespit edilmesine gerek olmayacaktır. Çatışmanın ortaya çıkması halinde ise, hangi hakkın sıracı önce olduğunun tespit edilmesi gerekecektir. Bu bağlamda sıracı önce gelen irtifak hakkı sahibi, sadece sıracı sonra gelen irtifak hakkının kullanılmasına engel olabilir, yoksa o hakkın terkin edilmesini talep edemez. Zira böyle bir imkan verilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu durumda, sonraki tarihli irtifak hakkı sahibi sıra ilişkisine uymayarak hakkını kullanmaya devam ediyor ise, öncelikli olan irtifak hakkı sahibinin yapması gereken, müdahalenin men’i davası açarak, o hakkın kullanılmasına engel olmaktadır¹⁰⁰.

Bu sonuç irtifak hakkı ile taşınmaz yükü arasındaki sıra ilişkisi bakımından da geçerlidir. Aynı taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı ile taşınmaz yükünden kaynaklanan verme veya yapma borcu arasında çatışma ortaya çıkabilir ve bu durumda sıra bakımından öncelikli olan hak sahibi, diğerinin kullanılmasına engel olabilecektir. İrtifak hakları ile, rehin hakları veya taşınmaz yükünden kaynaklanan taşınmazın paraya çevrilmesi hakları bakımından sıra ilişkisinin sonucu ise farklılık arz etmektedir. İrtifak hakkı sıracı önce ise, ta-

⁹⁸ Tescile tabi kanuni ipotek haklarının bir türü olan inşaatçı ipoteği, taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynı haklar ile sıra bakımından genel kural uyarınca “kuruluş tarihi” ölçütüne tabidir. Fakat MK m. 896 uyarınca aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sayıda inşaatçı ipoteğinin kurulmuş tescil edilmiş olması ihtimalinde, bunların kanuni ipotekten yararlanmak bakımından kendi aralarında aynı sırada oldukları, yani bunlar arasında “sıra eşitliği” bulunduğu kabul edilecektir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3505.

⁹⁹ Bir taşınmaz üzerindeki birden fazla sayıdaki rehin hakkı bakımından sabit dereceler sisteminin geçerli olduğunu tekrar hatırlatmakla yetiniyoruz.

¹⁰⁰ Sınırlı aynı hak sahiplerinin de gerekli şartların sağlanması halinde, müdahalenin men’i davası açma hakkı bulunmaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1151.

şınmazın paraya çevrilmesi durumunda yeni malik irtifak hakkı ile yüklü olarak taşınmazı alacaktır. İrtifak hakkının sıracıca sonra olması durumunda ise, taşınmazın paraya çevrilmesi esnasında irtifakın terkinini durumu söz konusu olacaktır.

Sıracıca önce gelen sınırlı aynı hak sahibinin sonraki tarihli sınırlı aynı hakkın terkinini talep edebilmesi, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi durumunda etkilerini gösterir¹⁰¹. Zira rehin hakkı, aynı taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynı haklara göre sıra bakımından öncelikli ise, rehin hakkı sahibinin taşınmazın satılması esnasında taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynı hakların terkinini talep etmek ve böylece taşınmazın bu haklarla yüklü olmaksızın satışa çıkarılmasını talep etmek yetkisi bulunmaktadır. Sıra ilişkisinin rehin hakları bakımından sonucunu teşkil eden terkin talebi, aşağıda rehin haklarının diğer sınırlı aynı haklar ile sırası başlığı altında ayrıca incelenmiştir¹⁰².

Son olarak sıra ilişkisinin taşınmaz yükü bakımından sonuçlarını inceleyelim. MK m. 839/1'e göre taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılar. Hükümden de anlaşılacağı üzere taşınmaz yükü, bir şey vermeye veya yapmaya ilişkin edim borcu ve bu borcun taşınmazla teminat altına alınmasından oluşmaktadır¹⁰³. Yapma veya vermeye ilişkin edim borcu bakımından taşınmaz yükünün sırası bağlamında irtifak haklarına ilişkin sonuçlar uygulama alanı bulacaktır. Yani taşınmaz yükünün sahibine tanıdığı hak ile, taşınmaz üzerindeki diğer bir irtifak hakkının kullanılması çatıştığında, sıra bakımından hangi hak öncelikli ise, diğer hakkın kullanılmasını engelleyebilecektir.

Bununla birlikte taşınmaz yükünün hak sahibine tanıdığı ikinci imkanın ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Taşınmaz yükü ile yüklenmiş olan taşınmazın maliki bu hakkın içeriğini teşkil eden verme veya yapma borcunu yerine getirdiği sürece, hak sahibinin taşınmaz üzerinde herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Fakat malik, taşınmaz yükünün içeriğini teşkil eden verme veya yapma borcuna aykırı davranır ise, bu borç m. 839/1 uyarınca, taşınmazın değeri ile aynı teminat altına alınmış olduğundan, alacaklı yüklü taşınmazın paraya çevrilmesini talep edebilir. Böylece taşınmaz yükü sahibinin alacağı aynı teminat altına alınmıştır¹⁰⁴. Bu sebeple taşınmaz yükü ile yüklenmiş taşınmazın malikinin verme veya yapma borcunu yerine getirmemesi ve taşınmaz yükü sahibinin taşınmazın paraya çevrilmesini talep etmesi durumunda, sıra ilişkisi bakımından rehin hakkına benzer sonuçlar ortaya çıkacaktır. Yani taşınmaz yükü sahibi, taşınmaz üzerinde tarih bakımından kendi hakkından sonra geldiği için sıracıca sonra gelen irtifak haklarının terkinini talep edebilecektir¹⁰⁵. Bu hususta aşağıda rehin hakkına ilişkin olarak anlatılanlar, taşınmaz yükü bakımından da geçerli olacaktır¹⁰⁶. Rehin hakları bakımından söz konusu olan terkin talebi de taşınmaz yükü bakımından uygulama alanı bulacaktır.

¹⁰¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2715.

¹⁰² Bkz. Aşağıda, III, C, 2.

¹⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3138-3148.

¹⁰⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3147.

¹⁰⁵ Akipek, s. 30.

¹⁰⁶ Taşınmaz yükü sahibi, İİK m. 132 uyarınca terditli olarak satış talep etmek imkanına sahip olacaktır. Bkz. Aşağıda, III, C, 2.

III. Rehin Hakkının Diğer Sınırlı Aynı Haklar İle Sıra İlişkisi

A. Genel Olarak

Taşınmaz rehni bakımından sıra düzeninin önemi, özellikle taşınmaz rehnin paraya çevrilmesi anında ortaya çıkmaktadır. Taşınmazın değeri bütün rehinli alacaklıların alacağını karşılamaya yetiyor ise rehinli alacaklılar bakımından sıranın önemi olmayacaktır. Fakat çoğu halde taşınmazın değeri rehinli alacaklıların hepsinin alacağını karşılamaya yetmeyeceğinden sıra meselesi önem kazanmaktadır¹⁰⁷. Taşınmaz üzerinde söz konusu olan birden fazla rehin hakkı arasında önceliğin belirlenmesi çalışmamızın konusu dışında olduğundan burada bu hususa ilişkin inceleme yapılmayacaktır. Bu çalışma kapsamında yalnızca rehin hakları ile irtifak hakları ve taşınmaz yükü arasındaki sıra meselesi üzerinde durulacaktır. Fakat şu hususu kısaca belirtmek gerekir ki, taşınmaz rehninde sıra meselesi sabit dereceler sistemine¹⁰⁸ göre belirlenmekte iken, taşınmaz üzerindeki rehin hakları bakımından ise genel kural olan kuruluş tarihi ilkesi geçerlidir¹⁰⁹.

İrtifak hakları ve taşınmaz yükü ile rehin hakları arasındaki sıra ilişkisinin belirlenmesinde de kuruluş tarihi ölçütü dikkate alınacaktır. Rehin hakkı ile irtifak hakları veya taşınmaz yükü arasındaki sıra ilişkisi, rehnin paraya çevrilmesi esnasında önem kazanacaktır¹¹⁰. Bu bağlamda rehnin paraya çevrilmesi anında rehinli taşınmazın üzerindeki irtifak hakkı veya taşınmaz yükü ile birlikte mi yoksa o bu haklardan biri olarak mı satılacağına tespiti hangi sınırlı aynı hakkın tarih itibarıyla önce olduğuna göre belirlenecektir. İrtifak hakkı veya taşınmaz yükü rehin hakkından önce kurulmuşsa sonuç farklı, sonra kurulmuşsa sonuç farklı olacaktır.

¹⁰⁷ Taşınmazın gerçek değerinin üstünde bir rehin haklarıyla kayıtlanmasının nedeni; taşınmazın değerinin rehnin tesis edildiği anda fazla gösterilmiş olması, rehin tesis edildikten sonra değerinin düşmüş olması ya da taşınmazın rehinden sonra başka sınırlı aynı haklarla kayıtlanmış olması olabilir. Erel, s. 3.

¹⁰⁸ Birden fazla rehin hakkı arasında sırayı belirlemek üzere öngörülen sabit dereceler sisteminde taşınmazın değerinin farazi olarak ayrıldığı bölümlere derece adı verilir ve derece, taşınmaz rehninin sırasını ve teminatın miktarını tayin eder. Malik dilediği derecede rehin hakkı kurabilir, örneğin birinci derecedeki rehin hakkını saklı tutarak ikinci derecede bir rehin tesis edebilir. Birinci derecedeki rehin hakkı herhangi bir şekilde sona erdiğinde ikinci derecedeki rehin hakkı birinci dereceye ilerlemez. Malik birinci derecede tekrar bir rehin hakkı tesis edebilir ve tesis edilen bu sonraki tarihli rehin, aslında daha eski tarihli olan ikinci derecedeki rehin hakkına göre sıra itibarı ile önce gelir. Sabit dereceler sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 25-34; Helvacı, s. 349-375; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3260-3308; Nomer/Ergüne, s. 196-202. Ayrıca belirtelim ki, sabit dereceler sistemine başvurmak ihtiyaridir. Yani bir taşınmazın maliki, rehinli alacaklılar ile anlaşarak taşınmazı üzerinde derece öngörmeksizin de rehin kurabilir. İşte bu halde, yani derece sistemine başvurulmaksızın aynı taşınmaz üzerinde birden fazla rehin hakkı tesis edilmiş olması halinde, kuruluş tarihi ölçütü geçerli olacak ve kuruluş tarihi itibarı ile önce olan rehin hakkı öncelikli olacaktır. Bkz. Ayan, s. 13. Aybay/Hatemi, s. 250.

¹⁰⁹ Ayan, s. 13.

¹¹⁰ Zira rehin hakları ile irtifak hakları veya taşınmaz yükü arasında söz konusu sınırlı aynı hakların hukuki niteliklerinin farklı olmasından ötürü, taşınmazın paraya çevrilmesi anına kadar bir çatışma doğması söz konusu değildir. Bu haklar arasında çatışma ancak taşınmazın, rehin hakkı veya taşınmaz yükü sahiplerinden birinin paraya çevirme talebi sonucunda ortaya çıkacaktır. Erel, s. 80.

B. Rehin Hakkı Diğer Sınırlı Aynı Haklardan Sonra Kurulmuşsa

İrtifak hakkı veya taşınmaz yükünün rehin hakkından önce kurulmuş olması ihtimalinde, genel kural uyarınca sıra itibarıyla sözgelimi irtifak hakkı öncelikli olacaktır. Bunun sonucu olarak rehlin paraya çevrilmesi anında rehinle yüklü taşınmaz, söz konusu irtifak hakkı ile yüklü olarak paraya çevrilecektir¹¹¹. Yani rehin konusu taşınmaz irtifak hakkı ile yüklü olarak satışa çıkarılacaktır.

Sözgelimi malik Bay M, A taşınmazı üzerinde 01.01.2012 tarihinde Bay B lehine geçit irtifakı tesis etmiş, aynı taşınmaz üzerinde 01.02.2012 tarihinde ise ikinci derecede ipotek tesis etmiştir. Bu örnekte irtifak hakkı tarih itibarıyla önce olduğundan taşınmazın rehin hakkının kullanılması dolayısıyla paraya çevrilmesi anında taşınmaz, geçit irtifakı ile yüklü olarak satışa çıkarılacaktır. Bu durumda rehinli alacaklı taşınmazın irtifak hakkı sebebi ile değerinin düşmesine katlanmak durumunda kalacaktır. Taşınmazın yeni sahibi ise geçit irtifakına katlanmak durumunda kalacaktır.

Burada önemli olan rehin derecesinin ilk kuruluş tarihidir. Bu bağlamda önceki derece saklı tutularak rehin hakkı ihdas edilmesi halinde sorunun nasıl çözüleceği meselesi ortaya çıkmaktadır. İrtifak hakkı ile rehin hakkı arasında önceliğin belirlenmesi irtifak hakkının doğum tarihi ile taşınmaz rehni derecesinin kuruluş tarihine göre belirlenecektir, yani taşınmaz rehni derecesinin kurulduğu tarihtir¹¹². Bu noktada şu hususu belirtmek gerekir; taşınmaz üzerinde rehin derecesi kurulmuş ve fakat bu derecede bir rehin hakkı tesis edilmemiş ise irtifak karşısında derecenin kuruluş tarihi önemli olacaktır. Yani taşınmaz üzerinde derece tesis edildikten sonra irtifak hakkı kurulmuş sonrasında ise söz konusu derecede bir ipotek hakkı tesis edilmiş ise, ipotek irtifak hakkına göre sıra itibarıyla öncelikli olacaktır. Aynı şekilde bir taşınmaz üzerinde birinci derecede kurulan rehin hakkı alacağın ödenmesi dolayısıyla derece boşalmış ve fakat yerine başka bir rehin hakkı tesis edilmeden önce taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı kurulmuş ve sonrasında söz konusu derecede ipotek tesis edilmişse yine ipotek irtifak hakkına göre sıra itibarıyla önce gelecektir¹¹³.

¹¹¹ Ayan, s. 12. Aybay/Hatemi, s. 278.

¹¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2714; Erel, s. 81; Ayan, s. 12; Nomer/Ergüne, N. 521; Sirmen, s. 573. Rehin haklarının diğer sınırlı aynı haklar ile sırası bağlamında rehin derecesinin kuruluş tarihinin dikkate alınmasının gerekçesi, belirli bir derecede tesis edilen rehin hakkının aynı zamanda bu derecenin sağladığı sırayı da her yönüyle iktisap etmesidir. Örneğin birinci ve ikinci sırada rehin tesis edildikten sonra taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı kurulmuş ve sonrasında birinci sıradaki rehin terkin edilerek yerine başka bir rehin hakkı tesis edilmesi halinde, yeni tarihli bu rehin hakkı nasıl ki ikinci sıradaki, aslında tarih olarak eski olan, rehin hakkından önce geliyor ise irtifak hakkından da önce gelmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 82. Bize göre de bu sonucun kabulü yerindedir. Zira bu çözüm, kanun koyucunun taşınmaz rehniinde kuruluş tarihi ilkesinden vazgeçerek derece sistemini kabul etmesinin amacına da uygundur.

¹¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2714; Sirmen, s. 573. Rehin derecesinin kuruluş tarihi ise, bir taşınmaz üzerinde belirli bir sırada rehin hakkının tesis edilmesi halinde bu rehin hakkının tescil tarihi, derecenin kuruluş tarihi olacaktır. Rehin derecesinin saklı tutulması durumunda ise, saklı tutma işleminin tarihi, derecenin kuruluş tarihi olarak kabul edilecektir. Bkz. Erel, s. 83.

C. Rehin Hakkı Diğer Sınırlı Aynı Haklardan Önce Kurulmuşsa

1. Genel Olarak

Bir taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulduktan sonra malik tarafından aynı taşınmaz üzerinde irtifak hakkı veya taşınmaz mükellefiyeti tesis edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hatta MK m. 869/1'de, malikin rehinli taşınmaz üzerinde yeni sınırlı aynı haklar kurmayacağına taahhüt etmesinin geçerli olmayacağı hüküm altına alınmıştır¹¹⁴.

MK m. 869/2 ise bir taşınmaz üzerinde kurulan irtifak hakkı ile rehin hakkı arasındaki sıra ilişkisini düzenlemekte olup hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Tarihi daha eski olan rehin hakkı, aynı taşınmaz üzerinde alacaklının izni olmadan daha sonra kurulan irtifak haklarından veya taşınmaz yüklerinden önce gelir...*” Hükümün lafzından anlaşılan, bir taşınmaz üzerinde mevcut rehin hakkı sahibinin rızası ile sonradan irtifak hakkı veya taşınmaz yükü kurulması halinde, sonradan kurulan bu hakların sıra itibari ile rehin hakkından önce geleceklidir. Rehlinli alacaklının rızası, tarih itibari ile sonra olan bu haklara öncelik tanınmasına yol açmaktadır.

Burada rehinli alacaklının rızası, taşınmaz üzerinde irtifak ya da taşınmaz yükü kurulmadan önce veya kurulduktan sonra alınabilir¹¹⁵. Rehlinli alacaklının irtifak hakkı veya taşınmaz yükünün kurulmasına rızası, tapu sicilinde düşünceler sütununa kaydedilir¹¹⁶. Tapu sicilinde düşünceler sütununa söz konusu kaydın yapılabilmesi için, malikin, rehinli alacaklıların ve rehinli alacak üzerinde rehin ve intifa hakkına sahip olanların yazılı olarak rıza vermesi

¹¹⁴ MK m. 869/1 hükmü ile malikin yeni aynı haklar kurmayacağına ilişkin taahhüdünün geçersiz sayılması noktasında bu geçersizlikten ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, buradaki geçersizlikten anlaşılması gereken, böyle bir taahhüdün aynı hiçbir sonuç doğurmayacağıdır. Yani taraflar arasında bu taahhüdün sonuç doğuracak ve böyle bir taahhüde aykırılık tazminat borcunu doğurabilecektir. Bkz. Köprülü/Kaneti, s. 26; Başpınar, s. 54, dn. 46. Diğer bir görüş ise, buradaki geçersizlikten anlaşılması gerekenin, böyle bir sözleşmenin kesin hükümsüzlükle sakat olduğudur. Bkz. Helvacı, s. 389, dn. 4.

¹¹⁵ Erel, s. 83.

¹¹⁶ 8.10.1930 tarihli eski Tapu Sicili Nizamnamesi m. 37'de, rehinli alacaklının taşınmaz üzerinde sonradan kurulacak irtifak hakkı ve taşınmaz yüküne rızasının, rıza verilen rehin hakkının düşünceler sütununa kaydedileceği ifade edilmişti. Fakat Tapu Sicili Tüzüğü'nde bu hususa ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Eski Tapu Sicili Nizamnamesi'ndeki söz konusu hükmün Tapu Sicili Tüzüğü'ne alınmaması, rehinli alacaklının sonradan kurulacak irtifak hakkı veya taşınmaz yükünün sıra itibari ile rehin hakkından önce gelmesine rıza vermesi ihtimalinin oldukça düşük olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Helvacı, s. 389, dn. 5. Bununla birlikte Tapu Sicili Tüzüğü m. 31/2'ye göre, “Rehin hakkının kuruluşundaki şartlarda yapılan değişikliğe ait sözleşmeler, alacağın kısmen ödenmesine ilişkin istemler, 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 183 üncü maddesi uyarınca yapılacak alacağın devri sözleşmeleri ve benzerleri düşünceler sütununda belirtilir”. Kanımızca, rehinli alacaklının sonraki tarihli haklara vereceği rızanın da rehin hakkının kuruluşundaki şartlarda değişiklik yapılmasına ilişkin bir sözleşme olarak kabul edilmesi ve bu sebeple düşünceler sütununa kaydedilmesi gerekecektir. Ayrıca ifade edelim ki m. 31/'deki “ve benzerleri” şeklindeki ifade söz konusu rızanın düşünceler sütununa kaydedileceğini doğrulamaktadır.

gerekecektir¹¹⁷. Son olarak ifade edelim ki, söz konusu rıza, sadece bu rızayı veren rehinli alacaklının sahip olduğu rehin hakkını değil, aynı zamanda söz konusu rehin hakkının bulunduğu dereceyi de kapsar, yani söz konusu derecede sonradan tesis edilen rehin hakları da, rıza sonucu öncelik tanınan irtifak hakkı veya taşınmaz yükünün sırasına riayet etmek durumunda kalacaklardır¹¹⁸.

MK m. 869/2 hükmü çerçevesinde, bir taşınmaz üzerinde rehinli alacaklının izni ile kurulan sonraki tarihli irtifak hakları veya taşınmaz yükü, rehin hakkına göre sıra itibari ile öncelikli olacaktır. Rehlinli alacaklının izni olmaksızın bir irtifak hakkı veya taşınmaz yükünün kurulmuş olması halinde ise, bu haklar sıra itibari ile rehin hakkından sonra gelecektir. Rehlinli alacaklının izni olmaksızın taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı veya taşınmaz yükü kurulmuş olması halinde rehinli alacaklı, söz konusu hakların terkinini talep edebilecektir. M. 869/2 hükmünün önemi kendisini rehlin paraya çevrilmesi aşamasında gösterecek olup, rehin hakkı sahibinin rızası olmaksızın taşınmaz üzerinde sonradan bir irtifak hakkı veya taşınmaz yükü kurulmuş ise, rehinli alacaklı, İcra İflas Kanunu m. 132 çerçevesinde taşınmazın söz konusu irtifak hakkı veya taşınmaz yükünün terkin edilerek satışını talep edebilecektir¹¹⁹.

2. Rehlin Hakları Bağlamında Sıra İlişkisinin Sonucu Olarak Terkin Talebi ve İcra İflas Kanunu m. 132 Hükmünün Değerlendirilmesi¹²⁰

MK m. 869/2 hükmü rehinli alacaklıya, sıra itibari ile rehin hakkından sonra gelen irtifak hakkı veya taşınmaz yükünün taşınmazın satışa çıkarılmasından önce terkinini talep etmek imkanı vermiştir. Bu imkan ayrıca İİK m. 132/1 hükmünden kaynaklanmaktadır¹²¹. Dolayısıyla rehin hakları bakımın-

¹¹⁷ Zira MK m. 1014'e göre, bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanları üzerinde yapılabilir. Aynı yönde, Erel, s. 83.

¹¹⁸ Erel, s. 83-84.

¹¹⁹ Akipek, s. 31; Helvacı, s. 389-390; Selahattin Sulhi Tekinay, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Haklar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 97. Köprülü/Kaneti, s. 26; H. Saymen/H. K. Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, s. 437. Fakat bu noktada bir hususa işaret etmek gerekir. MK m. 869/2 hükmü bakımından doktrinde farklı bir yorum yapıldığı da görülmektedir. Bu görüşe göre, burada rehin hakkı sahibinin rızasının aranmasından maksat, sonra kurulan sınırlı aynı hakkın geçerli kılınması değil, sadece rehin hakkı sahibince sınırlı aynı hakkın denetlenmesini sağlamaktır. Rehlinli alacaklının rızası ile sonradan kurulan irtifakın aleyhine sonuç doğurmayacağı asıldır ve öyle olduğu varsayılır. Dolayısıyla irtifak hakkı, rehinli alacaklının rızası ile kurulsun ya da kurulmasın taşınmazın değerini azaltması halinde MK m. 869/2 çerçevesinde irtifakın terkinini talep edilebilecektir. Esener/Güven, s. 365.

¹²⁰ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sınırlı aynı haklar arasında sıra ilişkisinin sonucu olarak terkin talebi ve İİK m. 132 hükmünün uygulanması sadece, rehin hakkı ve taşınmaz yükü bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu çerçevede rehin hakkından veya taşınmaz yükünden sıra itibari ile sonra gelen bir irtifak hakkının veya taşınmaz yükünün MK m. 869/2 ve İİK m. 132 hükmü uyarınca terkinini talep edilerek taşınmazın satışa çıkarılması söz konusu olabilecektir. Ayrıca ifade edelim ki, bu sonuç, aynı taşınmaz üzerindeki birden fazla sayıdaki rehin hakları bakımından uygulama alanı bulmaz, zira taşınmaz rehinde kanun koyucu sabit dereceler sistemini kabul etmiştir.

¹²¹ Sıracıca önce gelen rehin hakkına tanınan söz konusu terkin talebi, rehin hakkından sonra şerh edilmiş olan kişisel haklar bakımından da geçerlidir. Yani rehin hakkı sahibi, taşınmazın satılması esnasında söz konusu kişisel hakların terkin edilmesini de ta-

dan sıra ilişkisinin sonucu, rehnin paraya çevrilmesi aşamasında, taşınmaz üzerindeki sıracı sonra gelen hakları terkin bakımından önem arzetmektedir¹²².

İİK m. 132/1'e göre, "Alacak bir taşınmaz ile temin edildikten sonra borçlu o taşınmaz üzerinde alacaklının rızası olmaksızın bir irtifak hakkı yahut bir taşınmaz mükellefiyeti tesis ederse bu tesis alacaklının hakkına tesir etmez ve alacaklı taşınmazın o hak ile birlikte veya o haktan ari olarak artırmağa çıkarılmasını isteyebilir." Hükmün ifadesinden rehinli alacaklının, rızası olmaksızın taşınmaz üzerinde sonradan tesis edilen irtifak hakkı veya taşınmaz mükellefiyetlerinin söz konusu olması halinde, taşınmazın bu haklarla birlikte veya bu hakların terkin edilerek satışa çıkarılabileceğini isteyebileceği anlaşılmaktadır. Hükmün lafzı, bu haklarla birlikte veya bu haklardan ari olarak satış arasında rehinli alacaklıya seçim hakkı verildiği yönündedir. Fakat doktrinde genel olarak kabul edilen İİK m. 132 ile rehinli alacaklıya terditli bir satış imkanı sunulduğu yolundadır. Buna göre, taşınmaz önce irtifak hakkı veya taşınmaz yükü ile yüklü şekilde satışa çıkarılacak ve satıştan elde edilen bedelin rehinli alacağı karşılayıp karşılamadığına bakılacaktır. Eğer elde edilen tutar ile rehinli alacaklıyı tatmin ediliyor ise, söz konusu taşınmaz irtifak hakkı veya taşınmaz mükellefiyeti ile yüklü olarak yeni malike geçecektir. Satıştan elde edilen tutarın rehinli alacağı karşılamaması ihtimalinde ise, taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı veya taşınmaz yükü terkin edilerek taşınmaz ikinci kez açık arttırmaya çıkarılacaktır¹²³. Buna göre, İİK m. 132 hükmündeki "veya" ifadesinin "ve" olarak anlaşılması gerekmektedir¹²⁴. Fakat doktrinde İİK m. 132'nin bu şekilde bir terditli satış imkanı sunmadığını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır¹²⁵. Bu görüş taraftarları İİK m. 132 hükmünü yazıldığı şekilde yorumlamaktadır.

lep edebilecektir. Erel, s. 85. Yazar bu hususun şerh edilmiş kira hakları bakımından İİK m. 132/3 hükmünde açıkça hükme bağlandığını, dolayısıyla aynı durumun şerhdilmiş diğer kişisel haklar bakımından da geçerli olacağını ifade etmektedir.

¹²² Rehin hakları bakımından sıra ilişkisinin önemi, rehnin paraya çevrilmesi aşamasında önem arzetmektedir. Aynı şekilde taşınmaz yükü bakımından da, yük teşkil eden edimin yerine getirilmemesi sebebi ile taşınmazın satışının talep edilmesi bakımından, sıra ilişkisi taşınmazın paraya çevrilmesi aşamasında önem arzedecektir. İrtifak hakları ve edim kısmı bakımından taşınmaz yükü için ise sıra ilişkisi bu hakların kullanılması aşamasında önem arzetmektedir. Bu sebeple çalışmamızda sıra ilişkisinin sonucu irtifak hakları ve taşınmaz yükünün edim kısmı bakımından yukarıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bak. Yukarıda, II, D. Dolayısıyla bu bölümde rehin hakları bakımından sıra ilişkisinin sonucu olarak anlatına hususlar, edim borcunun yerine getirilmemesi dolayısıyla taşınmazın satışa çıkarılması halinde taşınmaz yükü bakımından da geçerli olacaktır.

¹²³ Erel, s. 84; Saymen/Elbir, s. 437; Burhan Gürdoğan, Türk - İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1967, s. 73; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 778; Köprülü/Kaneti, s. 26-27; Erel, s. 84; Hatemî/Aybay, s. 278; Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Şaka Matbaası, İstanbul, 1949, s. 146; İlhan E. Postacioğlu/Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, 593.

¹²⁴ Talih Uyar, İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 1992, s. 362; Belgesay, s. 146.

¹²⁵ Helvacı, s. 391, dn. 7. Yazar, Türk hukuku bakımından taşınmazın terditli şekilde paraya çevrilmesine imkan veren bir düzenlemenin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Doktrinde kabul edilen söz konusu iki farklı görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uyar, s. 361-366.

Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda ise, İİK m. 132 hükmünün uygulanması ile ilgili olarak doktrinde ifade edilen farklı görüşlere ilişkin bir açıklık bulunmadığı görülmektedir. Zira Yargıtay bu hususa ilişkin kararlarında konuya açıklık getirmeksizin, İİK m. 132 hükmünü tekrarlamakla yetinmektedir¹²⁶. Bununla birlikte konuya ilişkin Yargıtay kararlarına bakıldığında, İİK m. 132 uyarınca terditli satışın yapılmasının gerekli olduğu yönünde bir anlam çıkarılamamaktadır. Yargıtay açıkça ifade etmemekle birlikte, rehin hakkından sonra tesis edilen irtifak hakkı veya taşınmaz yükünün terkin edilerek satışın rehinli alacaklı tarafından talep edilmesi durumunda, hangi hakın öncelikli olduğunu tespit ederek, rehin hakkının öncelikli olması halinde, rehinli alacaklının talebi doğrultusunda satışın, söz konusu hakların terkin edilerek yapılabileceğini ifade etmektedir¹²⁷.

Kanaatimizce İİK m. 132 hükmünün amaca göre yorumlanması gerekmektedir¹²⁸. Bu hüküm ile kanun koyucunun amacı, rehinli alacaklının, rehinli taşınmazın söz konusu yüklerden ari olarak satılmasını istemek konusunda hak sahibi olmasını sağlamaktır. Eğer rehinli alacaklıya taşınmazın sözgelimi irtifak hakkından ari olarak satılmasını istemek hakkı doğrudan verilirse, belki bu yükü birlikte dahi rehinli alacağı karşılayacak tutar elde edilecek olmasına

¹²⁶ Uyar, s. 366.

¹²⁷ Bkz. Yarg. 14. HD., 1984/5873 E., 1984/7029 K., 19.11.1984 Tarihli kararında şu ifadelerle yer vermiştir. "MK.nun 784. maddesinin 2. cümlesi gereğince rehin alacaklısının müsaadesi olmaksızın sonradan kurulan yeni tarihli mahdut aynı haklar sıra bakımından rehin hakkından sonra gelirler. İİK.nun 132. maddesi gereğince de, alacak bir gayrimenkul ile temin edildikten sonra borçlu o gayrimenkul üzerinde alacaklının rızası olmaksızın mahdut aynı hak tesis ettirirse, kurulan bu mahdut aynı hak, alacaklının hakkına tesir etmez ve alacaklı, gayrimenkulun o hak ile birlikte veya o haktan arınmış olarak arttırılmaya çıkarılmasını isteyebilir...Nitekim İcra Memurluğu, ipotek alacaklısının MK.nun 784/2 ve İİK.nun 132. maddelerinin kendisine tanıdığı hakları kullanarak taşınmazı ipotekten sonra kurulan mahdut aynı haklardan arınmış olarak satışın talep etmesi üzerine, bu talebini yerinde görmüş ve ipotekli pay, bu arınmış halyle ihaleye çıkarılarak davalı şirkete satılmıştır. İcra memurunun yaptığı bu satışın yasaya aykırı bir yönü yoktur. Davacı, ancak İİK.nun 132. maddesinin 2. fıkrası gereğince, ipotekli alacaklının alacağından daha fazla bir bedelle ihale yapılmış ise işte bu artan bedel üzerinde hak talep edebilir. Veyahut satış vaadinde bulunan borçlu Mehmet'e, oğlundan satış vaadine konu edilen/8820 payın ihaleyle satılmasıyla belirlenen kaim değerini talep edebilir." (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın başka bir kararı; Yarg., 14. HD., 1980/3313 E., 1980/3569 K., 26.6.1980 T.; Yarg., 12. HD., 2009/11251 E., 2009/20132 K., 22.10.2009 T. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁸ Bu hüküm ile yasa koyucunun amacının artırmanın terditli yapılmasını sağlamak olduğu yönünde Gürdoğan, s. 73; Postacıoğlu/Altay, s. 593. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, İİK m. 132 hükmünü yazıldığı şekilde yorumlayan ve dolayısıyla rehinli alacaklının taşınmazın sonradan tesis edilen hakla yüklü ve bu haktan ari olarak satılmasını istemek konusunda seçimlik hakla sahip olduğunu ifade eden görüşe, Adalet Bakanlığı'nın icra dairelerine gönderdiği 1964 tarih ve 7 sayılı mütalaa da gerekçe olamaz. Zira mütalaa da bir taşınmaz üzerinde birinci derecede ipotek kurdurmuş olan alacaklının rızası olmaksızın ikinci, üçüncü derecelerde kurulan ipotek haklarının kurulması durumunda sonraki tarihli rehinlerin kurulabilmesi için birinci derecedeki alacaklının rızasının aranması gerektiği, bu onayın söz konusu olmaması halinde ise, taşınmazın bu haklarla yüklü olarak ve bu haklardan ari olarak satılmasının alacaklının iradesine bırakıldığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla bizim konumuz bakımından söz konusu mütalaaaya dayanılması mümkün olmadığı gibi, mütalaaada ikinci derecede rehin kurulması için ilk derecedeki rehinli alacaklının rızasının aranması da hatalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uyar, s. 362-364.

rağmen, irtifak hakkının terkin sonucu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce, doktrinde de isabetli olarak ifade edildiği üzere, burada rehinli alacaklıya terditli satış isteme imkanı sunulması yerindedir.

Taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı terkin edildikten sonra gerçekleştirilen ikinci açık artırma sonucu yapılan satıştan elde edilen miktar ile, rehinli alacaklının alacağı karşılandıktan sonra geriye bir miktar para kalıyor ise bu miktar, ikinci arttırmadan önce terkin edilen sınırlı aynı hakkın sahibine verilecektir. Bu husus, İİK m. 132/2 hükmünde şu şekilde ifade edilmiştir. İİK m. 132/2'ye göre, *“Taşınmaz haktan ari olarak satılıp ta bedeli alacaklının alacağından fazla çıkarsa o hakkın takdir edilecek kıymeti ödenmek üzere bedelin fazlası hak sahibine tahsis edilir”*. Hüküm, sadece bir sınırlı aynı hak sahibi olması durumunu ifade ediyor olsa da, terkin edilen birden fazla sınırlı aynı hakkın söz konusu olması durumunda artan miktar, sıraları gözetilmek suretiyle terkin edilen irtifak hakkı veya taşınmaz yükü sahiplerine verilecektir¹²⁹.

Bu noktada şu hususu da belirtelim. Taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hakların terkin edilmesinden sonra yapılacak ikinci açık arttırmada, ilk arttırmada önerilenden daha yüksek bir bedel teklif edilmez ise, terkin edilen hakların taşınmazın değerini etkilememesinden ötürü, bu takdirde taşınmaz bu haklarla yüklü olarak ilk açık arttırmada en yüksek bedeli teklif eden alıcıya ihale edilir.¹³⁰

Buraya kadar anlatılanlar ile ilgili şöyle bir örnek verilebilir. Bay A taşınmazı üzerinde Bay B'ye olan borcu için 40.000 TL'lik ipotek kurduktan sonra aynı taşınmaz üzerinde Bay C lehine bir geçit irtifakı tesis etmiştir. İİK m. 132 çerçevesinde Bay B'nin taşınmazın paraya çevrilmesini talep etmesine halinde taşınmaz ilk önce geçit irtifakı ile yüklü olarak açık arttırmaya çıkarılacak, bu arttırmada 40.000 TL'nin altında bir fiyat teklif edilmesi halinde, sözgelimi 35.000 TL teklif edilmiş ise, taşınmaz geçit irtifakından ari olarak ikinci kez açık arttırmaya çıkarılacaktır. İkinci açık arttırmada teklif edilen bedel sözgelimi 45.000 TL olur ise artık satış yapılır ve elde edilen satış bedelinin 40.000TL'si rehinli alacaklı B'ye kalan 5.000 TL'den geçit irtifakı için takdir edilen miktar C'ye, geriye bir şey kalırsa Malik A'ya verilir. Fakat eğer ikinci açık arttırmada da yine 35.000 TL teklif edilirse artık taşınmaz geçit irtifakı ile yüklü olarak satılır ve taşınmazın yeni maliki söz konusu irtifak hakkına katlanmak durumunda kalır.

Sonuç

Bir taşınmaz üzerinde birden fazla sayıda sınırlı aynı hakkın söz konusu olması halinde, bu hakların aynı anda kullanılması mümkün değil ise, diğer bir ifade ile bu haklar arasında çatışma söz konusu ise, söz konusu haklar arasında sıra ilişkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. MK m. 1022 hükmü uyarınca sınırlı aynı haklar arasında sıra ilişkisi, bu hakların tapu siciline tescil edildikleri tarihe göre saptanmaktadır. Yani sınırlı aynı haklar arasında sıranın tespiti bakımından genel kural “kuruluş tarihi” ölçütüdür. Bununla birlikte tapu sici-

¹²⁹ Köprülü/Kaneti, s. 26; Tekinay, s. 98; Helvacı, s. 392. Uygulamada ortaya çıkma ihtimali düşük olsa da, rehinli taşınmazın paraya çevrilmesinden artan miktar ile sınırlı aynı hak sahiplerine yapılacak ödeme sonrasında da geriye bir miktar para kalır ise kalan bu miktar da malike ödenecektir. Saymen/Elbir, s. 437; Köprülü/Kaneti, s. 26.

¹³⁰ Saymen/Elbir, s. 437; Köprülü/Kaneti, s. 26.

line yapılacak tesciller, m. 1022/2 uyarınca yevmiye defterine yapılacak kayıttan itibaren hüküm ifade edecektir. Dolayısıyla sıranın tespiti, tescil talebinin yevmiye defterine yapıldığı gün, saat ve dakikaya göre yapılacaktır.

Sıra ilişkisinin sonucu ise irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakkı bakımından birtakım farklılıklar içermektedir. Bir taşınmaz üzerinde birden fazla irtifak hakkı bulunması halinde bu hakların kullanılması birbiri ile çatışıyor ise sıra meselesi gündeme gelir. Bu durumda eski tarihli irtifak hakkı sahibi, sıracıya sonra gelen irtifak hakkının kullanılmasını engelleyebilecektir. Bu engellemeyi de açacağı müdahalenin men'i davası ile sağlayabilir. Fakat sıracıya önce gelen irtifak hakkı sahibinin, sonraki tarihli irtifak hakkının terkinini talep etmek yetkisi bulunmamaktadır.

Bir taşınmaz üzerindeki rehin hakkı ile irtifak hakkı arasındaki sıra ilişkisi bakımından ise, eğer şartları varsa rehin hakkı sahibinin terkin talebi gündeme gelir. Rehlin hakları bakımından sıra ilişkisinin önemi rehlin paraya çevrilmesi esnasında kendini gösterir. Eğer irtifak hakkı rehin hakkından sıracıya önce ise, taşınmaz irtifak hakkı ile yüklü olarak satışa çıkarılır. Rehlinli alacaklı irtifak hakkının taşınmazda meydana getirdiği değer azalmasına katlanmak durumunda kalır. İrtifak hakkı rehin hakkından sıracıya sonra geliyor ise bu durumda rehin hakkı sahibinin MK m. 869/2 ve İİK m. 132 hükümlerinden kaynaklanan irtifak hakkının terkinini talep etmek ve taşınmazın irtifak hakkından ari olarak satışını istemek imkanı bulunmaktadır. Bu durumda taşınmaz ilk olarak irtifak hakkı ile yüklü olarak açık arttırmaya çıkarılacak, teklif edilen en yüksek değer rehinli alacaklının alacağını karşılamaya yetiyor ise taşınmazın satışı gerçekleştirilecektir. Teklif edilen en yüksek değer rehinli alacağı karşılamaya yetmiyor ise, taşınmaz söz konusu irtifak hakkı terkin edilerek ikinci kez açık arttırmaya çıkarılacaktır. Eğer ikinci arttırmada teklif edilen değer, birinci arttırmada teklif edilen en yüksek değerden fazla ise, taşınmaz söz konusu irtifak hakkından ari olarak teklif edilen en yüksek değerden satılacaktır. Burada yasa koyucunun terditli satışa imkan verdiği kabul edilmektedir.

Taşınmaz yükü bakımından ise, sıra ilişkisinin sonucu iki türdür. Biri lindiği üzere taşınmaz yükü, bir şey vermeye veya yapmaya ilişkin edim borcu ve bu borcun taşınmazla teminat altına alınmasından oluşmaktadır. Yapma veya vermeye ilişkin edim borcu bakımından taşınmaz yükünün sırası bağlamında irtifak haklarına ilişkin sonuçlar uygulama alanı bulacaktır. Yani taşınmaz yükünün sahibine tanıdığı hak ile, taşınmaz üzerindeki diğer bir irtifak hakkının kullanılmasında çatıştığında, sıra bakımından hangi hak öncelikli ise, diğer hakkın kullanılmasını engelleyebilecektir. Taşınmaz yükünün hak sahibine tanıdığı ikinci imkan olan, taşınmaz yükünün içeriğini teşkil eden verme veya yapma borcuna aykırılık sebebi ile hak sahibinin yüklü taşınmazın paraya çevrilmesini talep etmesi durumunda ise, sıra ilişkisi bakımından rehin hakkına benzer sonuçlar ortaya çıkacaktır. Yani taşınmaz yükü sahibi, yüklü taşınmazın paraya çevrilmesi esnasında, sıracıya sonra gelen irtifak haklarının terkinini talep edebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G.: *Türk Eşya Hukuku, Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç)*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- Aral, Vecdi: “Kanuni İrtifaklar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 29, Sayı 4, 1963, s. 1038-1045.
- Ayan, Mehmet: *Sınırlı Ayni Haklar*, 4. Baskı, Konya, 2012.
- Aybay, Aydın/Hüseyin Hatemi: *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Başpınar, Veysel: “Sınırlı Ayni Hakların Sırası”, *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, Sayı 78, Yıl 1993, s. 50-60.
- Belgesay, Mustafa Reşit: *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Şaka Matbaası, İstanbul, 1949,
- Erel, Şafak N.: *Gayrimenkul Rehninde Sıra*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974.
- Esener, Turhan/Kudret Güven: *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Gürdoğan, Burhan: *Türk – İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1967.
- Gürsoy, Kemal T./Fikret Eren/Erol Cansel: *Türk Eşya Hukuku*, Ankara, 1984.
- Helvacı, İlhan: *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Kırca, Çiğdem: “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 4, Yıl 2005, s. 65-76.
- Köprülü, Bülent/Selim Kaneti: *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983.
- Nomer, Haluk Nami/Mehmet Serkan Ergüne: *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Oğuzman, Kemal/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir: *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Özen, Burak: *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Postacıoğlu, İlhan E./Sümer Altay: *İcra Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Saymen, H./H. K. Elbir: *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- Seliçi, Özer: *Sınırlı Ayni Haklar*, 1973.
- Sirmen, Lale: *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınlar, Ankara, 2014.
- Uyar, Talih: *İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Ankara, 1992.
- Tekinay, Selahattin Sulhi: *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLU ARABULUCULUK SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ*

(A GENERAL VIEW ON THE MANDATORY MEDIATION SYSTEM WITH REGARDS
TO THE TURKISH AND COMPARATIVE LAW)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Seda Özmumcu**

ÖZ

Günümüzde uyuşmazlıkların mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri ile dostane ve barışçıl yollar ile çözümü için dünya genelinde eğilim bulunmaktadır. Bu yöntemlerden biri de arabuluculuk usulüdür. Arabuluculuğun temel ilkelerinden birisi, bu yöntemin gönüllülük esasına dayalı olmasıdır.

Bununla birlikte dünyanın çeşitli ülkelerinde örneğin Avrupa’da, Amerika ve Avustralya’da dava açmadan önce veya dava açtıktan sonra arabuluculuk usulüne başvurmayı zaruri sayan ve zorunlu arabuluculuğu kabul eden sistemler yer almaktadır. Ülkemizde de yakın tarihlerde belirli çeşit uyuşmazlıklarda arabuluculuğun zorunlu hale gelmesi gündeme gelmiştir. Bu bağlamda zorunlu arabuluculuk konusunda dünya uygulamalarından da örnekler verilerek, bu modelin adalete erişim hakkına engel teşkil edip etmeyeceği, mahkemelerin dava yükünü azaltıp azaltmayacağı hususuna temas edilmek suretiyle hukuk sistemimiz içerisindeki yeri tartışmaya konu edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Karşılaştırmalı Hukuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Adalete Erişim, İhtiyari Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, Dava Kültürü.

ABSTRACT

Nowadays there is a tendency to settle disputes outside the court via amicable and peaceful alternative dispute resolution methods. One of such methods is mediation. One of the main principles of mediation is that mediation is based on voluntariness.

Along with that in various countries such as America, Australia and some countries in Europe have systems which accepts mandatory mediation by making the application to mediation mandatory prior or after the petitioning. It was also recently on our country’s agenda to make mediation mandatory on some types of disputes. In this context the place of this model in our judicial system

* Bu makale, 14.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşılmış olup, 20.11.2016 tarihinde birinci hakem; 17.11.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra -İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

will be discussed by mentioning whether this model will hinder the access to justice or not, whether it will decrease the workload of the courts or not, via giving examples regarding the application of mandatory mediation around the world.

Keywords: *Comparative Law, Alternative Dispute Resolution, Access to Justice, Voluntary Mediation, Mandatory Mediation, Culture of Litigation.*

I. GİRİŞ

Günümüzde belirli nitelikteki hukuki ve ticari uyuşmazlık çeşitlerinde arabuluculuk yöntemi giderek daha popüler bir seçenek haline gelmiştir. Dünya genelinde, geçtiğimiz son on yıl içerisinde bir eğilim olarak karşımıza çıkan zorunlu arabuluculuk sistemine olan yaklaşımların farklı ayrımları olduğu görülmüştür. Genel olarak, isteğe bağlı (gönüllü) bir süreç olarak düşünülen arabuluculuk faaliyetinin, bu sürece başvurmak konusunda tarafları zorlama yönüne doğru eğilim göstermesi, beraberinde bazı tartışmaların doğmasına da sebep olmuştur.¹ Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, özellikle İngiltere ve Avustralya’da ve Avrupa’da da bu yöne doğru cereyan eden farklı zorunlu arabuluculuk programları olduğu görülmektedir. Bu noktada özellikle zorunlu arabuluculuğa izin vermek ve uygulamak hususunda alınacak kararları etkileyecek çok sayıda faktörün olduğu görülmektedir. Nitekim Kara Avrupası hukukunu uygulayan ülkeler ile İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya gibi common law uygulamasının geçerli olduğu hukuk sistemleri arasında, bu ülkelerin arabuluculuğa yaklaşımları da farklılık göstermektedir. Bu faktörler, özellikle Avrupa cephesinden bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uygulanması ve Avrupa ekonomik alanı içinde serbest ticareti kolaylaştırmaya odaklı olarak yakından ilgili bir seyir izlemektedir. Nihayet iç faktörler, zorunlu arabuluculuğa yönelmede önemli etkenlerdir.²

II. ZORUNLU ARABULUCULUK MODELLERİ

Bu kurumu daha iyi anlayabilmek için, esas olarak zorunlu arabuluculuk (*mandatory mediation*) kavramı ile ifade edilmek istenen hususun ne olduğunun tanımını yapmak gerekmektedir.³ Bu yaklaşımlar genel olarak üç kategoriye ayrılmaktadır. İlk olarak, bazı zorunlu arabuluculuk modelleri, belli konularda otomatik ve zorunlu olarak arabuluculuğa başvurulmasını kabul etmektedir. Bu tür sistemler, esas olarak yasal düzenlemeler yoluyla dava açılmadan önce tarafların arabuluculuğa başvurmalarını bir ön şart olarak gerekli görmektedir. Özellikle Avustralya’da New South Wales (Yeni Güney Galler) eyaletinde zorunlu arabuluculuk uygulamasına, tarım borçlarının arabuluculuk usulünü uygulamak suretiyle kurtarılması örnek olarak gösterilmektedir. Bunun dışında son dönemde de İtalya’da zorunlu arabuluculuk uygulamaları görülmektedir.⁴ Amerikan hukuk doktrininde **Frank E.A. Sander** tarafından zorunlu arabuluculuğun bu modeline **kategorik yaklaşım** (*categorical*) olarak

¹ Melissa Hanks, Perspectives on Mandatory Mediation, UNSW Law Journal, Vol.35, (3), 2012, (s.929-952), s.929.

² Hanks, s.929.

³ Hanks, s.930.

⁴ Hanks, s.930.

işaret edilmektedir.⁵ Ancak bununla beraber, **Sander**, kategorik yaklaşıma karşı, buna göre hazırlanan kanunların arabuluculuğa başvuran taraflara, istisnadan yararlanma hükmü şeklinde bir hüküm içermesi gerektiği noktasında uyarıda bulunmaktadır.⁶ Bu model, Avustralya'da aile hukuku arabuluculuğu alanında ve son yıllarda İngiltere'de istinaf mahkemelerinde pilot projelerde uygulama alanı bulmaktadır.⁷

İkinci kategori zorunlu arabuluculuk modeli ise, **Sander** tarafından **isteğe bağlı, ihtiyari** (*discretionary*) olarak tanımlanan ve çoğu kez mahkeme tarafından sevk edilen arabuluculuk olarak adlandırılmaktadır.⁸ Bu model, Avustralya'da geniş ölçüde uygulama alanı bulan bir yöntemdir. Burada sistem, hâkime vakıa (olay) bazında duruma göre, tarafların rızası ile veya tarafların rızası olmaksızın onların arabuluculuğa sevk edilmesini sağlayacak bir yetki vermektedir. Buna karşılık, Avrupa ülkelerinde bu sistem düşük düzeyde kabul görmüştür.⁹ Son kategori, **yarı mecburi** (*quasi compulsory*) olarak tanımlanan zorunlu arabuluculuk modelidir. Bu çeşit zorunlu arabuluculuk programlarında, alternatif uyuşmazlık çözümleri (AUÇ) zorunlu olmamasına rağmen, dava açılmadan önce bu yöntem denenmemişse, yargılama masraflarının olumsuz etkisi sebebiyle, etkili bir şekilde zorlama görülmektedir.¹⁰ Bu konuda İngiliz Hukuk Usulü Kuralları (*Civil Procedure Rules*) ile Avustralya'da yürürlüğe giren 2011 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarını Çözüm Kanunu (*Civil Dispute Resolution Act*), bu uygulamaların örneklerini içermektedir. Her iki Kanun'da uyuşmazlığı bir anlaşmayla çözmek için makul bir şekilde hareket etmeyen taraflara karşı, yargılama masraflarının yüklenmesini müeyyide olarak uygulamaktadır.¹¹

III. AVRUPA'DAKİ GELİŞMELER

A. Genel Olarak

Avrupa'da zorunlu arabuluculuk sistemine bakış açısı farklı bir görünüm seyretmektedir. İlk olarak, konuya tek bir ekonomik bölge yaratmak ve Avrupa hukuk sistemlerinin birleşmesini sağlamak bakımından yaklaşmıştır. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözümleri alanında, özellikle tüketici uyuşmazlıklarında serbest ticaret bölgesinde ortaya çıkan sınır ötesi uyuşmazlıkların sayısının artmasının sonucu olarak, bu durum önemli gelişmelere yol açmıştır.¹² Örneğin, tüketici hukuku alanında Avrupa Birliği'nin 1998¹³ ve 2001¹⁴

⁵ Frank E. A. Sander, 'Another View of Mandatory Mediation' *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13 (2), 2007, (s.16), s.16.

⁶ Sander, s.16.

⁷ Hanks, s.931.

⁸ Sander, s.16.

⁹ Hanks, s.931.

¹⁰ Hanks, s.931.

¹¹ Hanks, s.931-932.

¹² Hanks, s.932. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Ashley Feasley, *Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supnational Standard*, *Journal of Dispute Resolution*, Volume 2011, Issue 2, Article, 5, (s.333-350), s.33 vd.

¹³ (Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes).

¹⁴ (Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 on the Principles for Out-of-Court Bodies involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes).

yıllarında yayımladığı iki önemli tavsiye kararı bulunmaktadır. Avrupa Birliği genelde tüketicilerin alternatif uyuşmazlık çözümleri faaliyetine erişimini kolaylaştırmak için destek vermektedir.¹⁵

İkinci olarak ve daha önemlisi Avrupa Birliği'ne üyeliğin, üye devletlerin arabuluculuk ile ilgili iç politikalarının üzerine etkisi bulunmaktadır. Buradan da görüleceği üzere İngiltere ve Avustralya'da zorunlu arabuluculuğa yönelik tutumları arasındaki önemli farklar Avrupa Birliği İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin uygulamasına dayanmaktadır.¹⁶

Bu düzenlemeye göre, “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.”

Özellikle arabuluculuk konusunda, Avrupa Komisyonu tarafından 2004 yılında “Arabulucular için Etik Davranış Kuralları” (*European Code of Conduct for Mediators*) yayımlanmıştır. Arabulucular için Etik Davranış Kuralları ile Avrupa Birliği genelinde yüksek düzeyde arabuluculuk hizmetlerinin sağlanması hedef edilmiştir. Sınır ötesi hukuki uyuşmazlıklar çerçevesinde, Avrupa Birliği'nde 1990'lı yılların sonunda arabuluculuk hakkında Yeşil Kitap'ta yayınlanmak için alınmış karar bulunmaktadır.¹⁷ Bu kararlar, 2002 yılının nisan ayında Yeşil Kitap'ta yanıtlanmıştır.¹⁸ Buna göre, alternatif uyuşmazlık çözümleri üç faktör sebebiyle birçok ülkede vatandaşların karşı karşıya kaldıkları adalete erişim sorununa bir çözüm önermektedir. Mahkeme önüne getirilen uyuşmazlıkların sayısı artmakta, bu işlemlerin çoğalması suretiyle yargılamada zaman ve masraf bakımından da önemli bir artış meydana gelmektedir. Bu sebeple Yeşil Kitap, alternatif uyuşmazlık çözümlerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi gereğince kabul edilen adalete erişim hakkının geliştirilmesinin bir yolu olarak değerlendirmektedir. Aynı zamanda, arabuluculuk gibi bu çeşit faaliyetlerin, adli sürecin tamamlayıcısı (*complement judicial processes*) olarak kullanılabilmesine de işaret etmektedir.¹⁹ Avrupa Konseyi, Avrupa Parlamentosu'nun 2008/52/EC sayılı *Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine* ilişkin Avrupa Konseyi'nin 21 Mayıs 2008 tarihli Yönergesi'ni kabul etmiştir. Yönerge, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

¹⁵ Hanks, s.932. Bu konuda ayrıca Bkz. Giorno Fabio Colombo, Alternative Dispute Resolution, (ADR) in Italy: Inspiration an National Problems, Ritsumeikan Law Review, No.29, 2012, (s.71-80), s. 73.

¹⁶ Hanks, s.933.

¹⁷ Jacqueline Nolan-Haley, Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation, Fordham University School of Law, 2012, (1-31), s. 9vd; (<http://ssrn.com/abstract=2010615>); Hanks, s.933; Colombo, s.73-74; Feasley, s.336-337.

¹⁸ Hanks, s.933. Yeşil Kitap (Green Paper) da yanıtlanan sorulardan ortaya çıkan sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Mustafa Özbek, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, AÜHFD, 2007, C.56, S.1, (s.185-231), s.207 vd.

¹⁹ Hanks, s.933.

edemeyecekleri konular hariç, sadece sınır ötesi medeni ve ticari uyuşmazlıklarda, uygulama alanı bulmaktadır.²⁰ Yönerge, Avrupa Birliği'ne üye bütün ülkelerde Danimarka hariç uygulama alanı bulmaktadır. Yönerge'yi hazırlayanlar, zorunlu arabuluculuk sisteminin kabul edilip edilmemesi hususunu üye devletlerin kendisine bırakmıştır. Yönerge'ye ilişkin hükümlerin yürürlüğe konulması için öngörülen son tarih 21 Mayıs 2011 olarak öngörülmüştür. Avrupa Komisyonu 2011 yılının kasım ayında, bu hükümlerin yürürlüğe konulması konusunda bilgilendirmede bulunmayan Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Lüksemburg, Hollanda ve İspanya'ya karşı yasal yollara başvurmasına rağmen, üye devletlerin çoğunluğu, bu zaman çizelgesine riayet etmiştir.²¹

Avrupa Parlamentosu tarafından 2011 tarihli uygulama raporunda, birkaç üye devletin Yönerge'yi kabul ettiği koşulların daha ötesine geçen ulusal yasal düzenlemelere gittiği bildirilmiştir. Bu rapor ayrıca, yargısal prosedürler ile arabuluculuk arasında dengeli bir ilişki kurmak ve vatandaşların güvenilir ve öngörülebilir alternatif uyuşmazlık çözümleri hizmetlerine erişimini sağlayan amaçları yeniden teyit etmiştir. Bunun yanı sıra Yönerge'yi hazırlayanlar, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulamaya konulmasına dair ifadeler açısından bu hususu açık bırakmayı tercih etmiştir.²²

Yönerge'nin 3. ve 5.maddesinin 2. fıkrası zorunlu arabuluculuğun geçerliliğini kabul etmektedir. Bu noktadan hareketle, bu yorum Avrupa Adalet Divanı'nın 18.03.2010 tarihli kararı ile de desteklenmiştir. Avrupa Adalet Divanı, mahkeme dışı zorunlu arabuluculuğun, bağlayıcı bir karar ile sonuçlanmadığı, davada önemli bir gecikmeye sebep olmadığı, mahkemenin yargı yetkisini zamanlaşımı süreleri sebebiyle devre dışında bırakmadığı, aşırı masraflı olmadığı sürece, Avrupa hukukuna aykırı olmadığına karar vermiştir.²³

Bu konuda özellikle Avrupa Adalet Divanı'nın desteği genel olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin yer alan adalete erişim hakkını anlamak için önem taşımaktadır. Bununla birlikte Avrupa Adalet Divanı'nın kararı, adalete erişimi oluşturan şey konusunda, makul süre içinde yargılamadan önce duyulan böyle ihtiyaçların olduğu davalar için, diğer prosedürlerin yardım sağlayıp sağlayamadığı ve mahkeme yoluna başvurmanın derhal mevcut olup olmadığı hususlarını içeren bazı sorunların doğmasına neden olmuştur.²⁴ Diğer taraftan, zorunlu arabuluculuk sistemleri, bir çözüm anlaşmasına ulaşılamadığı takdirde, mahkemeye başvurmanın tarafların haklarını elde tutmak bakımından, mahkemelerin dava yükünü azaltarak, makul süre içinde uygun alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarına erişimi uyuşmazlığa düşenlere sağlamada potansiyel olarak desteklemektedir. Yönerge'nin diğer bazı hükümleri de eleştiriye konu olmuştur. Bunlar, arabuluculuğa zorlamadan elde edilen anlaşmaların ortak standartlarının yokluğu ve büyük ölçüde arabuluculuğa teşvik etmekten ziyade arabuluculuğun niteliğini (kalitesini) desteklemeye odaklı, gizlilik hükmünde boşluklar olarak görülen, sınır ötesi uygulamaların sınırlanması üzerine odaklanmaktadır.²⁵

²⁰ Hanks, s.933-934; Colombo, s.73-74.

²¹ Hanks, s.933-934.

²² Hanks, s.934.

²³ Hanks, s.934-935.

²⁴ Hanks, s.935.

²⁵ Hanks, s.935.

B. İtalya'da Zorunlu Arabuluculuk Sistemine İlişkin Gelişmeler

Avrupa Birliği'nde, Yönerge'ye gerek süratle gerek kesin olarak uygun hareket eden ülke, İtalya olmuştur.²⁶ İtalya özellikle mahkeme sisteminde adalete erişim kapsamında, yargılama sırasında ortaya çıkan ertelemeler (talikler) sebebiyle birikmiş işlerden (davalardan) önemli ölçüde rahatsız olmuştur. Nitekim bir davacı, davası bakımından kanun yoluna başvurmak istediği takdirde, nihai karar için yaklaşık on yıl beklemektedir. Bu durum, 2000'li yıllarda İtalyan hükümeti açısından, hem felaket hem de korkunç olumsuz sonuçlar olarak ifade edilmiştir.²⁷ Bu suretle İtalya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ihlal ettiğinden bahisle, talepte bulunan bireylere 600 milyon Euro ödemek zorunda kalmıştır.²⁸

Buna karşılık, İtalya'da 1990'lı yılların başlarında İtalyan Hükümeti, arabuluculuk hizmetlerini tanıtmak için yerel Ticaret Odalarına yetki vermek ve hukuki uyumsuzlukları arabuluculuğa sevk etmek ve küçük meblağlı uyuşmazlıklarda karar verme yetkisine sahip 4000 civarında "Uzlaşma Hâkimleri" (*Judges of the Peace*) atamak suretiyle yargılamada meydana gelen gecikmeleri azaltmayı hedeflemiştir.²⁹ İtalya'da hükümet 1998 yılında ilk kez tüketicilere yetki veren, alt sözleşme yapmayı gerektiren ve dava açmadan önce arabuluculuğa gitmeyi öngören işçi - işveren uyuşmazlıkları ile ilgili üç kanun ile kesin zorunlu arabuluculuk projesini uygulamaya koymuştur. Arabuluculuk ile bağlantılı yasama ile ilgili bir sonraki önemli girişim, arabuluculuk faaliyeti sırasında yargılama işlemlerinin durdurulmasını gerektiren belirli davalar olmuştur. Bunlar, damga vergisinden muaf tutulan anlaşmalar ve kurumsal konular için arabuluculuk yöntemini tercih etme ortamı yaratan 2003 tarihli 5 No.lu Kararname ile gerçekleşmiştir. Bu rejim, bütün kurumsal konular için uygulanmaya kesin bir yaklaşım olmamasına rağmen, benzer zorunlu kategori projesi içine damga vergisinden muafiyet getirmiştir. 2003 tarihli bu Kararname, ayrıca arabuluculuk kurumlarının akreditasyonu ve tescili için de bir sistem getirmiştir.³⁰ Eğer bir anlaşmaya ulaşılamadığı takdirde, kanun arabuluculara, eğer iki tarafta talep ederse, sebepleri taraflarca kabul veya reddedilen oturum sonunda bir çözüm önerisinde (veya tavsiyesinde) bulunma konusunda yetki vermiştir.³¹ Bu şekilde 2003 tarihli 5 No.lu Kararname'nin 40.maddesi ile değerlendirici arabuluculuk (*evaluative mediation*) modeli kabul edilmiştir.³² 2003 tarihli 5 No.lu Kararname, 2004 yılında yürürlüğe girerek faaliyete başlamış

²⁶ Hanks, s.936; Feasley, s.340 vd.; Bu konuda ayrıca Bkz. Piera Loi, İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (s.121-134), s.130 vd.

²⁷ Giuseppe De Palo/Penelope Harley, 'Mediation in Italy: Exploring the Contradictions' Negotiation Journal, Vol. 21, 2005, (s. 469- 479), s.470-471, Hanks, s.936. Bu konuda Bkz. Colombo, s.74-75.

²⁸ Giuseppe De Palo/Paola Bernadini/Luigi Cominelli, 'Mediation in Italy: the Legislative Debate and the Future' (2003) 6(3) ADR Bulletin, (s.51-53), s.51; De Palo/Harley, s. 471; Hanks, s.936.

²⁹ De Palo/Bernadini/Cominelli, s.51; De Palo/Harley, s.471.

³⁰ De Palo/Bernadini/Cominelli, s.51.

³¹ De Palo/Bernadini/Cominelli, s.51.

³² De Palo/Bernadini/Cominelli, s.52.

olmasına rağmen, ilk sonuçlar umut verici olmamıştır. 2010 yılında yapılan bir araştırmanın ortaya koyduğu verilere göre, arabuluculuğa sevk edilen ve anlaşma ile sonuçlanan davalar %80 olmasına rağmen, mahkemedeki derdest davaların % 1'inden daha azı taraflarca ihtiyari (isteğe bağlı) arabuluculuğa götürülmüştür.³³ İtalya'da yapılan statiksel araştırmalar isteğe bağlı arabuluculuğa başvurunun o dönemde 3000 davayı aşmadığını göstermiştir.³⁴

2009 yılında İtalya, diğer alanlara ilişkin şirketlere dair arabuluculuk hususunda 2003 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'nin hükümlerinde arabuluculuğu genişleten destekleyici yasalar ihdas edilmesi hakkında hükümete yetki veren bir mevzuatı kabul etmiştir.³⁵ 2009 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'de avukatlara müvekkillerini arabuluculuğun elverişliliği konusunda yazılı olarak bilgilendirme ödevi getirilmiştir. ³⁶ Bundan sonra 2008 tarihli Yönerge'ye dayalı olarak İtalya'da hükümet, mahkemelerdeki *bir milyon davanın elimine edilmesi* girişimi için, arabuluculuk usulünün güçlendirilmesi gerektiğini bildirmiştir.³⁷ 2010 yılının nisan ayında İtalya, 2010 tarihli 28 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin, Yönerge'nin uygulanması babında destekleyici kanunlar olarak kabul edildiğini Avrupa Komisyonu'na açıklamıştır. Bu 28 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Yönerge'nin çok ötesine giderek; gayrimenkul mülkiyeti, sigorta, banka ve finansla sözleşmeleri, mal taksimi, aile hukuku, miras, kira hukuku, komşuluk ihtilafları, ariyet akdi, araba ve tekne kazalarında tazminat talepleri, tıbbi ihmâl davaları, basın veya diğer medya araçlarında yayın yoluyla yapılan hakaret uyuşmazlıklarını kapsamına alan kesin zorunlu arabuluculuk sistemini getirmiştir.³⁸ Ayrıca, diğer medeni ve ticari iddialarda zorunlu olmayan arabuluculuk prosedürü de getirilmiştir. Bu proje, avukatların sert itirazları ve onların uygulamalarını tehlikeye sokacağı korkusuna rağmen, 20 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³⁹

İtalya'nın arabuluculuk projesi kamuoyunda eleştirilere maruz kalmıştır. Şöyle ki, arabuluculuk organlarının kaydı hususundaki sert düzenleyici yaklaşımlar ve ücretler, sicile kayıtlı arabulucular hakkında aşırı sınırlamaların zorlanmasıyla arabuluculuk kurumunun gelişmesini engelleyebilir endişesine sebep olmuştur.⁴⁰ Örnek olarak, İtalya'da uyuşmazlığın değerine bağlı olarak, (uyuşmazlığın değeri 1000 €' dan az olan talepler için en düşük ücret 40 € şeklinde) arabuluculuk ücretlerinin önemli ölçüde düşük olmasını kanun hükmü haline getirmiştir. Bazı hukukçular tarafından, İtalya'daki arabuluculuk ile

³³ Rachele Gabellini, 'The Italian Mediation Law Reform' (2010), Vol 12, Number 3, ADR Bulletin, (s.64-70), s.64.

³⁴ Gabellini, s.64.

³⁵ Hanks, s.937.

³⁶ Hanks, s.937.

³⁷ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Guiseppe De Palo/Leonardo D'urso, Explosion or Bust? Italy's New Mediation Model Targets Backlogs to 'Eliminate' One Million Disputes, Annully, Alternatives to the High Cost of Litigation, 2010, Vol.28, (s.93-95), s.93; Hanks, s.937.

³⁸ Hanks, s.937-938; Loi, s.130-131. Bu konuda ayrıca Bkz. Colombo, s.78 vd.; Bu konuda ayrıca Bkz. Kürşat Karacabey, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, Sayı 123, (s.451-488), s.456.

³⁹ Guiseppe De Palo, Mediating Between the Bar and The Government ? Italy's Attorneys Strike Over a New ADR Law, Alternatives to the High Cost of Litigation, 2011, Vol. 29, (s.81-82), s.81; Hanks, s.938.

⁴⁰ De Palo/Harley, s.477-478; Hanks, s.938.

ilgili bu düzenlemeler karşısında halkın, meslek sahibi arabuluculardan vazgeçebilecekleri ileri sürülmüştür.⁴¹

İtalyan doktrininde **De Palo** ve **Cominelli** gibi hukukçular tarafından bu konuda özellikle gerekli finansal eksiklik ile birleştiğinde, kural getiren yasal müdahalelerin arabuluculuk kurumu üzerine ne ölçüde etkisi olacağı hususunda, bunun yakın veya uzun dönem başarısına zarar verebileceği ve tarafların arabuluculuğa başvurusunda cesaretini kırabileceği noktasında uyarıda bulunmuştur.⁴² Diğer taraftan; kanunlar teoride, uyumsuzluğun taraflarına siciile kayıtlı arabuluculuk organı tarafından yayınlanan listeden arabulucu seçmelerine izin vermekte iken, uygulamada arabulucu atanmasından sorumlu olan arabuluculuk organının sonradan taraflara olan yaklaşımına ihtiyaç duyulmaktadır.⁴³ Arabuluculuk usulüne başvurmak isteyen birçok uyumsuzluğa düşen taraflar açısından, arabulucunun uzmanlık alanı, arabulucunun kişiliği ve arabuluculuğun tarzı sebebiyle belirli bir arabulucunun atanması, arabuluculuğa gitmek için karar vermede önemli bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, bu gereksinim böyle bir prosedürün etkililiği hakkında soru işaretlerine neden olmaktadır. Sonuç olarak İtalya’da arabuluculuk hususunda getirilen bu yasal düzenlemelere, hukukçuların olumsuz tepkisi arabuluculuğun kültürel engeller ile karşı karşıya olduğunun göstergesi olarak yorumlanmıştır.⁴⁴

İtalya’da 2011 Mart - 2012 Ekim süresince zorunlu arabuluculuk yürürlükte kalmıştır. Adalet Bakanlığı’nın istatistiksel araştırmalarına göre, ortalama başarı oranı %12 civarında gerçekleşmiştir. Ancak 6 Aralık 2012 tarihinde İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin on beş hâkimi tarafından verilen 2012/272 sayılı Karar ile bu uygulama dondurulmuştur. Nitekim İtalyan Anayasa Mahkemesi’ne göre, bu Kararın sebebi, İtalyan Barolar Birliği tarafından ileri sürülen Anayasa’nın 24. maddesinde yer alan ve bireyin savunma hakkının ihlal edilmesi sebebiyle Anayasa’ya uygun olmadığı değil, zorunlu arabuluculuk ile ilgili 28/2010 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin hükümet tarafından yetkisini aşarak kabul edilmesi olmuştur. Bu sebeple İtalyan Anayasa Mahkemesi, bu Kanun Hükmünde Kararname’yi, vatandaşların savunma haklarının ihlali nedeniyle değil ⁴⁵, İtalyan Hükümeti’nin dava öncesi zorunlu arabuluculuk sistemini, Parlamento’ya açık bir şekilde sunulmadan önce yürürlüğe konulmasını “*yetki aşımı*” sebebiyle iptal etmiştir.⁴⁶

2013 yılında İtalya, Avrupa Birliği’nin baskısı ile mahkemeye gitmeden önce zorunlu ilk adım olarak arabuluculuğu yeniden gündeme getirmiştir. Fakat Parlamento üyeleri üzerinde avukatların çabalarıyla oluşan ağır baskı sonucu, önceki kanundan önemli değişiklikler yapılmasına neden olmuştur.⁴⁷

⁴¹ Giuseppe De Palo/Luigi Cominelli, Mediation in Italy, Waiting for the Big Bang? Global Trends in Mediation, (s.259-277), in Nadja Alexander, Second Edition, Kluwer International Law, 2006, s.268; Hanks, s.938.

⁴² De Palo/Cominelli, s.271; Hanks, 938.

⁴³ Hanks, s.938.

⁴⁴ Hanks, s.938.

⁴⁵ Giovanni Matteucci, Italy is doing it- Should We Be? Civil and Commercial Mediation in Italy’, Comtemporary Tendencies in Mediation, (Ed. Humebrto dalla Bernardina de Pinho/Juliana Loss de Andrade), Madrid, 2015, (s.205-228), s.221.

⁴⁶ Giovanni Matteucci, Mandatory Mediation, The Italian Experience, 2015, (s.1-16), s.7-8, (www.academia.edu/.../Mandatory_mediation_the_Italian_e). (erişim tarihi 9.10.2016).

⁴⁷ Matteucci, Italy is doing it-Should We Be?, s.222.

Kanun, bundan sonra yapılan önemli değişikliklerle yeniden kaleme alınmıştır. Buna göre ilk olarak, dava öncesi arabuluculuk, listelenmiş dava kategorileri içinde değişmeden olduğu gibi zorunlu kalmıştır. Motorlu araç kazasından kaynaklanan uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk usulünden muaf tutulmuştur. Bu katalog, kanunun önceki hali ile karşılaştırıldığında daraltılmıştır. İkinci olarak, uyuşmazlığa düşen taraflara, aksi kararlaştırılmadıkça, başlangıç aşamasında arabuluculuk sürecinden geri çekilmelerine izin verilmiştir. Bu geri çekilme sistemi, taraflara gerçek bir arabuluculuk deneyimi sağlamaktadır. Aynı zamanda bununla birlikte yeni kanun, uyuşmazlığın taraflarına anlaşmaya ulaşmaksızın arabuluculuk faaliyetinden geri çekilmeden önce, iki kez daha düşüncelerini sağlayan çekişmeli bir mekanizmayı yeniden ortaya koymuştur. Bir tarafın arabuluculuk faaliyetinden geri çekilmek istemesi üzerine, arabulucu uyuşmazlığın çözümünü için öneride bulunabilecektir. Bu öneri reddedilir ve uyuşmazlık için mahkemeye gidildiği takdirde, hâkim arabuluculuğa gitmeyi reddeden tarafa, hükmün teklifle ile uyumlu olması durumunda, yargılama masraflarını yükleyebilecektir. Üçüncü olarak, yeni kanun arabuluculuk faaliyetinde taraflara bir avukat tarafından yardım edilmesini gerektirmektedir. Bu değişiklik, kanun çalışmaları sırasında İtalyan Barosu'nun üyeleri tarafından güçlü bir şekilde savunulmuştur.⁴⁸

İtalyan hükümeti, 20 Eylül 2013 tarihinden itibaren başlayarak 69/2013 sayılı Kanun ile mahkemeye gitmeden önce zorunlu ilk adım olarak arabuluculuğu yeniden başlatmıştır.⁴⁹

C. İngiltere'de Zorunlu Arabuluculuk Sistemine İlişkin Gelişmeler

İngiltere'de zorunlu arabuluculuğun dikkate alınmasını gerektiren bir dizi faktörün hesaba katılması gerekmektedir. İlk olarak, başlangıçta adalete erişim hakkındaki kaygılara cevap olarak yasama organının yarı mecburi (*quasi - compulsory*) alternatif uyuşmazlık çözümlerini kabul etmesi dikkate değer niteliktedir. İngiliz hukukunda Hukuk Usulü Kuralları (*Civil Procedure Rules*), uyuşmazlığa düşen taraflara dava açmadan önce Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri yöntemlerini düşünmeleri konusunda teşvik etmektedir. Diğer taraftan Hukuk Usulü Kuralları, İngiliz hukukunda mahkemelerin aktif bir rol almasını mecbur etmesine rağmen, arabuluculuğa isteğe bağlı (*discretionary*) başvuru yerleşmemiştir. Nitekim mahkemelerin de arabuluculuğa başvurmakta istekli olmayan tarafları zorlamaya yetkileri bulunmamaktadır.⁵⁰

1995 ve 1996 yıllarında İngiliz Mahkemelerinde Adalete Erişim (*Access to Justice*)⁵¹ hakkında onu düzeltmek amacıyla Lord Woolf tarafından geniş çaplı bir çalışma yürütülmüştür.⁵² 1996 yılında yayımlanan Adalete Erişim (*Access*

⁴⁸ Rafal Morek, *Mandatory Mediation in Italy Reloaded*, 2013, (kluwermediationblog.com/.../mandatory-mediation-in-Italy). (erişim tarihi 9.10.2016).

⁴⁹ Matteucci, 'Italy is doing it- Should We Be?', s.222.

⁵⁰ Hanks, s.939.

⁵¹ İngiliz medeni yargılama hukukunda "Adalete Erişim" (*Access to justice*) kavramı ile ilgili Lord Woolf'un Nihai Rapor'unun Türkçeye çevirisi için Bkz. Mustafa Özbek, *Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim - Nihai Rapor - Lord Woolf, MİHDER*, 2006/2, Sayı: 4, (s.907-927), s.907 vd.

⁵² Miryana Nestic, 'Mediation - On the Rise in the United Kingdom?' *Bond Law Review*, Vol. 13, Issue 2, Article 10, 2001, (s.1-18), s.2; Jacqueline Nolan-Haley, *Consent in Mediation, Dispute Resolution Magazine*, 2008, (s.4-7), s. 6; Hazel Genn, *What is Civil*

to Justice) hakkında Geçici ve Nihai Lord Woolf Raporları, İngiltere’de uyuşmazlık çözümünün görünümünü değiştirmede etkili olmuştur.⁵³ Bu Raporlar, İngiltere’de adalete erişim konusuna doğrudan temas etmekte ve uyuşmazlık çözümlü yöntemlerini teşvik eden çok sayıda tavsiyeleri ihtiva etmektedir. İngiliz Hukuk Usulü Kuralları 26 Nisan 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵⁴ Bu kurallar, özellikle mahkemeleri aktif bir şekilde dava yönetimi konusunda, uyuşmazlığın taraflarını alternatif uyuşmazlık çözümlerini kullanmak ve işbirliği yapmak hususunda teşvik etmekle görevlendirmektedir⁵⁵ Nitekim İngiliz Hukuk Usulü Kuralları, yargılamanın başlangıcında uyuşmazlığın taraflarına alternatif uyuşmazlık çözümlerini denemekte destek talebinde bulunmak için bir fırsat penceresi sağlamaktadır. Bu kurallar aynı zamanda mahkemenin alternatif uyuşmazlık çözümleri konusundaki talimatlarına riayet etmeyen taraflara yargılama masraflarından sorumlu olma ihtimalini de belirtmektedir. Özellikle burada mahkeme yargılama masraflarından kimin sorumlu olacağı hususunda, tarafların uyuşmazlığı çözmek için hem süreç öncesi hem de süreç sırasında gösterdikleri gayreti dikkate almaktadır.⁵⁶

İngiltere’de Hukuk Usulü Kuralları, genelde alternatif uyuşmazlık çözümlerini teşvik etmesine rağmen, İngiliz mahkemeleri dava öncesi taleplerin uygulanmasında arabuluculuk usulüne destek vermektedir. Örnek olarak *Dunnett v Railtrack Plc.* arasında cereyan eden davada, İngiliz İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesinde sürecin daha önceki aşamasında, arabuluculuğa başvurulması teklif edildiği halde, *Railtrack* Şirketinin arabuluculuğa başvurmayı reddetmesi nedeniyle, davada başarılı olmasına rağmen, *Susan Dunnett* aleyhine mahkeme masraflarına hükmedilmesinin uygun olmadığına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi, özellikle mahkeme tavsiye ettiği takdirde, alternatif uyuşmazlık çözümlerini göz önünde bulundurmanın tarafların ve avukatlarının ödevlerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Bu dava, İngiltere’de hâkimlerin gerçekten arabuluculuğun başarısız olmasından (teklif edildiği halde, makul olmayan bir sebeple arabuluculuğa gitmeyi reddettiği için)⁵⁷ dolayı, başarılı olan tarafı yargılama masraflarından sorumlu tuttuğu ilk davadır.⁵⁸

İngiltere’de 1996 ile 2002 yılları arasında İngiliz mahkemeleri farklı gönüllü (isteğe bağlı) arabuluculuk programlarını tesis etmiştir. Bununla beraber arabuluculuk usulünün uygulanması suretiyle edilen yüksek anlaşma oranları ve süreçten memnuniyete rağmen, arabuluculuk yönteminin yavaş kavranması, sonuçta hükümetin zorunlu arabuluculuk projelerine teşebbüs etmesine neden olmuştur.⁵⁹ İngiltere’de Anayasal İlişkiler Bölümü (*Department of Consti-*

Justice for? Reform, ADR, and Access to Justice, 2012, Vol.24, (s.397-417), s.401. Bu konuda özellikle “İngiliz Hukuk Usulü Kurallarında ADR” hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Baskı, Ankara, 2013, s.331 vd.

⁵³ Hanks, s.939-940; Genn, s.401-402.

⁵⁴ Loukas Mistelis, *ADR in England and Wales: a successful case of public private partnership*, ADR Bulletin, 2003, Vol.6, N.3, Article 6, (s.53-55), s.55; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.331.

⁵⁵ Nesic, s.3. Bu konuda ayrıca Bkz. Hanks, s.940.

⁵⁶ Nesic, s.3; Hanks, s.940.

⁵⁷ Hanks, s.941.

⁵⁸ Nesic, s.3. Bu konuda ayrıca Bkz. Hanks, s.941; Nolan-Haley, s.18-19; Genn, s.407.

⁵⁹ Hanks, s.943.

tional Affairs) tarafından hayata geçirilen Arabuluculuğa Otomatik Başvuru (Automatic Referral to Mediation) pilot projesi, 2004 yılından 2005 yılına kadar Londra İlçe Mahkemesi'nin (London County Court) bir bölümü olarak çalışmıştır.⁶⁰

2009 yılında yayımlanan Jackson Raporu⁶¹, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin diğer çeşitlerinin veya arabuluculuğa uygun olan davaların düzenli olarak daha başlangıçta bu yola sevk edilmesini, dava masraflarının yükselmesi karşısında, bir dereceye kadar mücadele edebileceğini, Woolf Raporu'nda gösterilen fikirlerle desteklemiştir.⁶² Nitekim İngiltere'de arabuluculuk açısından Lord Jackson'ın tespitleri, birçok uyuşmazlığın tatmin edici bir şekilde çözümünün başarılı olmasının son derece etkili bir yöntemi olduğunu kanıtlamış iken, arabuluculuğun faydaları kamuoyunda veya bazı küçük işletmeler tarafından takdir edilmemiştir. Buna ilave olarak, bazı hâkimler ve hukukçular da arabuluculuğun yararları hakkında habersiz kalmıştır.⁶³ Lord Jackson tarafından, esas olarak "ihtiyaç duyulan şeyin, yasanın değişimi değil, kültürün değişimi" olduğu ileri sürülmüştür.⁶⁴ Rapor, aynı zamanda İngiltere'de hâkimlerin uyuşmazlığın taraflarını aktif bir şekilde arabuluculuğa teşvik etmesi gerektiğini, ancak anlaşmaya varmaları noktasında asla zorlamaması gerektiğine dair adli makamların yaklaşımını yeniden teyit etmiştir.⁶⁵ Bu tespitler, mahkemelelerin ve özel kuruluşların, yasama tarafından devam eden gayretlerine rağmen, gerçeği göstermektedir. Bu konuda arabuluculuğu daha iyi anlamaya en büyük engeli, kamuoyu ve hukukçular arasındaki dava kültürü (culture of litigation) oluşturmaktadır.⁶⁶

2011 yılında İngiltere, sınır ötesi uyuşmazlıklar bağlamında Yönerge'nin uygulanmasını mevzuatına dâhil etmiştir. Bununla birlikte mevzuat, Yönerge'nin gerektirdiği şartların ötesine gidememiştir. İngiltere alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yarı mecburi kullanımını isteyerek kabul etmiş ve yargılamada kategorik (kesin) sevk sistemine devam etmiştir.⁶⁷ Bununla birlikte, mahkemeler vasıtasıyla ihtiyari (isteğe bağlı) arabuluculuğa müracaata itiraz, yargı sistemi tarafından zorunlu arabuluculuğa devam eden bir direnmeyi göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin İngiliz hukuk sistemi üzerinde güçlü bir etkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda, Hukuk Usulü Kuralları'nda dava öncesi taleplerin uygulanmasında aktif rol oynamaya devam eden mahkemelerin yanı sıra hem hukukçular hem de ve uyuşmazlığın tarafları arasında yeterli destek ve arabuluculuk bilgisinin olmasının uyuşmazlığın çözümünde İngiltere'de önemli bir etken olacağı ileri sürülmektedir.⁶⁸

⁶⁰ Hanks, s.943.

⁶¹ Lord Jackson, Review of Civil Litigation and Costs: Final Report (Ministry of Justice, 2009) (<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/>) (erişim tarihi: 23.08.2016).

⁶² Hanks, s.941.

⁶³ Hanks, s.941.

⁶⁴ Jackson Report: Chapter 36, [3.5]. Bu konuda ayrıca Bkz. Hanks, s.941.

⁶⁵ Jackson Report: Chapter 36, [3.4]. Bu konuda ayrıca Bkz. Hanks, s.941.

⁶⁶ Hanks, s.941.

⁶⁷ Hanks, s.944.

⁶⁸ Hanks, s.944.

IV. AVUSTRALYA'DAKİ GELİŞMELER

Avustralya'da zorunlu arabuluculuk programlarının uygulanması, İngiltere ile mukayese edildiğinde, bu iki ülke arasında hukuk gelenekleri arasında birlik olmasına rağmen, farklı deneyimlere sahiptir. Özellikle Avustralya üzerinde dış faktörlerin etkisi az olmuştur. Bununla beraber, eyaletten eyalete farklı yasal düzenlemelerin ve mahkemelerin girişimlerinin büyük ölçüde değişmesi, federal sistemi ifade etmektedir. İkinci olarak; Avustralya, hukuk sistemi ve avukatlık arasında daha geniş bir desteğin göstergesine sahip olup, bu alanda daha ilerideki çalışmalar için oldukça çok dayanak sağlamaktadır. Nitekim Avustralya bu alanda çok sayıda başarılı zorunlu arabuluculuk deneyimlerine sahip bir ülkedir.⁶⁹

Avustralya'da 1980'li yılların başlarında, belirli uyuşmazlık alanları için isteğe bağlı arabuluculuk hizmetlerini sağlamak için, New South Wales eyaletinde Topluluk Adalet Merkezleri (*Community Justice Centres*) kurulmuştur. Bu program, 1982 tarihli raporunda vaat ettiği sonuçları gösterdikten sonra, 1983 yılında daimi hale getirilmiştir. O zamandan bu yana arabuluculuk hizmetleri sunan kuruluşların sayısında önemli ölçüde yükselme kaydedilmiş ve Avustralya zorunlu arabuluculuk programlarının kurulmasında ön sırada yer almıştır. Bunlar, arabuluculuğa isteğe bağlı başvuruya izin veren geniş kapsamlı mahkeme yetkilerinden, davayı getirmek için bir ön şart olarak arabuluculuğu gerekli sayan kategorik yasamaya ilişkin düzenlemelere kadar uzanmaktadır. New South Wales eyaletinde kategorik uygulamaların örneklerini, 1994 tarihli Tarım Borçları Arabuluculuk Kanunu (*Farm Debt Mediation Act 1994*), 2004 tarihli Avukatlık Kanunu (*Legal Profession Act 2004*), 1996 tarihli Strata Projeleri Yönetim Kanunu (*Strata Schemes Management Act 1996*) gibi kanunlar ihtiva etmektedir.⁷⁰ Avustralya'da Victoria eyaletinde de yine kiracılık uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulan kategorik programlar bulunmaktadır.⁷¹

Avustralya mahkemeleri, tarafların rızası olmaksızın arabuluculuğu düzenlemek için, geniş isteğe bağlı yetkilere sahiptir. Zorunlu arabuluculuğu düzenlemek için, New South Wales Yüksek Mahkemesi'ne yetki veren yasal düzenlemeler ilk olarak 2000 yılında ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme'nin "Uygulama Belgeleri", arabuluculuğa başvurmada istekli olmayan tarafları, arabuluculuğa sevk için hâkimlerin yetkilerini güçlendirmeye yöneliktir. Bu girişim için mahkeme bağlantılı arabuluculuk usulünde, hâkim ve bazı davalarda adliye memuru tarafından yürütülen süreçlerin olduğu yargısal destek başlatılmıştır.⁷²

Avustralya'da arabuluculuk yöntemi Ulusal Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Danışma Konseyi [*National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* ("NADRAC")] tarafından da desteklenmektedir. NADRAC, özellikle uygun davalarda alternatif uyuşmazlık çözümlerine zorunlu olarak başvurmayı dava öncesi taleplerde desteklediğini raporunda belirtmiş bulunmaktadır. Konsey, hem dava açılmadan önce ve hem de dava açıldıktan sonraki aşamalarda kategorik yaklaşımlara karşı uyarıda bulunduktan sonra, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvuruyu düzenlemek için, mahkemelere yetki verilmesini

⁶⁹ Hanks, s.944. Avustralya'da Mahkeme Bağlantılı Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri konusunda ayrıca Bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.342 vd.

⁷⁰ Hanks, s.945.

⁷¹ Bu konuda diğer örnekler için Bkz. Hanks, s.945.

⁷² Hanks, s.945-946.

teşvik etmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, mahkeme davayı alternatif uyuşmazlık çözümlerine sevk etme hususunda takdir hakkına sahip bulunmaktadır.⁷³ Mahkemeler, içtihatların yorumu ve yaratılması ile karmaşık davaların çözümünde bütünlüyci bir rol oynamakta iken, daha az karmaşık uyuşmazlıklar için tarafları arabuluculuğa başvurmaya zorlamak, yargılama masraflarının azaltılması, daha geniş çözümler dizisine izin verme ve uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkileri muhafaza etme potansiyeline sahiptir.⁷⁴

Yakın zamanlarda yarı mecburi arabuluculuk programı Avustralya’da uygulanmaya başlamıştır. 2009 yılında NADRAC, davadan önce uyuşmazlıklarını çözmek için uygun adımları atmayan taraflara karşı, yargılama masraflarına mahkûm edilmesine izin veren İngiliz Hukuk Usulü Kurallarına federal düzeyde benzer bir model getirmek için, yarı mecburi sistemi takdim etme önerisinde bulunmuştur.⁷⁵ Aynı yıl ileriye sürülen bir başka raporda ise, İngiltere’de yapıldığı gibi, bütün uygun kamu sözleşmelerinde de AUÇ (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü) klozu içeren ve kamu organları tarafından alternatif uyuşmazlık çözümlerinin kullanımının artırılması teklifi sunulmuştur. Nitekim aynı zamanda New South Wales eyaletinin 2005 tarihli Medeni Usul Kanunu’nun 56. bölümünün genişlemesini ihtiva eden (özellikle, taraflar alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurma isteğinde olurlar ise veya başvurmuşlarsa, tarafların ihtiyacı halinde mahkemeye danışmak, uygun uyuşmazlık çeşitleri için dava öncesi protokolleri (*pre-actions protocols*) geliştirmek, dava öncesi yönetimi kapsamak üzere) dava öncesi protokoller ile bağlantılı tavsiyelerde de bulunulmuştur.⁷⁶

Avustralya’da bu raporlarda öngörülen dava öncesi protokollerin tavsiye kararı, yakın zamanlarda federal düzeyde ve New South Wales eyaletinde yasal düzenlemeler ile gün ışığına çıkmıştır. İngiliz Uluslar Topluluğu (The Commonwealth) kanunlarının yürürlüğe girmesi noktasında, 1 Ağustos 2011 tarihinde süreç başlamıştır. Bu sisteme göre, medeni yargılama alanında dava açılmadan önce uyuşmazlığı çözmek için tarafların “gerçek adımlar” (*genuine steps*) atmaları gerekmektedir. Burada “gerçek adımlar” ile ifade edilmek istenen husus, alternatif uyuşmazlık çözüm sürecini kapsayan, başka bir kişi tarafından süreci kolaylaştırmak yoluyla çözülebilecek bir uyuşmazlık olup olmadığının göz önüne alınmasını ihtiva etmektedir.⁷⁷

New South Wales kanunları yürürlüğe girdiğinde, bu durum yasal düzenlemede tarafların uyuşmazlıkta sınırlı konuları veya uyuşmazlığı çözmek için “makul adımları” (*reasonable steps*) atmaları gerektiği şeklinde ortaya çıkmıştır. NADRAC tarafından yayınlanan raporda, mahkemelerin bu uygulamaları uygulamacılara intibak ettirmek için “gerçek” veya “makul” adımlar atmak hususunda oluşan prensipleri geliştirirken, ister istemez bir geçiş döneminin olacağına işaret edilmiştir. Diğer taraftan, davalarının alternatif uyuşmazlık çözümlerine uygunluğu konusunda bilgilendirilmiş karar almaları için, uyuşmazlığın taraflarına “gerçek adım” atmalarına izin veren konularda, mahkemelerin açık prensipler geliştirmelerinin daha önemli olduğu görülmektedir. Avustralya’da zorunlu projelerin daimi veya sadece geçici tedbir olup olmayacağına bakılmaksızın, yargı sistemi, yasama organı ve avukatlık mesleği tarafın-

⁷³ Hanks, s.946.

⁷⁴ Hanks, s.947.

⁷⁵ Hanks, s.947.

⁷⁶ Hanks, s.947.

⁷⁷ Hanks, s.947-948.

dan arabuluculuğa daha büyük seviyede destek olduğu görülmektedir. Nitekim onlar, daha etkili adalete erişime teşvik etmekte “pozitif adım” (*positive step*) atmaktadır.⁷⁸

V. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE MEYDANA GELEN GELİŞMELER

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'li yılların sonlarına doğru, Pound Konferansı'nda “çok seçenekli mahkeme teşkilatı” (*multi-door courthouse*)⁷⁹ kavramının tanıtımı uyuşmazlık çözümünün modern çağına öncülük etmiştir.⁸⁰ Bu durum, alternatif uyuşmazlık çözümleri kapsamı içine mahkemelerin de daha büyük ölçüde dâhil olduğu, alternatif uyuşmazlık çözümü tarihinin dönüm olayı olarak ifade edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nin her tarafında, ADR kullanımını teşvik etmek için kanunlar çıkarılmış ve mahkeme bağlantılı ADR programları tesis edilmiştir.⁸¹ 1983 yılında Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16. maddesi, dava öncesi müzakerelerde uyuşmazlığı çözmek için mahkeme dışı usullerin kullanımı veya anlaşma olasılığını göz önünde bulundurarak mahkemelere teşvikte bulunma yetkisi tanımak için, değişikliğe tabi tutulmuştur. 1998 tarihli ADR Kanunu (ADR Act 1998), Amerika Birleşik Devletleri'nde bölge mahkemelerine uygun ADR işlemleri olarak arabuluculuğu desteklemek amacıyla, ADR programları tesis etmek ve listelemek için direktif vermiştir.⁸²

Doktrinde **Reuben'a** göre, zorunlu arabuluculuk, uzun zamandır uyuşmazlık çözümünün bir parçasını oluşturmaktadır. Bunun altında yatan hedef, uyuşmazlığa düşen ve mahkemede dava açmak isteyen tarafların, yargı yoluna gitmelerine izin verilmeden önce, uyuşmazlığı çözmeye girişimi hususunda arabuluculuk usulünü kullanmalarını gerekli kılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde bugün zorunlu arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözümlerinin kurum-sallaşması adına çok fazla katkı sağlamaktadır.⁸³

Amerika Birleşik Devletleri'nde yukarıda daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere doktrinde **Sander** tarafından, zorunlu arabuluculuk teriminin farklı kullanım biçimi, şu şekilde formüle edilmiştir. Hukukçu, alternatif uyuşmazlık çözümlerine **kategorik** ve **isteğe bağlı** başvuru yapılması arasında ayırım yapmaktadır.⁸⁴ Birinci çeşit zorunlu arabuluculuk modelinde, bir kanun hükmü ile belirli tür uyuşmazlıkların zorunlu olarak arabuluculuk usulüne başvuru yapılmasını gerekli saymaktadır. Buna karşılık ikinci modelde; taraflar, ya hangi uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözümlerine baş-

⁷⁸ Hanks, s.948.

⁷⁹ Stephen B. Goldberg/Frank E.A. Sander/Nancy H. Rogers/Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, Ed.5, New York, 2007, s.7; Ettie Ward, *Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts: Panacea or Pandemic?*, St. John's Law. Review, 2007, Vol. 8, (s. 77-98), s.77, 81; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.354.

⁸⁰ Ward, s.77,81; Dorcas Quek, *Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court – Mandated Mediation Program*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2010, Vol.11, (s.479-509) s.479.

⁸¹ Quek, s.479.

⁸² Quek, s.479-480.

⁸³ Richard C. Reuben, *Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation*, *Dispute Resolution Magazine*, 2007, Vol.13. N.2, (s.13-15), s.13.

⁸⁴ Sander, s.16.

vurulabileceğini listeden seçerek, arabulucuya başvurmayı kararlaştırdıkları takdirde ya da hâkim arabuluculuğa uygun gördüğü dava ile karşı karşıya geldiğinde, tarafları önce bu yönetime başvurmaya sevk etmektedir.⁸⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde ihtiyari arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk uygulamaları hakkında eyaletler arasında farklı yasal düzenlemelere yer verilmektedir. Bu sebeple, arabuluculuk hususunda eyaletten eyalete farklı veya benzer düzenlemeler mevcut bulunmaktadır.⁸⁶ Bu bağlamda uyuşmazlığın taraflarının ADR veya alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurmasını zorunlu tutan mahkemeler olduğu gibi, bunu ihtiyari veya gönüllülük esasına bağlı tutan mahkemeler de mevcut bulunmaktadır. Bazı eyaletlerde ise, bazı mahkemeler her iki modeli de uygulamaktadır.⁸⁷ Bu çalışma kapsamında, Amerika Birleşik Devletleri'nde zorunlu arabuluculuk modelini benimseyen bazı eyaletlerin düzenlemelerinden de kısaca bahsetmekle yetineceğiz.

A. Indiana'da Arabuluculuk Kuralları

Amerika Birleşik Devletleri'nde Indiana eyaletinin alternatif uyuşmazlık çözümleri ve özellikle arabuluculuk ile ilgili mahkeme kuralları, mahkemenin bir davada taraflarına rızasına bakmaksızın, onları arabuluculuğa sevk edebileceğini göstermektedir.⁸⁸ Indiana eyaletinin mahkemeye bağlı arabuluculuk kuralı, aynı zamanda hâkime arabuluculuk sürecini ne zaman olursa olsun iyi bir nedenle sona erdirmek ve davayı mahkemenin işlem defterine kaydettirmesi hususunda izin vermektedir.⁸⁹ Diğer taraftan, uyuşmazlığın tarafları da iki tam arabuluculuk oturumuna katıldıktan sonra arabuluculuk faaliyetinin sona erdirebilme imkânına sahip bulunmaktadır.⁹⁰

Bu eyaletin arabuluculuk kuralları gereğince, mahkeme bağlantılı arabuluculuk da taraflar arabuluculuk sürecine iyiniyet ile (good faith)⁹¹ katılmak

⁸⁵ Sander, s.16. Bu konuda ayrıca Bkz. Quek, s. 480-481.

⁸⁶ Holly A. Streeter-Schaefer, A Look at Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review, 2001, Vol.49, (s.368-389), s.373-374.

⁸⁷ Özbek (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü) s.405 vd.

⁸⁸ John R. Van Winkle, Mediation: An Analysis of Indiana's Court-Annexed Mediation Rule, Indiana Law Review, 1992, Vol.25, (s.957-979), s.964; Streeter-Schaefer, s.374.

⁸⁹ Winkle, s.964; Streeter-Schaefer, s.374.

⁹⁰ Winkle, s.967; Streeter-Schaefer, s.374.

⁹¹ Doktrinde Boettger'e göre, iyiniyet (good faith) kavramının anlamı belirsiz kalmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde muhtelif eyaletlerde arabuluculuk ile ilgili kanunlar, arabuluculuk sürecine katılan uyuşmazlık taraflarının iyiniyetli olmalarını gerektiren ifadeleri yasa normlarında düzenlemelerine rağmen, esasen iyiniyet kavramının neyi tanımladığı önemli ölçüde eksik kalmaktadır. Bununla birlikte, arabuluculuk sürecine katılan katılımcılardan iyiniyet kavramı adı altında ne beklenildiğinin ve neyin açıkça anlaşılması gerektiğinin bilinmesine gerçekten ihtiyaç vardır. Her ne kadar arabuluculuk resmi olmayan (esnek) bir prosedür olsa da; iyiniyet kavramı, taraflardan beklenen davranışların nasıl olacağını açık bir şekilde göstermelidir. (Ulrich Boettger, Efficiency Versus Party Empowerment – Against A Good – Faith Requirement in Mandatory Mediation, The Review of Litigation, 2004, Winter, Vol. 23, (s.1-46), s.17; John Lande, Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court- Connected Mediations Programs, UCLA Law Review, 2002, Vol.69; (s.69-141), s.77; David S. Winston, Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water...”, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1996, Vol.11, (s.187-206), s. 197 vd. Bu konu hakkında aynı görüşte Bkz.Alexandria Zylstra, The Road from

zorundadır.⁹² Eğer taraflardan biri, arabuluculuk faaliyetine iyiniyet ile katılmaz ve bu gayretin (veya çabanın) eksik olması sebebiyle süreç, makul olmayan bir anlaşma ile sonuçlanırsa; arabulucu (bunun yanı sıra mahkeme), arabuluculuk faaliyetini sonlandırabilir.⁹³ Uyuşmazlığın tarafları da iki arabuluculuk oturumuna katıldıktan sonra, arabuluculuk faaliyetini sona erdirebilirler. Zorunlu arabuluculuğa riayet etmeyen veya arabuluculuk sürecine iyi niyetle katılmayan taraflar için müeyyideler oldukça hafif şekilde öngörülmüştür.⁹⁴ En sert cezalandırma, avukatlık ücretleri ve arabuluculuk masraflarının değerlendirilmesidir. Indiana eyaletinin alternatif uyuşmazlık çözümü kuralları, uyuşmazlıklarını mahkemede çözmek için, muhtemelen arabuluculuktan yarar elde edemeyen taraflara bir fırsat vermektedir. Bu kural, tarafları uyuşmazlıklarını arabuluculuktan ziyade mahkeme yoluyla çözmek isteyen taraflara ceza vermemektedir.⁹⁵

B. Nevada'da Arabuluculuk Kuralları

Amerika Birleşik Devletleri'nde Nevada eyaletinde, mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuk uygulamaları, Nevada Yüksek Mahkemesi'nin birikmiş davalarının iş yükünü azaltmaya yardım etmek için başlamıştır. Nevada eyaletinin hukuk sistemine göre, birikmiş olan çok sayıda davada istinaf mahkemesinden verilen kararlar, tarafların doğrudan doğruya Nevada Yüksek Mahkemesi'ne başvurusu ile sonuçlanmaktadır. Nevada'da arabuluculuk usulü, ancak bölge mahkemesinden verilen kararları çözmeye yardım için etmek için mevcut bulunmaktadır. Bu şekilde arabuluculuk oturumları, uyuşmazlığın daha hızlı çözümü için taraflara izin veren ve mahkemelerin sırada bekleyen aşırı yüklü dava dosyalarını azaltmada deneyimli anlaşma hâkimlerine yardımcı olmak için çalışmaktadır.⁹⁶

Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2001, Vol.17, (s.69-103), s.82 vd.,86 vd. (Amerikan hukuk doktrininde "good faith" (iyiniyet) kavramı ile ilgili bir diğer görüşe göre; iyiniyet özellikle bilinen bir şeyin birinden gizlenilmesini ve aksine inanıldığı halde gerçeğin bilmezlikten gelerek, bunun ileride pazarlık etmek için kullanılmasını yasaklamaktadır (Nicola W. Palmieri, *Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiation*, *Seton Hall Law Review*, 1993, Vol.24, (s.72-209), s.83). Amerikan hukuk doktrininde Kovach, problemin çözümü olarak, arabuluculuk sürecinin yürütülebilmesi için, iyiniyetli davranışı oluşturan madde madde sıralanmış davranışlar listesi adı altında bir hüküm getirilmesini önermektedir (Kimberlee K. Kovach, *Good Faith in Mediation-Requested, Recommended or Required? A New Ethic*, *South Texas Law Review*, 1997, Vol.38, (s.576-623), s. 622-623).

⁹² Roger L. Carter, *Oh, Ye of Little (Good) Faith: Questions Concerns and Commentary on Efforts to Regulate Participant Conduct in Mediations*, *Journal Dispute Resolution*, 2002, Vol.2002, (s.367-405), s.370; Winkle, s.966; Streeter-Schaefer, s.374. Arabuluculuk sürecine "iyiniyetle katılma" (Good faith Participation) hususunda ayrıca Bkz. Edward F. Sherman, *Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required ?* *SMU Law Review*, 1993, Vol.46; (s.2081-2112), s. 2089.

⁹³ Winkle, s.966; Streeter-Schaefer, s.374.

⁹⁴ Winkle, s.977-978; Streeter-Schaefer, s.374.

⁹⁵ Winkle, s.977-978; Streeter-Schaefer, s.374-375.

⁹⁶ Streeter-Schaefer, s.375.

C. North Carolina'da Hukuk Davalarında Zorunlu Arabuluculuk Kuralları

North Carolina'da zorunlu arabuluculuk kuralları, taraflara mahkeme dışında uyuşmazlıklarını çözmek için, bütün hukuk davalarında üst mahkemeye başvuru yapmalarına izin vermektedir. Bu kural, taraflara arabuluculuk oturumlarına katılmak ve çözüm anlaşmasına varmak yetkisini vermektedir. Uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk kurallarına riayet etmedikleri takdirde, yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Bu yaptırımlar, (tarafa bir üst derece mahkemesine başvuru hakkı veren) avukatlık ücreti ile arabuluculuk oturumlarına katılmak suretiyle meydana gelen masraflarını kapsamına almaktadır. Taraflar ayrıca öngörülmüş belirli zaman süresi içinde kendi arabulucularını da seçebilirler. Eğer taraflardan biri bir arabulucu seçmez ise, bu defa mahkeme bir arabulucu tayin etme yetkisine sahiptir. Indiana eyaletinin zorunlu arabuluculuk kurallarına benzer şekilde North Carolina eyaletinin yasa normları taraflara, arabuluculuk süreci başlamadan önce arabuluculuğu durdurmak için talepte bulunmalarına izin vermektedir. Mahkeme bu talebi, eğer iyi bir sebep gösterilirse kabul edebilir. Bu kural Indiana eyaletinin kuralına benzer nitelikte olup, taraflara arabuluculuk sürecine başlamadan önce (hatta başlasa bile), sona erdirmek ve uyuşmazlığı dava yoluyla mahkeme önüne getirmek şansı vermektedir.⁹⁷

D. Delaware'de Zorunlu Arabuluculuk Kuralları

Amerika Birleşik Devletleri'nde Delaware eyaleti, "İhtiyari Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu" (*Voluntary Alternative Dispute Resolution Act*)⁹⁸ olarak bilinen kendine özgü bir kanuna sahip bulunmaktadır.⁹⁹ Ancak burada mevzuat, diğer eyaletlerin yargı yetkilerinde mevcut olan arabuluculuk programlarından önemli ölçüde ayrılmaktadır. Çünkü Delaware'de, tarafların mahkemeye müracaat etmeden önce arabuluculuk usulüne başvurmaları gerekmektedir.¹⁰⁰ Bu bağlamda bu hüküm, 100,000 \$ veya daha fazla talepli davalarda, uyuşmazlığın taraflarını dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmayla zorlamaktadır.¹⁰¹ Bu kural aynı zamanda, arabuluculuk oturumları ile bağlantılı olarak daha fazla ve yüksek masrafla sonuçlanan arabuluculuk oturumlarına, tarafların hazırlıklı olarak gelmelerini gerektirmektedir.¹⁰² Delaware eyaletinde arabuluculuk masraflarına ilave olarak; yasa normu, tarafların oturum sırasında kullanmak istedikleri bir delil ile çapraz sorgulama ve tanık ifadesine izin vermektedir.¹⁰³ Delaware eyaleti kanunları gereğince arabuluculuk, Indiana, Nevada ve North Carolina'dan çok farklı bir sisteme tabidir. Ayrıca arabuluculuk masrafları da çoğu arabuluculuk programlarından çok daha fazladır.¹⁰⁴

⁹⁷ Streeter-Schaefer, s.375-376.

⁹⁸ Delaware ADR Act 1995.

⁹⁹ Edward M. McNally/Barbara MacDonald, *The New Delaware*, Del. Journal Corp. Law, 1996, Vol.21, (s.87- 102), s.87; Vanessa Mitchell, *Mediation in Kentucky: Where Do We Go From Here?* Ky.L.Journal, 1998-1999, Vol.87, (s.463-487), s.479.

¹⁰⁰ McNally/MacDonald, s.87.

¹⁰¹ McNally/MacDonald, s.95; Mitchell, s. 479; Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰² Mitchell, s.480; Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰³ Mitchell, s.480; Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰⁴ Streeter-Schaefer, s.376.

E. Louisiana' da Arabuluculuk Programları

Louisiana'da mahkemeye bağlantılı arabuluculuk programı, taraflara müzakere etmek yetkisi sağlamaktadır. Bu hüküm, çok yaygın ve son derece kısadır. Bu düzenleme çerçevesinde arabuluculukta minimal katılıma göre, arabulucunun atanmasından itibaren doksan gün içinde program tamamlanmak zorundadır.¹⁰⁵

F. Alabama'da Davadan Önce Zorunlu Arabuluculuk

Amerika Birleşik Devletleri'nin Alabama eyaletinde, zorunlu arabuluculuk iki grup altında toplanmaktadır. Bunlardan birincisine göre, mahkeme arabuluculuk oturumlarının yapılmasını emrettiği takdirde, arabuluculuk bütün taraflar için başvurulması gereken zorunlu bir süreç olarak kendini göstermektedir. İkinci olarak, taraflar kendileri uyuşmazlıklarını arabuluculuk usulü ile çözmeyi kararlaştırabilirler ya da taraflardan biri böyle talepte bulunursa, yine arabuluculuk usulüne başvuru zorunlu olarak müracaat edilmesi gerekli bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak görülmektedir.¹⁰⁶ Alabama eyaletinin Medeni Usul Kuralları'nın 37.maddesi gereğince, mahkeme yasa hükmü gereği, arabuluculuğa gitmeyen tarafı, bir müeyyideye zorlayabilmektedir. Alabama eyaletinin arabuluculuk ile ilgili yasa normları, uyuşmazlık taraflarının arabuluculuğa başvurularında iyiniyetli olmalarını zorunlu saymamaktadır. Ancak, bu hüküm çerçevesinde, taraflar arabuluculuk sürecinde başarısız olurlarsa, mahkemenin takdir hakkını belirlemek için dava ertelenmektedir.¹⁰⁷

G. Montana Temyiz Mahkemesi'nin Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Programı

Montana'da aile içi ilişkiler, para alacaklarından doğan ilamlar ve işçilerin tazminat alacaklarını içeren bütün hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk zorunludur. Ancak bu eyalette arabuluculukta zaman sınırı bulunmamaktadır. Taraflar ve arabulucunun üst mahkemeye başvuru tarihinden itibaren yetmiş beş gün içinde arabuluculuk faaliyetini tamamlamaları gerekmektedir. Hüküm, ayrıca uyuşmazlığın taraflarına belirli bir zaman süresi içinde bir arabulucu seçme imkânı vermektedir. Bununla birlikte, bu belirli bir zaman süresi geçmiş ise, bu durumda mahkeme, taraflar için arabulucu tayin etme yetkisine sahiptir.¹⁰⁸

H. Amerika Birleşik Devletleri'nde Diğer Eyaletlerde Zorunlu Arabuluculuk

Amerika Birleşik Devletleri'nde boşanma davalarının sayısı arttıkça, eşler arasında ortaya çıkan velayet uyuşmazlıkları için arabuluculuk usulünden fayda sağlanması gündeme gelmiştir. 1970'li yılların sonu ve 1980'li yıllarında başlarında aile arabuluculuğu birçok politikacı ve uygulamacı tarafından coşku ile karşılanmıştır. Ancak çok sayıda davacı arabuluculuk sürecine gönüllü olarak katılmadığı için, bazı eyaletler aile hukukunda arabuluculuğa başvuruyu

¹⁰⁵ Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰⁶ Streeter-Schaefer, s.376.

¹⁰⁷ Streeter-Schaefer, s.376-377.

¹⁰⁸ Streeter-Schaefer, s.377.

zorunlu hale getiren yasal düzenlemeleri kabul etmiştir. Bu uygulamayı 1980 yılında ilk uygulayan Connecticut ve Massachusetts olmuştur.¹⁰⁹ Bunu 1981 yılında takip eden bir diğer eyalet ise California'dır.¹¹⁰ Özellikle velayet uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk modelinin uygulanması, dava ile mukayese edildiğinde çocuklar için daha az acı verici ve travmatik bir deneyim sağlamaktadır. Aynı zamanda velayet anlaşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk, ebeveynlere bir çözüme ulaşmak için uzlaşmayı ve işbirliği yapmalarını sağlamaktadır.¹¹¹ Amerika Birleşik Devletleri'nde velayet uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk modelinin kabul edilmesinin başlıca iki temel sebebi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, aile hukuku problemlerini çözmede kabul edilen geleneksel dava bakış açısından, davranış bilimleri bakış açısına doğru eğiliminin büyük bir çoğunlukla bu problemler ile ilgilenemeyecek kadar dolu olmasıdır.¹¹²

VI. ZORUNLU ARABULUCULUK MODELİNİN OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doktrinde tartışılan konulardan biri de, ilk bakışta zorunlu arabuluculuk kavramının bir tezat olarak görünüp görünmediği meselesidir. Bir kimseyi bağlayıcı gücü olmayan bir prosedür içerisine dahil olmaya nasıl zorlayabilirsiniz? Arabuluculuk, daima uyuşmazlığın taraflarınca seçilmiş isteğe bağlı (gönüllü) bir mekanizma olmalı mıdır? ¹¹³ Bütün bu sorulara verilecek yanıtlar, zorunlu arabuluculuk modelini bakış açılarına göre değişim göstermektedir. Nitekim aşağıda bu farklı yaklaşımlara gösterilen gerekçeler doğrultusunda mesele incelemeye konu edilecektir.

A. Zorunlu Arabuluculuk Modeline Olumlu Yaklaşımlar

İhtiyari arabuluculuk modelinde; taraflar, görüşmeleri başlatan taraf açısından, karşı tarafın gözünden bunun bir zayıflık işareti olarak algılanması endişesi ile uyuşmazlığın çözümünü bakımından anlaşmaya varmak için gerekli müzakereleri başlatmak hususunda, genellikle isteksizdirler. Buna karşılık, zorunlu arabuluculuk modelinde, taraflardan hiç biri bu süreci başlatan taraf

¹⁰⁹ Noel Semple, Mandatory Family Mediation and the Settlement Mission: A Feminist Critique, Canadian Journal of Women and the Law, 2012, Vol.24, N.1, (s.207-239), s.210.

¹¹⁰ Susan C. Kuhn, Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607, Emory Law Journal, 1984, Vol.33, (s.733-778), s.733-734; Dane A. Gaschen, Mandatory Custody Mediation: The Debate Over its Usefulness Continues, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1995, Vol.10, (s. 469-490), s.469 vd; Semple, s.210; Charlotte Germane/Margaret Johnson/Nancy Lemon, Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence, Berkeley Journal of Gender, Law & Justice, 2013, September, Vol.1, N.1, Article 1, (s.175-200), s.178; Streeter-Schaefer, s.378; Odd Tjersland/Wenke Gulbrandsen/Hanne Haavind, Mandatory Mediation outside the Court: A Process and Effect Study, Conflict Resolution Quarterly, 2015, Vol.33, (s.19-34), s.20.

¹¹¹ Streeter-Schaefer, s.378.

¹¹² Germane/Johnson/Lemon, s.178.

¹¹³ Campbell C. Hutchinson, The Case for Mandatory Mediation, Loyola Law Review, 1996, Vol.42, (s.85-95), s.89.

olarak görülmediği için, zorunlu arabuluculuk bu bariyeri ortadan kaldırmaktadır.¹¹⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde son otuz yılda, ADR hareketinin en büyük katkılarından biri, bir uyuşmazlıkta çözüm anlaşmasına ulaşmayı zayıflık işareti saymanın üstesinden gelerek, uyuşmazlığa düşen taraflara yardım etmektir.¹¹⁵ Bu konu hakkında bir görüşe¹¹⁶ göre, zorunlu arabuluculuğun ilk avantajı, çözüm anlaşmasına ulaşmakta süreci hızlandırmaya yardım etmesidir. Bu anlamda zorunlu arabuluculuk, uyuşmazlık sürecinin başlangıç safhasında tarafların uzlaşmaya varma hususu üzerinde düşüncelerini sağlamak suretiyle çözüm anlaşması saikini değiştirmektedir. Nitekim bir uyuşmazlığın dava yoluyla çözümüne yakın olmaktan daha çok arabuluculuk yoluyla çözüme yakın olmak, bir "çözüm anlaşması olgusu" (*settlement event*) olarak, tarafları ve avukatları, ciddi müzakereler içine girmek ve dava üzerine odaklanmalarını teşvik etmeye hizmet edebilir.¹¹⁷ Uyuşmazlığın tarafları, bir kere arabuluculuk sürecine girdikleri takdirde, eğitilmiş bir arabulucu, tarafları çözüm anlaşmasına götüren samimi görüşmeleri kolaylaştırabilir ve çözüm anlaşması sürecini yapılandırmaya çalışabilir. Buna bağlı olarak, bir arabulucu kendi huzurunda cereyan eden tartışmalarda, yanlış anlamaları azaltmak ve çoğunlukla taraflar arasında meydana gelen husumeti yatıştırma eğilimindedir. Bu bağlamda hatta taraflar bir çözüm anlaşmasına ulaşamaları bile arabuluculuk sürecinden kaynaklanan karşılıklı anlayış büyük ölçüde bir sonraki anlaşma için umutları arttırmaya yardım etmektedir.¹¹⁸ Doktrinde **Winston**'a göre, zorunlu arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözümü tekniklerinin amacı, tarafları bir çözüm anlaşmasına varmaya itmek veya zorlamak değildir. Bunun yerine zorunlu arabuluculuğun amacı, taraflara anlaşmaya ulaşmak için daha az masrafla ve daha etkili alternatif bir ortam sağlamak olup, zorunlu arabuluculuk davaya alternatif değildir. Ancak bir alternatiftir.¹¹⁹ Fikrimizce, bu görüş isabetli değildir. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm teknikleri içerisinde yer alan arabuluculuk kurumunun zorunlu veya ihtiyari olup olmamasına bakılmaksızın bizzat kendisi, yargı yollarının yerine ikame edilmeyen ve fakat uyuşmazlıkların barışçıl ve dostane yöntemler ile çözümü için ihtilafın taraflarına sunulan bir seçenek oluşturmaktadır. Dolayısıyla taraflar bu yönü seçip seçmeme noktasında irade özgürlüğüne sahip olmalıdır.

Zorunlu arabuluculuk modeline olumlu yaklaşımlardan bir diğeri ise, zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuğun kullanımı hususunda avukatları teşvik etmesidir. Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk deneyimi ile ilgili bazı deneysel araştırmalar, avukatların müvekkillerine arabuluculuğu tavsiye etmeye istekli olmalarının en iyi ön gösterge olduğuna işaret etmektedir.¹²⁰

Zorunlu arabuluculuk, uyuşmazlığın taraflarını hukuki bir müzakere süreci içine getirmektedir. Müzakereler, hukuki uyuşmazlıkların çözümünün uzun süren yapı taşlarını oluşturmaktadır. Aynı zamanda bu müzakereler, genellikle görüşmeleri nihai olarak onaylayan veya onaylamayan müvekkillerle, avukatlar arasında cereyan etmektedir. Zorunlu arabuluculuk, müvekkillere

¹¹⁴ Hutchinson, s. 89-90.

¹¹⁵ Reuben, s.13.

¹¹⁶ Winston, s.190.

¹¹⁷ Winston, s.190.

¹¹⁸ Winston, s.190-191.

¹¹⁹ Winston, 206.

¹²⁰ Reuben, s.13.

öykülerini anlatmak suretiyle hukuki uyuşmazlığı güncel müzakere sürecine getiren taraflar vasıtasıyla usuli adalet değerlerine yardım etmektedir.¹²¹

Zorunlu arabuluculuğun bir başka katkısı, yargı alanında mahkemelerin dava yükünü azaltması sebebiyle etkili olmasıdır.¹²²

B. Zorunlu Arabuluculuk Modeline Olumsuz Yaklaşımlar

Dünya literatüründe birçok hukuk sisteminde arabuluculuk (mediation) kavramı, uyuşmazlığa düşen taraflar arasında müzakereleri kolaylaştırmak için tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesini içeren, bağlayıcı olmayan uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak tarif edilmektedir. Uyuşmazlığı çözmek için kendisine başvuru ve arabulucu olarak tanımlanan tarafsız üçüncü kişinin taraflar üzerinde onlara herhangi şekilde bir kararı empoze etmeye yetkisi bulunmamaktadır.¹²³ Türk hukukunu incelediğimizde, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2.maddesinin (1) b bendi, arabuluculuk kavramını “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafların bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder.*” şeklinde tanımlamıştır. Bu yasal düzenlemeye dikkat edilirse, hukukumuzda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi (HUAK md.1) için arabuluculuk usulüne başvuru isteğe bağlı tutulmuştur. Bir başka ifade ile Türk hukuk sisteminde şu an için arabuluculuk, uyuşmazlık çözümünün tarafların özgür iradesine bırakıldığı bir *ihtiyari yöntem* olarak kabul edilmiştir.

Uyuşmazlıkların barışçıl veya dostane yollarla çözümünü için uygulama alanı bulan arabuluculuk usulünün ihtiyari veya isteğe bağlı olması, sadece bizim hukuk sistemimize özgü bir durum değildir. Günümüzde modern hukuk sistemlerinde arabuluculuk kavramı ile ilgili hangi tanıma bakılırsa bakılsın, bunlar aralarında ufak farklılıklar ile birbirinden ayrılabilir da birçok yönden birbirine benzeyen tanımlardır. Bu birçok tanım içinde, arabuluculuk usulünün temelinde “*gönüllülük*” esasına dayalı olduğu ifadesine yer verildiği görülmektedir. Nitekim arabuluculukta “*gönüllülük*” esası geleneksel olarak arabuluculuğun karakteristik özelliklerinden biridir. Eğer taraflar arabuluculuk sürecine iradeleri dışında (gönülsüz bir şekilde) katılırlarsa veya bu süreç kurumsallaştırılırsa, o takdirde bu özellik kaybolacaktır.¹²⁴ Bir başka ifade ile zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun özelliklerinden biri olan “*gönüllülük*” esasını bertaraf ettiği için, *doğru* değildir.¹²⁵

¹²¹ Reuben, s.13.

¹²² Reuben, s.13.

¹²³ Hutchinson, s.86.

¹²⁴ Richard Ingleby, Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation, The Modern Law Review, 1993, Vol.56, (s.441-451), s.443; Cameron Green, ADR: Where did the 'alternative' go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process, ADR Bulletin, 2010, Vol.12, N.3, Article 2, (s.54-60), s.55.

¹²⁵ Zylstra, s.76. Bu bağlamda aynı görüşte Bkz. Karacabey, s.460 vd.; Ali Güzel, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!..., Çalışma ve Toplum, 2016/3, (s.1131-1146), s.1137.

Bununla birlikte bazı hukuk sistemlerinde arabuluculuğun ihtiyari (isteğe bağlı) tutulduğu kanunlar olduğu gibi, zorunlu olduğu yasal düzenlemeler de mevcut bulunmaktadır. Arabuluculuğun zorunlu olduğu sistemlerin bazılarında, tarafları arabuluculuk oturumlarına katılmaya mecbur tutan yasa normları, mahkeme emri veya sözleşme hükümleri bulunmaktadır.¹²⁶ Ancak burada da taraflar arabuluculuk oturumlarına katılmaya veya bu süreç içine girmeye zorunlu tutulsalar bile, bir çözüm anlaşmasına varmaya veya arabulucunun getirdiği çözüm önerisini kabul etmeye mecbur değildirler. Bu bağlamda uyumsuzluğu çözmek için yine de mahkemeye gitme yolunu izleyebilirler.¹²⁷

Zorunlu arabuluculuğa karşı yöneltilen ilk eleştirilerden biri şudur: zorunlu arabuluculuğun mahkemelerin aşırı yoğun dava yükünü azaltmak için, tarafların elinden hukuk sisteminin dışında yetkiyi almakta ve kontrolü mahkemelere bırakmaktadır.¹²⁸

Zorunlu arabuluculuğun görünüşteki bu paradoksu, modelin kilit noktalarından birini oluşturmaktadır. Bu nokta, tarafları arabuluculuğa zorlamanın [veya arabuluculuk süreci içine dâhil olmaya zorlamanın] (**coercion into mediation**), arabuluculuk süreci içinde zorlamaktan (**coercion within mediation**) gerçekçi bir şekilde ayrılabilinip ayrılanılamayacağı üzerine farklı görüşlerin ortaya çıkmasında meydana gelmektedir.¹²⁹ Bu konuda bir başka eleştiri ise şudur: Tarafları arabuluculuk sürecine zorlamak; adaletsiz (adil olmayan) sonuçlara neden olan, usule aykırı çözüm anlaşması baskısı yaratan, arabuluculuk süreci içinde zorlamaya dönüşmektedir.¹³⁰ Bu konuda doktrinde bir görüşe¹³¹ göre, zorunlu arabuluculuk, tarafların anlaşmaya ulaşmaları noktasında, aceleyle yoğun bir baskı içine girmelerine veya en azından müzakerelere sevk edilmelerine neden olmaktadır. Bu olayların her ikisi de tarafların temel yargısal hakları ve yargı etiği açısından son derece tartışmalı konulardır. Bu sebeple zorunlu arabuluculuk, taraflar üzerinde çözüm anlaşmasına ulaşmada baskı yaratmak ve iyi niyetli anlaşma müzakerelerini zorlamak hususunda önemli sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bir başka görüşe¹³² göre ise, bir arabuluculuk faaliyetinde, arabuluculuk süreci tarafların menfaatlerine özenli yaklaşıldığı ve zorlayıcı olmayan bir şekilde yürütüldüğü zaman uyumsuzluğun taraflarının bundan daha çok memnun kaldıklarını göstermiştir.

Nitekim zorunlu arabuluculuğu eleştirenlerin görüşü, arabuluculuk süreci içine zorlama ile arabuluculuk süreci içinde zorlama arasında net bir sınır

¹²⁶ Andreas Nelle, Making Mediation Mandatory: A proposed Framework, Journal on Dispute Resolution, 1992, Vol.7, (s.287-313), s. 288- 289; Streeter-Schaefer, s.371.

¹²⁷ Streeter-Schaefer, s.371.

¹²⁸ Streeter-Schaefer, s.371.

¹²⁹ Roselle L. Wissler, The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts, Willamette Law Review, 1997, Vol. 33, (s.565-604), s.565; Quek, s.485; Stella Vettori, Mandatory Mediation-An Obstacle to Access to Justice? African Human Rights Law Journal, 2015, Vol.15, (s.355-377), s.358.

¹³⁰ Wissler, s.565; Quek, s.485; Victoria J. Haneman, The Inappropriate Imposition of Court -Ordered Mediation in Will Contests, Cleveland State Law Review, 2011, Vol.59, (s.513-555), s.522.

¹³¹ Lucy V. Katz, Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two -Headed Monster or Two Sides of The Coin, Journal Dispute Resolution, 1993, N.1, (s.1-55), s.41.

¹³² Quek, s.485.

veya hatta anlamsal bir farklılığın muhtemelen olmadığı yönündedir.¹³³ Bununla birlikte konuya daha geniş bir bakış açısından bakan bir diğer görüşe¹³⁴ göre, uyuşmazlığın taraflarını **arabuluculuk içine zorlama** (veya zorunlu arabuluculuk), eğer taraflar **arabuluculuk süreci içinde zorlanmıyor** (ya da kendilerine bir çözüm anlaşmasına ulaşmaları için baskı yapılmıyor), daha çok tartışmaya açık oluyorsa, o halde, durum ciddi değildir. Arabuluculuk sürecinin, tarafları arabuluculuk çözüm anlaşmasına doğru götüren safhalarının birbirini takip eden zincirleme sonuçlarından ayrı olarak ilerlemesi mümkün değildir. Eğer uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk faaliyeti başarısız olursa, daha zorlayıcı bir sürecin meydana geleceğinin farkındalar ise, arabuluculuk sürecinin dinamikleri saf arabuluculuktan (*pure mediation*)¹³⁵ keskin bir şekilde ayrılacaktır. Çünkü tarafları bir çözüm anlaşmasına zorlama olasılığı, olayın anlamını ve hatta arabuluculuk sürecini uyuşmazlığın bütün aktörleri açısından kaçınılmaz bir şekilde değiştirecektir. Nitekim İngiliz Mahkemeleri *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* davasında, uyuşmazlıklarını arabuluculuğa götürmekte istekli olmayan tarafları arabuluculuğa zorlamanın, adalet erişim haklarına kabul edilemez bir engeli dayatma olarak kabul etmiştir.¹³⁶

Amerikan hukuk doktrininde **Sander** başta olmak üzere, bazı yazarlar zorunlu arabuluculuk modelinin arabuluculuğun temel yaklaşımına bir tezat (oxymoron) oluşturmadığını savunmaktadır.¹³⁷ Onlara göre, arabuluculuğa zorlama (zorunlu arabuluculuk) ile arabuluculuk süreci içinde zorlama arasında açık bir ayırım bulunmamaktadır. Nitekim ikincisi arabuluculuk değildir. Buna karşılık birincisi ise, onaylayıcı eyleme (*affirmative action*) yakındır. Ancak o da bir ideal çözüm (*ideal solution*) değildir. Bilakis geçici bir çözüm (*temporary solution*) meydana getirmektedir.¹³⁸ Doktrinde **Sander**'a göre, zorunlu arabuluculuk modeline **geçici bir önlem** (*temporary expedient*) olarak ihtiyaç duyulmaktadır.¹³⁹

Doktrinde bu görüşü benimseyen başka yazarlara¹⁴⁰ göre, arabuluculuk süreci içinde zorlama, uyuşmazlıklarını çözmek için bir anlaşmaya ulaşmayı deneyen taraflar açısından sadece gerekli olduğu ölçüde söz konusu olmaktadır. Aksi halde, hiç bir taraf çözüm anlaşması için zorlanamaz. Bunun tersine bir durum, tarafların arabuluculuk sürecindeki konumlarını değiştirecektir.

¹³³ Quek, s.485.

¹³⁴ Sally Engle Merry, Book Review, Disputing Without Culture, Harvard Law Review, 1986-1987, Vol.100, (s.2057-2073), s.2066. Bu konuda ayrıca Bkz. Timothy Hedeem, Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others, The Justice System Journal, 2005, Vol.26, N.3, (s.273-291), s. 278.

¹³⁵ Saf arabuluculuk (pure mediation), uyuşmazlığın taraflarının çözüm sürecinin bütün aşamalarına serbestçe katıldığı, baskı olmadan özgürce hareket ettikleri bir modeldir (Hedeem, s.278).

¹³⁶ Quek, s.485. Bu konuda ayrıca Bkz.Nolan-Haley, s.5; Vettori, s.359.

¹³⁷ Frank E. A. Sander/H.William Allen/Debra Hensler, Judicial (Mis) Use of ADR? A Debate, University of Toledo Law Review, 1996, Vol.27, (s.885-895), s.886.

¹³⁸ Sander/Allen/Hensler, s. 886; Sander, s.16; Quek, s.485-486.

¹³⁹ Sander/Allen/Hensler, s. 886; Sander, s.16.

¹⁴⁰ Stephen G. Bullock/Linda Rose Gallagher, Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana, Louisiana Law Review, 1997 Spring, Vol.57, N.3, (s.885-984), s. 948.

Zorunlu arabuluculuğa yönelik diğer bir eleştiri de doktrinde **Grillo** tarafından ileri sürülmüştür. Bu hukukçuya göre, arabuluculuğa başvuru mecburi hale getirilerek, zorunlu arabuluculuk modeline dönüştüğünde, artık mahkeme sisteminin bir parçası haline gelmektedir. Bu durumda tarafların bu süreçte kendi kararlarını kendilerinin aldığı düşüncesi tamamen aldatıcı bir yaklaşımdır. Öncelikle taraflar burada arabuluculuk sürecini kontrol etme (*process control*) etme yeteneklerini kaybetmektedir. Genellikle hukuki konumlarını tehlikeye atmadan masadan kalkmaları da mümkün olmayabilecektir. Hatta bir adım daha ileri giderek arabulucunun onlara karşı önyargılı olduğunu düşünmeleri de mümkündür.¹⁴¹ Yine yazara göre, arabuluculuğun faydaları ve ilişkileri güçlendirici etkisi olmasına rağmen, aynı zamanda göz ardı edilmemesi gereken, bazı ciddi süreç tehlikeleri de bulunmaktadır. Arabuluculuk usulü, gönüllülük esaslı bir tarafa bırakılarak, taraflara dayatıldığı takdirde o değerli özelliklerini kaybetmektedir. Kayıptan daha fazlası, arabuluculuk bu durumda **“kuzu postu içinde kurt”** (*a wolf in sheep's clothing*) olmaktadır.¹⁴²

Zorunlu arabuluculuk modeline yöneltilen bir başka eleştirel yaklaşım ise şudur: Uyuşmazlığın taraflarına, zorunlu arabuluculuk görüşmelerine katılmaları emredildiğinde, tarafların uygun bir çözüm anlaşması yapmak için, yeterli bir bilgiye sahip olmamaları söz konusu olabilmektedir. İşte böyle bir durumda, arabuluculuk masasında, arabuluculuğun faydalarından bazıları, tarafların yetersiz bilgi ile arabuluculuk oturumlarına katılmaları halinde büyük ölçüde kaybolacaktır. Dolayısıyla arabuluculuk süreci tarafların en iyi menfaatlerine çalışmak yerine, sadece yargının birikmiş dava yükünü azaltmak için mahkemelerin en iyi menfaatlerine çalışır hale gelmektedir.¹⁴³

Zorunlu arabuluculuk modeline muhalif olan bir başka görüşe¹⁴⁴ göre ise, birçok katılımcı zorunlu arabuluculuğu öğrenmek veya kullanmak yerine, zorunlu arabuluculuğu davanın bir parçası olarak düşünmektedir. Mahkeme emri ile veya kanunun düzenlemesi gereği arabuluculuk masasında bir araya gelen taraflar ve vekilleri, bu arabuluculuk sürecinin anlamlı bir şekilde cereyan etmesi için katılmamakta ve mahkeme salonunda olduğu gibi aynı düşünce davranışları sergilemektedir.

Diğer taraftan Amerika Birleşik Devletleri'nde diğer uyuşmazlık taraflarının zorunlu arabuluculuk (*mandatory mediation*) ile ihtiyari arabuluculuk (*voluntary mediation*) kurumlarına başvuru oranları arasında ulaşmaya varılan çözüm anlaşmalarına göre yapılan bazı araştırmalar çarpıcı sonuçlar göstermiştir. Nitekim yapılan deneysel çalışmalar, zorunlu arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk modellerinde ulaşılan çözüm anlaşması oranları arasında büyük bir fark olmadığını ortaya çıkarmıştır.¹⁴⁵

¹⁴¹ Trina Grillo, *The Mediation Alternative Process Dangers for Women*, Yale Law Journal, 1991, Vol.100, (s.1545-1610), s.1581.

¹⁴² Grillo, s.1610.

¹⁴³ Streeter-Schaefer, s.386.

¹⁴⁴ Boettger, s.11.

¹⁴⁵ Wissler, s.577.

VII. TÜRK HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUK MODELİ HAKKINDA İŞ MAHKEMELERİ KANUNU TASARISI'NDA ÖNGÖRÜLEN YASAL DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Yukarıda daha önce yapmış olduğumuz açıklamalarımızda da belirtmiş olduğumuz üzere, Türk hukuk sisteminde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile kabul edilen yasal düzenleme, arabuluculuk usulüne başvurunun uyuşmazlığın taraflarının karşılıklı rızalarına bağlı olmasıdır. Nitekim HUAK. md.2/1 (b) hükmünde arabuluculuğun ihtiyari olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ancak konuya yargılama hukuku açısından baktığımızda şöyle bir ayırımın yapılmasının yerinde olacağı düşüncesini taşımaktayız. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yazılı yargılama usulünde ve basit yargılama usulünde layihalar teatisinden sonra gelmek üzere bir *ön inceleme* aşaması kabul edilmiştir. Ön inceleme aşamasının en önemli sonuçlarından birisi de HUAK.md. 35 hükmü ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun md.137, 140 ve 320 hükümlerine, "*tafaları sulhe ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuğa"* ibaresi eklenmiştir. Medeni yargılama hukukunda kural olarak ön inceleme safhası, hâkime bu aşamada hangi usul işlemlerinin hangi sırayla yapması gerektiğini belirten bir prosedürü ifade etmektedir. Bir başka ifade ile ön inceleme aşaması *tafalarla ilişkin usul işlemlerinin* değil, *mahkemeye ilişkin usul işlemlerinin* ne olması gerektiğini öngörmektedir.

Yazılı yargılama usulü açısından incelediğimizde HMK.md.137 hükmü, "*Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*" şeklinde bir düzenlemeyi öngörmektedir. Nitekim basit yargılama usulü bakımından kabul edilen HMK.md.320 hükmünde de bu yapı birbirine paralel olarak aynı şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda mahkemenin ön inceleme aşamasında yapması gereken usuli işlemler arasında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesi ve bu hususları tutanağa geçirmesi de yer almaktadır. Özellikle bu konuda yasa metni son derece açıktır. Yargılamanın bu safhasında tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmek veya etmemek hususunda hâkime herhangi bir takdir hakkı tanınmış değildir. Aksi halde mahkemenin bu usul işlemini dikkate almaması veya tutanağa geçirmemesi usule aykırılık oluşturacaktır. Bu açıdan meseleye baktığımızda, ön inceleme aşamasında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda, onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmek hâkim açısından, zorunlu olarak yapılması gereken ve takdir hakkı tanınmayan mahkemeye ilişkin usul işlemidir.¹⁴⁶ Buna karşılık, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yönünden ise, tarafların uyuşmazlıklarını ister dava açılmadan önce, isterlerse dava açıldıktan sonra arabuluculuk usulü ile çözümlenmek hususunda ortak bir karar varmaları, onların isteğine bırakılmış bir tercih olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁴⁶ Seda Özmumcu, Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu (I), İstanbul, 2014, (s.33-42), s.39-40.

Diğer taraftan yargılama hukukunda ön inceleme aşamasında tarafların arabuluculuğa teşviki hâkim için zorunlu olarak mahkemeye ilişkin bir usul işlemi olmakla birlikte, sadece bu aşama ile sınırlı tutulmuş değildir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Genel Gerekçesi'ne bakıldığında da, hâkimin tarafları arabulucuya yönlendirebileceği gibi, tarafların da dava açılmadan önce bu yola kendiliğinden müracaat edebilecekleri ifade edilmiştir.

Nitekim 6325 sayılı HUAK. md.13 hükmü gereğince “*dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşılabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.*” demek suretiyle yargılamada ön inceleme safhasından sonra da hâkime tarafları arabulucuya başvurmak hususunda aydınlatarak, teşvik etmesi hususunda takdir hakkı vermektedir. Bu bağlamda 6325 sayılı HUAK. Yönetmeliği'nin 17.maddesi de daha kapsamlı bir şekilde bu hususu desteklemektedir. Bu düzenlemeye göre, “*Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşılabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda; arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatıp, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözülmesinin sosyal, ekonomik ve psikolojik açıdan faydalarının olabileceğini hatırlatarak onları teşvik edebilir.*” denilmektedir. Esas olarak, bu yasal düzenlemenin hâkime, ön inceleme aşamasında sahip olduğu zorunlu olarak arabuluculuğa teşvik etme yetkisinden, yargılamanın diğer aşamalarında da daha geniş bir imkân ve bir takdir yetkisi verdiğini söylemek mümkündür.

Fikrimizce uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuğa teşvik etmek hususunda gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerek 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda kabul edilen normlar gerçekten de önemli yasal düzenlemelerdir. Çünkü dava açıldıktan sonra bile dava malzemesinin toplanıp, delillerin değerlendirilmesi aşamasına gelindiği noktada, *davaya ve dava malzemesine vakıf olan bir hâkim*, tarafların ortak bir payda etrafında buluşabileceklerini tespit ettiği anda, tarafları arabuluculuğa başvurmaları için aydınlatıp, teşvik edebilecektir.

B. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda Öngörülen Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda yakın zamanlarda özellikle iş hukuku alanında alternatif uyuşmazlık çözümleri arasında önemli bir yeri olan arabuluculuk usulünün işçi ve işveren arasında ortaya çıkacak ihtilaflarda zorunlu olarak uygulama alanı bulması gündeme gelmiş bulunmaktadır. Bilhassa 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılmak istenen yasa değişiklikleri ile zorunlu arabuluculuk usulünün uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu konuda 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda “*zorunlu arabuluculuk*” kenar başlığı altında 3.maddesi ile yapılmak istenen değişiklik gereğince aşağıdaki düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre,

“(1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Aksi halde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılır.

(2) Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabulu-

culuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır.

(3) Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Arabulucu, bu listeden taraflarca belirlenir. Tarafların herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşamamaları halinde görevlendirme, arabuluculuk bürosu tarafından yapılır.

(4) Arabulucu her türlü iletişim vasıtasını kullanarak tarafları görevlendirme konusunda bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Arabuluculuk müzakere-leri sonucunda son tutanağı düzenler, görüşmelerin tamamlandığını arabuluculuk bürosuna derhal bildirir ve son tutanağın bir örneğini gönderir.

(5) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.

(6) Tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları halinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret miktarından az olamaz. Tarafların arabulucu huzurunda anlaşamaması halinde ise, arabuluculuk görüşmelerinin ilk iki saatlik bölümü Hazineden, iki saati aşan kısmı ise aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre karşılanır. Hazineden karşılanan ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.

(7) Geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilir.

(8) Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk hâkiminin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ila 340 ıncı maddeleri kıyasen uygulanır.

(9) Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.

(10) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

(11) Arabuluculuğa başvuru usulü, arabulucunun görevlendirilmesi ve arabuluculuk görüşmelerine ilişkin diğer hususlar Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na getirilmesi öngörülen arabuluculuk usulü ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale gelmiş olacaktır. Tasarı hükmü, uyuşmazlığın taraflarının dava açmadan önce arabuluculuğa müracaat etmemeleri halinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılacağını ifade etmektedir. Medeni yargılama hukukunda HMK.md.115 hükmü, bir davada dava şartlarının incelenmesi ile ilgili bir yasal düzenlemedir. Nitekim mahkeme, dava şartla-

rının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı gibi, taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler (HMK.md.115/1). Bu bağlamda İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda yer alan düzenleme ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, uyuşmazlığın taraflarının davadan önce arabuluculuğa başvurmadan doğrudan dava açması halinde, bu durum bir dava şartı olarak dikkate alınacaktır. Medeni yargılama hukukunda, dava şartları davanın esasına girilmesini önleyen usule ilişkin yargılama engelleri olduğu için, bu kurallara riayet edilmemesi bir müeyyideye tabi olacaktır. Böyle bir durumda mahkeme dava şartı noksanlığını tespit ettiğinde, davanın usulden reddine karar verecektir (HMK.md.115/2, c.1).

Bu konuda doktrinde bir görüşe¹⁴⁷ göre, zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarında dava şartı noksanlığını tespit eden mahkemenin davayı usulden reddetmesi ve noksanlığı gidermesi için davacıya süre vermesi gerektiğine temas edilmektedir.

Fikrimizce bu görüşün son cümlesi doğru değildir. Zira burada mahkemenin nezdinde açılan davayı, dava şartı eksikliği halinde usule ilişkin bir hükümle reddetmesi gerekirken ise de, bu konuda eksikliği gidermesi hususunda davacı tarafa bir süre vermesi söz konusu değildir. Nitekim Tasarı Taslağı burada sadece HMK.md.115/2, c.1 hükmüne atıfta yapmakta yoksa HMK.md.115/2, c.2 hükmüne herhangi bir atıf bulunmamaktadır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Genel Gerekçesi'ne göre, "Adalete erişim, Anayasamızın 36 ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde güvence altına alınan temel bir haktır. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ile taraflar uzlaştırma sürecine dâhil olmakta ve kendi iradeleriyle anlaşarak sonuca ulaşmaktadırlar. Alternatif uyuşmazlık çözümü bu yönüyle, Devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda kişilere sunduğu bir imkândır." Kanun'un Genel Gerekçesi'nde belirtildiği üzere, bireylerin adalete erişim hakları uluslararası sözleşmeler ve anayasal düzenlemeler ile güvence altına alınmıştır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu sayılması, bireylerin uluslararası sözleşmeler ve anayasal düzenlemeler ile güvence altına alınan adalete erişim haklarını engellemese de erteleyecek niteliktedir. Çünkü iş hukukunun kabul edilen alanlarında arabuluculuğa başvurmadan doğrudan mahkemede dava açan tarafın açmış olduğu dava, mahkeme tarafından dava şartı noksanlığından dolayı usulden reddedilecektir. Böyle bir durum, başta arabuluculuk olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözümünden beklenen zamandan ve dava masraflarından tasarruf edilmesi esası ile de tezat teşkil edecek niteliktedir.

Fikrimizce iş uyuşmazlıklarında dava yükünü azaltmak noktasında mutlak bir çözüm arayışına gidilmesi gerekiyorsa, böyle bir norm getirmek yerine, dava açıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvurmaları konusunda bir ön şartın getirilmesi daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir. Bu şekilde davanın açılmasına bağlı olarak ortaya çıkan maddi hukuka ilişkin sonuçların korunması daha kolay olacak ve hatta hem masraf hem de zaman tasarrufu sağlanabilecektir. Esas olarak medeni yargılama hukukunda ön inceleme saf-

¹⁴⁷ Serkan Odaman/Eda Karaçöp, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, S.35, (s.51-65), s.61.

hasında hâkimin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesinden kanun koyucunun amaçladığı şekilde yararlanılabilsin, son derece olumlu sonuçlar alınması mümkün olabilecektir. Bu bağlamda doktrinde de tartışıldığı üzere, “zorunlu” arabuluculuk, arabuluculuğun ruhuna aykırı mıdır? Bir görüşe¹⁴⁸ göre, uyuşmazlığın karşı tarafı ile kendi iradesi ile müzakerelere girişmeye gönüllü veya istekli olmayan tarafı bu yönleme başvurmayaya zorunlu tutmak, arabuluculuğun ruhu ile bağdaşmamaktadır. Bunun yerine uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuğa başvurmaları için özendirici önlemlerin alınması¹⁴⁹, bizim görüşümüze göre de isabetli bir yaklaşım olacaktır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilmek istenen zorunlu arabuluculuk modeli ile ilgili olarak Tasarı’da yer alan 3.maddenin 7.fikrasında, geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın son tutanakta belirtilmesi ve *davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilmesi* öngörülmektedir. Bu konuya medeni yargılama hukuku bakımından, bir davada yargılama giderlerinden sorumluluk ile yasal düzenlemeler çerçevesinden baktığımızda, yargılama giderleri, mahkeme tarafından kural olarak davada haksız çıkan ve bu sebeple aleyhine hüküm verilen tarafa yüklenecektir (HMK.md.326/1). Diğer taraftan kanun koyucu, yargılama giderlerinden, dava sonunda haksız çıkmış olan tarafın sorumlu olacağı şeklindeki kurala bazı istisnalar getirme gereği duymuştur. Bunlardan biri de gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkeme tarafından mahkûm edilebilir olmasıdır (HMK.md.327/1).

Özellikle medeni yargılama hukuku bakımından dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluğu düzenleyen HMK.md.327 hükmünün 1.fikrası incelendiğinde, mahkemenin gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın, davayı kazanmış olmasına rağmen karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkum etmesinde takdir hakkının bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu norm, mahkeme bakımından emredici nitelikte bir yasal düzenleme değildir.

Buna karşılık, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı’nda yer alan 3.maddenin 7. fıkrasında, “Geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilir.” şeklindeki düzenlemeye baktığımızda, kanun maddesi lafzı itibariyle genel hükümlerden tamamen ayrılan ve emredici nitelikte bir norm içermektedir. Tasarı’da yer alan yasal düzenleme bu hali ile arabuluculuk usulünün altında yatan temel anlayışla da örtüşür nitelikte değildir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı sadece iş hukuku açısından değil, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun bazı hükümlerinde de değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Tasarı’nın 17. maddesinde, “7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabu-

¹⁴⁸ Mert Namlı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (s.151-165), s.156.

¹⁴⁹ Namlı,s.156.

luculuk Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “gerçekleştiren,” ibaresinden sonra gelmek üzere “ tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi getiren,” ibaresi ve (d) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent eklenmiş ve diğer bentler buna göre teselsül ettirilmiştir.”

denilmek suretiyle, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bugüne kadar kabul edilen kolaylaştırıcı arabuluculuk (*facilitative mediation*) modelinden değerlendirici arabuluculuk (*evaluative mediation*) modeline dönüşüm yapılması söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde bu hükümle bağlantılı olarak Tasarı'nın 21.maddesi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15.maddesine de yeni fıkralar eklemiş bulunmaktadır. Bun göre, Kanunu'nun 15.maddesinin 8.fıkrası, “Tarafların çözüm ürete-mediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunur.” denilmek suretiyle değerlendirici arabuluculuk modelini bu normda da teyit etmektedir.

Hukuk sistemimizde halen yürürlükte bulunan 6325 sayılı HUAK Yönetmeliği'nin 19.maddesinin 5. fıkrası, “Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler kataloğu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümünü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konuda beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez.” şeklindeki düzenlemesi ile arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti sırasında ihtilafın tarafları arasındaki uyuşmazlığı çözüme hususunda üstlendiği rolünün belli kayıtlar altında son derece sınırlı tutulduğunu söylemek mümkündür. Daha önceki bir çalışmamızda Batı hukuklarında “yeni değerlendirici arabuluculuk” (*new evaluative mediation*)¹⁵⁰ modelinden söz ederek, Türk hukukunda da bu modelin göz önünde tutulması gerektiğinden söz etmiş ve arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için daima pasif bir rol üstlenmesinin kolay olmadığını, yeri geldiğinde uyuşmazlığın çözümünü için aktif bir rol üstlenmesi gerektiğini ancak yasal düzenlemelerin buna izin vermediğini ifade etmiştik.¹⁵¹ Tasarı'da öngörülen bu yeni düzenlemenin, arabuluculuk faaliyetinin işlerlik kazanması açısından olumlu olduğunu söylemek gerekir. Ancak bununla birlikte arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucu tarafından sunulan çözüm önerilerinin taraflara kabul etmeleri yönünde baskı yapılmaması veya empoze edilmemesi, arabuluculuk usulünün uyulması gereken en önemli kurallarından biridir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu'nun 18. Maddesine eklenerek 4. fıkra olarak getirilmek istenilen bir diğer norm ise, “Arabulucu huzurunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.” şeklinde öngörülen düzenlemedir.¹⁵²

¹⁵⁰ Seda Özmumcu, Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, (C.II), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C.LXXXI, S.1, (s.1357-1377), s.1373.

¹⁵¹ Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s.1376-1377.

¹⁵² Tasarı Taslağı ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na md.18/4 şeklinde ilave edilmek istenen bu düzenlemeye, iş hukuku bakımından getiri-

Alternatif uyuşmazlık çözümleri bünyesinde yer alan arabuluculuk modeli, ister ihtiyari ister zorunlu olsun böyle bir düzenleme, hukuk normlarında arabuluculuk kurumunu kabul eden diğer ülkelerde mevcut değildir. Böyle bir düzenleme arabuluculuk ile de hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. Zira arabulucu, hâkim değildir. Hatta *arabulucu, hâkimin sürrogatı da değildir*.¹⁵³ Bu bağlamda arabulucunun bir hüküm verme yetkisi olmadığı gibi, bir tarafları bir çözüm anlaşmasına zorlama yetkisine de sahip değildir. Bunun yerine arabulucu, sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığı barışçıl ve dostane bir şekilde çözmek için gayret sarf etmek ve bu süreci yönetmekle görevlendirilmiş kişidir. Bunun aksine bir anlayış, arabulucuyu hâkim ile eşdeğerde tutmanın çok daha ötesine geçmekte olduğu gibi, böyle bir çözüm anlaşmasının normal şartlar altında hukuki denetim yollarını da kapatmaktadır. Bu durum tamamen arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaları neticesi varılan arabuluculuk çözüm anlaşmasını hukuki kontrolden uzaklaştırarak adeta kesin hüküm niteliği kazandırmaktadır. Nitekim çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesi incelemesini, mahkemece anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya uygun olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olduğu bir düzenlenmede, içeriğe ilişkin noktalar inceleme dışında kalacaktır. Böyle bir anlayış, yargı yollarına başvuru açısından bile kabul edilmiş değildir. İlk derece mahkemelerinden verilen kararlara karşı, yasada öngörülen usullere göre, Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay'a başvuru hakkı tanınmıştır. Bu düzenleme, bu halde bireyin adalete erişim ve hak arama özgürlüğünün önüne getirilmiş önemli bir engeldir.

VIII. DEĞERLENDİRME

Uyuşmazlıkların barışçıl ve dostane yollar ile çözümünü bağlamında, arabuluculuk usulü 21. yüzyılın modern araçlarından biridir. Günümüz dünyasının giderek daha da karmaşık hale gelen sorunlarının çözümünde arabuluculuk usulü, toplumun konuya olan farkındalığını sağlamak ve artırmak açısından önemli bir mihenk taşıdır. Bununla birlikte bu yöntem, bütün uyuşmazlıkların çözümü için de her derde deva olacak bir ilaç değildir.

Dünya hukuk sistemlerine bakıldığında, genel olarak arabuluculuk yöntemi, "*uyuşmazlığın tarafları arasında, karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme ulaşmada bağlayıcı olmayan tarafsız bir üçüncü kişi aracılığı ile yürütülen, uyuşmazlığa düşenler arasında yaratıcı çözümlerin ortaya çıkarılmasını teşvik etmeyi, anlayışı geliştirmeyi, bilgi değişimini desteklemeyi amaçlayan gönüllülük esasına dayalı bir süreç*"¹⁵⁴ olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda düşündüğümüzde zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun temelinde yer alan *gönüllülük* esasını ile bir tezat teşkil etmektedir. Bu yaklaşımla, bir devlet politikası olarak çeşitli hukuk sistemlerinde kanunlarla öngörülen yasal düzenlemelerin, uyuş-

len eleştiriler için Bkz. Kübra Doğan Yenisey, *İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk*, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği* 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (167-193) s.190 vd.

¹⁵³ Doug Marfice, *The Mischief of Court-Ordered Mediation*, *Idaho Law Review*, 2002, Vol.39, (s.57-75), s. 59.

¹⁵⁴ Weston, s.598; Winston, s.188; Quek, s.480, dn.6. Bu konuda ayrıca Bkz. Paul Dayton Johnson JR., *Confidentiality in Mediation What Can Florida Glean From The Uniform Mediation Act?*, *Florida State University Law Review*, 2003, Vol.30, (s. 487-502), s.487.

mazlığın taraflarını dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorunlu sayması, arabuluculuk süreci içinde de tarafların bir çözüm anlaşmasına varmaya zorlanması gibi endişelerin doğmasına da sebep olmaktadır.

Diğer taraftan, Türk hukuk sisteminde Anayasa'nın "*hak arama hürriyeti*" üst başlığı altında yer alan 36.maddesi gereğince,

"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." hükmü yer almaktadır.

Bu hükümden de görüleceği üzere, bireyin yargı yoluna başvurma hakkı Anayasa ile korunmuş ve güvence altına alınmış bir "*hak*"tır. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözümleri içinde yer alan arabuluculuk usulü ise, yargıya başvuru yolunun yerine geçen veya kaim olan bir yöntem değildir. Bilakis 6325 sayılı HUAK md. 1/2 hükmü gereği, arabuluculuk "*yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulama*" alanı bulan yargı yollarının yanında onun tamamlayıcısı durumunda olan alternatif ve esnek bir uyuşmazlık çözümü usulüdür. Arabuluculuk ve arabuluculuğa teşvik, hukuk sistemimizin başka kanunları ile de desteklenmiştir. Bu doğrultuda 6100 sayılı HMK. md. 139,140,320 hükümleri yazılı yargılama ve basit yargılama usulünde, yargılamanın ön inceleme aşamasında, hâkimi uyuşmazlığın taraflarını mahkemeye ilişkin usuli bir işlemle arabuluculuğa teşvik etmekle görevli saymıştır. Uygulamada bu aşamanın gerçek anlamda daha verimli ve etkili bir şekilde yerine getirilmesine, tarafların kendi iradeleri ile gönüllü olarak bu süreçte katılımları için gerekli önlemler alınmasına ve bunun geliştirilmesine destek verilmelidir.

Nitekim arabuluculuğun anahtar unsurlarından biri, uyuşmazlığın taraflarının bu sürece katılmakta istekli ve gönüllü olmalarıdır. Eğer taraflardan biri veya her ikisi, bu sürece katılmakta eğer isteksiz ise, bu durum arabuluculuğun başarı şansını azaltacaktır. Bu hal, her zaman aşılmaz bir engel olmasa da, yine de bir engeldir. Çünkü arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın çözümü için işbirliği yapılmasını gerektiren ve başarılı olunması için de, tarafların bu sürece gönüllü ve istekli bir şekilde katılmalarını ve işbirliğinde bulunmalarını öngören bir süreçtir. Bu bağlamda İngiliz geleneklerinde eski bir atasözünden söz edilmektedir: "***Bir atı suya götürebilirsiniz, fakat ona zorla su içiremezsiniz.***" (You can lead a horse to water, but you can't make it drink).¹⁵⁵ Bu atasözü ile zorunlu arabuluculuk arasında bir bağlantı kurduğumuzda şu sonuca varabiliriz. Kanunlarla getirilen normlar, dava açmadan önce tarafları arabuluculuğa başvurmaya mecbur tutabilir. Ama taraflar, bir çözüm anlaşmasını kabul etmeye zorlanamazlar. Belki bu anlamda Türk atasözleri arasında yer alan "***Zorla güzellik olmaz.***" şeklindeki özdeyiş, bizim hukukumuz açısından da burada yerini bulacaktır. Böyle bir durum karşısında, belirli uyuşmazlıklar için, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun dava şartı sayılarak zorunlu hale getirilmesi, *kalıcı bir çözüm olmayıp sadece geçici bir çözüm* getirecektir. Bireylerin hak arama özgürlükleri çerçevesinde Anayasa ile korunan adalet erişim haklarını engellemese bile erteleyecektir.

¹⁵⁵ Winston, s.193.

“İrade özgürlüğü” ve “seçme özgürlüğü” arabuluculuk sürecinin temel prensibidir. Uyuşmazlığa düşen taraflar, yasalar yoluyla dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorlandıkları takdirde, arabuluculuğun tarafların rızasına dayalı doğası ve gönüllülük esası tehlikeye atılmış olmaktadır.

KAYNAKÇA

Boettger, Ulrich, Efficiency Versus Party Empowerment – Against A Good – Faith Requirement in Mandatory Mediation, *The Review of Litigation*, 2004, Winter, Vol. 23, (s.1-46).

Bullock, Stephen G./Gallagher, Linda Rose, Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana, *Louisiana Law Review*, 1997 Spring, Vol.57, N.3, (s.885-984).

Carter, Roger L., Oh, Ye of Little (Good) Faith: Questions Concerns and Commentary on Efforts to Regulate Participant Conduct in Mediations, *Journal Dispute Resolution*, 2002, Vol.2002, (s.367-405).

Colombo, Giorgio Fabio, Alternative Dispute Resolution, (ADR) in Italy: Inspiration an National Problems, *Ritsumeikan Law Review*, No.29, 2012, (s.71-80).

Dayton Johnson JR., Paul, Confidentiality in Mediation What Can Florida Glean From The Uniform Mediation Act?, *Florida State University Law Review*, 2003, Vol.30, (s. 487-502).

De Palo, Guiseppe, Mediating Between the Bar and The Government ? Italy’s Attorneys Strike Over a New ADR Law, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 2011, Vol. 29, (s.81-82).

De Palo, Giuseppe/Bernadini, Paola/Cominelli, Luigi,, ‘Mediation in Italy: the Legislative Debate and the Future’ (2003) 6(3) *ADR Bulletin*, (s.51-53).

De Palo, Giuseppe/Cominelli, Luigi, Mediation in Italy, Waiting fort he Big Bang? *Global Trends in Mediation*, (s.259-277), in Nadja Alexander, Second Edition, *Kluwer International Law*, 2006.

De Palo, Guiseppe/D’urso, Leonardo, Explosion or Bust? Italy’s New Mediation Model Targets Backlogs to ‘Eliminate’ One Million Disputes, *Annully, Alternatives to the High Cost of Litigation*, 2010, Vol.28, (s.93-95).

De Palo, Giuseppe/Harley, Penelope, ‘Mediation in Italy: ‘Exploring the Contradictions’ *Negotiation Journal*, Vol. 21, 2005, (s. 469- 479).

Engle Merry, Sally, Book Review, *Disputing Without Culture*, *Harvard Law Review*, 1986-1987, Vol.100, (s. 2057-2073).

Feasley, Ashley, Regulating Mediator Qualifications in the 2008 EU Mediation Directive: The Need for a Supnational Standard, *Journal of Dispute Resolution*, Volume 2011, Issue 2, Article, 5, (s.333-350).

Doğan Yenisey, Kübra,, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği* 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (167-193).

Gabellini, Rachele, ‘The Italian Mediation Law Reform’ (2010), Vol 12, Number 3, *ADR Bulletin*, (s.64-70).

Gaschen, Dane A., Mandatory Custody Mediation: The Debate Over its Usefulness Continues, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1995, Vol.10, (s. 469-490).

Genn, Hazel, What is Civil Justice for? Reform, ADR, and Access to Justice, 2012, Vol.24, (s.397-417).

Germane, Charlotte/Johnson, Margaret/Lemon, Nancy Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in California: The Danger for Victims of Domestic Violence, Berkeley Journal of Gender, Law & Justice, 2013, September, Vol.1, N.1, Article 1, (s.175-200).

Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./Rudolph Cole, Sarah, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, Ed.5, New York, 2007.

Green, Cameron, ADR: Where did the 'alternative' go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process, ADR Bulletin, 2010, Vol.12, N.3, Article 2, (s.54-60).

Grillo, Trina, The Mediation Alternative Process Dangers for Women, Yale Law Journal, 1991, Vol.100, (s.1545-1610).

Güzel, Ali, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...; Çalışma ve Toplum, 2016/3, (s.1131-1146).

Haneman, Victoria J., The Inappropriate Imposition of Court-Ordered Mediation in Will Contests, Cleveland State Law Review, 2011, Vol.59, (s.513-555).

Hanks, Melissa, Perspectives on Mandatory Mediation, UNSW Law Journal, Vol.35, (3), 2012.

Hedeem, Timothy, Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others, The Justice System Journal, 2005, Vol.26, N.3, (s.273-291).

Hutchinson, Campbell C. The Case for Mandatory Mediation, Loyola Law Review, 1996, Vol.42, (s.85-95).

Ingleby, Richard, Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation, The Modern Law Review, 1993, Vol.56, (s.441-451).

Karacabey, Kürşat, Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, Sayı 123, (s.451-488).

Katz, Lucy V., Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two - Headed Monster or Two Sides of The Coin, Journal Dispute Resolution, 1993, N.1, (s.1-55).

Kovach, Kimberlee K., Good Faith in Mediation-Requested, Recommended or Required? A New Ethic, South Texas Law Review, 1997, Vol.38, (s.576-623).

Kuhn, Susan C., Mandatory Mediation: California Civil Code Section 4607, Emory Law Journal, 1984, Vol.33, (s.733-778).

Lande, John, Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court- Connected Mediations Programs, UCLA Law Review, 2002, Vol.69; (s.69-141).

Loi, Piera, İtalyan İş Hukukunda Arabuluculuk ve Uzlaşma, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (s.121-134).

Marfice, Doug, The Mischief of Court-Ordered Mediation, Idaho Law Review, 2002, Vol.39, (s.57-75).

Matteucci, Giovanni, Mandatory Mediation, The Italian Experience, 2015, (s.1-16),

(www.academia.edu/.../Mandatory_mediation_the_Italian_e).

Matteucci, Giovanni 'Italy is doing it- Should We Be? Civil and Commercial Mediation in Italy', Comtemporary Tendencies in Mediation, (Ed. Humberto dalla Bernardina de Pinho/Juliana Loss de Andrade), Madrid, 2015, (s.205-228).

McNally, Edward M./MacDonald, Barbara, The New Delaware, Del. Journal Corp. Law, 1996, Vol.21, (s.87- 102).

Mistelis, Loukas, ADR in England and Wales: a successful case of public private partnership, ADR Bulletin, 2003, Vol.6, N.3, Article 6, (s.53-55).

Mitchell, Vanessa, Mediation in Kentucky: Where Do We Go From Here? Ky.L.Journal, 1998-1999, Vol.87, (s.463-487).

Morek, Rafal, Mandatory Mediation in Italy Reloaded, 2013, (kluwermediationblog.com/.../mandatory-mediation-in-Italy).

Namlı, Mert, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, (s.151-165).

Nelle, Andreas, Making Mediation Mandatory: A proposed Framework, Journal on Dispute Resolution, 1992, Vol.7, (s.287-313).

Nesic, Miryana 'Mediation – On the Rise in the United Kingdom?' Bond Law Review, Vol. 13, Issue 2, Article 10, 2001, (s.1-18)07-927).

Nolan-Haley, Jacqueline, Consent in Mediation, Dispute Resolution Magazine, 2008, (s.4-7).

Nolan-Haley, Jacqueline, Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation, Fordham University School of Law, 2012, (1-31). (<http://ssrn.com/abstract=2010615>).

Palmieri, Nicola W., Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiation, Seton Hall Law Review, 1993, Vol.24, (s.72-209).

Quek, Dorcas, Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing a Court – Mandated Mediation Program, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2010, Vol.11, (s.479-509).

Reuben, Richard C., Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation, Dispute Resolution Magazine, 2007, Vol.13. N.2, (s.13-15).

Sander, Frank E. A., 'Another View of Mandatory Mediation' Dispute Resolution Magazine, Vol. 13 (2), 2007.

Sander, Frank E. A./Allen, H.William/Hensler, Debra, Judicial (Mis) Use of ADR? A Debate, University of Toledo Law Review, 1996, Vol.27, (s.885-895).

Seiple, Noel, Mandatory Family Mediation and the Settlement Mission: A Feminist Critique, Canadian Journal of Women and the Law, 2012, Vol.24, N.1, (s.207-239).

Sherman, Edward F., Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required ? SMU Law Review, 1993, Vol.46; (s.2081-2112).

Streeter-Schaefer, Holly A. A Look at Court Mandated Civil Mediation, *Drake Law Review*, 2001, Vol.49, (s.368-389).

Odaman, Serkan/Karaçöp, Eda, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2016, S.35, (s.51-65).

Özbek, Mustafa, Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim – Nihai Rapor – Lord Woolf, *MİHDER*, 2006/2, Sayı: 4, (s.907-927).

Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, *AÜHFD*, 2007, C.56, S.1, (s.185-231).

Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Baskı, Ankara, 2013.

Özmumcu, Seda, Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu (I)*, İstanbul, 2014, (s.33-42).

Özmumcu, Seda, Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, (C.II), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C.LXXXI, S.1, (s.1357-1377).

Tjersland, Odd/Gulrandsen, Wenke/Haavind, Hanne, Mandatory Mediation outside the Court: A Process and Effect Study, *Conflict Resolution Quarterly*, 2015, Vol.33, (s.19-34).

Van Winkle, John R., Mediation: An Analysis of Indiana's Court-Annexed Mediation Rule, *Indiana Law Review*, 1992, Vol.25, (s.957-979).

Vettori, Stella, Mandatory Mediation-An Obstacle to Access to Justice? *African Human Rights Law Journal*, 2015, Vol.15, (s.355-377).

Ward Ettie,, Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts: Panacea or Pandemic?, *St. John's Law. Review*, 2007, Vol. 8, (s. 77-98).

Winston, David S., Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water...", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1996, Vol.11, (s.187-206).

Wissler, Roselle L., The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts, *Willamette Law Review*, 1997, Vol. 33, (s.565-604).

Zylstra, Alexandria, The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2001, Vol.17, (s.69-103).

DiğER KAYNAKLAR

Lord Jackson, Review of Civil Litigation and Costs: Final Report (Ministry of Justice, 2009) (<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content>).

VOLKSWAGEN (VW) GRUBU DİZEL ARABALARINDAKİ EMİSYON MANİPÜLASYONU VE HUKUKİ SONUÇLARI*

(EMISSION MANIPULATION OF VOLKSWAGEN (VW) GROUP'S DIESEL CARS AND ITS LEGAL RESULTS)

Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Hamdi Pınar, LL.M.**

Öz

VW grubunun “Dieselgate” olarak adlandırılan skandalı birçok ülkede çok yönlü hukuki tartışmaları gündeme getirmiştir. Dünya çapında tahminen 11 milyon VW grubu dizel arabada emisyon manipülasyonu yolu ile hilekârlık yapılmıştır. Araştırmalar sonucunda bu arabaların kamu sağlığı ve çevre kirliliği açısından ciddi bir tehlike arz ettiği anlaşılmıştır. Manipülasyonun ortaya çıkarıldığı ABD’de ilk grup davasında dünyaya emsal teşkil edebilecek nitelikte bir uzlaşmaya varılmıştır. AB’de ise uzun süre sessiz kalınmış ve son zamanlardaki kamuoyu baskısı ile AB Komisyonu harekete geçmiştir. Almanya ise hem sektörel hem hukuki yönden tam bir karmaşa içindedir. Skandal sonrası Almanya’da alıcıların hakları konusunda mahkemeler birbiriyle çelişen kararlar vermişlerdir. Ayrıca VW hisse senetlerinin değer kaybı sebebiyle Almanya’da VW aleyhine büyük meblağlı tazminat davaları da açılmıştır. VW grubu dizel arabaların en çok tercih edildiği Türkiye’de de olayın hukuki yönlerinin tartışılması gereklidir. Emisyon manipülasyonu yoluyla gerçekleştirilen hilekârlık Türk hukuku açısından hem aldaticılık hem iş şartlarına uymama yolu ile haksız rekabet teşkil etmektedir. Bu arabalar, Türk tüketicisi hukukuna göre ayıplı maldır. Bu arabaları satın almış olan tüketiciler Tüketicisi Kanunundaki seçimsel haklarını kullanabilirler. Bunun dışında Tüketicisi Kanunu gereğince bu arabaların satışının durdurulması dahi mümkündür. Son olarak dizel arabalardaki emisyon hilekârlığı sebebiyle VW grubunun Türk çevre hukuku açısından hukuki ve cezai sorumluluğu vardır.

Anahtar Kelimeler: Dieselgate, emisyon manipülasyonu, Türk haksız rekabet hukuku, tüketicisi hukuku, çevre hukuku

ABSTRACT

The “Dieselgate” scandal of VW Group has triggered legal debates on several aspects. Fraud has been committed in 11 million diesel cars of VW Group through emission manipulation. Researchers have shown that these cars pose a significant danger to the environment and public health. In the US, where the manipulation had been revealed, the first class action regarding the incident has

* Bu makale, 02.11.2016 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşmış olup, 22.11.2016 tarihinde birinci hakem; 24.11.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hpınar@bilkent.edu.tr.

ended with the settlement of the parties, which is likely to set a precedent for the rest of the world. The EU, on the other hand, had kept silent for a long while, until the EU Commission has finally taken action as a result of increasing public pressure. Germany is currently in an absolute chaos, both sectoral and legally. After the scandal, the courts have rendered contradictory decisions regarding the rights of the buyers. Additionally, actions of damages with great sums have been filed in Germany due to the loss of value of VW company shares. It is necessary to discuss the legal aspects of the case in Turkey, where VW Group diesel cars are the most favored. The fraud committed through emission manipulation constitutes unfair competition on grounds of deceptiveness and not abiding by business conditions in Turkish law. These cars are defective goods according to Turkish consumer law. The customers that had bought these cars could use their alternative rights as foreseen in Turkish Consumer Code. Moreover, the sales of these cars may be suspended in accordance with the Code. Lastly, VW Group is subject to legal and criminal liabilities in respect of Turkish environmental law, because of the emission manipulation in diesel cars.

Keywords:

Dieselgate, emission manipulation, Turkish unfair competition law, consumer law, environmental law.

I. DİZEL ARABALARDAKİ EMİSYON MANİPÜLASYONU

18 Eylül 2015 tarihinde “*Dieselgate*” olarak da adlandırılan VW grubu dizel arabalarındaki skandal tüm dünyada büyük bir yankı uyandırdı. Zira düşük yakıt tüketimi yanında özellikle temiz dizel (“*Clean-Diesel*”) olarak reklamı yapılan VW'nin dizel arabalarının hiç de söylenildiği gibi temiz olmadığı anlaşıldı. ABD Çevre Koruma Kurumu (*US Environmental Protection Agency, EPA*) tarafından yapılan açıklama¹ ile VW grubuna dâhil dizel araçların Amerikan Temiz Hava Kanununu ihlal ettiği kamuoyuna duyuruldu [*the Clean Air Act (CAA)*]. Bu açıklamaya göre VW grubu 2009-2015² model arabalarda kulla-

¹ EPA, California Notify Volkswagen of Clean Air Act Violations / Carmaker allegedly used software that circumvents emissions testing for certain air pollutants (<https://yosemite.epa.gov/opa/admpress.nsf/a883dc3da7094f97852572a00065d7d8/dfc8e33b5ab162b985257ec40057813b!OpenDocument>, erişim: 16.08.2015). Dizel motorların bildirilen emisyon değerlerinden daha fazla zararlı gaz ve diğer zararlı maddeleri egzozlarından attıkları aslında 2014 yılındaki araştırmalarla ortaya çıkmıştır. Bu araştırmalardan sonra Aralık 2014’de VW grubu, yazılım (software) hatasından kaynaklandığını belirterek 500bin dizel arabayı geri çağırıp yeni yazılımları yükleyerek hataların giderildiğini duyurmuştur. Düzeltilmeden sonraki araştırmalarda ise emisyon değerlerinde bir iyileşme olmadığının anlaşılması üzerine ilgili kurumlar tarafından yeni piyasaya sürülecek dizel arabaların satış ruhsatlarının iptal edilmesi tehdidiyle muhatap olan VW, 03 Eylül 2015’de yaptığı hilekârlığı itiraf etmek zorunda kalmıştır. Haber için bkz. Antje Blinda, “Test mit Überraschung: So kamen die US-Behörden VW auf die Spur”, in: Spiegel Online. 21.September 2015 (<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/volkswagen-skandal-wie-die-us-behoerden-vw-auf-die-spur-kamen-a-1053972.html>, erişim: 15.08.2016).

² VW Şirketler Topluluğu (Konzern) Gözetim Kurulunun kendi yaptırdığı şirket içi incelemede 2005 ve 2006 yıllarındaki modeller hatta motorun geliştirilmesinden itibaren yazılım manipülasyonunun yapıldığı tespit edilmiştir. Focus Dergisi (28.09.2015),

nilan 2.0 dizel motorların emisyon değerleri olması gerekenden 10 ilâ 40 katına kadar daha fazladır. Bir diğer ifade ile bu dizel araçlar olması gerekenden 10 ilâ 40 katına kadar daha fazla egzoz gazından zehirli maddeler atmakta ve böylece çevreyi daha çok kirletmektedir. Bu manipülasyon, VW tarafından geliştirilen emisyon testlerinde devreye giren bir yazılım (*software*) yolu ile yapılmış ve böylece emisyon değerlerinin testlerde standartlara uygun çıkması sağlanmıştır.

Araştırmalar sonucunda VW dizel motorlarının, emisyon değerleri üzerinde yapılan manipülasyonun rölantide çalışırken yani test esnasında devreye giren bir yazılımla gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Test esnasında devreye giren bu yazılım sayesinde 22 dakika süre ile dizel motorların emisyon ölçümlerinin kurallara uygun limitler içinde kalması sağlanmıştır. Bu sürenin 22 dakika olarak belirlenmesinin nedeni ise ortalama bir muayene sürecinde egzoz ölçümlerinin en fazla 20 dakikayı geçmemesidir. Bu yolla da dizel arabalardaki emisyon değerinin gerçek değerinin altında yasal sınırların içinde çıkması sağlanmış oldu³.

Bu manipülasyon, sadece ABD'deki arabalarla sınırlı olmayıp, bilakis VW grubuna dahil VW dizel motorların tamamında yapılmıştır. Dünya çapında VW grubuna dahil 11 milyon dizel araba satılmış olduğu tahmin edilmektedir⁴. Söz konusu yazılım manipülasyonu olan VW dizel motorları (VW EA288, VW EA189), aynı grubun içinde ama farklı marka (VW, Audi, Seat ve Škoda⁵ altında

(http://www.focus.de/finanzen/boerse/volkswagen-abgas-skandal-moegliche-milliardenkosten-auf-vw-rollt-eine-welle-von-sammelklagen-zu_id_4968824.html, erişim: 15.08.2016).

Ayrıca bölüm yöneticisi olan bir teknisyenin bu şekildeki yasa dışı emisyon değerleri konusunda 2011 yılında uyarıcı bir rapor yazdığı da ortaya çıkmıştır. Rainer Hank / Georg Meck, "Ein VW-Techniker hat schon 2011 gewarnt", in: FAZ.net. 26. September 2015 (<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/im-vw-dieselsegate-gabes-schon-2011-eine-warnung-13825485.html>, erişim: 15.08.2016).

³ Focus Dergisi (07.08.2016): VW-Skandal im News-TickerSchummel-Software bei Audi: Abgasreinigung schaltet sich nach 22 Minuten ab (http://www.focus.de/finanzen/boerse/vw-skandal-im-news-ticker-schummel-software-bei-audi-abgasreinigung-schaltet-sich-nach-22-minuten-ab_id_5799185.html, erişim: 15.08.2016).

⁴ Focus Dergisi (22.09.2015): Manipulationssoftware in 11 Millionen Autos weltweit im Einsatz, (http://www.focus.de/finanzen/news/vw-konzern-raeumt-ein-manipulationssoftware-in-11-millionen-autos-weltweit-im-einsatz_id_4964048.html, erişim: 15.08.2016).

⁵ Süddeutsche Zeitung (29.09.2015): Auch Skoda und Seat betroffen, (<http://www.sueddeutsche.de/auto/vw-abgas-skandal-auch-skoda-und-seat-betroffen-1.2662796>, erişim: 15.08.2016).

Avrupa Birliğinde 1.2, 1.6 ve 2.0 litreli silindir hacimli EA189-Motor 2008'den 2015'e kadar kullanılmıştır. Bu zaman aralığında üretilen dizel motorlu araçlar ise şunlardır (<https://de.wikipedia.org/wiki/VW-Abgasskandal>, erişim: 15.08.2016):

Audi: A1, A3 8P, A4 B8, A5, A6 C6 „Facelift“, A6 C7, Q3, Q5, TT 8J,

Škoda: Fabia II, Rapid, Roomster, Octavia II, Superb II, Yeti,

Seat: Ibiza IV, Leon II, Toledo III, Toledo IV, Exeo, Altea/Altea XL, Alhambra II,

Volkswagen: Polo V, Golf VI, Golf Plus, Jetta VI, Beetle, Passat B6, Passat B7, CC, Touran I, Sharan II, Tiguan, Scirocco, Amarok, Caddy, T5, Eos.

Yeni çıkan haberler yukarıdaki bilgileri teyit etmiştir. VW grubunun, 1.2 litrelik motor hacimli VW Polo ile Seat Ibiza araçları da dizel motorlardaki emisyon testlerindeki manipülasyon sebebiyle geri çağıracağı basına yansımıştır. Haber için bkz. Spiegel Online (15.08.2016): Abgasskandal: Weitere 460.000 VW-Fahrer können ihre Autos nachrüsten lassen, (<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/vw-skandal-polo-und-seat-ibiza-sollen-jetzt-nachgeruestet-werden-a-1107634.html>, erişim: 15.08.2016).

1.2, 1.6 ve 2.0 litrelik hacimli tüm arabalarda kullanılmıştır⁶. Nitekim çok kısa bir süre sonra VW grubu, 20 Eylül 2016 tarihinde yazılım manipülasyonu yolu ile dizel motorlarda hilekârlık yaptığını resmi açıklama ile kabul etmiş ve ABD’de bu arabaların satışını bizzatı kendisi durdurmuştur⁷. Bu açıklamasından sonra VW grubunun, hisse senetleri dünya çapında %23 oranında değer kaybetmiştir. Şirketler topluluğu olan VW’nin CEO’su *Martin Winterkorn*, manipülasyon yolu ile hilekârlığın bilgisi dâhilinde yapıldığını kabul etmiş ve 23 Eylül 2016’da istifa etmek zorunda kalmıştır⁸. Bir şirketler topluluğu olarak VW grubu *VW, Audi, Skoda, SEAT, Porsche, Bentley, Bugatti, Lamborghini, Ducati, Scania* ve *MAN* markalardan oluşmaktadır⁹.

Dünya çapında çok yoğun bir rekabetin yaşandığı araba pazarında ortaya çıkan bu skandalın önemli bir diğer yönü ise VW dizel motorlarının gerçekte sağlık ve çevreye ilişkin verdikleri zararlarıdır. ABD Çevre Kurumuna (*EPA*) göre dizel arabaların egzozlarından atılan yüksek orandaki azot oksit gazlar (*NOx*) ve diğer atık maddeler, özellikle astım, nefes yolu hastalıkları, nefes darlığı veya kan dolaşımına ilişkin etkileri sebebiyle erken ölüm gibi muhtelif yönden ağır sağlık etkilerine yol açmaktadır. Bu zararlı atıklar özellikle çocuklar, yaşlılar ve daha önceden nefes yolu hastalığı olan kişilerde daha büyük bir tehlike arz etmektedir¹⁰. Dolayısıyla bu şekildeki arabaların kamu sağlığı¹¹ ve çevre kirliliği açısından ciddi bir tehlike oluşturduğu kabul edilmektedir.

⁶ Nikolaus Doll, “Abgasaffäre: Volkswagen muss 2.460.876 Fahrzeuge umrüsten”, in: Welt Online. 30. November 2015 (<http://www.welt.de/wirtschaft/article149420324/Volkswagen-muss-2-460-876-Fahrzeuge-umrueten.html>, erişim: 16.08.2016); Martin Dowdeit / Christian Schnell, “Habe ich einen VW-Schummelmotor?” in: Handelsblatt, 22. September 2015 (<http://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern-recht/recht/volkswagen-und-der-ea-189-habe-ich-einen-vw-schummelmotor/12353294.html>, erişim: 15.08.2016).

⁷ Spiegel Online (03.10.2016): VW-Verkäufe brechen weiter ein, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vw-verkaefe-in-den-usa-brechen-weiter-ein-a-1115008.html>, erişim: 03.10.2016).

⁸ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 21. September 2015: Volkswagen räumt Manipulationen von Abgastests in den USA ein, (<https://beck-online.beck.de/Treffer/120/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2001124.htm&hlwords=on>, erişim: 16.08.2016).

⁹ VW Şirketler Topluluğuna dâhil markalar için bkz. (<http://www.volkswagenag.com>, erişim: 16.08.2016).

¹⁰ EPA, California Notify Volkswagen of Clean Air Act Violations / Carmaker allegedly used software that circumvents emissions testing for certain air pollutants (<https://yosemite.epa.gov/opa/admpress.nsf/a883dc3da7094f97852572a00065d7d8/dfc8e33b5ab162b985257ec40057813b!OpenDocument>, erişim: 16.08.2015).

¹¹ Massachusetts Institute of Technology (MIT) tarafından yürütülen ve 29.10.2015 tarihinde yayımlanan bilimsel bir araştırmaya göre, 2008 ile 2015 arasında VW grubuna ait 482bin manipüle edilmiş dizel arabalar sebebiyle atılan zararlı maddelerin sonucunda ABD’de 59 kişinin erken öldüğü, 31 kişide ise kronik bronşitin ortaya çıktığı ve sosyal sigorta masrafları olarak 450 milyon ABD Doları harcama yapıldığı sonucu ortaya çıkmıştır. Eğer bu dizel arabalar 2016 yılının sonuna kadar geri çekilirse tahminen 130 kişinin daha erken ölümünün önüne geçilebilecektir. Gregor Hackmack, “Volkswagen-Betrug führte zu 59 vorzeitigen Todesfällen”, in: Deutsches Ärzteblatt.29. September 2015, (<http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/64617>, erişim: 15.08.2016). Bu raporun tamamı için bkz. Steven RH Barrett / Raymond L. Speth / Sebastian D. Eastham / Irene C. Dedoussil / Akshay Ashok / Robert Malina / David W.Keith, “Impact of the Volkswagen emissions control defeat device on US public health”, in: Environmental Research Letters. Band 10, 2015, doi:10.1088/1748-9326/10/11/

Dizel skandalının basına yansımalarından sonra çok sayıda ülkede hukuki tartışmalar başlamıştır. Olayın özelliği gereği hukuki yönden tartışma konuları çeşitlilik arz etse ve her ülkede yürütülen hukuki süreçler ülkeden ülkeye farklılık gösterse de olayın esası, VW grubu tarafından dizel arabalarda emisyon testlerinde manipülasyon yolu ile hilekârlık yapıldığı gerçeğine dayanmaktadır. Böyle bir olay ise haksız rekabet hukuku, tüketici hukuku, çevre hukuku gibi alanları doğrudan ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada öncelikle bu skandalın ortaya çıkarıldığı ABD'deki gelişmeler başta olmak üzere dünyadaki diğer gelişmelere kısaca değinildikten sonra Türk hukuku açısından ortaya çıkabilecek sonuçlar tartışılacaktır.

II. DÜNYADAKİ GELİŞMELER

1. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Gelişmeler

VW'nin dizel motorlardaki emisyon manipülasyonunu ilk tespit eden ülke ABD olduğundan bu hilekârlığa ilişkin hukuki ve cezai müeyyideler de ilk önce bu ülkede gündeme geldi. Dolayısıyla ABD'de sürecin sonunda ortaya çıkacak hukuki ve cezai müeyyidelerin¹² nasıl şekilleneceği tüm dünya tarafından takip edilmektedir. ABD'de bireysel düzeyde ve eyaletler düzeyinde davalar açılmıştır. Bunların dışında federal düzeyde de soruşturmalar bulunmaktadır. Bu davalardan ortaya çıkacak tazminat ve idari para cezaları sebebiyle VW grubu aleyhine toplam ne kadar tazminata ve/veya para cezasına hükmedileceğini söylemek şimdilik zordur¹³. Yürüyen davalar ile soruşturmaların hepsinin kısa bir sürede tamamlanması mümkün olmayacaktır. Ancak ABD hukukundaki özellikle topluluk (kollektif, grup) davası (*class action*)¹⁴ ile medeni ceza¹⁵ olarak Türkçede anılan "punitive damages" davası sebebiyle ortaya çıka-

114005; (<http://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/10/11/114005/pdf>, erişim: 15.08.2016).

¹² Amerikan Adalet Bakanlığının 09.09.2016 tarihli beyanına göre uzun yıllar VW'nin merkezinde ve daha sonra ABD'de çalışan VW'nin bir mühendisi itirafçı olmuş ve yaptıkları bu hilekârlık hakkında mahkemeye detaylı bilgi vermiştir. Bu tür bir suçu gerçekleştirenler için Amerikan çevre mevzuatına göre 5 yıla kadar hapis ve 250bin ABD Doları cezai müeyyide vardır. Böyle bir itirafın cezai sonuçları ve bunun kimleri kapsayacağı tartışmasının ilerideki zamanda açıklığa kavuşacağı bildirilmiştir. Bkz. Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 12. September 2016: Erster VW-Ingenieur gesteht Abgas-Betrug, (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2004344.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim: 28.09.2016).

¹³ Bazı analistler tarafından emisyon testlerindeki manipülasyonu sebebiyle VW grubu tarafından ödenecek toplam miktarın dünya çapında 32milyar ABD Doları bulacağı tahmin edilmektedir. BBC News, VW reaches US deal in emissions scandal, 21 April 2016 (<http://www.bbc.com/news/business-36103903>, erişim: 15.08.2016).

¹⁴ 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda topluluk davası ile ilgili özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda Türk hukukundaki en önemli fark, daha doğrusu eksiklik topluluk davası yolu ile grup üyeleri adına tazminat talep edilememesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2016, s. 308 vd.; yabancı hukuklarla karşılaştırmalı olarak bkz. Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara, 2009, s. 192 vd.

¹⁵ ABD hukukundaki medeni cezayı ayrıntılı olarak inceleyen eser için bkz. İbrahim Gül, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara, 2015, s. 170 vd. Medeni ceza kavramı yerine cezai nitelikte bir tazminat ödemeye yol açan bir kararın çıkması sebebiyle bu kavram karşılığı olarak kısaca "cezai tazminat" ya da "cezai tazmin" gibi bir ifadenin tercihinin daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

çak güncel gelişmeler ve mahkemelerde bulunabilecek çözümler dünyaya da emsal teşkil edebilir nitelikte olacaktır.

ABD Adalet Bakanlığı 4 Ocak 2016 tarihinde VW grubuna karşı ilk hukuki davayı *Detroit*'te açmıştır¹⁶. Araçların satışının artırılması için reklam kampanyalarında kullanılan düşük yakıt ve özellikle reklam kampanyasının en önemli etkenlerden olan "Clean-Diesel" ibaresi dolayısıyla aldatıcı bir reklamın yapıp yapılmadığı araştırması da yetkili kurum olan Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission, FTC*) tarafından başlatılmıştır¹⁷. 29 Mart 2016 tarihli açıklamasında *FTC*, VW grubunun söz konusu reklamlar sebebiyle tüketicileri aldattığına kanaat getirdiğinden tüketicilerin zararının tazmin edilebilmesi için mahkemeye başvurmayı kararlaştırdığını duyurmuştur¹⁸. Konuya ilişkin olarak 29 Mart 2016 tarihli dilekçe *San Francisco* Mahkemesine sunulmuştur¹⁹. Bunlara ilave olarak söz konusu arabalarda güvenlik problemleri olup olmadığı araştırılmaktadır. Araştırmanın sonucuna göre ayrıca hukuki ve cezai müeyyideler gündeme gelebilir²⁰.

ABD'de VW'nin dizel motorlardaki emisyon testlerinin manipülasyonuna ilişkin henüz kesinleşmemiş ilk karar, ABD'de 26 Temmuz 2016 tarihli uzlaşma kararıdır²¹. Davaların görüldüğü *San Francisco* mahkemesi hâkimi olan *Charles Breyer*, uzlaşmayı dürüst ve ölçülü bir çözüm olarak değerlendirmiştir. Zira bu uzlaşma kararı, VW grubu ile yüzlerce bireysel davacı ve 44 Eyaletin savcılarları arasındaki anlaşmanın sonucunda ortaya çıkmıştır. Henüz kesinleşmemiş uzlaşma kararına göre, VW grubunun 14,7 milyar ABD Doları tazminat ödemesi, teknik iyileştirme yapılarak dizel araçların standartlara uygun hale getirilmesi veya yapılamazsa araçların geri satın alınması yönündeki anlaşma teklifi taraflarca kabul edilmiştir. Uzlaşmaya göre öncelikle araç sahiplerine araçların modeline ve üretim yılına göre 5.100 ilâ 10bin Dolar tazminat ödenecek. İlave olarak VW şirketi, araçların geri satın alınması veya dizel araçların standartlara uygun hale getirilmesi için değişikliğin yapılmasını da araç sahiplerine teklif etmek zorunda olacaktır. Yaklaşık 4,7 milyar ABD Doları da çevre kirliliği sebebiyle çevre fonlarına ve emisjonsuz arabaların teşviki için ödenecektir. VW şirketler topluluğu adına yapılan açıklamada uzlaşmanın, tüm ilgili

¹⁶ United States Files Complaint Against Volkswagen, Audi and Porsche for Alleged Clean Air Act Violations (<https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-files-complaint-against-volkswagen-audi-and-porsche-alleged-clean-air-act>, erişim: 16.08.2016).

¹⁷ Tages Anzeiger (15.10.2015): Mache VW irreführende Werbung? (<http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Machte-VW-irrefuehrende-Werbung/story/21748786>, erişim: 17.08.2016).

¹⁸ FTC Charges Volkswagen Deceived Consumers with Its "Clean Diesel" Campaign, (<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/ftc-charges-volkswagen-deceived-consumers-its-clean-diesel>, erişim: 17.08.2016).

¹⁹ FTC tarafından hazırlanan dilekçenin tam metni için bkz. https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160329volkswagen_cmpt.pdf, erişim: 17.08.2016).

²⁰ Wirtschaftswoche: US-Behörde untersucht mögliche Vertuschung von Sicherheitsmängeln, in: Wirtschaftswoche, (<http://www.wiwo.de/unternehmen/auto/vw-us-behoerde-untersucht-moegliche-vertuschung-von-sicherheitsmaengeln/12534940.html>, erişim: 17.08.2016).

²¹ Mahkemedeki duruşma tutanaklarının tam metni için bkz. (http://www.lieffcabraser.com/wp-content/uploads/2016-07-26-VW_MDL_Preliminary_Hearing_Transcript.pdf, erişim: 16.08.2016).

taraflar için dürüst, sorumluluk bilinciyle ve ölçülü bir çözüm olarak görüldüğü ifade edilmiştir²².

Araç sahipleri, uzlaşma ile varılan anlaşmayı kabul edip etmemekte serbest olup nihai duruşma gününe kadar değerlendirme süreleri bulunmaktadır. Uzlaşma kararı ile sadece 2008'den beri satılan 480bin civarındaki özellikle 2,0 litrelik dizel motorları olan VW grubuna dahil araçlarla ilgilidir. Bu araçlar VW'nin alt markaları olan *Jetta, Beetle, Golf, Passat, Tiguan* yanında gruba dahil olan *Audi, Skoda ve Seat* gibi markaları da kapsamaktadır. Konu, 18 Ekim 2016 tarihinde yapılacak son duruşma ile taraflar dinlenerek nihai olarak karar bağlanacak; uzlaşma kesinleştiği takdirde ödenecek tazminatla ABD'deki hukuki tazminat talepleri dava açılmasına gerek kalmaksızın sona ermiş olacaktır²³.

Bunun dışında 85-90bin civarında olan daha büyük dizel (3.0 gibi) motorlu araçlar (örn. *Touareg, Q7* gibi) hakkında ise aynı hâkimin baktığı davada VW'nin avukatı, duruşma tarihi olan 25 Ağustos 2016'ya kadar bir anlaşmaya varılabileceğini ümit ettiğini basına bildirmiştir²⁴.

Dizel skandalı sonrası söz konusu arabaların satışını yapamayan VW grubu, Amerika'daki bayileri ile de Mahkemeye bir uzlaşma teklifi sunmuşlardır. Teklife göre 650 bayi için VW grubu 1,2milyar ABD Doları (1,1milyar Euro) tazminat ödemeyi kabul etmiştir. Bu uzlaşmanın da 18 Ekim 2016 tarihli duruşma ile nihai karara bağlanacağı kararlaştırılmıştı²⁵. Ancak bu tarihteki duruşma sonrasında davaya bakan hakim düşünme ve davayı tekrar değerlendirmek amacıyla kararı 25 Ekim 2016 tarihine bırakmıştır. 25 Ekim 2016 tarihinde mahkeme tarafından yapılan açıklamada uzlaşma kararının kabul edildiği bildirilmiştir. Karara göre, VW grubu şimdilik toplam 16,5milyar ABD Doları tazminat ödeyecektir. Tazminatın önemli bir bölümünü, aşağı yukarı 475bin VW grubu 2.0 litrelik dizel araba sahiplerine 5100 ilâ 10.000 ABD Doları arasında ödenecek olan tazminat tutmaktadır. Söz konusu arabalar VW şirketi tarafından ya teknik standartlara uygun hale getirilecek ya da geri alınacaktır. Tazminatın 4,7milyar ABD Doları iki çevre fonuna aktarılacaktır. VW şirketi, bayiler için de 1,2milyar ABD Dolar tazminat ödeyecektir²⁶. Aynı mahkemede görülmekte olan VW grubu 3.0 litrelik dizel arabalarına ilişkin olarak

²² Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 27. Juli 2016: US-Gericht genehmigt Milliarden-Vergleich im VW-Dieselskandal, (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2003972.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim: 17.08.2016).

²³ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 27. Juli 2016: US-Gericht genehmigt Milliarden-Vergleich im VW-Dieselskandal, (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2003972.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim: 17.08.2016). Bu tarihte yapılan toplantıda karar verilmesi 25 Ekim 2016 tarihine bırakılmıştır.

²⁴ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 27. Juli 2016: US-Gericht genehmigt Milliarden-Vergleich im VW-Dieselskandal, (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2003972.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim: 17.08.2016).

²⁵ Bkz. <http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/1-2-Milliarden-VW-schliesst-im-Abgas-Skandal-Vergleich-mit-US-Haendlern-5112701>, erişim: 01.10.2016).

²⁶ Süddeutsche Zeitung (26.10.2016): VW darf Diesel-Vergleich in den USA abschließen, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgas-skandal-vw-darf-diesel-vergleich-in-den-usa-abschliessen-1.3222459>, erişim: 26.10.2016).

ayrıntılı bir uzlaşma teklifinin tahminen 3 Kasım 2016 tarihinde açıklanacağı beklenilmektedir²⁷.

San Francisco Mahkemesindeki ilk uzlaşma kararı şimdilik olayın özel hukuktaki tazminat davalarının bir kısmı ile ilgilidir. Bunların dışında VW grubu aleyhine çevre koruma mevzuatını ihlâl ettiği gerekçesiyle *New York, Maryland, Massachusetts ve Washington* olmak üzere 4 Eyalet tarafından yeni davalar açılmıştır²⁸.

ABD'deki tüm davaların tamamlanarak sürecin kesin olarak bitirilmesi uzun süreceği ve bunun sonucunda ortaya çıkacak bireysel düzeyde veya çevre mevzuat ihlali sebebiyle ödenmek zorunda kalınacak tazminatın toplam miktarının çok daha yüksek olabileceği öngörülebilir. Rakamı önceden tahmin etmek güç olmakla birlikte toplamda 32milyar ABD Dolarına kadar çıkabilen tazminat tahminlerinin yapıldığı basına yansımaktadır. Tazminat davaları dışında ABD'de dolandırıcılık sebebiyle cezai soruşturmalar da yürütülmektedir. VW grubunun sadece ABD'de değil, diğer ülkelerde de bu tür davalarla muhatap olacağı beklenilmektedir.

2. Almanya'daki Etkileri

A. Genel Olarak Sektörel ve Hukuki Tartışmalar

Dünyadaki en büyük araba üreticisi ülkelerden biri olan Almanya, dizel skandalı ile ciddi bir şekilde sarsılmıştır. Sektörel etkinin sonuçları²⁹ konusunda tartışmalar dışında hukuki etkiler konusunda tam bir karmaşa vardır. Almanya'da hukuki süreçler ve anlaşma çabaları devam etmekle birlikte olayın çerçevesinin tam olarak netleşmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira Almanya'da takriben iki buçuk milyon VW grubu dizel aracın olduğu ve sadece geri çağırma yolu ile teknik düzeltmenin yapılmasının yeterli olamayacağı vurgulanmaktadır³⁰. Bunun yanında garanti veya tazminat durumu da açıklığa kavuşmuş değildir. Ayrıca Alman hukukunda, ABD hukukundaki gibi, topluluk davası (*class action*)³¹ ve medeni ceza (cezaî tazminat, *punitive damages*)

²⁷ Bkz. (<http://www.autobild.de/artikel/vw-abgasskandal-news-und-hintergruende---update-6077591.html>, erişim: 26.10.2016).

²⁸ Neue Zürcher Zeitung (29.07.2016): Weitere Millionen-Strafe für Volkswagen im Abgas-Skandal, (<http://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/us-gliedstaat-washington-weitere-millionen-strafe-fuer-volkswagen-im-abgas-skandal-ld.108212>, erişim: 17.08.2016).

²⁹ Son piyasa verilerine göre, Almanya'daki dizel otomobil satışlarında 2012'den beri ilk kez düşüşün olduğunu ortaya koymaktadır. 2016 yılında toplam satışta % 43,5 oranda dizel % 52,6 oranında ise benzinli araba satılmıştır. En dikkat çekici yön ise Ağustos 2016'da 3927 adet hybrid arabanın satılmış olmasıdır. Spiegel Online (05.09.2016): Deutschland verliert die Lust auf Diesel, (<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/diesel-deutschland-verliert-die-lust-am-selbstzuender-a-1109253.html>, erişim: 03.09.2016).

³⁰ Focus Dergisi (07.08.2016): VW-Skandal im News-TickerSchummel-Software bei Audi: Abgasreinigung schaltet sich nach 22 Minuten ab (http://www.focus.de/finanzen/boerse/vw-skandal-im-news-ticker-schummel-software-bei-audi-abgasreinigung-schaltet-sich-nach-22-minuten-ab_id_5799185.html, erişim: 03.09.2016).

³¹ Almanya'da sadece sermaye piyasası hukukunda yatırımcıların korunması amacıyla 2012 yılında çıkarılan ve 2020 yılına kadar yürürlükte kalacak olan Sermaye Piyasasındaki Uyuşmazlıklarda Emsal Davalar Hakkında Kanun (kısaca Sermaye Yatırımcıları-Emsal Davalar Kanunu olarak adlandırılmaktadır) (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz - KapMuG) ile emsal niteliğinde tespit davası adıyla bir dava şekli (Musterfeststellungsverfahren) kabul edilmiştir. Kanundaki yeni değişiklikle izah-

imkânı da bulunmamaktadır. Hukuki sorunlar dışında teknik olarak dizel arabalarda değer kaybının ortaya çıkacağı da tahmin edilmektedir. Teknik olarak egzoz emisyon değerlerinin tutturulması için gerekli teknik iyileştirmeler yapıldığı takdirde ortalama arabaların en az %10 veya daha fazla oranda değer kaybedeceği ifade edilmektedir. Konuya ilişkin nihai kararların mahkemelerce verilmesi beklenilmektedir. Konuya ilişkin olarak özellikle hukukî yönlerin incelendiği araştırma raporları da yayımlanmıştır. Alman Federal Meclis Bilimsel Hizmeti [Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (WD)] tarafından hazırlanan bir araştırmada satıcılara karşı garantilerin ileri sürülmesi ve şartların varlığı halinde ise üretici şirkete karşı da doğrudan tazminat davalarının açılabilmesi vurgulanmıştır³². Aynı ve benzeri sonuçlara Tüketiciler Federal Birliği [Verbraucherzentrale Bundesverbandes]³³ tarafından hazırlanan hukuki mütalâada³⁴ da ulaşılmıştır³⁵. Gelişmeler üzerine VW şirketi, yazılım hilekarlı-

namedeki (kamu açıklamaları) yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden doğan zararlardan dolayı açılacak tazminat davalarıyla sınırlı olmak şartıyla emsal niteliğinde tespit davalarının açılabilmesine imkan sağlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Heinz-Dieter Assmann in: Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 1 Kapitalanlagerecht im Regelungsgefüge des Kapitalmarkt- und Finanzmarktrechts, 4. Aufl., München, 2015, Rn. 131 (beckonline); Christian Wolf / Sonja Lange, "Wie neu ist das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz?", NJW, 2012, s. 3751 vd.

Türk hukukunda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde izahnamedeki yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden doğan zararlardan doğan sorumluluk ve hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçen Turan, "Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları", Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Sayı 1, 2016, s. 191 vd.

³² Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages: Manipulation von Emissionskontrollsystemen durch Autohersteller: Mögliche zivil- und strafrechtliche Implikationen, 15. Oktober 2015, (<https://www.bundestag.de/blob/405432/c61725826babe5c65ae39282800168ef/wd-7-184-15-pdf-data.pdf>, erişim: 18.08.2016).

³³ Bir çatı örgütlenme olarak Tüketiciler Merkezleri Federal Birliği, 16 eyalet tüketici merkezi ile 25 tüketiciyi koruma organizasyonu bünyesinde barındıran ve Almanya'da tüketicilerin etkili bir şekilde korunmasında faaliyet gösteren önemli bir güçtür. 80 milyonun üzerindeki tüketicinin temsilcisi olarak bu Birlik, tüketici haklarını siyaset, iktisat ve idareye karşı temsil etmekte ve mahkemelerde tüketici haklarının korunabilmesi için davacı olabilmektedir. Birlik ve faaliyetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (<http://www.vzbv.de>, erişim: 18.08.2016).

³⁴ Geulen & Klinger Rechtsanwälte: "Rechtsgutachten zu Verbraucheransprüchen infolge manipulierter Schadstoffwerte bei Personenkraftwagen", Verbraucherzentrale Bundesverband, 28. Oktober 2015, (<http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Rechtsgutachten-VW-manipulierte-Schadstoffwerte-KFZ-Oktober-2015.pdf>, erişim: 19.08.2016).

³⁵ Tüketiciler Merkezleri Federal Birliği'nin en önemli taleplerinden biri de bu vesile ile toplu davanın Alman hukuk sisteminde de yer almasıdır. Ancak bu davanın Amerika'daki gibi hukuk bürolarının iş modeline dönüşmesinin istenmediği de vurgulanmaktadır. Alman Federal Adalet Bakanlığı da 2016 yılı içinde benzeri bir model taslağı çalışmasını kamuoyu ile paylaşacağını duyurmuştur. Amerikan benzeri ticari bir iş modeline dönüşmemesi için kitlesel olaylarda emsal niteliğinde tespit davası/süreci adıyla bir dava (Musterfeststellungsverfahren) öngörülmektedir. Böylece sadece bir dava ile olayın mahkemeye götürülmesi ve olayla ilgili ana esasların açıklığa kavuşturulduktan sonra diğer tüketicilerin de kolay bir şekilde bu sonuçtan istifade etmelerinin mümkün olmasının yolu açılmaktadır. Özellikle somut olaydaki gibi dizel skandalından dolayı araba sahiplerinin hukuki tazminat talepleri, enerji veya telekomünikasyon sektörlerindeki haksız sözleşme şartlarındaki gibi davalarda bu yeni dava yolunun kullanılabilmesi be-

ğına dayalı ayıp sebebiyle ileri sürülebilecek talepler konusunda, eğer bu talepler için zamanaşımı süresi daha önceden bitmemişse, zamanaşımı def'ini 31 Aralık 2016 yılına kadar kullanmayacağını kamuoyuna açıkça taahhüt etmiştir³⁶.

B. Alman Hukuku ve İlgili Mahkeme Kararları

Almanya'da sektörel ve hukuki yönden tartışmalar sürerken kısa bir zaman aralığında Alman hukuk tarihinde ender olabilecek şekilde tamamıyla birbirine zıt mahkeme kararları ortaya çıkmıştır. *Allgemeine Deutsche Automobil-Club e.V.* (= Genel Alman Otomobil Kulübü Derneği) (ADAC) verilerine göre 16 Kasım 2016 tarih itibariyle Alman ilk derece mahkemeleri VW grubu dizel arabalarına ilişkin toplam 22 karar vermiştir. 14 kararda alıcıların sözleşmeden dönme ve bu yolla arabaları iade hakkının bulunmadığına, 1 kararda tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Buna karşılık bir Avusturya olmak üzere 7 kararda ise ayıbın esaslı bir ayıp olduğu kabul edilerek sözleşmeden dönme ve arabaların iadesine karar verilmiştir³⁷.

Alicının sözleşmeden dönme ve satın alınan arabanın iadesi talebinin reddi yönündeki kararların esasen iki gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, satıcıların hileli bir yanıltmasının bulunmadığı yönündeki mahkeme kanaatidir. İkinci gerekçe ise mahkemelerin, dizel skandalı ile ortaya çıkan ayıbın sözleşmeden dönme hakkı için gerekli olan ayıbın önemli olması şartının somut olayda gerçekleşmediği yönündeki kanaate varmış olmalarıdır. Zira Alman BGB § 323/5'e göre ayıbın önemli bir ayıp olması halinde sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır³⁸. *Bochum* Asliye Hukuk Mahkemesi 16 Mart 2016 tarihli kara-

lirilmektedir. Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 5. Januar 2016: Verbraucherzentralen fordern Kunden-Gruppenklagen, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2002054.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim: 18.08.2016).

³⁶ Der Tagesspiegel (31. Oktober 2015): Volkswagen erklärt Verjährungsverzicht im Abgas-Skandal / Bremer Verbraucheranwälte erreichen erstes Einlenken des Autoherstellers gegenüber betroffenen Kunden / Weitergehende Rechtsfolgen noch unklar, (<http://www.tagesspiegel.de/advertorials/ots/kwag-kanzlei-fuer-wirtschafts-und-anlagerecht-ahrens-und-gieschen-volkswagen-erklaert-verjaehrungsverzicht-im-abgas-skandal-bremer-verbraucheranaelte-erreichen-erstes-einlenken-des-autoherstellers-gegenueber-betroffenen-kunden-weitergehende-rechtsfolgen-noch-unklar/12523766.html>, erişim: 18.09.2016).

³⁷ ADAC - Rechtsprechungsübersicht – VW-Abgasskandal zu Fahrzeugen mit EA 189-Motoren (Stand: 14. Oktober 2016) (https://www.adac.de/_mmm/pdf/VW%20Abgasskandal_ADAC-Rechtsprechungs%C3%BCbersicht-zu%20EA%20189-Motoren_si_14_10_16_274179.pdf, erişim: 15.10.2016).

³⁸ Alman mahkemelerine göre bu oran % 5'i aşarsa esasen ayıp önemli olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu oranlar kesin bir ölçüt değildir. Somut olayın özelliği dikkate alınarak sözleşmeden dönmeye ayıbın önemli olup olmadığında malın özellikleri, kalitesi, miktarı, maldan beklenen verimin azalmasına etkisi ve satın alma kararının alınmasında etkili olan diğer kriterlerin de dikkate alınarak hakim tarafından bir karar verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ancak araba satışlarında trafik ve aracın sürüş güvenliğinin kesinlikle dikkate alınması gerekmektedir. Özellikle kullanılmış arabalara nazaran yeni araçlarda daha düşük bir oranın tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Öyle bazı haller vardır ki, bunlarda herhangi bir oran aranmaksızın ayıp önemli kabul edilmektedir. Örneğin düzenli olarak giderilemeyen ayıp önemli bir ayıptır. Satıcının hileli bir şekilde sustuğu ayıplar önemli ayıplardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) BGB / Hubert Schmidt (2015, Hrsg: Bamber-

rında dizel skandalında alıcının aldatıldığını ve malın da ayıplı bir mal olduğunu kabul etmesine rağmen bu ayıbı önemli bulmamıştır. Zira Mahkemeye göre, bu ayıp 100 Euro civarında bir masrafla düzeltilebilecek bir ayıptır. Bu miktardaki bir ayıp da Alman yerleşik içtihatları gereğince satış fiyatının %1'inin (*Ba-gatellgrenze*) altındaki bir ayıptır. Bir diğer ifade ile bu orandaki ayıp esasen önemli ayıp sayılmamaktadır. Sonuç olarak Mahkeme de 100 Euro masraftan hareket ettiği için bu ayıbı önemli bir ayıp olarak görmemiş ve dizel araba sahiplerinin sözleşmeden dönemeyeceğine hükmetmiştir³⁹.

Alıcıların lehine ilk karar *Münih* Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilmiştir⁴⁰. Emsal niteliğindeki olayda *Münih* Asliye Hukuk Mahkemesi, *SEAT Ibiza* 1,6 *TDI* motorlu arabayı satan bayinin bu aracı müşteriden geri almasına ve satış ücretinin de iadesine 17 Mayıs 2016'da karar vermiştir. *Münih* Mahkemesi, dizel aracın geri alımı ve ücretin iadesi kararında, hem hileli bir yanıltmanın olduğunu hem de 6 aydan uzun bir süredir söz konusu ayıbın düzeltilmemiş olmasını gerekçe olarak göstermiştir. Bu yüzden araç sahibinin talepleri dikkate alınarak aracın geri alınması ve ücretin iadesine karar verilmiştir⁴¹. *Münih* Asliye Hukuk Mahkemesinin kararından⁴² sonra verilen kararlardan en güncellerden biri olan *Krefeld* Asliye Hukuk Mahkemesinin 14 Eylül 2016 tarihli kararıdır. Kararda *VW* grubu tarafından değiştirilmiş yeni yazılımın gerekli izinleri alıp alamayacağını henüz belli olmadığı, bu izinlerin alınmış olsa bile arabaların ne zaman tamir edileceğinin bilinmediği ve arabalardaki ayıbın tamir masrafının az olmasının ayıbı önemsiz kılmayacağı vurgulanmıştır⁴³. En güncel karar ise *Braunschweig* Asliye Hukuk Mahkemesinin 12 Ekim 2016 tarihli kararıdır. Mahkeme, manipülasyonun sözleşmeden dönmeyi haklı kılabileceği nitelikte olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, ayıp önemli bir ayıp olup ve ayıbın da bir yıl geçmesine rağmen hâlâ nasıl ve ne zaman giderileceği belirsizdir⁴⁴.

ger/Roth), BGB § 323 Rn. 39-40, (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 08.09.2016); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB) / Wolfgang Ernst (2016, Hrsg: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg), BGB § 323 Rn. 246-254 (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 08.09.2016).

³⁹ ADAC: Mitteilungen der Juristischen Zentrale - VW-Abgasskandal - Weitere Entscheidungen Nr. 42/2016, (https://www.adac.de/sp/rechtsservice/_mmm/pdf/2016-53-VW-Abgasskandal-Weiterer-Entscheidungen_263126.pdf, erişim: 07.09.2016).

⁴⁰ ADAC: Mitteilungen der Juristischen Zentrale - VW-Abgasskandal - Weitere Entscheidungen Nr. 53/2016, (https://www.adac.de/sp/rechtsservice/_mmm/pdf/2016-53-VW-Abgasskandal-Weiterer-Entscheidungen_263126.pdf, erişim: 07.09.2016).

⁴¹ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK: 23. Mai 2016: LG München I: Händler soll manipulierten VW-Diesel zurücknehmen <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2003355.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim: 07.09.2016).

⁴² *Münih* Mahkemesinin kararına karşı istinaf yoluna gidilmiştir. Dava *Münih* İstinaf Mahkemesinde (OLG *Münih*) derdesttir.

⁴³ ADAC - Rechtsprechungsübersicht - VW-Abgasskandal zu Fahrzeugen mit EA 189-Motoren (Stand: 14. Oktober 2016) (https://www.adac.de/_mmm/pdf/VW%20Abgasskandal_ADAC-Rechtsprechungs%C3%BCbersicht-zu%20EA%20189-Motoren_si_14_10_16_274179.pdf, erişim: 15.10.2016).

⁴⁴ Bu karara konu araba modeli ise Skoda Fabia 1,6 l *TDI*'dir. Bkz. ADAC - Rechtsprechungsübersicht - VW-Abgasskandal zu Fahrzeugen mit EA 189-Motoren (Stand: 14. Oktober 2016) (https://www.adac.de/_mmm/pdf/VW%20Abgasskandal_ADAC

VW grubu tarafından gerçekleştirilen skandal sonrası ortaya çıkan ayıbın nitelendirilmesi ve bunun sonucu olarak ayıplı malların iadesi, tazminat ve/veya yenisi ile değiştirme konularının her ülkenin kendi hukuki düzenlemelerine tabi olduğu unutulmamalıdır. Alman Mahkemelerinin bu derece birbirine zıt kararlar vermesi elbette Alman sanayisinin geleceği ve özellikle otomotiv sektörünün durumunun hâkimler üzerinde etkisinin ne derece yüksek olduğunu göstermektedir. VW grubu lehine çıkan kararlarda, ayıbın önemli olmadığı ve VW grubu tarafından uygun olan en kısa zamanda bu ayıbın giderilebileceğine olan inançla hareket edildiği görülmektedir. Oysa skandal sonrası piyasanın verdiği tepki olumsuz olmuştur. Almanya piyasasında dizel otomobil satışları, 2012'den beri ilk kez düşmüştür. Bu sonuç da dizel skandalında ayıbın alıcılar nezdinde ne derece önemli olduğunu açıkça göstermektedir⁴⁵. Ayıbın ciddiyeti açısından gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus da skandal sonrası VW grubunun risk almayarak ABD'de dizel arabaların satışını bizatihi kendisinin durdurmasıdır⁴⁶.

Mahkeme kararlarının gerekçesinde red sebebi olarak vurgulanan önemli bir diğer husus ise olayın büyüklüğü ve teknik gelişmelere fırsat tanınması için davacılar tarafından verilen iki haftalık sürenin olayda yetmeyeceği ve ayıbın düzeltilebilmesi için daha uygun bir sürenin verilmesi gerektiğidir⁴⁷. Ancak Ekim 2016 sonuna kadar, yani skandalın üzerinden bir yıllık süre geçmesi olmasına rağmen VW grubu tarafından ayıbın nasıl ve ne şekilde giderileceği konusunda tatmin edici ciddi bir gelişme ortaya konulmadığı da bir vakaıdır. ABD'de verilen kararlar sebebiyle ortaya çıkan gelişmelere nazaran AB genelinde ciddi bir sonuç henüz alınamamıştır. Bunda Almanya'nın ve özellikle otomobil lobisinin AB içindeki gücü etkili olmuştur⁴⁸. AB'nin ABD'deki gibi tazminat ve diğer şartlar yönündeki talepleri, VW grubu tarafından açıkça reddedilmiştir. Güncel bir habere göre AB ile VW grubu 2017 güz mevsimi sonuna kadar AB'deki 8,5 milyon dizel arabanın tamirinin tamamlanmasına ilişkin bir aksiyon planında anlaşmışlardır⁴⁹. Böylece VW grubu hem teknik gelişmeler gerçekleştirerek arabaların tamiri için zaman kazanmış hem de mahkemelerde

Rechtsprechungs%C3%BCbersicht-zu%20EA%20189-Motoren_si_14_10_16_274179.pdf, erişim: 15.10.2016).

⁴⁵ (<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/diesel-deutschland-verliert-die-lust-am-selbstzuender-a-1109253.html>, erişim: 03.09.2016).

⁴⁶ Spiegel Online (03.10.2016): VW-Verkäufe brechen weiter ein, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vw-verkauefe-in-den-usa-brechen-weiter-ein-a-1115008.html>, erişim: 03.10.2016).

⁴⁷ Örneğin Münster Asliye Hukuk Mahkemesi, 14.03.2016 tarihli kararında sürenin en az 4 ay olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. ADAC: Mitteilungen der Juristischen Zentrale - VW-Abgasskandal - Weitere Entscheidungen Nr. 42/2016, (https://www.adac.de/sp/rechtsservice/_mmm/pdf/2016-53-VW-Abgasskandal-Weitere-Entscheidungen_263126.pdf, erişim: 07.09.2016).

⁴⁸ Alman Hükümetinin skandala ilişkin iç yazışmalarında, tüketicilerin haklarını vurgulayan Adalet Bakanlığı görüşünün metinden çıkarıldığı ve böylece tüketicilerin yerine VW grubunun menfaatlerinin korunmasının tercih edildiği ortaya çıkmıştır. Spiegel Online (01.10.2016): Abgasskandal: Kanzleramt streicht Hinweis auf Rechte von VW-Kunden, (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/volkswagen-kanzleramt-streicht-hinweis-auf-rechte-von-vw-kunden-a-1114763.html>, erişim: 01.10.2016).

⁴⁹ Spiegel Online (22.09.2016): VW will alle Dieselaautos bis Herbst 2017 umrüsten, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/abgasskandal-vw-will-alle-betroffenen-diesel-bis-herbst-2017-umruersten-a-1113389.html>, erişim: 22.09.2016).

ki davalarda daha uzun olan bir uygun süre verilmesi konusunda konumunu güçlendirmiştir.

Sürecin sonunda kamuoyunun baskılarına dayanamayan AB Komisyonu, emisyonlara ilişkin AB yönerge ve tüzüklerine atıf yaparak uyumlaştırma süresinin aslında 2009'da bittiği halde hâlâ üye ülkelerin bu hükümleri iç mevzuatta uyumlaştırmadıklarını açıklamıştır. AB Komisyonu, üye ülkelere yazdığı mektupta emisyon değerleri yüksek araba firmalarına ceza kesilmesi yönünde tavsiyede bulunmuştur. AB Komisyonu, şimdiye kadar hiçbir AB üyesi ülkenin bu konuda adım atmamasından dolayı, şikâyetçi olduğunu kamuoyu ile paylaşmıştır. Uzun bir bekleme süresinden sonra nihayet sabrının tükendiğini bildiren AB Komisyonu, bu konuda zorlayıcı olmak için başta Almanya olmak üzere üye ülkeler aleyhine AB hukukundan kaynaklanan sözleşmeyi ihlâl sebebiyle AB Adalet Divanı nezdinde dava açacağını duyurmuştur⁵⁰.

C. Hisse Senetlerinin Değer Kaybı Sebebiyle Tazminat Davaları

Alman otomotiv devi olan *Volkswagen*, merkezi *Wolfsburg*'da olan bir şirketler topluluğu (*konzern*) olarak 12 markayı bünyesinde bulundurmaktadır olup 20 Avrupa ve 11 Amerika ülkesi ile Asya ve Afrika'daki üretim yerleri ile birlikte toplam 119 üretim yeri bulunmakta ve yılda 10milyon civarında da araç üretmektedir. VW grubunda 600bin üzerinde kişi çalışırken tüm dünyada 153 ülkede VW grubu arabalar satışa sunulmaktadır⁵¹. Hâkim şirket olan *Volkswagen* Anonim Şirketin oy hakkına sahip olan pay sahiplerinin 31 Aralık 2015 itibarıyla dağılımının yüzdelik oranı şu şekildedir⁵²:

Porsche Automobil Holding SE	: %52,2,
Stuttgart State of Lower Saxony, Hanover	: %20,0
Qatar Holding	: %17,0
Others	: %10,8

Almanya'da araba sahiplerinin açtıkları davalar dışında VW grubuna karşı başka davaların da hazırlıkları yapılmaktadır. Bu davalar, VW'nin söz konusu hilekârlığı sebebiyle hisse senetlerinin %40'a kadar değer kaybetmesine dayanan tazminat davalarıdır⁵³. VW şirketinin kamuya yönelik açıklama ve bilgi verme yükümlülüklerini ihlâl ettiğinden ve skandal sebebiyle hisse senetlerinin değer kaybından dolayı toplam 278 profesyonel ve kurumsal büyük sermaye yatırımcısı toplam değeri 3,7milyar Euro civarındaki tazminat davasını 15 Mart 2016 tarihinde *Braunschweig* Asliye Hukuk Mahkemesinde açmışlardır. Bu davacılar arasında en büyük Amerikan Emeklilik Fonu olan *Calper*, Alman *Sparkasse*'nin bir bağlı şirketi olan fon şirketi *Deka* ve büyük sigorta

⁵⁰ Spiegel Online (07.10.2016): EU-Kommission plant Verfahren gegen Deutschland, <http://www.spiegel.de/auto/aktuell/vw-skandal-eu-kommission-plant-vertragsverletzungsverfahren-a-1115546.html>, erişim: 07.10.2016).

⁵¹ Volkswagen şirketler topluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (http://www.volkswagenag.com/content/vwcorp/content/de/the_group.html, erişim: 22.09.2016)

⁵² (http://www.volkswagenag.com/content/vwcorp/content/en/investor_relations/share/Shareholder_Structure.html, erişim: 22.09.2016).

⁵³ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 27. März 2016: Abgas-Skandal: Großinvestoren reichen Milliardenklage gegen VW ein, (<https://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?vpath=bibdata%5Creddok%5Cbecklink%5C2002723.htm&hlwords=on&printdialogmode=CurrentDoc&x=41&y=5>, erişim: 22.09.2016).

şirketlerinden biri olan *Allianz*'ın bir bağlı şirketi de bulunmaktadır. Davaların henüz başlangıç olduğu tahmin edilmekte ve daha sonra bazı büyük kurumsal yatırımcıların da davalara katılmaları beklenilmektedir⁵⁴. Bunlar gerçekleştiği takdirde, Alman hukuku açısından sermaye piyasası hukukunda tarihi önemde ve büyüklükte davalar önümüzdeki süreçte karara bağlanacak demektir.

Bavyera Eyaleti Finans Bakanı, hisse senetlerindeki yüksek orandaki değer kaybı sebebiyle *Bavyera* Eyaleti Emeklilik Fonu'nun ciddi bir şekilde zarara uğradığını belirtmiştir. Bu yüzden de *VW* grubuna karşı Eylül ayı içinde 700milyon Euro'luk bir tazminat davası açmak için hazırlık yapıldığı kamuoyuna duyurulmuştur⁵⁵. Bunların dışında *Allianz* grubuna ait olan kurumsal yatırımcı şirketlerin de hazırlık yaptıkları ve mümkün olan en kısa zamanda *VW* grubuna milyarlık tazminat davası açmaları beklenmektedir. Son olarak Norveç Devlet Fonunun (*NBIM*) da hisse senetlerinin değer kaybı sebebiyle dava açacağı basında yer almıştır⁵⁶.

VW'nin emisyon hilekârlığının bir diğer sonucu da *Braunschweig* Eyaleti savcılığı da piyasa manipülasyonu sebebiyle önceki ve şimdiki *VW* grubunun CEO'ları hakkında soruşturma başlattığını duyurmuştur⁵⁷.

3. Güney Kore'deki Etkileri

VW grubu, dünya çapında en çok satışta lider marka olmak için Japon *Toyota* grubu ile yarışmaktadır. Bu iki grubun dışında gelecek potansiyeli olan en önemli diğer bir rakip grup ise Güney Kore'li *Hyundai* grubudur. Asya kıtasında Güney Kore en çok dizel araçların satıldığı ikinci büyük pazardır. Zira Güney Kore'de özellikle *Audi* ve *Bentley* markalarına olan talep çok büyük olduğundan *VW* grubu için önemli pazarlardan biri olduğu bilinmektedir. Bundan dolayı *VW*'nin dizel skandalına ilişkin dünya basınına yansıyan güncel gelişmelerden biri de Güney Kore'den gelmesi önemli bir gelişme olarak kabul edilmektedir. Temmuz 2016 başında *VW* grubu tarafından gönüllü olarak 32 model dizel aracın satışının durdurulmasına rağmen Güney Kore, dizel araçlardaki emisyon hilekârlığı sebebiyle *VW* grubunun toplam 80 modelinin (*VW*, *Audi* ve *Bentley*) satış ruhsatlarının iptal edildiğini duyurmuştur. Kasım

⁵⁴ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 15. März 2016: Abgas-Skandal: Großinvestoren reichen Milliardenklage gegen VW ein, <https://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?vpath=bibdata%5Creddok%5Cbecklink%5C2002723.htm&hlwords=on&printdialogmode=CurrentDoc&x=41&y=5>, erişim: 22.09.2016).

⁵⁵ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 02. August 2016: Bayern will VW wegen Diesel-Skandal verklagen, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2004025.htm&pos=7&hlwords=on>, erişim: 28.09.2016); Spiegel Online (02.08.2016): Dieselskandal: Bayern will VW verklagen, (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/dieselskandal-bayern-will-volkswagen-verklagen-a-1105802.html>, erişim: 22.09.2016).

⁵⁶ Spiegel Online (02.08.2016): Dieselskandal: Bayern will VW verklagen, (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/dieselskandal-bayern-will-volkswagen-verklagen-a-1105802.html>, erişim: 22.09.2016).

⁵⁷ Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 02. August 2016: Bayern will VW wegen Diesel-Skandal verklagen, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2004025.htm&pos=7&hlwords=on>, erişim: 28.09.2016). Olayın ceza hukuku yönünden ayrıntılı olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Osman Isfen, "Mehr Schein als Sein – die VW-Abgasaffäre aus strafrechtlicher Sicht", JA, 2016, s. 1 vd.

2015'den beri Güney Kore Çevre Bakanlığınca ruhsatı iptal edilen araçların sayısı da 200 bini aşmıştır. Bu rakam, *Volkswagen*'in 2007 yılından bu yana Güney Kore'de sattığı 300 bin aracın yaklaşık %68'ine denk gelmektedir. Satış yasağı dışında Güney Kore hükümeti, emisyon hilekârlığı sebebiyle *VW* grubuna 14,3milyon Euro idari para cezası vermiştir. Bunun dışında Haziran 2016 içinde Güney Kore, ayrıca bir *VW*-Menajer hakkında tutuklama kararı çıkarmıştır⁵⁸.

III. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

1. Türkiye'de Otomotiv Sektörü

Türkiye İstatistik Kurumu'nun 2016 Temmuz ayı sonu verilerine göre trafiğe kayıtlı toplam 20 milyon 643 bin 246 adet taşıtın yarısından fazlası (%53,3) otomobillerden oluşmaktadır. Temmuz 2016 sonu itibarıyla trafiğe kayıtlı 11.011.463 adet otomobilin %27,1'i benzin, %39,7'si LPG ve %32,9'i (3.622.406) ise dizel yakıtlıdır⁵⁹. Araç yakıt fiyatlarının yüksekliği sebebiyle Türkiye'de benzinli araçların belli bir süre sonra LPG dönüşümü yapılmaktadır. Ancak Türkiye'de yeni araç satışlarındaki yüksek oranı sebebiyle dizel araçların toplam miktar içindeki oranı da devamlı surette artmaktadır.

Otomobil İthalatçılar Derneği raporlarına göre, 2015 yılında dizel otomobil satışları geçen yılın aynı dönemine göre %22,25 oranında artmıştır. 2015 yılında otomobil satış adetleri, 2014 yılı ile kıyaslandığında, dizel araçların payı %62,4'den %61,8'e (448.304 adete) küçük bir oranda gerilemiş olsa bile bu veriler, yeni satılan otomobillerde dizel arabaların benzinlilere göre yine de yüksek oranda tercih edildiğini göstermektedir. Ancak yeni araba satışlarında dizel arabaların bariz bir şekilde yine en çok satan (Ocak-Ağustos 2016 döneminde %62,27) arabalar olduğu görülmektedir⁶⁰.

Türkiye'de satılan otomobillerin yıllara göre küçük değişikliklerle %75-80'i ithal otomobillerden oluşmaktadır. *VW* grubuna dahil *VW*, *Audi*, *SEAT*, *Skoda*, *Porsche* ve *Bentley* markalarının hiçbiri Türkiye'de üretilmemektedir. Bu araçların tamamı yurt dışından ithal edilmektedir. Son yıllarda *VW*, *Audi*, *SEAT* ve *Skoda* markalarının, özellikle dizel ve otomatik vites sebebiyle, Türkiye'de devamlı artan bir oranda pazar payı elde ettikleri gözlemlenmektedir. Son yıllarda (2013-15) yıllık bazda Türkiye'de en çok satış yapan marka, sadece *VW* markalı (*Passat*, *Jetta*, *Golf*, *Polo*, *Tiguan* vs.) otomobillerdir. Bunlara *Audi*, *SEAT* ve *Skoda* markalı arabalar da eklendiğinde çok büyük rakamlara ulaşacaktır. Türkiye'de vergilendirme sistemi sebebiyle daha çok 1,6 dizel motorların satıldığı bilinmektedir. Oysa Avrupa ve Amerika'da dizel arabaların motorları (istisnai durumlar hariç) genelde 2.0 veya daha büyük hacimlidir. ABD'de araştırmaların 2.0 veya 3.0 hacimli motorlar hakkında olması da bu yüzdendir. Ancak emisyon manipülasyonu yoluyla yapılan hilekârlık, motor hacminden kaynaklanan bir sorun olmayıp bilakis bir yazılım manipülasyonu olarak farklı

⁵⁸ Spiegel Online (02.08.2016): Dieselaffäre: Südkorea stoppt Verkauf von fast allen Volkswagen-Modellen, (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/volkswagen-suedkorea-stoppt-verkauf-von-fast-allen-modellen-a-1105750.html#ref=recom-plista>, erişim: 23.09.2016).

⁵⁹ TÜİK verileri için bkz. <http://www.tuik.gov.tr/PreTabloArama.do>, erişim: 29.09.2016).

⁶⁰ Türkiye Distribütörleri Derneği verileri için bkz. (http://www.odd.org.tr/web_2837_1/index.aspx, erişim: 30.09.2016).

hacimdeki tüm VW dizel motorlarında kullanılmıştır. Bundan dolayı en küçük dizel motorlar olan 1,2 cc'de de aynı sorun ortaya çıkmıştır⁶¹.

2015 verilerine göre Türkiye 1000 kişiye düşen 183 otomobil ile Batı Avrupa ülkeleri ortalaması olan 613 rakamının oldukça gerisinde ve Doğu Avrupa ülkeleri arasında ise sonuncu sıradadır. Bu durum, Türkiye'deki otomobil piyasasının gelecek potansiyelinin çok yüksek olduğunu göstermektedir⁶².

Türk otomotiv sektöründe dizel arabaların önemli bir paya sahip olduğu ve gelecekte de pazarın büyüme potansiyeli bulunmaktadır. Dolayısıyla VW grubunca emisyon manipülasyonu yoluyla yapılan hilekârlığa karşı hukuki tedbirlerin hızlı bir şekilde alınması hem sektördeki rekabeti haklı bir zemine çekecek, hem de tüketicilerin haklarının korunmasını ve çevresel zararın etkilerinin en aza indirilmesini sağlayacaktır.

2. Haksız Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirme

VW grubu dizel arabalardaki emisyon manipülasyonu sebebiyle ortaya çıkan hilekârlık dikkate alındığında bazı konuların haksız rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi gereklidir. Türk haksız rekabet hukukuna ilişkin hükümler Türk Ticaret Kanununda (TTK) düzenlenmiştir. Haksız rekabete ilişkin olarak 1957'den 2012'ye kadar yürürlükte olan 6762 sayılı TTK m. 56 vd. hükümleri ile 2012'de yürürlüğe giren 6102 sayılı yeni TTK m. 54 vd. hükümleri arasında ayrıntılar dışında dürüstlük kuralı ve haksız rekabetin sonuçları açısından bir farklılık bulunmamaktadır⁶³. Haksız rekabet hukukunun amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Dolayısıyla haksız rekabet hukukunda rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar yasaklanmıştır⁶⁴.

Yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere VW grubunun emisyon hilekârlığı, VW grubunun en üst düzeyi tarafından da itiraf edilmiş olup tereddütsüz kabul edilen bir vakıdır. Bunun yanında yeni model arabalardaki dizel motorlarda

⁶¹ Nikolaus Doll, "Abgasaffäre: Volkswagen muss 2.460.876 Fahrzeuge umrüsten", in: Welt Online. 30. November 2015 (<http://www.welt.de/wirtschaft/article149420324/Volkswagen-muss-2-460-876-Fahrzeuge-umruessen.html>, erişim: 16.08.2016).

⁶² Bkz. (<http://otoajanda.com/2016/03/16/odd-toplantisinde-dikkat-cekici-konusma/>, erişim: 16.08.2016).

⁶³ 6103 s. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 2'ye göre (1) Bu Kanunda aksi öngörülmemiş veya farklı bir şekilde düzenlenmemişse: a) Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayların hukuki sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişlerse, o kanun hükümleri uygulanır.

b) Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşmiş hukuki fiiller, bağlayıcılıkları ve hukuki sonuçları itibarıyla, bu tarihten sonra dahi, gerçekleştikleri tarihte yürürlükte bulunan kanuna tâbidir.

c) Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olaylara Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.

Bu hüküm dikkate alındığında 01.07.2012 tarihine kadar meydana gelmiş VW skandalına ilişkin olaylara eski 6762 s. TTK, bu tarihten itibaren ise 6102 s. yeni TTK hükümleri uygulanacaktır.

⁶⁴ Haksız rekabet hukukunda amaç tartışması açısından bkz. Hamdi Pınar, "Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi", *Rekabet Dergisi*, C. 15, 2014, s. 66 vd.; Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 69 vd.

da aynı şekilde bir hilekârlığın olup olmadığı tartışması kapsamında, ABD’de VW’nin gönüllü olarak bu arabaları piyasaya sürmemesi ve Güney Kore’deki yasaklama örneğinden gidilirse bu durumun düzeltildiğini söylemek pek mümkün değildir. Türkiye’de 2008’den beri VW grubu arabaların satış rakamları devamlı surette artmış ve VW grubunun dizel arabaları Türkiye’de en çok tercih edilen arabalar olmuştur. Alıcıların bu tercihinde Türkiye’de motor hacimlerine göre bir vergilendirme sisteminin olmasından dolayı VW grubunun vergi açısından önemli bir eşik olan 1,6 cc hacimli dizel motorlu arabaları satışa sunması etkili olmuştur. Ayrıca arabaların yakıt tüketiminin de düşük olması bir başka tercih sebebidir. Unutulmaması gereken bir diğer husus ise arabaların önceden teknik standartlara uygunluk belgeleri alarak satışa sunulmalarıdır. Dolayısıyla bu araba alıcıları da teknik standartlara uygun dizel arabalar satın aldıklarını düşünmektedirler. Tüm bunlar haksız rekabet hukuku açısından müşterilerin karar vermesini etkileyen unsurlardır. Skandal ortaya çıkana kadar VW grubu, bu hilekârlığı bilmekle birlikte kasten sessiz kalmıştır. Dolayısıyla VW grubu haksız rekabet hukuku açısından verilmesi gerekli bilgileri vermediğinden, sessiz kalma yolu ile aldatıcı bir davranış gerçekleştirmiştir⁶⁵. Bundan başka çevre mevzuatı gereğince ancak teknik standartlara uygun arabaların piyasaya sürülmesine izin verilmiştir. Oysa bu skandal VW grubunun dizel arabalarını çevre mevzuatına aykırı olarak piyasaya sürdüğünü ortaya çıkarılmıştır. Bu durumda standartlara aykırılık aynı zamanda iş şartlarına uymama olarak görülebilecektir⁶⁶. VW grubunun dürüstlük kuralını ihlâl eden bu davranışları haksız rekabete yol açacaktır⁶⁷. ABD’de gönüllü durdurma ve Güney Kore’nin getirdiği yasak dikkate alındığında VW grubu yeni model arabalar açısından bile aksi ispat edilene kadar emisyon hilekârlığı bulunduğunu veya en azından böyle bir tehlikenin göz ardı edilemeyeceğini kabul etmek mümkündür. Böyle bir tehlikenin varlığı bile haksız rekabet açısından yeterlidir. Haksız rekabetin devam ettiği veya tehlike olarak ortaya çıktığı durumlarda kimlerin davacı olabileceğine ve hangi haksız rekabet davalarını açabileceklerine kısaca değinmek gereklidir⁶⁸.

VW grubunun emisyon hilekârlığına karşı davacı olabilecek gerçek veya tüzel kişileri şöyle sayabiliriz (TTK m. 56, eTTK m. 58):

1. **Müşteriler:** VW grubuna ait bir markalı dizel araba aldığı için ekonomik çıkarları zarar görmüş veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan gerçek veya tüzel kişi müşteriler,

2. **Rakipler:** VW grubunun dizel arabalarının satılmasından dolayı kendi markalı arabalarının satışında zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kişi olarak otomobil üreticisi rakip şirketler,

3. **Meslekî ve Ekonomik Birlikler**⁶⁹:

⁶⁵ Haksız rekabet hukuku açısından aldatıcılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hamdi Pınar, “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, Sayı .2, Özel Sayı 2012 (Baskı 2013), s. 132 vd. Sistematik açıdan karşı. Nomer Ertan, s. 149 vd.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar, Rekabet Dergisi, 2014, s. 80 vd.; Nomer Ertan, s. 337 vd.

⁶⁷ Dürüstlük kavramı için bkz. Nomer Ertan, s. 108 vd.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer Ertan, s. 393 vd.

⁶⁹ Türkiye’de 60 yılı bulan haksız rekabet uygulamasında kurumsal nitelikte açılabilen bu dava yollarının etkin bir şekilde kullanıldığı söylenemez. Türk haksız rekabet hukukundaki bu şekildeki düzenlemelerin bir diğer sonucu ise 1883 tarihli Paris Sözleşme-

- Ticaret ve sanayi odaları,
- Esnaf odaları,
- Borsalar
- Tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler (örn. Otomotiv Sanayii Derneği, Otomotiv Distribütörler Derneği, Otomotiv Yetkili Satıcıları Derneği gibi)
- Tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşları (örn. tüketici dernekleri) (6102 s. TTK ile getirilmiştir),
- Kamusal nitelikteki kurumlar (6102 s. TTK ile getirilmiştir).

Eski ve yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunundaki (kı-saca Tüketici Kanunu) hakların daha etkili olması sebebiyle özellikle müşteriler içinde yer alan tüketicilerin Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan haksız rekabet hükümlerine gitmesinin beklenilmemesi gerekir. Haksız rekabet davaları yoluyla hem piyasada dürüst rekabetin tesisi hem de kendi menfaatlerini koruma konusunda en etkili grup esasen rakiplerdir. Buna rağmen Türk uygulamasında rakiplerin haksız rekabetten dolayı haklarını kullanmakta etkin oldukları söylenemez. VW grubunun dizel skandalından sonra otomotiv sektöründeki rakiplerin dava açtığı yönünde kamuoyuna bir bilgi yansımamıştır. Oysa haksız rekabet hukuku açısından rakipler tarafından açılacak maddi tazminat davasının tüm şartları gerçekleşmiştir. Ayrıca haksız rekabet hukukunda maddi tazminat olarak hâkim, davacı lehine haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir. Dolayısıyla VW grubunun özellikle 2008'den itibaren tüm dizel arabalarının satışlarını ve bu satışlar yoluyla elde etmesi mümkün görülen menfaati tespit etmek hiç de zor değildir. Böyle bir durumda tüm rakipler dikkate alınarak VW grubu dışındakilerin pazar payları belirlendikten sonra bu paylara göre tazminat miktarının belirlenebileceği kanaatindeyiz. Ancak piyasada rakipler arasında karşılıklı dava açma ihtimalinin bulunmasından dolayı ilk adımın atılmasında bir çekince olduğu muhakkaktır. Buna karşılık üçüncü grupta yer alan davacıların aktif olması, piyasada dürüst rekabetin tesisi için sonuç alma ihtimalini artıracak ve davacıların açtığı davaların etkileri büyük olacaktır. Bu manada özellikle tüketici dernekleri, otomotiv sektöründeki muhtelif dernekler (örn. Otomotiv Sanayii Derneği, Otomotiv Distribütörler Derneği, Otomotiv Yetkili Satıcıları Derneği gibi mesleki dernekler) ile ticaret ve sanayi odaları haksız rekabet davaları açabilirler. Bu tür mesleki ve ekonomik birlikler, maddi ve manevi tazminat davası dışındaki diğer davaları açabilirler. Bunlar ise (TTK m. 56, eTTK m. 58);

1. **Tespit Davası:** Fiilin haksız olup olmadığının tespiti (bend a.) talep edilir.
2. **Men Davası:** Haksız rekabetin men'i (bend b) talep edilir.
3. **Eski Hale İade Davası:** Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi (bend c) talep edilir.

sine taraf olan Türkiye, Paris Sözleşmesi 10 (mükerrer 2) maddesi 2. fıkrası gereğince Paris Sözleşmesine taraf diğer üye ülkelerdeki mesleki veya ticari birliklerin veya derneklerin de aynı şartlarda dava hakkını da tanımış olmaktadır. Bkz. Hamdi Pınar, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, Frankfurt am Main, 2003, s. 245.

Davalar, haksız rekabet davalarına bakmakla görevli olan ticaret mahkemelerinde açılmalıdır. Haksız rekabetin gerçekleştiği yerdeki ticaret mahkemeleri yetkilidir. Dolayısıyla bu otomobillerin satıldığı her yerde dava açılabilir. Bu yüzden davanın Ankara'da veya İstanbul'da ve hatta başka bir ildeki mahkeme nezdinde de açılmasının önemi yoktur. Dava dilekçesi ile haksız rekabetin tespiti, hilekârlık yapılmış olduğu ortaya çıkan VW grubuna dahil dizel otomobillerin Türkiye'de satışını derhal durduracak olan men talebinin mahkemeden verilmesi istenilebilir.

Bu davalar açısından zamanaşımı itirazı gündeme gelebilecektir⁷⁰. Ancak öğrenme tarihi olarak hilekârlığın itiraf edildiği resmi açıklamanın yapıldığı 20 Eylül 2015 tarihinin kabul edilmesi gereklidir. Normal şartlarda TTK m. 60'a (eTTK m. 62) göre bu davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak burada unutulmaması gereken diğer durum ise VW grubu emisyon hilekârlığını aldatma amacıyla kasıtlı olarak yaptığından aynı zamanda bu davranışın cezai müeyyidesinin bulunmasıdır. Şikayet halinde TTK m. 62 (eTTK m. 64) hükmüne göre iki yıla kadar hapis veya adli para cezası söz konusu olur⁷¹. Bu cezai müeyyide sebebiyle VW grubunun kasıtlı hilekârlığı, 1 ve 3 yıllık zamanaşımı süresine değil; bu cezalar için öngörülmüş olan Türk Ceza Kanunundaki daha uzun olan dava zamanaşımı süresine tâbi olacaktır. Bu durumda TCK m. 66/e bendine göre 8 yıllık bir zamanaşımı uygulanacaktır. Netice itibarıyla 8 yıllık zamanaşımı süresi dikkate alındığında dizel arabalardaki hilekârlık sebebiyle VW grubuna karşı açılacak bir haksız rekabet davasında zamanaşımı itirazının geçerliliği olmayacaktır.

3. Ayıplı Mal Olarak VW Grubu Dizel Arabalar

VW grubu dizel arabaları satın alanlar açısından bir ayırım yapılması uygulanacak hukuk kuralları açısından bir zorunluluktur. Zira sözleşmede taraflardan biri tüketici olduğu takdirde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (kısaca Tüketici Kanunu) hükümleri uygulanacaktır. Araba satış sözleşmesinin taraflarından birinin tacir, ticaret şirketi veya Tüketici Kanunu hükümleri kapsamına girmeyen diğer gerçek veya tüzel kişi olduğu takdirde 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 219 vd. hükümleri ile şartların varlığı halinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 23 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

A. Borçlar Hukuku Açısından Ayıplı Mal

Ayıplı mal söz konusu olduğunda alıcının seçimlik hakları BK m. 227'de düzenlemiştir. Bu hüküm dikkate alındığında VW grubu dizel arabalarda bu

⁷⁰ 6103 s. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 6'ya göre,

(1) Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler eski hukuka tâbidir.

(2) Zamanaşımı ile hak düşürücü sürelerle ilişkin diğer hususlar, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Türk Ticaret Kanununa tâbidir.

⁷¹ eTTK m. 64'e göre ise bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar adli para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılması söz konusu idi. Her iki Ticaret Kanunu arasında ceza miktarında farklılık olsa bile TCK m. 66/e bendi gereğince yine 8 yıllık bir zamanaşımı dikkate alınmak zorunluluğu vardır.

ayıptan satıcı sorumlu olduğundan alıcı aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.
2. Satılanı alkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.
4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.

Bunların dışında araba alıcısının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır (2.f.). Alıcının seçimlik hakkını önlemek isteyen satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vermek ve uğradığı zararın tamamını gidermek zorundadır (3.f.). Şimdiye kadar mümkün olmasa bile önümüzdeki kısa bir süreçte VW grubu dizel arabaların hızlı bir şekilde standartlara uygun hale getirebilme ihtimali ortaya çıktığında ise hâkim, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir (4.f.).

Borçlar Kanunu, sözleşmeden dönme veya ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmeyi istemenin şartı olarak satılan arabanın değerindeki eksikliğin satış bedeline çok yakın olmasını aramıştır. VW grubu arabalarda söz konusu olan hilekârlık yeni araba satışlarını ve ikinci el satışlarını ciddi bir şekilde etkilemiştir. Ayıbın sonucunda ortaya çıkan eksikliğin satış bedeline çok yakın olması şimdilik mümkün görünmemektedir. Ancak bu dizel arabaların teknik iyileştirilmesi bir an önce yapılmadığı ve çevreyi kirletici etkisi sebebiyle yasaklandığı bir durumda arabaların kullanılması mümkün olamayacağından artık bu arabaların bir ekonomik değeri de olmayacaktır. Bu durumda alıcı, sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilecektir (5.f.). Nitekim ilk nesil dizel motorlarda teknik düzeltmenin yapılmasının imkansız olduğu tespit edildiğinden bu arabaların ABD’de VW tarafından geri alınması gündeme gelmiştir⁷². Böyle bir emsal Türk hukuku açısından da belirleyici olacaktır.

Satılanın ayıbından doğan sorumluluk için BK m. 231’de iki yıllık bir zamanaşımı öngörülmüştür. Ancak yukarıda da ayrıntılı açıklandığı üzere VW grubunun dizel arabalardaki bu ayıbı bildiği ve kasıtlı olarak da bu arabaları piyasaya sürdüğünden BK m. 231/2.f. hükmü gereğince aranan ağır kusur şartı evleviyetle gerçekleşmiştir. Sonuç olarak VW grubu iki yıllık zamanaşımı def’i hakkından yararlanamayacaktır.

B. Tüketici Hukuku Açısından Ayıplı Mal

1995’ten beri yürürlükte olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, 2012 yılında çıkarılan ve 28 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (kısaca Tüketici Kanunu) ile ilga edilmiştir. Böylece Türk mevzuatı çok sayıdaki AB Yönergeleri ve AB Tavsiyeleri ile uyumlaştırılmıştır⁷³. Yeni Kanunun zaman bakımından uygulanması, 6502 sayılı Tüketici Kanunu Geçici Madde 1’de düzenlenmiştir. Buna göre 6502 s. Tüketici Kanununun yürürlüğe girdiği tarih olan 28 Mayıs

⁷² Spiegel Online (15.08.2016): Audi soll 25.000 Autos zurückkaufen <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/audi-soll-25-000-autos-wegen-abgasskandal-zurueckkaufen-a-1117768.html>, erişim: 21.10.2016).

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Kara, Tüketici Hukuku, Ankara 2015, s. 33 vd.

2013'ten önceki tüketici işlemlerine, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına 4077 s. Tüketici Kanunu hükümleri kural olarak uygulanır. O halde 28 Mayıs 2013 tarihinden önce gerçekleştirilmiş VW grubu araba satış sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda 4077 s. Tüketici Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Tüketici kavramının tanımı ve ayıplı mallarda tüketicinin seçimlik hakları açısından her iki kanun arasında esasen bir fark bulunmamaktadır. Bir tüketici işlemi olarak tüketici sözleşmelerinin her iki Tüketici Kanununa tâbi olduğu hususunda bir değişiklik söz konusu değildir. Tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişilerdir (4077 s. Kanun m. 3/e ve 6502 s. Kanun m. 3/k) ⁷⁴. Tüketici Kanunu gereğince arabalar mal olarak nitelendirilir. Bir tarafın tüketici olduğu satış sözleşmelerine konu malların ayıplı ⁷⁵ olması halinde Tüketici Kanunu hükümlerine başvurmak gereklidir. O halde ilk önce VW grubu dizel arabalarının ⁷⁶ ayıplı bir mal olup olmadığının cevabı verilmelidir. Tüketici Kanununa göre ayıplı mal, tüketicie teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır. Bununla birlikte ambalajında, etiketinde, tanıma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tara-

⁷⁴ Avrupa Birliği hukukunda ne şekilde olursa olsun tüzel kişiler değil sadece gerçek kişiler tüketici olabilir. Tüketici haklarına ilişkin çok önemli bir AB Yönergesi olan 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi m. 2'de açıkça sadece gerçek kişilerin tüketici olacağı şu şekilde tanımlanmıştır:

“consumer’ means any natural person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession”

6502 sayılı Kanunun tasarı hazırlıklarına Bakanlık davetlisi olarak biz de katılmıştık. Tüketici tanımındaki görüşümüz toplantı esnasında genel kabul görmüş ve Bakanlık tarafından ilk taslak olarak kamuoyuna sunulmuş olan metinde yer almıştı. Ancak 4077 sayılı Kanunda isabetsiz olan tanımlama sebebiyle bundan istifade eden dernek ve vakıfların çabası sonucu daha sonra taslak metin değiştirilmiştir. Maalesef bu değişikliklerle hem AB yönergeleri ile uyum bozulmuş oldu hem de Türk hukuku açısından hukuken yeknesak bir kavram olarak tüketici tanımının amacı maalesef gerçekleştirilmemiş oldu. Tüketici tanımından kaynaklanan bir sorun için bkz. Hamdi Pınar, “Elektirik Satışları Üzerinden Alınan %2’lik TRT Payının Hesaplanmasının Hukukî Yönden Değerlendirilmesi”, Doç. Dr. Haluk Konuralp’a Armağan, C. III, Ankara, 2009, s. 780 vd. Tüketici tanımında değişikliğin lehine görüş ve yargı kararları için bkz. Kara, s. 56 vd. Kanunda yer alan bu yanlış tercih, tamamıyla isabetsiz başka bir görüşün de çıkış noktasını teşkil etmiştir. Yücer Aktürk’ün görüşünü burada tartışmak bu makalenin amacını aşacaktır. Ancak bu görüşün gerekçesi dikkate alındığında ticaret şirketlerinin hizmet veya mal üretim maliyetlerinin bilançoaya yansımalarının anlaşılmadığını burada vurgulamak gerekir. Ticaret şirketlerinin tüketici sıfatının olabileceğini ileri süren bu görüş, maalesef hem tüketici hukukuna hem ticaret hukukuna hem de muhasebe tekniğine açıkça aykırıdır. Bkz. İpek Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Sayı 2, 2016, s. 103 vd.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, s. 722 vd.

⁷⁶ Sadece otomobiller değil, VW grubuna ait kamyon, kamyonet veya ticari amaçla kullanılması tasarlanmış diğer araçların da alınma amacı ve trafik tescil belgesi dikkate alınmalıdır. Yargıtay kararlarına göre, satın alınan aracın trafik tescil belgesinde “Hususî” kaydı varsa artık bu araçların kullanım kılavuzu ve broşürlerinde genel olarak ticari amaçla kullanılmak üzere tasarlanması önemli değildir. Dolayısıyla esas olan tescil kaydı olup aksini iddia edenin ispat etmesi gerekmektedir. Bkz. Kara, 767.

findan bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir (4077 s. Kanun m. 4 ve 6502 s. Kanun m. 8).

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde ortaya konulduğu üzere VW grubu dizel arabaların emisyon değerleri üzerinde manipülasyon yapıldığı ve bu arabaların olması gereken emisyon değerlerininin 10 ilâ 40 katına kadar daha fazla olduğu tartışmasız bir şekilde tespit edilmiş ve söz konusu şirket de bu hilesini açıkça ikrar etmiştir. Bu hile sonucunda dizel arabaların egzozlarından atılan yüksek orandaki azot oksit gazlar (NOx) ve diğer atık maddeler, özellikle astım, nefes yolu hastalıkları, nefes darlığı veya kan dolaşımına ilişkin etkileri sebebiyle erken ölüm gibi muhtelif yönden ağır sağlık etkilerine yol açmaktadır. Bunun dışında kısa vadede yapılacak bir teknik iyileştirmenin de olup olamayacağı belli değildir. Tüm bu olumsuzlukların da mevcut dizel arabaların ikinci el fiyatlarını düşürdüğü gibi yeni piyasaya sürülen dizel arabaların satış oranında ciddi bir azalmaya yol açtığı piyasa verileri ile ortaya çıkmıştır. Hatta bu arabaların satışları bizzat VW grubu tarafından durdurulmuş (örn. ABD) veya yasaklanmıştır (örn. Güney Kore). Özellikle Alman mahkemeleri de dizel arabaların ayıplı mal olduğunu kabul etmişlerdir. Bu ülkedeki tartışma esasen Alman kanunlarının aradığı şart olan ayıbın önemli olma şartının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ortaya çıkan farklı kanaatlerdir. Son yılın piyasa verileri dikkate alındığında dizel skandalının tüketicilerin dizel arabayı tercih etme oranını olumsuz bir şekilde etkilediği görülmektedir. Kanaatimizce böyle olumsuz bir durumun ortaya çıkmasından sonra artık ayıbın önemli olup olmadığını tartışmanın bir anlamı da kalmamıştır. Dolayısıyla VW grubu dizel arabalarda hilekârlık yapıldığı için üretici tarafından alıcılara bildirilen nitelikler bu mallarda bulunmamaktadır. Yüksek orandaki emisyon değerleri teknik standartlara uygun değildir. O halde VW grubu dizel arabalar, Tüketici Kanunu m. 8 anlamında ayıplı maldır.

Ayıplı mal söz konusu olduğunda tüketiciye seçimlik haklar tanınmıştır. Mülga 4077 s. Tüketici Kanunu ile 6502 sayılı Kanun arasındaki en bariz fark, ayıplı mal sebebiyle tüketicinin seçimlik taleplerinin kullanılmasındaki sınırlandırmadır. 4077 s. Tüketici Kanunu 4. maddesindeki hüküm çok açık ve net olup tüketicinin tercih ettiği talebi satıcı yerine getirmekle mükelleftir. Yargı kararlarında bu hakkın kullanılmasında tek sınır olarak sadece MK m. 2'deki dürüstlük kuralı kabul edilmiştir. Seçimlik haklardan tüketicinin tercih ettiği hakkın bu şekilde kullanılması ancak hâkim tarafından MK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirildiği takdirde önlenebilir⁷⁷.

Ayıplı bir mal söz konusu olduğunda tüketiciye dört seçimlik hak tanınmıştır (4077 s. Kanun m. 4/2 ve 6502 s. Kanun m. 11). VW grubu dizel arabalardan birini satın almış olan tüketici kendisine tanınan bu dört seçimlik haktan istediği birini kendi iradesiyle tercih edecektir⁷⁸. Satıcı, arabayı satın alan tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Arabayı almış olan tüketicinin tek taraflı seçimine bağlı alternatifli hakları şunlardır⁷⁹: VW

⁷⁷ İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, 3.B., Bursa, 2006, s. 172 vd.; Kara, s. 767 vd.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, s. 755 vd.

grubu dizel arabaların ayıplı olduğu anlaşılmış olduğundan bu arabalardan birinin sahibi olan tüketicinin seçimlik hakları;

- a) VW arabayı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme⁸⁰,
- b) Satılan arabayı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteyebilme,
- c) Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteyebilme,
- d) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteyebilme hakkına sahiptir⁸¹.

VW grubu dizel arabalardaki ayıptan dolayı 4077 s. Tüketici Kanunu m. 4/3'e göre imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı tüketicinin bu madde de yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Oysa 6502 s. Tüketici Kanununda dikkat çekici olan husus seçimlik hakların tamamının sadece satıcıya ileri sürülebilmesidir. Zira tüketici, seçimlik haklarından olan "Bedel İadesi", "Bedel İndirimi" hakkını üretici ve imalatçıya karşı kullanamayacaktır. O halde ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu şartlar altında VW grubu arabaların tamamı ithal arabalar olduğundan ücretsiz onarım veya ma-

⁷⁹ Her iki Kanun hükümleri (4077 ve 6502 s. Kanunlar) dikkate alındığında yeni Kanun'da kullanılabilecek seçimlik haklar sayılırken kendi içinde sınırlamalar da getirildiği görülmektedir. 4077 s. Kanun uygulamasındaki hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı sınırına ilişkin yargı kararlarında da benzeri ifadelerin geçtiği görülmektedir. Dolayısıyla bu tür yargı kararlarının yeni düzenlemeye yansıdığı görülmektedir. Bu yüzden her iki Kanun hükümlerinin de uygulama açısından esas olarak aynı sonuca götüreceğini söylemek mümkündür. Misal olarak tamir tercihinde aşırı bir masraf ortaya çıkması durumunda bunun yerine misli ile değiştirme veya sözleşmeden dönme veyahut bedel indirimi talep etme dürüstlük kuralının bir gereğidir. Misli ile değiştirilme ise zaten satılan mal açısından mümkün olduğu takdirde söz konusu olabilecektir. Yeni Kanunda da bu durum açıkça "İmkân varsa..." şeklinde ifade edilmiştir.

⁸⁰ Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, tüketicilerin sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda, tüketici ödediği bedel için faiz, satıcı da arabaların kullanılması için kira bedeli isteyemez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, s. 757 vd.

⁸¹ Tüketici tarafından ayıplı bir arabanın misli ile değişiminin seçildiği durumlarda birçok sorun ortaya çıkmaktadır. Bunların başında ayıpsız yeni arabanın misli olup olmadığı tartışması gelmekte, bu değişimde eski model arabalarda rayiç değer hesaplanması usulü ile yeni ayıpsız arabalar için farkın ödenip ödenmeyeceği konusunda uygulamada sorunlar ortaya çıkmaktadır. Misli ile değişimin "orantısız güçlükleri" beraberinde getirip getirmediğinin somut olayda titiz bir şekilde araştırılması gereklidir. Bunun yanında özellikle ithal arabaların fiyatı Euro üzerinden hesaplanıp TL cinsinden faturalandırılmaktadır. Bu da enflasyon yanında TL'nin yabancı paralar karşısındaki değer kaybı sebebiyle fatura miktarı açısından ciddi bir bedel kaybına sebep olmaktadır. Bize göre ithal arabalardaki kur farkından dolayı ortaya çıkan ve bariz bir şekilde tüketici aleyhine olan fatura değerinin TL cinsi yerine, bedelin ödendiği günkü rayiç kurdan Euro cinsine çevrilmesi daha isabetli olacaktır. Daha sonra bedel iadesi veya misli olmayan yeni bir araba verilmesinde farkın bulunmasında da bu tarih açısından Euro cinsindeki miktarın tekrar rayiç kur üzerinden TL'ye çevrilmesi ile bulunacak miktar esas alınmalıdır. Böylece araçtan kira bedeli alınmaması karşılığı olan tüketici paranın faizinden mahrum kalması dışında başka bir kayıp doğmamış olur. Bu konulara ilişkin tartışmalar ile yargı kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, s. 768 vd.

lın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanılması halinde üretici, ithalatçı ve satıcı müteselsilen sorumludur⁸².

Ayıplı mallardan sorumluluk konusunda en önemli hususlardan biri de ayıptan doğan hakların kullanılmasındaki zamanaşımı süresidir. VW grubu tarafından 2008'den beri satılan dizel arabaların tamamı ayıplı maldır ve bu durum 2015 yılında ortaya çıkmıştır. Bu yüzden ilk akla gelebilecek savunma zamanaşımı itirazının ileri sürülmesidir. Zamanaşımı süresi 4077 ve 6502 s. Tüketici Kanununda (m. 4/3 ve m. 12) 2 yıldır. Ancak VW grubu emisyon manipülasyonu yoluyla hile yaptığını açıkça kabul etmiştir. Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmiş olduğundan zamanaşımı süresi artık 2 (iki) yıl ile sınırlı olacaktır. Dolayısıyla 2008 veya daha sonrasında bu arabaları satın almış olan bir tüketiciye karşı zamanaşımı def'i ileri sürülemeyecektir⁸³.

C. Tüketici Hukuku Alanında Topluluk Davası

Topluluk davası olarak adlandırılmamış olsa bile benzeri talepleri içeren bir dava aslında Türk haksız rekabet hukukunda 1957'den beri mevcuttur (6762 s. TTK m. 58 ve 6102 s. TTK m. 56). İlk kez 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanununda topluluk davası Türk hukukunda sadece bir alana mahsus olmadan, doğrudan ve genel olarak düzenlemiştir. *Anglo-Sakson* hukukuna nazaran Türk hukukundaki fark, daha doğrusu eksiklik topluluk davası yolu ile topluluk üyeleri adına tazminat talep edilememesidir. TTK m. 56'daki gibi HMK m. 113'e göre sadece ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için topluluk davası açılabilir⁸⁴.

Türk tüketici hukukunda 2003 yılında yapılan değişiklikle 4077 s. Tüketici Kanunu m. 23 ve 24'de ilk kez topluluk davası açılabilmesi düzenlemiştir. 6052 s. Tüketici Kanununda da aynı imkân benzeri şekilde düzenlenmiştir⁸⁵. 6502 s. Tüketici Kanunu m. 73/6'ya göre tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde dava açabilmektedir. Dava yolu ile söz konusu tehlikenin önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması talep edilebilir. Davada görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir.

VW grubu dizel arabalarının ayıplı mal olduğu yukarıda ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştu. Her ne kadar VW grubu 2015'ten sonra üretilen dizel arabalarda bu sorunun olmadığını ileri sürmüş olsa da ABD'de bizzat kendisi risk almamak için gönüllü olarak dizel arabaların satışını durdurdu. Güney Kore'de ise yetkili makamlarca dizel arabaların satışı durdurulmuştur. Bu durumda 6502 s. Tüketici Kanunu m. 74 hükmü dikkate alınmalıdır. Hükme göre, satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde

⁸² Kara, s. 788 vd.

⁸³ Kara, s. 798 vd.

⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 308 vd.; Hanağası, s. 223 vd.

⁸⁵ Ayıp nedeniyle tüketicilerin tazminat talepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, s. 484 vd.

bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir. O halde ABD'deki durum açıklığa kavuşana kadar Tüketici Kanunu m. 74 hükmü gereğince satışa sunulan VW grubu dizel arabalarının ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi istenilmelidir ve bunun sonucunda da mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır.

D. Dizel Araçların Reklamı Sebebiyle Ortaya Çıkan Durum

Dizel araçların reklamları (tv, radyo reklamları, broşür veya gazete ilanları gibi) da Tüketici Kanunu hükümlerine göre ihlâl olarak değerlendirildiği takdirde idari para cezası ile cezalandırılmaktadır. Arabaların reklamları ticari reklamlardır. VW grubu dizel arabalarda, emisyon manipülasyonu yoluyla hilekârlık yapılmıştır ve bundan dolayı da ticari reklamlarda uyulması gereken ilkelere aykırı davranılıp davranılmadığı tartışma konusu olacaktır. Her bir reklamın tek tek incelenmesi bu makalenin boyutunu aşacağı için ayrıntıya girilmesi uygun görülmemiştir. Eğer Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde olan Reklam Kurulu ilgili reklamları ihlâl olarak değerlendirirse ve dizel arabaların reklamı devam ediyorsa bunları derhal durdurma ve ayrıca idari para cezalarına karar vermesi mümkündür (6052 s. Tüketici Kanunu m. 77/12).

4. Çevre Hukuku Açısından Değerlendirme

Dizel motorlardaki emisyon değerinin 40 kata kadar fazla çıkması çevre mevzuatını da doğrudan ilgilendirecektir. Türkiye, hem uluslararası anlaşmalar hem AB süreci sebebiyle çevre mevzuatını AB mevzuatına uygun hale getirmek için önemli değişiklikler yapmıştır. Bu konuda özellikle 2008 yılından itibaren Türkiye'de Euro Standartları uygulanmaya başlanmıştır⁸⁶. Emisyon hilekârlığı hem teknik standartlara aykırılık teşkil ettiğinden hem de çevre kirliliğine sebep olduğundan çevre mevzuatı ve diğer ilgili teknik düzenlemeler çerçevesinde VW grubu hukuki ve cezai müeyyidelere muhatap olacaktır. Dolayısıyla öncelikle 2872 sayılı Çevre Kanunu ve ilgili ikincil düzenlemelere kısaca değinmek gereklidir.

2872 s. Çevre Kanunu m. 2'de, çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki, çevre kirliliği olarak tanımlanmıştır. Zira insan ve diğer canlıların varlık ve gelişmelerini doğal yapılarına uygun bir şekilde sürdürebilmeleri için gerekli olan şartların bütününe oluşturan ekolojik denge bozulmaktadır. Bundan dolayı her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek yasaklanmıştır (m.8).

Çevre Kanunu Ek m. 4'e göre motorlu taşıt üreticileri üretim aşamasında yönetmelikle belirlenen emisyon standartlarını sağlamakla yükümlüdür. Üreticiler, ancak teknik standartlara uygun arabaları satışa sunabilmektedir. Tek-

⁸⁶ Bkz. (<http://www.tasitteknolojileri.com/2014/03/05/euro-emisyon-standartlari-nedir/>, erişim: 29.09.2016).

nik standartlara uygunluk “tip onayı” ile belgelenmektedir. AB’de motorlu taşıtların tabi oldukları teknik standartlara uygunlukları, yetkili kurumlardan (onay kuruluşları) aldıkları “tip onayı” ile belgelenmektedir. Araçların piyasaya sürülebilmeleri için tip onayı almaları gerekmektedir. Tip onayı sistemi kapsamında, AB’nin getirdiği teknik şartları karşılayan üreticiler, araç kategorilerine göre değişen tip onaylarını kendi ülkelerinde alabilmekte, ek test ve kontrollere tabi tutulmadan ürettikleri araçları diğer AB ülkelerinde piyasaya sürebilmektedir. AB’de, binek otomobil ve hafif ticari araçlardan kaynaklanan emisyonlar, halihazırda, Euro 5 ve Euro 6 standartları ile düzenlenmektedir. Dolayısıyla üreticiler ürettikleri taşıtların tip onayı için emisyon sınırlarını sağlamakla yükümlüdür. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun m. 29’a göre yapım safhasında, araçların tip onayı yönetmeliği ile buna bağlı diğer yönetmeliklerin yayımlanmasında ülkemizde Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı yetkilidir⁸⁷. Bu hususlarla ilgili olarak, AB tarafından çıkarılan yönergelerle uyumlu hale getirmek için Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca birçok yönetmelik ve tebliğ yayımlanmıştır. Bunlardan biri de Motorlu Araçlar ve Römorkları Tip Onayı Yönetmeliğidir. Bu Yönetmeliğin 32. maddesinde, *Volkswagen* tarafından gerçekleştirilen manipülasyon gibi bir durum ortaya çıktığında araçların geri çağırılması zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu hükme göre AT araç tip onayı verilmiş bir imalatçı söz konusu araç, çevre koruması açısından ciddi bir risk oluşturması halinde geri çağırılmakla yükümlüdür ve imalatçı durumu derhal bu araca onay veren onay kuruluşuna bildirmek zorundadır⁸⁸.

Sadece üreticiler değil VW grubu dizel arabaların sahiplerinin de konuya ilişkin yükümlülükleri bulunmaktadır. Motorlu taşıt sahipleri de egzoz emisyonlarının yönetmelikle belirlenen standartlara uygunluğunu belgelemek üzere egzoz emisyon ölçümü yaptırmak zorundadırlar. Egzoz emisyon ölçümleri ve standartları ile ilgili usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği kabul edilmiştir. Kanun hükmünün gereği olarak Bakanlık 2013 yılında Egzoz Gazı Emisyonu Kontrolü ile Benzin ve Motorin Kalitesi Yönetmeliğini yayımlamıştır⁸⁹. İlgili AB yönergelerinin bazı maddeleri esas alınarak hazırlanan Yönetmeliğin uygulanmasına yönelik, AB mevzuatına uygunluğun devamlı olarak izlenmesi ve güncellenmesi benimsenmiştir (Yönetmelik m. 21). Bu Yönetmeliğin Ek 1’inde de egzoz gazındaki karbon monoksit miktarları gösterilmiştir. Teknik bir alanın spesifik bilgileri olmadan emisyon değerlerini burada tek tek karşılaştırmaya gerek yoktur. Ancak VW grubu dizel arabaların kendi kataloglarından gösterilen emisyon değerlerinin 10 ilâ 40 katına kadar fazla olduğu ortaya çıkmış olduğundan bu kadar yüksek bir oranın aynı zamanda AB normlarına da aykırılık teşkil ettiğinden hareketle AB mevzuatıyla uyumlu olan Türk çevre hukukunun öngördüğü standartları da aştığını söylemek mümkündür. Emisyon değerleri çevre hukuku açısından kanuni sınırları aştığı takdirde bir ihlâl ortaya çıkacaktır. Böyle bir ihlâlin varlığı halinde Çevre Kanunu m. 15’e göre bu Kanun ve bu Kanun uyarınca yayımlanan yönetmeliklere

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. (<http://www.sanayi.gov.tr/ServiceDetails.aspx?dataID=177&lng=tr>, erişim: 29.09.2016).

⁸⁸ Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca yayımlanan “Motorlu Araçlar ve Römorkları Tip Onayı Yönetmeliği” ve bu Yönetmeliğe ilişkin değişiklikler için bkz. (<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.13168&MevzuatIlli=0&sourceXmlSearch=>, erişim: 29.09.2016).

⁸⁹ RG 30.11.2013 tarih ve 28837 sayı.

aykırı davrananlara söz konusu aykırı faaliyeti düzeltmek üzere Bakanlıkça ya da 12. maddenin birinci fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği kurum ve merciler tarafından bir defaya mahsus olmak üzere esasları yönetmelikle belirlenen ve bir yılı aşmamak üzere süre verilebilir (1.f.). Bakanlığın verdiği sürenin sonunda veya süre verilmemesi halinde ise derhal aykırılık düzeltilmez ise Bakanlıkça ya da 12. maddenin birinci fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği kurum ve merciler tarafından faaliyet kısmen veya tamamen, süreli veya süresiz olarak durdurulur. Bakanlıkça süre verilmesi ve faaliyetin durdurulması, bu Kanunda öngörülen cezaların uygulanmasına engel teşkil etmez. Ayrıca çevre ve insan sağlığı yönünden tehlike yaratan faaliyetler süre verilmeksizin durdurulacağı da öngörülmüştür.

Yukarıda ayrıntılı ortaya konulduğu üzere 2015 yılından günümüze kadar bir yılı aşkın bir zaman geçmesine rağmen VW grubu, dizel arabalarındaki egzoz emisyonlarını standartlara uygun hale getirebilecek teknik bir iyileştirmeyi hâlâ yapamamıştır. Dolayısıyla Türk çevre mevzuatı açısından idari nitelikte para cezalarının verilebilmesi mümkündür. Sadece VW grubu hukuki ve cezai müeyyidelere muhatap değildir. VW grubu dizel arabaların sahipleri gerçek veya tüzel kişiler için de idari para cezası söz konusu olabilir. Çevre Kanunu m. 20/a bendine göre yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyonuna sebep olduklarından bu arabaların sahipleri için de 2.039 Türk Lirası idari para cezası vardır⁹⁰. Bu idari para cezaları ihlâl teşkil eden bu fiillerin işlenmesinden itibaren üç yıl içinde birinci tekrarda bir kat, ikinci ve müteakip tekrarda iki kat artırılarak verilir (Çevre Kanunu m. 23). Araba sahipleri bu cezaları ödedikleri takdirde ayıplı mal sebebiyle uğradığı bu zararları kanuni şartlar içinde VW grubuna rücu edebilirler⁹¹.

VW grubu dizel arabaların piyasaya sürülmesi için emisyon değerleri hakkında teknik standarda uygunluğunu gösteren belgeyi düzenlemiş olanlar gerçeği sakladıkları için yanıltıcı bir belge düzenlemiş olacaklardır. Çevre Kanunu 26'ya göre bu Kanunun uygulanmasında yanlış ve yanıltıcı belge düzenleyenler ve kullananlar hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Cezai hükümler dışında ayrıca kirletenin hukuki sorumluluğu da bulunmaktadır. Çevre Kanunu m. 28'e göre çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır. Çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

IV. SONUÇ

"Dieselgate" olarak da adlandırılan skandal son bir yıldır dünya gündeminden hiç düşmemiştir. VW grubunun uzun yıllardır dizel arabalarda emisyon testlerinde devreye giren bir yazılım (*software*) yolu ile manipülasyon yaptığı bir vakıadır. Bu hilekârlık, VW grubu tarafından dünya çapında tahminen 11 milyon dizel arabada gerçekleştirilmiştir. Skandalın ortaya çıkmasından sonra

⁹⁰ 2016 yılı için idari para cezaların miktarları için bkz. 2872 Sayılı Çevre Kanunu Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ, RG 28.12.2015 tarih ve 29576 sayı.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, s. 782 vd.

dizel arabaların satışı ABD’de VW grubunun kendisi, Güney Kore’de ise yetkili kurumlar tarafından durdurulmuştur. Söz konusu dizel arabalarda olması gerekenden 10 ilâ 40 kat daha fazla olan emisyon değerleri, kamu sağlığı ve çevre kirliliği açısından ciddi bir tehlike arz etmektedir.

VW aleyhine açılmış olan ABD’deki ilk topluluk (kollektif, grup) davası (*class action*) sonuçlandığı takdirde ortaya çıkacak çözümlerin dünyaya da emsal teşkil edeceği kabul görmekteydi. Beklenen ilk karar nihayet 25 Ekim 2016 tarihinde açıklanmıştır. Bu karara göre VW grubu toplam 16,5milyar ABD Doları tazminat ödeyecektir. Bu kapsamda VW şirketi, 475bin adet VW grubu 2.0 litrelik dizel araba sahiplerine 5100 ilâ 10.000 ABD Doları arasında bir miktarı, iki çevre fonuna 4,7milyar ABD Doları ve bayiler için de 1,2milyar ABD Doları tazminat olarak ödemeyi kabul etmiştir. Ayrıca VW şirketi tarafından bu arabalar ya teknik standartlara uygun hale getirilecek ya da geri alınacaktır.

ABD dışında dizel skandalı hakkında en yoğun tartışma VW grubunun merkezi olan Almanya’da yaşanmaktadır. Otomobil sektörünün motor ülkelelerinden biri olan Almanya’nın dünya piyasasında sahip olduğu konum bu skandal yüzünden ciddi bir şekilde sarsılmıştır. Skandalla ortaya çıkan hilekârlık etkisini Alman iç pazarında da göstermiş ve dizel araba satışlarında uzun yıllar sonra ilk kez bir azalma trendi başlamıştır. Sektörel etki dışında bu hilekârlığın diğer bir sonucu, konuya ilişkin Alman mahkeme kararlarında tam bir karmaşanın hakim olmasıdır. Esasen tüm mahkemeler, VW grubu dizel arabalardaki emisyon hilekârlığını ayıp olarak nitelemektedirler. Ancak bazı mahkemeler bunu esaslı bir ayıp olarak değerlendirmeyerek VW grubu aleyhine açılan davaları reddederken daha yeni tarihli kararları veren bazı mahkemeler ise bunu esaslı bir ayıp olarak değerlendirip davacılar lehine karar vermektedirler. Bunun dışında VW’nin söz konusu hilekârlığı sebebiyle hisse senetlerinin değer kaybetmesi üzerine Almanya’da toplam miktarı henüz belli olmamış milyarlık tazminat davaları açılmıştır veya açılmak üzere hazırlıklar yürütülmektedir.

Türk otomobil pazarında yıllık satışlarda en çok satış yapan arabalar, sadece VW markalı (*Passat, Jetta, Golf, Polo, Tiguan* vs.) arabalardır. VW grubuna dâhil olan VW, Audi, SEAT ve Skoda markalarını birlikte değerlendirdiğimizde Türkiye’deki satış hacminin ne kadar yüksek olduğu daha iyi anlaşılacaktır. VW grubunun emisyon hilekârlığının yapıldığı motorlar tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de satılan arabalarda da kullanılmıştır. Böylesi bir hilekârlık olduğunda Türk haksız rekabet, tüketici ve çevre hukukunda bazı müeyyideler bulunmaktadır. Piyasaya sürülen bu arabaların teknik standartlara uygun olmamaları ile bu durumu VW grubunun gizlemiş olması haksız rekabete yol açacaktır. Böyle bir durumda haksız rekabetten kaynaklanan davalar ile tazminat talepleri söz konusu olabilecektir.

VW grubunun dizel arabaları ayıplı malıdır. Ayıplı olan bu arabalara ilişkin satış sözleşmelerinin tarafları dikkate alındığında ya borçlar hukuku ya da tüketici hukuku açısından bazı hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır. Araba satışlarının taraflarından biri tüketici olmadığında Borçlar Kanunu m. 219 vd. hükümleri; arabayı satın alan kişi tüketici olduğunda ise eski veya yeni Tüketici Kanunundaki hükümler uygulama alanı bulacaktır. 28 Mayıs 2013 tarihinden önceki VW grubu araba satış sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda 4077 s. Tüketici Kanunu hükümleri; daha sonraki tarihli satış sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise 6502 s. Tüketici Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

VW grubu dizel arabaların ayıplı bir mal olduğu tartışmasız olduğundan Türk tüketici hukuku açısından tüketiciye tanımış olan seçimlik haklar gündeme gelecektir. Bunlar; bedel iadesi, bedel indirimi, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesidir. Bu hakların kullanılmasında içtihatla geliştirilmiş olan başta MK m. 2'deki dürüstlük kuralı ve 6502 s. Kanun ile getirilmiş olan kanuni sınırlamalar içinde kalmak şartıyla tüketici kendisine tanıyan dört seçimlik haktan istediği birini kendi iradesiyle tercih edebilecektir.

VW grubunun hilesi sebebiyle Türk borçlar hukukundan veya tüketici hukukunda kaynaklanan haklar kullanılırken VW tarafından zamanaşımı itirazı da ileri sürülemez.

Tüketici hukuku açısından ayrıca 6502 s. Tüketici Kanunu m. 74 hükümündeki şartlar altında Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütlerinin dava yoluyla bu arabaların satışının durdurulması dâhil bazı talepleri ileri sürebilme imkânları vardır.

Bunların dışında dizel arabalardaki emisyon hilekârlığından dolayı Türk çevre hukuku ve diğer teknik düzenlemeler açısından VW grubunun hukuki ve cezai sorumluluğu vardır. Öncelikle ilgili yönetmelikle belirlenen emisyon standartlara uyulmadığı takdirde 2008-2015 yılları arasında üretilmiş VW grubu dizel arabaların satışı mümkün olmadığı gibi trafikteki arabaların trafikten men'i dahi mümkündür. Ayrıca 2015 ve daha eski model dizel VW grubu arabaların imalatçısı olan şirketler tarafından geri çağırılması da zorunludur. 2016 ve sonrası yeni model arabalardaki emisyon değerleri tarafsız kurumlarca test edilip gerçeğin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca satışı yapılmış VW grubu dizel arabaların sahipleri olan gerçek veya tüzel kişiler de egzoz emisyonlarının yüksek çıkması sebebiyle idari para cezalarına muhatap olabileceklerdir.

KAYNAKÇA

Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) BGB / Hubert Schmidt (2015, Hrsg: Bamberger/Roth), BGB § 323 Rn. 39-40, (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 08.09.2016).

Christian Wolf / Sonja Lange, "Wie neu ist das neue Kapitalanlage-Musterverfahrensgesetz?", NJW, 2012, s. 3751-3756.

Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara, 2009.

Füsun Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, 2016.

Gökçen Turan, "Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları", Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Sayı 1, 2016, s. 191-231.

Hamdi Pınar, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, Frankfurt am Main, 2003.

Hamdi Pınar, "Elektrik Satışları Üzerinden Alınan %2'lik TRT Payının Hesaplanmasının Hukuki Yönden Değerlendirilmesi", Doç. Dr. Haluk Konuralp'a Armağan, C. III, Ankara, 2009, s. 773-793.

Hamdi Pınar, "Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, Sayı.2, Özel Sayı 2012 (Baskı 2013), s. 129-156.

Hamdi Pınar, "Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi", Rekabet Dergisi, C. 15, 2014, s. 59-87.

Heinz-Dieter Assmann in: Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 1 Kapitalanlagerecht im Regelungsgefüge des Kapitalmarkt- und Finanzmarktrechts, 4. Aufl., München, 2015, Rn. 131 (beckonline).

İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, 3.B., Bursa, 2006.

İbrahim Gül, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara, 2015.

İlhan Kara, Tüketici Hukuku, Ankara 2015.

İpek Yücer Aktürk, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Sayı 2, 2016, s. 103-128.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB) / Wolfgang Ernst (2016, Hrsg: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg), BGB § 323 Rn. 246-254 (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 08.09.2016).

Osman Isfen, "Mehr Schein als Sein – die VW-Abgasaffäre aus strafrechtlicher Sicht", JA, 2016, s. 1-6.

Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2016.

Steven RH Barrett / Raymond L. Speth / Sebastian D. Eastham / Irene C. Dedoussi / Akshay Ashok / Robert Malina / David W.Keith, "Impact of the Volkswagen emissions control defeat device on US public health", in: Environmental Research Letters. Band 10, 2015, doi:10.1088/1748-9326/10/11/114005; (<http://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/10/11/114005/pdf>, erişim: 15.08.2016).

GAZETE VE DERGİ HABER VE MAKALELERİ İLE DİĞER RAPORLAR

ADAC: Mitteilungen der Juristischen Zentrale - VW-Abgasskandal – Weitere Entscheidungen Nr. 42/2016, (https://www.adac.de/sp/rechtsservice/_mmm/pdf/2016-53-VW-Abgasskandal-Weitere-Entscheidungen_263126.pdf, erişim: 07.09.2016).

ADAC: Rechtsprechungsübersicht – VW-Abgasskandal zu Fahrzeugen mit EA 189-Motoren (Stand: 14. Oktober 2016) (https://www.adac.de/_mmm/pdf/VW%20Abgasskandal_ADAC-Rechtsprechungs_%C3%BCbersicht-zu%20EA%20189-Motoren_si_14_10_16_274179.pdf, erişim: 15.10.2016).

Antje Blinda, "Test mit Überraschung: So kamen die US-Behörden VW auf die Spur", in: Spiegel Online. 21.September 2015 (<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/volkswagen-skandal-wie-die-us-behoerden-vw-auf-die-spur-kamen-a-1053972.html>, erişim: 15.08.2016).

BBC News, VW reaches US deal in emissions scandal, 21 April 2016 (<http://www.bbc.com/news/business-36103903>, erişim: 15.08.2016).

Der Tagesspiegel (31. Oktober 2015): Volkswagen erklärt Verjährungsverzicht im Abgas-Skandal / Bremer Verbraucheranwälte erreichen erstes Einlenken des Autoherstellers gegenüber betroffenen Kunden / Weitergehende Rechtsfolgen noch unklar, (<http://www.tagesspiegel.de/advertorials/ots/kwag-kanzlei-fuer-wirtschafts-und-anlagerecht-ahrens-und-gieschen-volkswagen-erklaert-verjaehrungsverzicht-im-abgas-skandal-bremer-verbraucheranaelte-erreichen-erstes-einlenken-des-autoherstellers-gegenueber-betroffenen-kunden-weitergehende-rechtsfolgen-noch-unklar/12523766.html>, erişim: 18.09.2016).

EPA, California Notify Volkswagen of Clean Air Act Violations / Carmaker allegedly used software that circumvents emissions testing for certain air pollutants (<https://yosemite.epa.gov/opa/admpress.nsf/a883dc3da7094f97852572a00065d7d8/dfc8e33b5ab162b985257ec40057813b!OpenDocument>, erişim: 16.08.2015).

Focus Dergisi (07.08.2016): VW-Skandal im News-TickerSchummel-Software bei Audi: Abgasreinigung schaltet sich nach 22 Minuten ab (http://www.focus.de/finanzen/boerse/vw-skandal-im-news-ticker-schummel-software-bei-audi-abgasreinigung-schaltet-sich-nach-22-minuten-ab_id_5799185.html, erişim: 15.08.2016).

Focus Dergisi (22.09.2015): Manipulationssoftware in 11 Millionen Autos weltweit im Einsatz, (http://www.focus.de/finanzen/news/vw-konzern-raeumt-ein-manipulationssoftware-in-11-millionen-autos-weltweit-im-einsatz_id_4964048.html, erişim: 15.08.2016).

Focus Dergisi (28.09.2015), (http://www.focus.de/finanzen/boerse/volkswagen-abgas-skandal-moegliche-milliardenkosten-auf-vw-rollt-eine-welle-von-sammelklagen-zu_id_4968824.html, erişim: 15.08.2016).

FTC Charges Volkswagen Deceived Consumers with Its “Clean Diesel” Campaign, (<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/ftc-charges-volkswagen-deceived-consumers-its-clean-diesel>, erişim: 17.08.2016).

FTC tarafından hazırlanan dilekçenin tam metni için bkz. https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160329volkswagen_cmpt.pdf, erişim: 17.08.2016).

Geulen & Klinger Rechtsanwälte: “Rechtsgutachten zu Verbrauchersprüchen infolge manipulierter Schadstoffwerte bei Personenkraftwagen”, Verbraucherzentrale Bundesverband, 28. Oktober 2015, (<http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Rechtsgutachten-VW-manipulierte-Schadstoffwerte-KFZ-Oktober-2015.pdf>, erişim: 19.08.2016).

Gregor Hackmack, “Volkswagen-Betrug führte zu 59 vorzeitigen Todesfällen”, in: Deutsches Ärzteblatt.29. September 2015, (<http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/64617>, erişim: 15.08.2016).

Martin Dowideit / Christian Schnell, “Habe ich einen VW-Schummelmotor?” in: Handelsblatt, 22. September 2015 (<http://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern-recht/recht/volkswagen-und-der-ea-189-habe-ich-einen-vw-schummelmotor/12353294.html>, erişim: 15.08.2016).

Neue Zürcher Zeitung (29.07.2016): Weitere Millionen-Strafe für Volkswagen im Abgas-Skandal, (<http://www.nzz.ch/wirtschaft/unternehmen/us-gliedstaat-washington-weitere-millionen-strafe-fuer-volkswagen-im-abgas-skandal-ld.108212>, erişim: 17.08.2016).

Nikolaus Doll, “Abgasaffäre: Volkswagen muss 2.460.876 Fahrzeuge umrüsten”, in: Welt Online. 30. November 2015 (<http://www.welt.de/wirtschaft/article149420324/Volkswagen-muss-2-460-876-Fahrzeuge-umruesten.html>, erişim: 16.08.2016).

Rainer Hank / Georg Meck, “Ein VW-Techniker hat schon 2011 gewarnt”, in: FAZ.net. 26. September 2015 (<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/im-vw-dieseltgate-gab-es-schon-2011-eine-warnung-13825485.html>, erişim: 15.08.2016).

Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 5. Januar 2016: Verbraucherzentralen fordern Kunden-Gruppenklagen, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2002054.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim: 18.08.2016).

Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 15. März 2016: Abgas-Skandal: Großinvestoren reichen Milliardenklage gegen VW ein, <https://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?vpath=bibdata%5Creddok%5Cbecklink%5C2002723.htm&hlwords=on&printdialogmode=CurrentDoc&x=41&y=5>, erişim: 22.09.2016).

Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 27. März 2016: Abgas-Skandal: Großinvestoren reichen Milliardenklage gegen VW ein, (<https://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?vpath=bibdata%5Creddok%5Cbecklink%5C2002723.htm&hlwords=on&printdialogmode=CurrentDoc&x=41&y=5>), erişim: 22.09.2016).

Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 27. Juli 2016: US-Gericht genehmigt Milliarden-Vergleich im VW-Dieselskandal, (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2003972.htm&pos=1&hlwords=on>), erişim: 17.08.2016).

Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 02. August 2016: Bayern will VW wegen Diesel-Skandal verklagen, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2004025.htm&pos=7&hlwords=on>, erişim: 28.09.2016).

Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 12. September 2016: Erster VW-Ingenieur gesteht Abgas-Betrug, (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2004344.htm&pos=1&hlwords=on>), erişim: 28.09.2016).

Redaktion beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 21. September 2015: Volkswagen räumt Manipulationen von Abgastests in den USA ein, (<https://beck-online.beck.de/Treffer/120/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2001124.htm&hlwords=on>), erişim: 16.08.2016).

Spiegel Online (02.08.2016): Dieselskandal: Bayern will VW verklagen, (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/dieselskandal-bayern-will-volkswagen-verklagen-a-1105802.html>), erişim: 22.09.2016).

Spiegel Online (02.08.2016): Dieselafläre: Südkorea stoppt Verkauf von fast allen Volkswagen-Modellen, (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/volkswagen-suedkorea-stoppt-verkauf-von-fast-allen-modellen-a-1105750.html#ref=recom-plista>), erişim: 23.09.2016).

Spiegel Online (15.08.2016): Audi soll 25.000 Autos zurückkaufen <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/audi-soll-25-000-autos-wegen-abgasskandal-zurueckkaufen-a-1117768.html>, erişim: 21.10.2016).

Spiegel Online (15.08.2016): Abgasskandal: Weitere 460.000 VW-Fahrer können ihre Autos nachrüsten lassen, (<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/vw-skandal-polo-und-seat-ibiza-sollen-jetzt-nachgeruestet-werden-a-1107634.html>), erişim: 15.08.2016).

Spiegel Online (05.09.2016): Deutschland verliert die Lust auf Diesel, (<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/diesel-deutschland-verliert-die-lust-am-selbstzuender-a-1109253.html>), erişim: 03.09.2016).

Spiegel Online (22.09.2016): VW will alle Dieselaautos bis Herbst 2017 umrüsten, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/abgasskandal-vw-will-alle-betroffenen-diesel-bis-herbst-2017-umruesten-a-1113389.html>, erişim: 22.09.2016).

Spiegel Online (01.10.2016): Abgasskandal: Kanzleramt streicht Hinweis auf Rechte von VW-Kunden, (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/volkswagen-kanzleramt-streicht-hinweis-auf-rechte-von-vw-kunden-a-1114763.html>, erişim: 01.10.2016).

Spiegel Online (03.10.2016): VW-Verkäufe brechen weiter ein, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vw-verkaeuft-in-den-usa-brechen-weiter-ein-a-1115008.html>, erişim: 03.10.2016).

Spiegel Online (07.10.2016): EU-Kommission plant Verfahren gegen Deutschland, <http://www.spiegel.de/auto/aktuell/vw-skandal-eu-kommission-plant-vertragsverletzungsverfahren-a-1115546.html>, erişim: 07.10.2016).

Süddeutsche Zeitung (29.09.2015): Auch Skoda und Seat betroffen, (<http://www.sueddeutsche.de/auto/vw-abgas-skandal-auch-skoda-und-seat-betroffen-1.2662796>, erişim: 15.08.2016).

Süddeutsche Zeitung (26.10.2016): VW darf Diesel-Vergleich in den USA abschließen, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgas-skandal-vw-darf-diesel-vergleich-in-den-usa-abschliessen-1.3222459>, erişim: 26.10.2016).

Tages Anzeiger (15.10.2015): Machte VW irreführende Werbung? (<http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Machte-VW-irrefuehrende-Werbung/story/21748786>, erişim: 17.08.2016).

United States Files Complaint Against Volkswagen, Audi and Porsche for Alleged Clean Air Act Violations (<https://www.justice.gov/opa/pr/united-states-files-complaint-against-volkswagen-audi-and-porsche-alleged-clean-air-act>, erişim: 16.08.2016).

Wirtschaftswoche: US-Behörde untersucht mögliche Vertuschung von Sicherheitsmängeln, in: Wirtschaftswoche, (<http://www.wiwo.de/unternehmen/auto/vw-us-behoerde-untersucht-moegliche-vertuschung-von-sicherheitsmaengeln/12534940.html>, erişim: 17.08.2016).

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages: Manipulation von Emissionskontrollsystemen durch Autohersteller: Mögliche zivil- und strafrechtliche Implikationen, 15. Oktober 2015, (<https://www.bundestag.de/blob/405432/c61725826babe5c65ae39282800168ef/wd-7-184-15-pdf-data.pdf>, erişim: 18.08.2016).

ÇEVİRİ
TRANSLATIONS

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE KULLANICILARI*

(COMPARATIVE LAW AND ITS CLIENTS)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow,

LL.M. (Harvard Univ.), Hamburg**

Çev./ Translated by: Gökçe Kurtulan,

LL.M. (London School of Economics)***

Öz

Geçtiğimiz yıllarda karşılaştırmalı hukuka yönelik işlevsel yaklaşımın, hukukun uygulandığı toplumun sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasi yapısıyla iç içe geçen karakteri gerekçe gösterilerek çeşitli şekillerde eleştirildiği görülmüştür. Bu makalede ise araştırma yapılırken kullanılacak yöntemin çoğulluğu üzerinde durulmuş ve karşılaştırmalı hukuk araştırmasına başvuran “kullanıcıların” ihtiyaçlarına cevap verecek yöntemin seçilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmüştür. Bu yönde öncelikle karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişimindeki çeşitli aşamalar üzerinde durulmuştur: yabancı bir hukuk hakkında bilgi edinme amacıyla yapılan araştırmalar, hukuk sistemlerinin ortak kaynağını keşfetme amacıyla yapılan çalışmalar, iç hukukun gelişmesinde örnek alınacak model hukuk enstrümanlarının ortaya konulması amacıyla yapılan çalışmalar, hukukun yeknesaklaştırılması ve son olarak ortak metinlerin yeknesak uygulamasının sağlanması amacıyla yapılan çalışmalar. Makalede daha sonra karşılaştırmalı hukuk araştırması yapılırken benimsenecek yöntemle şekil veren farklı kullanıcılar üzerinde durulmuştur: akademisyenler, avukatlar, mahkemeler, kanun koyucular, yeknesaklaştırma faaliyetini yürüten organizasyonlar vb. Her bir grubun karşılaştırmalı hukuktan beklentisinin farklı olduğunu söylemek mümkündür. Bu kullanıcıların büyük bir çoğunluğunun hukukun söz konusu ülkedeki uygulamasıyla ilgilendiğini söylemek mümkün olmakla birlikte bazı kullanıcılar tarafından hukukun sosyal, ekonomik, siyasi ve kültürel boyutlarının incelenmesinin de talep edildiği görülmektedir.

* Bu çeviri, 11.4.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 24.05.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

Jürgen Basedow, Comparative Law and Its Clients, The American Journal of Comparative Law 62, 4 (2014), 821- 857. Bu makale 5 Eylül 2013 tarihinde Fukuoka, Japonya'da Kyushu Üniversitesi'nin hukuk yüksek lisans programının açılışında yapılan konuşmayı esas almaktadır.

** Jürgen Basedow, Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü Müdürü, Hamburg; Profesör, Hamburg Üniversitesi; Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi Genel Sekreteri; Uluslararası Hukuk Enstitüsü Üyesi.

*** Gökçe Kurtulan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (gokce.kurtulan@bilgi.edu.tr).

Anahtar Kelimeler: karşılaştırmalı hukuk, hukuk metodolojisi, yöntem, yeknesaklaştırma, yabancı hukuk, işlevsel yaklaşım.

ABSTRACT

Over the years, the so-called functional approach to comparison has attracted much criticism from authors stressing the embeddedness of legal rules and institutions in a given legal system, and its intertwining with the characteristics of a specific society, economy, culture and political system. This article advocates a pluralism of methods and selection of the method of enquiry in accordance with the demand of those who intend to make use of comparative knowledge ("the clients"). Therefore, it sheds light upon its development over several stages: the aim to obtain knowledge about a foreign nation, to discover the common core of legal systems, to search for a model guiding the development of domestic law, to prepare uniform law instruments and to maintain or restore uniformity. The Article then focuses on the demand side; the various clients who shape the proper method of comparative inquiry: scholars, practitioners, courts, legislators, unification agencies etc. For each group, a specific type of demand for comparative law can be ascertained. Many of these customers are interested in the black letter law of foreign as applied in those countries in practice. In some instances, the demand extends to the social, economic, political and cultural environment of the law.

Keywords: comparative law, legal methodology, unification of law, foreign law, functional approach.

1. Giriş

Karşılaştırmalı hukuk, başka yöntemlerin yanında veya onlara alternatif olarak karşımıza çıkan bir hukuki araştırma yöntemidir. Aşağıda ilk bölümde (I) açıklanacağı üzere somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve hukukun gelişimi açısından bu yöntemin sahip olduğu önem her zaman tartışmasız bir şekilde kabul edilmiş değildir. Ancak günümüz küresel dünyasında, bir ülkenin hukuk sisteminin diğer ülkelerde yaşanan hukuki gelişmeleri dikkate almasının zorunlu olduğu şüphesizdir. Bu sebeple karşılaştırmalı hukuka dayalı araştırmaya duyulan ihtiyacın sorgulanması artık pek de mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, bu tür bir araştırmanın hizmet edeceği birçok farklı amaç söz konusu olabilir. Bu amaçlar, karşılaştırmalı hukuk yöntemine bir akademik disiplin gözüyle daha yakından bakıldığında görülecektir (II). Makalenin devamında karşılaştırmalı araştırmaların farklı amaçları hakkında daha ayrıntılı bir inceleme yapılarak (III), bu amaçları belirleyen, deyim yerindeyse karşılaştırmalı hukukun "kullanıcıları" üzerinde durulacaktır (IV vd.).

Bu makalenin vermek istediği mesaj iki yönlüdür: ilk olarak, belirli bir hukuk sisteminin özelliklerini ve özgün yönlerini incelemeyi amaçlayan yabancı hukuk çalışmaları ile iki veya daha fazla hukuk sisteminde karşılaşılan hukuk kurallarının birbiriyle karşılaştırılmasına odaklanan karşılaştırmalı hukuk çalışmaları arasında bir ayırım yapılmalıdır. İkinci olarak, bu araştırmalara uygulamada özellikle bazı sektörlerde hemen her zaman başvurulduğu belirtilmeli-

dir. Bu durum göz önünde tutulduğunda, kullanışlılığın bu yöntemin gelişimindeki temel etmen olduğu görülmektedir.

2. Diğer Yöntemlerle Rekabet Hâlinde Karşılaştırmalı Hukuk

i) Diğer yöntemlerin “vadedilmiş toprakları”:

Yıllar önce Hamburg Bölge Mahkemesi’nde raportör olarak çalıştığım zamanlarda, devam etmekte olan bir dava üzerinde yapılan bir tartışmanın ortaya çıkarmaya neden olmuştu. Dava konusu olaya ilişkin yeni bir bilginin ortaya çıkması üzerine ben ve iki hâkim, uyuşmazlığın doğru çözülmesi için izlenmesi gereken yol konusunda tartıştık. Hâkimlerden biri, yurt dışında edinilmiş tecrübelerden bir sonuç çıkararak Alman hukukuna göre bir karar verilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda şüpheliydi. Ona göre, bir Alman mahkemesi hukuki gerekçesini ancak Alman hukukunun düzenlemeleri ve ilkeleri tarafından uygun bulunan değerlere dayandırabilirdi ve bunun altında yatan neden de içtihadın demokratik meşruiyetine duyulan ihtiyaçtı.

Daha yakın bir zamanda, Fiesole, İtalya’da gerçekleşen ve New York Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından organize edilen, uluslararası satım hukuku üzerine bir konferansa katıldım. Amerikalı konuşmacıların çoğunun tebliğlerinde belirli bir hukuk sistemine atfı yoktu, bunun yerine söz konusu konuşmacılar hukukun ekonomik analizi öğretisine dayanarak varsayımsal bir senaryonun ekonomik açıdan artıları ve eksileri üzerine konuşmalarını inşa etmişti. Aynı konferanstaki Avrupalı konuşmacılar ise bunun tam aksine, ulusal hukuklardaki satım hukuku düzenlemeleri ve uluslararası bir satım sözleşmesi söz konusu olduğunda ortaya çıkabilecek kanunlar ihtilafı sorunları içinde boğuldu. Benim tebliğimin ardından, Amerikalı profesörlerden biri şu soruyu sordu: “Karşılaştırmalı hukuktan, hâli hazırda hukukun ekonomik analizi teorisi sayesinde bildiklerimize ek olarak ne öğrenebiliriz?”

Her iki olay da, diğer hukuki yöntemlere yatkınlık gösteren akademisyenler tarafından karşılaştırmalı hukuka karşı ileri sürülen temel eleştiriler gözler önüne sermektedir. Bu eleştiriler farklı temellere dayanmakta olsa da esasen ikisinin ortak bir noktası vardır: her iki eleştirinin temelinde de birbirinden farklı ama kapalı argümantasyon sistemleri bulunmaktadır. İlk eleştiri, kapsayıcı nitelikleri sayesinde dünyada ortaya çıkabilecek her yeni durum veya hukuki sorun için bir çözüm üretmeye elverişli *a priori* kurallar ve değerler üzerine kurulu olan kapalı bir sistem varsayımı üzerine inşa edilmiştir. Kara Avrupası ülkelerinde bu yöntem genellikle *doktrin* (*doctrine*, *dottrina*, *Rechtsdogmatik*) denmektedir. Bu yöntem, uzun vakit alabilen karşılaştırmalı hukuk araştırmasını gereksiz kılmanın ötesinde bu yöntemin kullanılmasını engellediği için avukatların da işine yaramaktadır.

İkinci eleştirinin de daha az dogmatik olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu eleştiri, hukukun temel amacı olduğu kabul edilen etkinlik kavramı ve insan fiillerinin arkasındaki tek itici güç olduğu düşünülen kâr maksimizasyonu üzerine kuruludur. Buna göre, her menfaat çatışmasında ve her hukuki tartışmada, somut olayı olabildiğince yansıtan bir ekonomik model üzerinden çözüm üretilmesi mümkündür. Bir model oluşturulduktan sonra, matematik kurallarının doğru uygulanması sonucunda modelin etkin olup olmadığı sorusunun cevabı ortaya çıkmaktadır. Bu teoriye göre, adalet kavramı, işin içine dahil tüm insanların varlık maksimizasyonu anlamına gelen etkinlik kavramına

denk bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü üzere bu değerlendirilmenin aşamalarının hepsi ulusal veya yabancı bir hukuk sistemine dair mevcut ampirik bilgidен tamamen bağımsızdır. Bir hukuk kuralının etkin olup olmadığı sadece yürütülen bu ekonomik analize göre belirlenir. Eğer hukuk kuralı etkinlik kıstasından sapıyorsa bu, söz konusu hukuk kuralının sonu demektir. Bundan sonra artık kuralın tarihi kökenleri veya hukuk politikası tercihleri gibi başka sorgulamaların yapılmasına gerek kalmamaktadır.

ii) Karşılaştırmalı Hukukun Kesin Sonuçlar Ortaya Koyma Niteliğinden Yoksun Olması

Karşılaştırmalı hukuk, hukukun ekonomik analizi veya hukuki dogmatizme dayanan diğer kapalı sistemler ve bunların tek boyutlu yöntemlerine kıyasla kendi düşünsel işleyişinde ve sonuçlarında çok daha düşük seviyede bir kesinlik ortaya koyar. Hangi hukuk kuralları karşılaştırma yapılmasına uygundur? Yeterli derecede kesinlik olmaksızın yabancı bir hukukun içeriğini bilmek nasıl mümkündür? Yabancı bir gözlemci tarafından ulusal hukuka dair elde edilen bilgi, yerli bir hukukçu tarafından bu hukuka dair yapılacak bir değerlendirmeye eş olabilir mi? Yabancı hukuku, bu hukukun anlaşılması için önem taşıyan ekonomi, toplum, politik yapı ve kültür gibi etmenlerden bağımsız bir şekilde inceleyip yine de önem taşıyan hususları gözden kaçırmamak mümkün müdür? Karşılaştırma için kıstas *tertium comparationis*¹ midir? Karşılaştırmalı araştırma sonucu üretilen argümanların ağırlığının diğer argümanlar karşısındaki yeri nedir? Herhangi bir konu ele alınıp buna yönelik bir karşılaştırmalı araştırma yürütülmeye başlandığında belirli güçlükler kendini gösterir. Geçtiğimiz yıllarda, yukarıda bahsi geçen sorunlar üzerine kapsamlı bir tartışma yaşanmıştır. Bu tartışmada ileri sürülen fikirlerin çoğu ya epistemolojik bir yapıya sahiptir ya da karşılaştırmalı hukuka dair diğer felsefi sorunlara yönelmektedir. Hatta bu tartışma kapsamında, en başta hukukların karşılaştırılmasının mümkün olup olmadığı dahi sorgulanmıştır.² Söz konusu kapsamlı tartışmaya bu makalede yer verilmeyecektir. Ancak bu tartışmanın varlığının teori ve uygulama arasında gitgide büyüyen yabancılaşmayı ortaya koyduğu söylenebilir. Zira ileri sürülen bu argümanların ciddiye alınması, aslında birçok alan

¹ Tertium comparationis, karşılaştırmaya tâbi tutulan iki şeyin sahip oldukları ortak nokta veya başka bir deyişle karşılaştırma kriteri anlamına gelmektedir (Çevirmenin notu, Ç. N.).

² Bu tartışmaya katılan yazarların bazıları için bkz. Esin Örcü, *The Enigma of Comparative Law*, Leiden, 2004; Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Londra, 2007; Mark van Hoecke, *Deep Level Comparative Law: ed. Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, 2004, s. 165-196; ayrıca bkz. Pierre Legrand, *Variations on the Main Theme: Fragments on Laws-as Culture*, Deventer, 1999; Franz Werro, *Comparative Studies in Private Law- A European Point of View: The Cambridge Companion of Comparative Law*, Mauro Bussani/Ugo Mattei (ed.), Cambridge, 2012, s. 117-144, s. 135 vd. Bu tartışmada ileri sürülen argümanlarla ilgili çok açık bir araştırma için bkz. Ralf Michaels, *The Functional Method of Comparative Law: The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford, 2006, s. 339-382. Yazar, diğerleri tarafından ileri sürülen eleştirileri de dikkate almakla birlikte özellikle hukuki gelişimin arkasındaki itici gücün, işlevsel karşılaştırmalı hukuka karşı dile getirilen epistemolojik itirazlara ağır basabilecek erekbilim (teleology) olduğunu ifade etmiştir. Bunun aksine işlevsel yaklaşımı savunan bir görüş için bkz. Sarah Piek, *Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2013, s. 60-87. Her iki eser de uluslararası bu tartışmaya ilişkin birçok farklı atf vermektedir.

için bir zorunluluk olan ve gerekliliği üzerinde bir fikir birliği mevcut olan karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının uygulamadaki yerine son verilmesi anlamına gelecektir.

Uygulamada karşılaştırmalı hukuk araştırmalarına duyulan ihtiyacın çarpıcı bir örneği 1988 yılında Federal Hükümet tarafından Alman Dereğülasyon Komisyonu'na verilen yetkide kendini göstermektedir. Bu yetki uyarınca Komisyon'un "yabancı ülkelerdeki dereğülasyon tecrübelerini dikkate alması ve bunları Federal Hükümet'in koşullarına uyarlaması" gerekmektedir.³ Bu yetkilendirmenin kullandığı dil karşılaştırmalı hukukçular için tanıdıktır. Bunun yanı sıra aynı dil karşılaştırmalı söylemin genişliğine bir kanıt mahiyetindedir. Zira "dikkate almak" ifadesi "yabancı ülkelerdeki dereğülasyon tecrübelerinden sonuç çıkarmak" ifadesine göre çok daha soyut ve muğlak niteliktedir. Aynı yönde "koşullara uyarlanması" ifadesinin de yabancı kuralların bir model olarak alınıp alınmayacağı ve bu yapılacaksa kapsamın ne olması gerektiği sorusuna bir cevap vermediği görülmektedir. Aslında bu yetkilendirme somut ve anlaşılır olmaktan uzaktır ve bu yüzden söz konusu ifadelerin karşılaştırmalı hukukçulara geniş bir takdir yetkisi sunduğu söylenebilir. Bu yönüyle bahsi geçen yetkilendirme, hem karşılaştırmalı hukukun kullanıcılarının beklentilerine hem de bu yöntemin kullanılmasında ortaya çıkan güçlüklerle ilişkin bir göstergedir.

Söz konusu yetkilendirmenin tüm bunların yanında, karşılaştırmalı hukukun modern dünyadaki politika geliştirme sürecine ve hukukun gelişimine yapacağı katkı üzerine detaylı bir düşünceyi yansıttığı söylenebilir. Bu, net ve kolay bir süreç değildir ve farklı temellere dayanan sayısız karşı argümana açık olmalıdır. Karşılaştırmalı araştırmaların kesinlik arz eden bir sonuç ortaya koymaması, bu araştırmaya dahil olma konusunda kişileri demotive edebilir. Akademisyenlerin uzun zaman alacak olan yabancı hukukun incelenmesine ilişkin bu faaliyete, yaptıkları araştırmanın ileride "yöntemsel farkındalık"tan yoksun olduğu gerekçesiyle yaftalanacak olduğunu bile bile neden girişeceği sorgulanabilir. Bunun yerine söz konusu akademisyenlerin hukukun ekonomik analizi veya hukuki dogmatizm gibi inandırıcı argümanlar sunan diğer yöntemlere sığınmasının daha mantıklı olduğu düşünülebilir. Ancak bu yöntemlerin, her ne kadar bilişsel olarak ilgi çekici oldukları ve zaman tasarrufu sağladıkları düşünülebilse de, gittikçe karmaşıklaşan dünyayı ve birbirine geçmiş yasama süreçlerini anlamak konusunda pek yardımcı olduklarını söylemek mümkün değildir.

iii) Küreselleşmenin etkisi

Günümüz dünyasından bahsedilirken; pazarların, toplumların, kültürlerin ve politik sistemlerin birbiriyle bağlantılı olma durumu olarak tanımlanabilecek küreselleşme fenomeninden söz edilir.⁴ Sınırların gittikçe artan geçirgenliği ve ulusal ekonomiler ile toplumların yabancı ekonomiler ve toplumlar arasındaki açıklığı hukukun gelişiminde önemli bir etkiye sahiptir. Hukukun gelişiminin artık münhasıran tek bir ülkenin iç politik tartışma ortamından

³ Bkz. *Deregulierungskommission Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktweiterer Regularungen, Marktöffnung und Wettbewerb*, Stuttgart, 1991, bölüm V. Yukarıda alıntılanan bölüm Alman Federal Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan yayınlanmamış İngilizce çeviriden alınmıştır.

⁴ Bununla ilgili olarak ve küreselleşmenin benzer nitelendirmeleri için bkz. John Baylis/Steve Smith (ed.), *The Globalization of World Politics*, Oxford, 1997, s.7, s. 15.

kaynaklandığının düşünülmesi mümkün gözükmemektedir. Zira, bir ülkenin hukuk sisteminde meydana gelen gelişmelerin aynı zamanda başka ülkelerde ortaya çıkan gelişmelerden ve bunların söz konusu ülkede yarattığı tepkilerden geniş çapta etkilendiği bir gerçektir. Ulusal düzeydeki hukuki tartışmaları sıkça etkileyen etmenlerden biri; bu kuralların söz konusu ülkede kabulünden bağımsız bir şekilde, başka ülkelerde hâli hazırda uygulanıyor olmasıdır. Kısaca, tıpkı kültürel etkileşimler ve diğer fikirler gibi, hukuki kavramlar ve ilkeler de sınırlar ötesi bir şekilde yayılmakta ve diğer ülkelerdeki politik ve hukuki tartışmaları etkilemektedir.

Yukarıda deregülasyon çalışmaları ile ilgili verilen örneği tekrar ele alalım. Deregülasyon hareketi Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'lerde başlamış, sonrasında öncelikle Birleşik Krallık'a, ardından da Avrupa'ya ve İngiltere'ye konuların diğer ülkelere, sonrasında ise Latin Amerika'ya ve Asya'ya sıçramıştır. Piyasaların serbestleştirilmesine yönelik çalışmalar belirli yönleriyle desteklenebilir ya da eleştirilebilir. Fakat söz konusu reformun dünya çapında gerçekleşmiş olduğundan şüphe etmek mümkün değildir. Yukarıda bahsi geçen Alman Deregülasyon Komitesi'ne verilen yetki, fikirlerin sınırlar ötesi akışına ve bunu takip eden karşılaştırmalı araştırmalara ilişkin politik ilgiye yönelik açık bir kanıt ortaya koymaktadır. Dünyaya hâkim olan ve bir neo-liberalizm dalgası olarak anılan bu durumun aslında ekonomiye, politikaya ve karşılaştırmalı hukuka ilişkin araştırmaların bir birleşiminden doğduğu söylenebilir.

Daha güncel bir diğer örnek eşcinsel çiftlerin durumuna ilişkindir. Eşcinselle karşı duyulan husumet, batı kültüründe ve hukukunda yaygın olarak kendini göstermekle birlikte 1980'lerin başında öncelikle Avrupa'da, daha sonra Amerika ülkelerinde silikleşmeye başlamıştır. Öyle ki zamanla eşcinsellerin özgürleşmesine ve eşit muameleye tâbi olmasına yönelik kurallar geliştirilmiştir. Bu kurallar öncelikle İskandinav ülkelerinde ve diğer Avrupa ülkelerinde, sonrasında ise diğer bazı ülkelerde bir model kanun düzenlemesi olarak değerlendirilmiştir.⁵ Günümüzde eşcinsel çiftlerin sadece özgün bir kurum olan "kayıtlı ortaklık" sisteminden değil aynı zamanda evlilik kurumunda da yararlanabilmesi gerektiği özellikle İsveç, İspanya ve Hollanda gibi bazı Avrupa ülkelerinde tartışılmaktadır. Ancak bu tartışmanın dünya çapında başka ülkelere de taşınmış olduğu söylenebilir. Nitekim yakın geçmişte Fransa'da gerçekleşen görkemli protestolar ve ABD Federal Mahkemesi'nin⁶ ve Almanya Anayasa Mahkemesi'nin⁷ vermiş olduğu yenilikçi kararlar bunun örneğidir. Bu örnekler karşılaştırmalı hukukun, yasa koyucular, ulusal mahkemeler ve en önemlisi de internet sayesinde halklar üzerindeki geniş çaplı etkisini ortaya koymaktadır.

Hukuki kavramların ve ilkelerin sınırlar ötesi dolaşımının önüne geçilemeyeceği artık açıktır. Eğer bahsi geçen bu sınırlar ötesi dolaşım bir şekilde engellenirse, göç ve sermaye akımı bağlamında kalıcı bir arbitrajın ortaya çıkması kaçınılmaz gözükmektedir. Bu açıdan karşılaştırmalı hukuk, hukuki fikirlerin bu önlenemez nitelikteki sınırlar ötesi dolaşımına yön veren bir akademik

⁵ Bkz. Jürgen Basedow/Klaus Hopy/Hein Kötz/Peter Dopffel (ed.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen, 2000 ve içindeki birçok ulusal rapor.

⁶ Hollingsworth v Perry, 26 Haziran 2013 tarihli karar, no: 12-144.

⁷ Bundesverfassungsgericht 7 Mayıs 2013, 2 BvR 906/06, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, 2257.

disiplin olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu disiplinin gelişim süreci daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

3) Karşılaştırmalı Hukukun bir Akademik Disiplin Olarak Gelişimi

i) Roma hukukundan kanunlaştırma ve iktibasa

Karşılaştırmalı hukuk, hem ilk olarak ortaya çıktığı Avrupa ülkeleri için hem de diğer ülkeler için aslında görece yeni bir disiplindir. Avrupa'da yerel ve bölgesel hukuk kurallarının öteden beri birbirinden farklı düzenlemeler getirdiği bir gerçektir. Fakat bu durumun geçmişte akademisyenlerin pek ilgisini çektiğini söylemek doğru olmaz.⁸ Zira akademisyenlerin yüzyıllar boyunca yaşadıkları dönemde “doğru” olduğunu düşündükleri hukuk ile ilgilendikleri görülmektedir. Bahsi geçen bu “doğru” hukuktan kasıt hiç kuşkusuz birçok konuyu düzenleyen geniş kapsamlı ve hem tarihi süreç hem de İmparator ve Papa'nın meşruiyeti sayesinde adeta kutsal kabul edilen Roma hukuku ya da Kilise hukukudur. Belirtmek gerekir ki bu dönemde Roma hukukunun da kendi içinde yeknesak bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasından söz etmek mümkün değildir. Buna rağmen, Roma hukuku akademisyenler tarafından tek bir hukuk sistemi olarak kabul edilmiş ve bölgeler arasındaki kural farklılıkları 19. yüzyılın ikinci yarısından önce herhangi bir akademik çalışmanın konusu yapılmamıştır.⁹ Bu farklı yorum ve uygulamaların önemi ancak ayrılmaz bir yönetim birimi olarak düşünülen Avrupa'nın, ulus-devlet kavramının yükselişi karşısında yenik düşmesiyle ortaya çıkmıştır. Bunu takiben birçok ülkede gerçekleşen kanunlaştırma hareketleri sonucunda Avrupa'nın hukuk alanında da bölünmesi ile akademisyenler bu farklılıklar üzerinde çalışmaya başlamıştır. Roma hukukunun bu sistemler üzerindeki etkisinin azaltılması amacıyla bu dönemde kanunlar olabildiğince çok hususu düzenlemek üzere kapsayıcı bir niteliğe sahip olacak şekilde tasarlanmıştır. Bu gelişmelerle birlikte, akademisyenlerin ilgisi de doğal olarak bu yeni düzenlemelere yönelmiştir.¹⁰

⁸ Bkz. Charles Donahue, *Comparative Law before the Code Napoléon*, The Oxford Handbook of Comparative Law, Reimann/Zimmermann (ed.), Oxford, 2006, s. 3-32. Yazar, geçtiğimiz yüzyıllarda da hukukçuların hukuk sistemleri arasındaki farklardan haberdar olduğunu fakat buna ilişkin herhangi bir sistematik araştırmaya rastlanmadığını ifade etmiştir.

⁹ 1859 yılında doğan Avusturya-Alman asıllı bir Roma hukuku profesörü olan Ludwig Mitteis, Roma hukukunun İmparatorluk'un doğusunda uygulandığı şekillerinin karşılaştırılmasına ilişkin bir akademik çalışma yapan ilk akademisyendir. Bkz. Reinhard Zimmermann, “In der Schule von Ludwig Mitteis”- Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 65, 2001, s. 1-38.

¹⁰ Jayme'ye göre, 1857 yılında Cenova'da “Critica di una scienza delle legislazioni comparate” başlıklı eserini yayınlayan İtalyan profesör Emerico Amari bu disiplinin kurucularından kabul edilmelidir. Bkz. Eric Jayme, *Emerico Amari (1810-1870) und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft: Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, Heidelberg, 2000, s. 3-19. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin ilk hukuk dergileri 1869'da Fransa'da yayınlanan *Revue de droit international et de législation comparée* ve 1878'de Almanya'da yayınlanan *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*'tir.

Bahsi geçen dönemlerde kanunlaştırma hareketi, ticari ilişkilerin gelişmesi ve toplumların modernleşmesi için zorunlu bir yol olarak görülmüştür.¹¹ Bu hedeflerin gerçekleştirilmesi için ülkelerde bir uyumsuzluk çözüm mekanizmasının bulunmasının ve yargının din veya politika gibi başka etmenlerden bağımsız ve saydam bir şekilde işliyor olmasının zorunlu olduğu ileri sürülmüştür. Avrupa dışındaki ülkelerde ise, hem kanunlaştırma hareketi hem de güçler ayrılığı veya başka bir deyişle “hukukun üstünlüğü” ilkesinin gelişmesi ancak peyderpey söz konusu olabilmıştır. Birinci Dünya Savaşı'ndan önce dünyada hâkim olan ve temellerini Avrupa'da bulan bu ilkeleri benimsemiş olan akademisyenlerin, hâkimlerin ve politikacıların etkisiyle dünyanın diğer bölgelerinde de Fransa ve Avusturya gibi Avrupa ülkelerinin hukuk sistemleri kabul edilmiştir.

Böylece, her ne kadar henüz hukuk kurallarının karşılaştırılması aşamasına geçilmiş olmasa da, dünyada bir iktibas hareketi başlamıştır. Ancak bahsi geçen bu hareketin orta çağ Almanya'sında söz konusu olan Roma hukukunun “sözde” iktibasından ayırt edilmesi gerekir. 19. yüzyılda, yabancı hukuk sistemlerinden gelen hukuk kurallarının deyim yerindeyse ithal edilmesi bir moda hâline gelmiştir. Latin Amerika'da, Şilili yazar *Andrés Bello*'nun¹² ve Brezilyalı hâkim *Teixeira de Freitas*'in¹³ yazıları sayesinde bu devletlerin özellikle Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*) ile tanışıklığı sağlanmış ve akabinde Fransız Medeni Kanunu bir model kanun olarak benimsenmiştir. Benzer yonde, Osmanlı İmparatorluğu'nun 1877 tarihli Mecelle'si de hem Avrupa'da gerçekleşen kanunlaştırma hareketlerinden etkilenmiş hem de Şer'i hukukun birtakım düzenlemelerini benimsemiştir.¹⁴ Türkiye'de, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra ve *Kemalist* devrimin ortaya çıkışıyla 1927 yılında Mecelle'nin yerine, İsviçre Medeni Kanunu'nu esas alan lâik bir medeni kanun kabul edilmiştir.¹⁵ Osmanlı İmparatorluğu'nun dağılmasından sonra ortaya çıkan diğer Arap devletlerinde ise genellikle Fransız Medeni Kanunu'nun etkilerini taşıyan ve hâkim *El-Sanhuri* tarafından tasarlanmış olan Mısır Medeni Kanunu'nu model olarak benimsendiği gözlemlenmiştir.¹⁶ Doğu Asya'da, ticaret hukuku alanında hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla bu yönde bir gelişme için Amerika ve Avrupa tarafından politik baskı yaratılmıştır. Bu baskı ilk olarak Japonya'da sonuç

¹¹ Bkz. Reinhard Zimmermann, Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law, *European Review of Private Law*, 2012, s. 367-399. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Kodifikasyon – Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi, Reinhard Zimmermann, Çev.: Yard. Doç. Dr. Ece Baş Sützel, Av. Meliha Sermin Paksoy, IÜHFM C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 409-436 (Ç.N.); Jürgen Basedow, Conclusions: Du Code Napoléon à la codification européenne – 200 ans de codification à la lumière de ses fonctions, *Le Code civil français dans le droit européen*, ed. Jean-Philippe Dunand, Bénédicte Winiger, Brüksel, 2005, s. 303-328.

¹² Bkz. Andrés Bello y el Derecho Latino-americano, Congreso Internacional, Roma 10/12 diciembre 1981, Caracas 1987.

¹³ Bkz. Sandro Schipani (ed.), Augusto Teixeira de Freitas il diritto latino americano, Padova, 1988.

¹⁴ Bkz. Nadjma Yassari, Islamic Countries, Influence of European Private Law, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (ed.), C. 2, Oxford, 2012, s. 1000-1004.

¹⁵ Yeşim M. Atamer, Turkish Civil Code and Turkish Code of Obligations, Basedow/Hopt/Zimmermann (ed.), s. 1701-1705.

¹⁶ Yassari.

vermiş ve Japonya'da 1868 yılında gerçekleşen *Meiji Devrimi*¹⁷ ile birlikte kanunlaştırma çalışmalarında başlanmıştır. Öyle ki, 1896-98 yılları arasında yasalastırılan Japonya Medeni Kanunu *Minpo*, Fransız ve Alman hukukundan etkiler taşımaktadır.¹⁸ *Minpo* aynı zamanda Kore hukukunu ve Çin Cumhuriyeti hukukunu da etkilemiş ve günümüzde hâlâ daha Tayvan'da yürürlükte olan 1931 tarihli Medeni Kanun'unun temelini oluşturmaktadır.¹⁹

ii) Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının aşamaları

Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının konusunu oluşturan birbirinden farklı ve kapsamlı hukuk sistemlerinin ortaya çıkması ancak 19. yüzyılın sonlarında söz konusu olmuştur. Bu hukuk sistemlerinin aynı anda mevcut olması yeni bir hukuki paradigmanın oluşumunu tetiklemiş olmakla birlikte, öğretinin bu konuya eğilmesi biraz daha zaman almıştır. Bu yüzden tarihteki ilk karşılaştırmalı hukuk konferansının ancak 1900 yılında ve Paris Dünya Fuarı'nın bir yan etkinliği olarak gerçekleşmiş olması şaşırtıcı değildir. Bu konferans, hukukçuların yabancı hukuk üzerinde çalıştıkları ilk etkinlik olmamakla birlikte, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının yeni bir akademik disiplin olarak görülmesini sağlamıştır. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişimi çeşitli aşamalarda gerçekleşmiştir.

1) Karşılaştırmalı hukuk araştırması, ilk aşamada kanunlaştırma hareketleri sonucunda birçok hukuk sisteminin kaynağı olma rolünü yitiren Roma hukukunun veya *ius commune*'nin²⁰ bir ikamesi olarak düşünülmüştür. İlk klasikçilerinden olan *Eduard Lambert*, bu araştırmanın amacının, birçok farklı sistemdeki hukuk kurallarından ve içtihatlardan yola çıkarak belirli bir ortak kural ve kavramlar bütününe, yani bir "ortak hukuka" (*droit commun législatif*) ulaşmak olarak tanımlamıştır.²¹ Bunu takiben, Cornell Üniversitesi'nin ve Avrupa Özel Hukukunun Ortak Temeli Projesi'nin kurucusu olan *Rudolf Schlesinger* de benzer bir şekilde hukuk sistemlerinin "ortak temelini" bulma amacıyla araştırmalarını yürütmüştür.²²²³ Belirtmek gerekir ki bu yaklaşımın temelinde hukukun yeknesaklaştırılması amacı bulunmamaktadır. Farklı hukuk sistemlerinin ortak temelini bulmasına yönelik bu araştırma, karşılaştırmalı hukuk disiplininin gelişmesi için gerekli olan bir ilk adım ve aşağıda açıklanacak olan sonraki aşamalar için bir temel oluşturmuştur.

¹⁷ Meiji Devrimi, Japonya'da 1868 ve 1912 yılları arasında Japonya'nın siyasi ve toplumsal yapısını moderleştirilmesi ve Batılaştırılmasına yönelik yeniliklerin yapıldığı bir dönemi kapsayan ve Japonya'da bu tarihten önce süregelen askeri yönetime son vererek İmparator Meiji'nin hükümdarlığının başlangıcı olan devrimdir. (Ç.N.)

¹⁸ Harald Baum, *Japanese Law, Influence of European Private Law*, Basedow/Hopt./Zimmermann (ed.), s. 1010-1014.

¹⁹ Knut Pissler, *Chinese Law, Influence of European Private Law*, Basedow/Hopt./Zimmermann (ed.), s.182-185.

²⁰ *Ius commune*, ya da Müşterek Hukuk, Roma hukukunun 11. yüzyıldan itibaren Avrupa devletlerinde iktibası sonucunda ortaya çıkan, her devletin kendi örf ve âdetlerini yansıtan kurallarının yanı sıra her devlette ortak olarak bulunan kurallar bütününe verilen isimdir. (Ç.N.)

²¹ Eduard Lambert, *La Fonction du droit civil comparé*, C. 1, Paris, 1903, s. 1.

²² Rudolf B. Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems*, in: XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema, Leyden, 1961, s. 65 – 79. Aynı makale başka bir eserde tekrar yayımlanmıştır. Bunun için bkz. Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, 1978, s. 249 – 269.

²³ Detaylı bilgi için bkz. www.common-core.org.

2) Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişiminin bir önceki aşamasıyla aynı zamanda gerçekleşen ikinci aşaması, ülke temelinde birtakım araştırmaların yapılması ve bunların belirli bir sisteme oturtulmasından oluşmaktadır. Bu çalışmaların amacı, belirli bir yabancı hukuku daha iyi anlayabilmektir. Ulusal hukuk sistemlerinin, ilgili dönemde hâkim olan ulus-devlet anlayışının etkisiyle ulusal kimliklerin bir yansıması olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bu görüş 19. yüzyılın başlarında *Savigny* tarafından da savunulmuş ve ulusal hukuk sistemleri de “*Volksggeist*”ın (halkın ruhu) bir parçası olarak ifade edilmiştir. Bu yüzden yabancı hukuk kurallarının, yabancı ulusların kültürüne dahil olduğu kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, yabancı bir hukukun anlaşılması ancak yabancı bir ulusun kültürünün anlaşılması ile mümkündür. Akademisyenlerin gittikçe daha çok yabancı hukuk sistemini incelemesi sonucunda, bu hukukların benzer özellikleri taşıyan diğer hukuklar ile birlikte sınıflandırılması, başka bir deyişle “hukuk ailelerinin” ortaya çıkması söz konusu olmuştur. Birden çok sınıfın etkisi altında kalan, özellikle de hem Kara Avrupası hukuku hem de *common law* etkisi altında kalan sistemler için ise “karma sistemler” tanımlaması yapılmıştır.²⁴ Bu sınıflandırmanın “Batı kültürünün etkisi altında” olduğu gerekçesiyle eleştirilmesi üzerine, Asya ülkelerinin hukuk sistemleri ile Batılı ülkelerin hukuk sistemleri arasındaki iktibas sonucunda ortaya çıkan etkileşimin açıklanması amacıyla Çinli hukukçu *Mi Jian* tarafından “iç içe geçen, kaynaşık sistemler” (*legal systems of interflow*) ifadesi kullanılmıştır.²⁵

Bu aşamada da karşılaştırmalı hukuk araştırmaları, hukukun belirli problemleri alanlarına değil, hukuk sistemlerinin bütününe odaklanmıştır. Bu yüzden zaman zaman “makro-karşılaştırma” olarak tanımlanan bu araştırmaların aslında daha ziyade yabancı bir hukukun anlaşılmasına yönelik araştırmalar için uygun olduğu görülmektedir. Zira bu araştırmaların temel amacı bir karşılaştırma yapmak değildir. Bu araştırmalara örnek olarak *Arminjon*, *Nolde* ve *Wolff* tarafından yürütülmüş üç ciltlik araştırma²⁶ veya *René David* tarafından yazılmış olan ünlü Fransız ders kitabı “Günümüz Dünyasının Temel Hukuk Sistemleri” (*Major Legal Systems in the World Today*) verilebilir.²⁷ Bu metinler, çeşitli hukuk sistemlerini, etkilendikleri diğer hukuk sistemleri üzerinden, örneğin Fransız hukuku, Alman hukuku, İslam hukuku, *common law*, Sovyet hukuku gibi, tanımlamaktadır. Bu tür sınıflandırmaların son yıllarda da ortak tarih, kültür ve gelişmeler dikkate alınmak suretiyle “epistemik toplulukların”²⁸ tanımlanmasına yönelik araştırmalarda kullanıldığı görülmektedir.²⁹

3) Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişiminin üçüncü aşamasında ise önceki aşamalardan farklı olarak bir hukuk sisteminin tümüne değil, hu-

²⁴ Bkz. Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdictions*, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Jan Smiths (ed.), Cheltenham, 2006, s. 467-475.

²⁵ Mi Jian, *On the Communication of Legal Culture and the Subjective Consciousness of Culture*, *China Legal Science* 1, 2013, s. 49.

²⁶ Pierre Arminjon/Boris Nolde/Martin Wolff, *Traité de droit comparé*, C. 1-3, Paris, 1950-51.

²⁷ René David/John Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Londra, 1985.

²⁸ Epistemik topluluk kısaca, belirli bir konuda bilgiye ya da uzmanlığa sahip olan kişiler tarafından oluşturulan toplulukları tanımlamak için uluslararası ilişkiler disiplinde kullanılan bir kavramdır. (Ç.N.)

²⁹ H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World- Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2007. Ayrıca bkz. Horatia Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, Reimann/Zimmermann (ed.), s. 579-607.

kukun belirli alanlarına odaklanılmıştır. Örneğin imalatçının sorumluluğu, sözleşmenin kurulması, evlat edinme, basit muhakeme usulü, yasama süreci, kamu-özel ortaklıkları, internet suçları veya ceza muhakemesinde iddia pazarlığı (*plea bargaining*) gibi belirli konular ya da sorunların farklı hukuk sistemlerinde nasıl çözümlendiği araştırılmıştır. Böylece çeşitli hukuk sistemlerinde sunulan çözümlerin gerçekten birbiriyle karşılaştırılabilmesi mümkün olmuştur. Bir “mikro-karşılaştırma” olarak tanımlanabilen bu yaklaşım Birinci ve İkinci Dünya Savaşları arasındaki dönemde geliştirilmiş ve 1923 yılında kurulan Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi (*Academy of Comparative Law*) tarafından da desteklenmiştir.³⁰ Akademi'nin amaçları arasında, kurulduğu günden bu yana belirli sorunlar için farklı hukuk sistemlerinde sunulan çözümler hakkında bilginin artırılması yer almaktadır. Birçok ülkenin sunduğu ulusal raporların kapsamlı bir genel rapor haline getirilmesiyle, uluslararası birtakım gelişmeler takip edilebilmekte ve ulusal hukuk sistemlerinin ortak yönleri ortaya konulabilmektedir. Bu yayınlardan en kapsamlı olanı 1920'lerin sonunda Almanya'da yayınlanan “Karşılaştırmalı Hukuk Sözlüğü” (*Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*) olmuştur.³¹

4) Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişimindeki dördüncü aşamanın karakteristik özelliği, işlevsel bir yaklaşımı benimsemiş olmasıdır.³² Bu yaklaşım uyarınca belirli bir sorun için farklı hukuk sistemlerinde sunulan çözümler, hukuk kurallarının sosyal ve ekonomik işlevi bağlamında bir karşılaştırmaya konu olmaktadır. Bu araştırmaların sonucunda, farklı hukuk sistemlerindeki hukuk kuralları değişiklik gösterse de, bu sistemlerde söz konusu soruna ilişkin olarak sunulan çözümlerin aslında pratik açıdan benzer olduğu görülmüştür. Örneğin, işçilerin haksız yere işten çıkarılma karşısında sahip oldukları koruma ele alındığında, Hollanda ve Alman hukuklarında benimsenen çözümün farklı olduğu fakat bu çözümlerin benzer sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Hollanda hukuku uyarınca bu bir idare hukuku sorunu olarak karşımıza çıkmakta ve işten çıkarmanın geçerli olabilmesi için işçinin temsilcisinin onayı aranmaktayken, Alman hukukunda bu sorun iş hukuku ve medeni hukuk açısından ele alınmaktadır.

1920li ve 30lu yıllarda bahsi geçen bu işlevsel yaklaşım üzerindeki teorik tartışmaların yoğunlaşmasını sağlayan kişi, Hamburg'da bulunan ve bugünkü adıyla Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü'nün kurucu müdürü *Ernst Rabel*'dir.³³ Esasen uygulamada karşılaştırmalı hukuk

³⁰ Akademi ile ilgili olarak bkz. www.iuscomparatum.org.

³¹ Franz Schlegelberger ve diğerleri (ed.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, C. 1-7, Berlin, 1929-1940; son girdisi “Vermächtnis” (miras) olan bu ansiklopedi tamamlanmamıştır.

³² Bugün bu işlevsel yaklaşım genel kabul görmekte ve hatta karşılaştırmalı hukuk araştırmasına denk olduğu düşünülmektedir. Bu yaklaşımın en etkileyici tanımlaması Konrad Zweigert ve Hein Kötz tarafından yapılmıştır. Bkz. Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Introduction of Comparative Law*, çeviren: Tony Weir, Oxford, 1998, s. 34 vd. İşlevsel yaklaşıma yöneltilen eleştiriler için ise bkz. dn. 3.

³³ Ernst Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*; Ernst Rabel- *Gesammelte Aufsätze*, C. II, Hans G. Leser (ed.), Tübingen, 1965, s. 1-49 (ilk defa 1927 yılında yayınlanmıştır). Söz konusu eserin 4. sayfasında yazar şu ifadede bulunmuştur: “Bizim bu kaynaklardan hayatı ve hukuk sisteminin işleyişini çıkarmamız gerekir. Çünkü hukuk... kültürel bir fenomendir ve hukukun nedenleri ve sonuçlarından bağımsız bir şekilde anlaşılması mümkün değildir.”

araştırmalarının kullanışlı olmasını sağlayan etmenin de bahsi geçen bu işlevsel yöntem olduğu söylenebilir. Nitekim *Rabel* de şahsi tecrübelerine dayanarak bu görüşü desteklemiştir. *Rabel*, Uluslararası Adalet Divanı'nda ve Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra imzalanan barış antlaşmaları uyarınca uluslararası kamu hukuku kurallarının uygulanması amacıyla kurulan karma tahkim kurullarında görev almıştır. Bu görevleri sırasında uluslararası hukuktaki boşlukların doldurulabilmesi için hukukun genel ilkelerinin tespitine yönelik olarak yürütülen faaliyetler sırasında karşılaştırmalı hukuk araştırmasının önemli rolünü kavramıştır.³⁴ Bunun yanı sıra, hukukun yeknesaklaştırılması için işlevsel yaklaşımın kullanışlılığını da ispat etmiştir. Zira Max Planck Enstitüsü'nün satım hukukuna ilişkin yürüttüğü karşılaştırmalı araştırma³⁵ ile Unidroit'nin eş zamanlı yürüttüğü satım hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmasının birbiriyle bağlantılı olduğu görülmektedir. Bu çalışmaların sonucu olarak, günümüzde 80 ülkeden fazla yerde yürürlükte olan 1980 tarihli Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ortaya çıkmıştır.³⁶

5) *Rabel*, karşılaştırmalı hukukçuların hukukun yeknesaklaştırılması amacına sahip oldukları görüşünde olmasına rağmen, karşılaştırmalı hukuk araştırmasına yönelik analitik değerlendirmeler yapmakla yetinmiş, hukuk kurallarına ilişkin önerilerde bulunma işini politikacılara bırakmıştır.³⁷ *Rabel*'in sahip olduğu bu bakış açısı, 1960lardan itibaren, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının beşinci aşaması ile değişmiştir. Bazı ülkelerde karşılaştırmalı hukuk, ulusal hukukun gelişimi için bir etmen, hatta bir yönlendirici olmuştur. Örneğin ABD kanunlar ihtilafı doktrininde “daha iyi hukuk yaklaşımı” (*better law approach*) adı verilen yaklaşımın öne çıktığı görülmüştür. Bu yaklaşımdan etkilenen mahkemeler, birden çok hukuk sistemini ilgilendiren bir davada uyuşmazlığın hangi federe hukuk uyarınca çözülmesi gerektiğinin araştırılması yerine, ilgili birçok hukuk sisteminin karşılaştırılması suretiyle en modern ve uygun çözümün bulunması ve uygulanması yolunu seçmiştir.³⁸ Almanya'da Max Planck Enstitüsü'nün müdürlüğünü yaparak *Rabel*'in varisleri arasında yer alan *Konrad Zweigert* de en uygun hukukun seçilmesinin karşılaştırmalı hukuk araştırmasının en temel amacı olduğunu ifade etmiştir.³⁹ Aynı dönemde

³⁴ Ernst Rabel, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*: Hans G. Leser (ed.), Ernst Rabel- Gesammelte Aufsätze, C. II, Tübingen, 1965, s. 1-49.

³⁵ Ernst Rabel, *Das Recht der Warenkaufs*, C. 1,2, Berlin, 1936 ve 1958.

³⁶ Milletlerarası Satım Hukukuna ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması, Viyana, 11 Nisan 1980, 1489 UNTS 3.

³⁷ Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit*, s. 3. “Değerlendirme, karşılaştırmaların değil, bu sayede mümkün kılan hukuki eleştirinin bir parçasıdır.” (çevirenin tercümesi)

³⁸ Daha iyi hukuk yaklaşımı özellikle Robert A. Leflar tarafından savunulmuştur. Bkz. Robert A. Leflar, *The Law of Conflict of Laws*, Indianapolis, 1959, s. 254-259. Aynı zamanda Jayme de kitabının sonraki basılarında bu yaklaşımı benimsemiştir, bkz. dn. 9, s. 12. Yazar, mahkemenin birçok ulusal hukuk arasından tarafların en “lehine” olan hukuku uygulaması gerektiğini hükme bağlayan Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapmaktadır.

³⁹ Zweigert/Kötz, s. 47: “Aslında bir karşılaştırmalı hukukçu, kendi araştırmalarına en iyi şekilde eleştirel yaklaşabilecek kişidir. Çünkü bunu eğer kendisi yapmazsa, hiç kimse yapmayacaktır... “Daha iyi hukuk” ibaresiyle kastedilenin tüm hukuk sistemleri mi yoksa sadece uyuşmazlığın görüldüğü ülke hukuku için en iyi çözüm olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Önemli olan nokta, Zweigert ve Kötz'ün, karşılaştırmalı hukukçuların kendi araştırmalarından en iyi çıkarımları yapmaya yetkin kişiler oldukları yönündeki görüşüdür.

Almanya'da karşılaştırmalı hukukçuların araştırmaları daha da önemsenmeye başlamıştır. Öyle ki Almanya'da bir hukuk reformu yapılacağı zaman karşılaştırmalı hukuk ile ilgilenen akademisyenlerin bu konuda yabancı hukuklarla karşılaştırma yaparak bir görüş bildirmeleri talep edilmeye başlanmıştır. Aynı zamanda, dünyanın her yerindeki yasa koyucuya ilham vermesi amacıyla Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Ansiklopedisi oluşturulmuştur. Günümüzde hâlâ tamamlanmamış olan bu 17 ciltlik eserin yaratıcısı *Zweigert*'tir ve bu çalışma daha sonra *Drobnig* tarafından devam ettirilmiştir.⁴⁰

6) 1980'lerden itibaren Avrupa'da karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişiminin aşağıda ayrıntılandırılacak olan altıncı aşaması popülerlik kazanmıştır. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün *Restatements* çalışmasından esinlenen Avrupalı hukukçular da uzmanlardan oluşan komiteler oluşturarak benzer bir çalışma yürütmüşlerdir. Bu çalışmanın amacı, *Restatement*'larda olduğu gibi, bu hukuk sistemlerine hâkim genel ve ortak ilkelerin tespit edilmesi ve bunların açıklayıcı ve karşılaştırmalı notlar ile ortaya konulmasıdır. Danimarkalı hukukçu *Ole Lando*'nun başkanlığını yaptığı Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu bu akımın öncüsüdür.⁴¹ Bu akımı, haksız fiil hukuku, sigorta hukuku, rekabet hukuku ve aile hukuku gibi alanlarda çalışan komiteler izlemiştir.⁴² Altıncı aşamanın getirdiği yenilik, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının içeriğine değil, bu araştırmanın yürütülüş biçimine yöneliktir. Zira altıncı aşamada da amaçlanan, hukukun yeknesaklaştırılması bağlamında karşılaştırmalı hukukun işlevselliğini öne çıkarmaktır. Bu aşamada yeni olan şey, bu araştırmanın toplu bir girişim hâline gelmesidir. Yukarıda bahsedilen araştırma komiteleri tarafından yapılan öneriler, Avrupa'daki ve özellikle Avrupa Birliği hukukundaki gelişmeler üzerine büyük etki sahibi olmuştur.

Belirtmek gerekir ki karşılaştırmalı hukukun gelişimindeki aşamaları keskin bir kronoloji ile sıralamak mümkün değildir. Zira bu aşamaların, bir önceki ve bir sonraki aşamalarla tarihsel olarak iç içe geçtiği görülmektedir. Bu yüzden, yeni bir aşamanın ortaya çıkması ile bir önceki aşamanın son bulduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Bu yüzden, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının çeşitli aşamaları daha ziyade bu alanda çalışan akademisyenlerin, aşağıda detaylıca ele alınacak olan ilgi alanlarının ve araştırmalarının amaçlarının birbirinden farklılık gösteren noktalarını ortaya koymaktadır.

4) Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmalarının İlgili Alanları, Amaçları ve Yöntemleri

Karşılaştırmalı hukukçular, yaptıkları araştırmalar sayesinde yabancı hukuk sistemleri ve dolaylı olarak yabancı kültürler, toplumlar, politik yapılar ve ekonomiler hakkında sahip olunan bilginin arttırılabileceğini düşünmektedir. Neredeyse tüm karşılaştırmalı hukukçular bu düşüncüyü benimsemektedir. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukçuların ilgi alanlarının birbirinden çok-

⁴⁰ Konrad Zweigert/Ulrich Drobnig (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, C. 1-17, Dordrecht and Tübingen, 1964 vd.

⁴¹ Ole Lando, /Hugh Beale (ed.), *Principles of European Contract Law- I. ve II. Bölümler*, Lahey, 2000; Ole Lando/Eric Clive /André Prüm/Reinhard Zimmermann (ed.), *Principles of European Contract Law- III. Bölüm*, Lahey, 2003.

⁴² Bu faaliyetlerle ilgili başarılı bir çalışma için bkz. Wolfgang Wurmnest, *Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa*, ZEuP, 2003, s. 714-744.

ça farklılık gösterdiği de görülmektedir. Bazı hukukçular, bir sistemin ya da bir hukuk geleneğinin tamamıyla ilgilenmeyi tercih ederken, diğerleri hukukun belirli bir alanı ile ya da birtakım hukuki kurumlar üzerine odaklanmayı tercih etmektedir. Benzer şekilde bazı hukukçular hukukun kültür, politika ve diğer sosyo-ekonomik etmenlerle etkileşimini inceleyen çalışmalar yürütürken, diğerlerinin sadece hukuk kuralları ve bunların uygulaması ile ilgilendikleri görülmektedir. Yine bazı hukukçuların amacı, farklı hukuk sistemlerinde ortak olan noktaların tespit edilmesiyken, diğerlerinin sadece belirli hukuk sistemlerinde yer alan ve ayrı nitelikteki kuralların araştırılmasını amaçladığı gözlemlenmektedir. Ve tabii ki, karşılaştırmalı hukuk araştırmasını salt akademik amaçlarla yürüten hukukçular ile bu araştırmayı ulusal hukukun geliştirilmesi, ulusal veya yeknesak bir hukukun oluşturulması, yabancılık unsuru taşıyan olaylarda yabancı hukukun doğru uygulanması gibi belirli amaçlar uğruna yapanlar arasında da önemli bir fark söz konusu olmaktadır.

İslam hukukunun uygulandığı ülkelerinin birçoğunda farklı şekillerde düzenleme bulan mehir, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının kapsamının genişliğine ilişkin iyi bir örnek olabilir. Kuran'a göre erkeğin evlenirken kadına verdiği ya da vermeyi taahhüt ettiği mal ya da para anlamına gelen mehir, evliliğin geçerliliği için yerine getirilmesi gereken bir şarttır. Mehir bir zorunluluk olsa da bu borcun kapsamı, usulü ve ödemenin zamanı gibi hususlar eşler arasındaki anlaşmaya göre belirlenmektedir. İslam hukukunda yer alan bu kurum, Batılı ülkelerden gelen karşılaştırmalı hukukçuları her zaman etkilemeyi başarmış olsa da, bu araştırmacıların söz konusu kuruma duydukları ilginin arkasında yatan nedenlerin çeşitlilik gösterdiği görülmektedir. Öncelikle mehrin İslam toplumlarında aile kavramının ve kadının yerinin bir sembolü olarak ele alınması mümkündür. Bilindiği üzere aile kavramı İslam kültürlerinde ve Batılı kültürlerde birbirinden farklıdır. Mehrin İslam toplumunda aile kavramının ve kadının yerine ilişkin bir sembol olarak değerlendirildiği bu çalışma sosyolojik ve antropolojik karakterdedir. Bunun yanı sıra mehir, İslam hukukunda kadının dar kapsamlı mirasçılık hakları veya evliliğin sona ermesinden sonra kocanın herhangi bir nafaka ödeme yükümlülüğünün bulunmaması açısından da ele alınabilir. Bu bakış açısıyla yürütülen ve kuşkusuz daha işlevsel bir amaca yönelik olan bu çalışma, toplumda karı ve koca, kız ve erkek çocuk, kadın ve erkeğin arasındaki mali dengenin değerlendirilmesi anlamını taşımaktadır. Bu tür bir çalışmanın farklı yöntemlerle de olsa hem İslam toplumlarında hem de Batılı toplumlarda yürütülmesi mümkündür ve genellikle her iki ihtimalde de benzer sonuçlara varılır. Üçüncü olarak ve daha odaklı bir hukuki yaklaşımla bakıldığında mehrin, evliliğin erkek tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesi veya erkek tarafından kadına karşı herhangi bir kötü muamele yapılması riskine karşı kadının korunması için bir araç olarak değerlendirilmesi mümkündür. Tüm bu ihtimallerin yanı sıra karşılaştırmalı hukuk araştırmaları, Batılı ülkelerde de farklı arka planlarda ortaya çıkabilecek olan birtakım hukuki sorunlara, söz gelimi enflasyon karşısında mehrin değerinin korunması veya mehrin kocanın alacaklıları aleyhine sonuç doğurması hâllerinde durumun ne olacağı gibi hususlara da odaklanmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukçuların İslam hukukunun bir parçası olan mehir kurumuna gittikçe daha fazla ilgi duymalarının belki de en önemli sebebi, Avrupalı ülkelerin mahkemelerinde bu kurumdan kaynaklanan uyuşmazlıkların ileri sürülüyor olmasıdır.

Bu bilgiler ışığında, karşılaştırmalı hukuk doktrininde yer alan birkaç ekolün tespit edilmesi mümkündür. Yapılan akademik tartışmalarda bazen, ilginç bir şekilde, bu ekollerin sanki sadece bir düşünce tarzının öne çıkması zorunluymuşçasına birbirlerinin varlığını kesin olarak reddettiği görülmektedir. Bu makalenin yazarı ise, yukarıda açıklanan mehir örneğinde de görüldüğü üzere, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının arkasında yatan amaçların değişiklik gösterebileceği ve bahsi geçen ekollerden her birinin farklı bağlamlarda öne çıkabileceği görüşündedir.⁴³

Bu görüş birkaç örnekle açıklanabilir. Hukuk ve kültür ilişkisini vurgulayan çalışmalar, hukuk kurallarının ve kurumların arkasında yatan antropolojik nedenleri, özellikle bu kuralların ve kurumların ortaya çıktığı kültürel, sosyal, ekonomik ve politik arka planı inceler. Bu yaklaşım özellikle de hukukun üstünlüğü ilkesinin güçlü bir konuma sahip olmadığı sistemlerin incelenmesinde önem kazanır. Örneğin Afrika ülkelerine bakıldığında, bağımsız bir uyumsuzluk çözüm mekanizmasının kabulünün ancak 20. yüzyılda kolonileştirme faaliyetleri sonucunda gerçekleştiği görülmektedir. Bugün, Güney Afrika Cumhuriyeti gibi birkaç istisna dışında hiçbir Afrika ülkesinde bağımsız bir hukuki doktrinin bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Sahra altı Afrika ülkelerinin birçoğunda mahkeme kararları yayınlanmamakta ve kayda değer bir hukuki literatür bulunmamaktadır. Bu durum ise, bu ülkelerde uyumsuzlukların çözümüne ilişkin dini veya politik mekanizmalardan bağımsız bir hukuki doktrininin gelişmesine engel teşkil etmektedir. Bu yüzden bu ülkelerin hukukuna ilişkin yapılacak anlamlı bir araştırmanın, bahsi geçen bu dini ve politik mekanizmaları görmezden gelmesi mümkün değildir.⁴⁴ Buna karşılık, Aydınlanma Çağı'ndan itibaren yaklaşık 200-300 yıldır Avrupa ülkelerinin veya Kuzey Amerika'daki hukuk sistemlerine hukukun üstünlüğü ilkesi hâkimdir. Bu yüzden bahsi geçen Batılı hukuk sistemlerinin birbiriyle karşılaştırılmasında antropolojik etmenlerin önemi, Afrikalı ülkeler arasında yapılan bir karşılaştırmaya nazaran çok daha azdır.

Bu konuda verilecek ikinci bir örnek yukarıda bahsedilen işlevselci yaklaşıma ilişkindir. Bu yaklaşım uyarınca, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının temelinde hukuk kurallarının işlevinin oturtulması, başka bir deyişle kuralların işlevleri aralarında yapılacak karşılaştırma için bir ölçüt, bir *tertium comparationis* olarak kabul edilmesi söz konusudur. Belirtmek gerekir ki işlevsel yaklaşım, hukuk kurallarının hukuk kültürüyle, söz gelimi bir topluluğu oluşturan dil, kültür, din, sosyal alışkanlıklar gibi etmenler ile olan etkileşimini göz ardı

⁴³ “Yöntemsiz Çoğulculuk” görüşü isabetli olarak Martin Gebauer tarafından savunulmuştur. Bkz. Martin Gebauer, *Rechtsvergleichung, Leitgedanken des Rechts*, Hanno Kube ve diğerleri (ed.), Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2013, s. 433-443.

⁴⁴ Bu konuda bir araştırma için bkz. Rodolfo Sacco, *Le droit africain – Anthropologie et droit positif*, Paris, 2009 (çeviren: Michel Cannarsa). Yazar bu kitabın özellikle ilk bölümünde, hukukun farklı işleyişinin altında yatan nedenlere örnek olarak kültürel farklılıklara işaret etmiştir. Yazarın antropolojik etmenler üzerinde bir başka eseri için bkz. Rodolfo Sacco, *Antropologia guiridica*, Bologna, 2007, s. 175 vd. Yazar, yazı dilinin, sözlü ifadenin ve benzer kültürel gelişmelerin hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi hususunda önemli faktörler olduğunu ileri sürmüştür. Sacco'nun çalışmalarının hukuk sistemlerinin veya bu hukuk sistemlerinde yer alan kurumların birbiriyle karşılaştırılmasından çok, belirli bir kültürde karşılaşılan hukuki yapıyı anlamaya yöneliktir. Asya ülkelerine ilişkin olarak benzer görüşler için bkz. MI Jian, s. 39-40.

ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ancak hukuk kültürü kavramının belirsizliği⁴⁵ ve döngüselligi⁴⁶⁴⁷ dikkate alındığında, bu eleştirinin ne anlama geldiği, nasıl bir fayda sağlayabileceği ve bu eleştiriye maruz kalmayan karşılaştırmalı araştırmalardan ne umulması gerektiği açık değildir. Yine belirtmek gerekir ki karşılaştırmalı hukuk araştırmasına ilişkin işlevsel bir yaklaşım bazı durumlar için uygun olabilirken, bazıları için yetersiz olabilir. Örneğin farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde uyumsuzlukların çözümüne ilişkin birbirinden farklı mekanizmaların bulunduğu durumda, bu çözümlerin işlevinin ölçüt olarak alınması yararlı olabilir. Mesela Batı Avrupa, Kuzey Amerika ve Doğu Asya ülkelerini esas alan ve hukuki ilişkilerin görece rasyonel bir şekilde düzenlendiği alanlardan biri olan ticaret hukuku alanına ilişkin bir karşılaştırmalı hukuk araştırması yapılacağı zaman durum böyledir.

Tabii ki bu nitelikte bir araştırmanın dahi saf bir hukuki karşılaştırmaların ötesine geçmesi, iş uygulamaları (*business practices*) gibi birtakım diğer etmenleri de dikkate alması gerekir. Örneğin taşınmaz satımı bağlamında her ne kadar dünyada birbirinden farklı sistemler mevcut olsa da, iyi niyetli alıcının yolsuz tescil hâlinde korunması hususunda Alman tapu kütüğünün veya Amerikan tarzı bir mülkiyet sigortasının yerine getireceği işlevin birbirinden çok da ayrılmadığı görülmektedir.⁴⁸ Aynı yönde, ticari sözleşmeler ve şirketler hukuku alanında dünyanın farklı yerlerinden gelen tacirlerin de aslında benzer güdülere sahip olduğu gözlemlenmektedir. Mesela İslam hukukunda faiz yürütülmesi yasak olmakla birlikte aynı yola çıkan teverruk, indirim veya kâr payı ödemesi gibi birtakım başka anlaşmaların yapılmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu örnekler sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hukukunda çoğaltılabilir. *Zweigert ve Kötz* de bu örneklerden yola çıkarak işlevsel yaklaşımın yararlarını ortaya koymuştur.⁴⁹

Kısaca, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının yürütülmesine ilişkin yöntemlerin sınırlandırılması ve hatta bazılarının kesin bir şekilde reddedilmesi görüşünün isabetli olmadığı açıktır. Bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasının nasıl yapılması gerektiğine karar verilirken, bu araştırmanın amacına ve bu bağlamda yabancı hukukun anlaşılabilmesi için en uygun olan yöntemin ne olduğuna bakılmalıdır. Sonuç olarak bir çalışmada hangi yöntemin izleneceği araştırmayı yürüten akademisyenin tercihine bağlı olmaktadır.

⁴⁵ Bu kavramın belirsizliği, Pierre Legrand tarafından yapılan tanımdan da anlaşılabilir. Bkz. Legrand, s.27-34. Yazar, “bana göre kültür kavramının anlamı, yorumlayıcı bir topluluğun içinde işlediği, bu topluluk için normatif bir anlama sahip olan ve uzun süre içinde bu topluluğu topluluk yapan gayri maddi şeylerdir.” ifadesiyle kültürü tanımlamıştır.

⁴⁶ Kavramların döngüselligi (circularity of concepts) kısaca, tıpkı “kültür” örneğinde olduğu gibi, kavramların tanımlamalarının yine bu kavramlar üzerinden yapılması anlamına gelmektedir. (Ç. N.)

⁴⁷ Legrand’ın yaptığı tanımlama uyarınca yorumlayıcı bir topluluğun oluşumu, bu topluluğun işlemeden önce söz konusudur ve aynı zamanda bu işlemin bir sonucu olarak ortaya çıkar.

⁴⁸ Bernd von Hoffmann, *Das Recht des Grundstückskaufs*, Tübingen, 1982, s. 39 vd.

⁴⁹ *Zweigert/Kötz*, II. Bölüm, s. 323 vd.

5) Akademide Karşılaştırmalı Hukukun Kullanıcıları

Şu ana kadar yapılan açıklamalar üç cümlede özetlenebilir: ilk olarak, karşılaştırmalı hukuk toplumların hukuk ile ilişkili yönlerinin ve hukukun belirli sosyal ve ekonomik sorunlar karşısındaki konumunun anlaşılmasına hizmet eden ampirik nitelikte bir araştırmadır. İkinci olarak, küreselleşme sonucunda karşılaştırmalı hukuk araştırması sadece gerekli değil aynı zamanda zorunlu hâle gelmiştir. Ülkeler arası sınırların gittikçe silikleşmesi üzerine sınırlar ötesi bilgi akımı özellikle de hukuki gelişmeler hususunda ciddi bir artış göstermiştir. Üçüncü olarak, karşılaştırmalı hukuk araştırması yapılırken benimsenecek olan yaklaşım (veya yaklaşımlar) bu araştırmanın içinde yürütüldüğü bağlama, özellikle de araştırmanın coğrafi odak noktasına, konusuna ve amacına bağlıdır. Sonuç olarak bugün, karşılaştırmalı hukukun gelecekteki rolüne ilişkin sorunun yerini, gelecekte karşılaştırmalı hukuka duyulacak ihtiyaca yönelik sorular almıştır. Bu ihtiyacın ve bu ihtiyacın ortaya çıktığı koşulların yürütülecek araştırmaların üzerinde bir etkisi olacaktır. Bu yüzden, bu ihtiyacı dile getiren kişilerin, başka bir deyişle karşılaştırmalı hukukun kullanıcılarının kim olduğu ve bu kişilerin karşılaştırmalı hukuktan beklentisinin ne olduğu daima sorgulanmalıdır.

i) Akademiden gelen talep

Etnoloji, ekonomi ve diğer toplumsal bilimler başta olmak üzere farklı disiplinlerden akademisyenlerin karşılaştırmalı hukuktan bir beklentisi olduğu kuşkusuzdur. Bu kişiler hukuku, ekonominin ve toplumsal ilişkilerin şekillenmesinde önem taşıyan bir etmen olarak görmekte ve geniş kapsamlı araştırmalarının bir bölümü olarak yabancı hukukların ve ekonomilerin veya toplumların düzenindeki etkisini anlamak istemektedir. Bunu başarabilmek için hukuk kurallarına ilişkin kağıt üzerinde yapılacak bir araştırmanın yeterli olmayacağı açıktır. Bunun yanı sıra, belirli bir hukuk kuralının arka planı, bu kuralın uygulaması, bu kurala uyup uymamak konusunda yerleşmiş toplumsal bir kanatın bulunup bulunmadığı, toplumda genel olarak dava açma eğiliminin oranı, diğer uyuşmazlık çözüm yolları ile kıyaslandığında dava açmanın maliyeti, dinin etkisi gibi başka hususların da dikkate alınması şarttır. Ancak, bir araştırmanın esas konusunun örneğin bir yerdeki ekonomik veya toplumsal gelişmelerin değerlendirilmesi olduğu varsayımında, bu yerdeki hukukun incelenmesinin bu kapsamlı araştırmanın ancak bir parçasını oluşturabileceği de ortadadır. Belirtmek gerekir ki söz konusu araştırmanın bu denli geniş kapsamı yüzünden araştırmacıların bu işe nasıl başlamaları gerektiği konusunda tereddütleri bulunabilmektedir. Bu noktada, incelenen hukuk kurallarının doğru değerlendirilmesi, araştırmacının bu ilk adımı atmasına yardımcı olduğu gibi söz konusu araştırmanın belki de en önemli aşamasını oluşturabilmektedir.⁵⁰

Yine akademisyenler tarafından karşılaştırmalı hukuka ilişkin bir beklentinin de hukukçulara ait olduğu söylenebilir. Zira hukukçular, kendi hukukları ne zaman yeni, eksik veya tutarsız olsa, başka hukuk sistemlerinden ilham almaya meyillidir. Hukukçuların, başarılı ve kapsayıcı kurallardan oluşan bir hukuk düzeninin yaratılması ve böylece hukuk kurallarının mükemmelleştirilmesi amacıyla diğer hukuk sistemlerinde kabul görmüş fikirleri kendi

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki Rodolfo Sacco her ne kadar hukuki antropoloji yaklaşımını tercih etse de, araştırmaların pozitif hukuka ilişkin ulusal raporların incelenmesine de yer verdiği görülür.

hukuk sistemlerine ithal ettiği sıkça görülmüştür. Örneğin 19. yüzyılda sanayi devriminin ardından İngiltere’de, kapsayıcı bir sözleşme hukuku ihtiyacının ortaya çıkması sonucunda, Avrupa’nın diğer ülkelerinde yürütülmüş akademik çalışmaların, örneğin *Domat* ve *Pothier*’nin eserlerinin, çevirileri ve akademik uyarlamaları yapılmıştır. Böylece Aydınlanma Çağı’na kadar uzanan birçok fikir, *common law* sistemine de dahil olmuştur.⁵¹ Yine benzer bir şekilde, 1957 tarihli Roma Anlaşması ile kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu’nda da Amerikan doktrininde Anayasa’nın Federe Devletler Arası Ticaret Hükümleri’nin etkili bir şekilde uygulanmasına ilişkin olarak gelişmiş fikirlerin etkili olduğu söylenebilir. Bunun temel nedeni, Avrupa Ekonomik Topluluğu ile kurulması amaçlanan ortak pazarın ve federal sisteme yakın politik yapının ABD’deki sisteme benzer olmasıdır.⁵² Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bu talepler, hukukun sosyal ve ekonomik gelişmelerin bir parçası olması niteliğinden kaynaklanmamaktadır. Bu talepler daha ziyade hukuk sistemlerinin tutarlılığının, kapsayıcılığının ve doğru uygulanmalarının sağlanmasını amacıyla ileri sürülmektedir.

ii) Hukuk eğitime ilişkin bir talep

Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bir diğer talep hukuk fakültelerinde karışımıza çıkmaktadır. Hukuk eğitimi genellikle anayasa hukuku, sözleşme, haksız fiil veya aile hukuku gibi belirli alanlara odaklandığı için, söz konusu talep de genellikle bu belirli alanlara ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Zira hukuk öğrencisi, diğer sistemleri inceleyerek, kendi hukukunda yer alan düzenlemeyi daha iyi anlayabilmektedir. Örneğin, mal ayrılığı rejiminin benimsendiği bir hukuk sisteminde yer alan öğrenci, yabancı ülkelerde yer alan mal birliği veya edinilmiş mallara katılma rejimi ile kendi hukukunun eşler arası mal rejimini kıyasladığında, ilgili hukuki düzenlemeyi daha iyi anlama şansını yakalamaktadır. Çeşitli hukuk sistemlerinde farklılık gösteren birtakım düzenlemeler dikkate alınarak her sistemde ortaya çıkan ortak sorulara cevap aranır. Boşanmadan sonra mallar nasıl paylaşılır? Eşlerden birinin ölümü durumunda hayatta kalan eşin hakları nedir? Eşlerin birbirlerine muvazaalı bir şekilde mal ya da para aktarması durumunda alacaklılar nasıl korunur? Eşler arası mal rejimi ve miras hukuku rejimi arasındaki bağlantı nedir? Bu sorulara yanıt arayan öğrenciler, hem farklı hukuk sistemlerinde yer alan kuralları hem de bu kuralların toplumsal sorunlar karşısındaki yerini ve başarısını karşılaştırarak, kendi hukuk sistemlerinin güçlü ve zayıf yönlerini daha iyi tespit edebilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki üniversite eğitiminde bu karşılaştırma, farklı hukuk kurallarının kağıt üzerinde bir karşılaştırmasından öteye gitmemektedir. Yine de, eksik bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasının dahi öğrencileri dar bir bakış açısına sahip olmaya iten yabancı hukukun tamamen göz ardı edilmesi durumundan çok daha faydalı olduğu belirtilmelidir.

⁵¹ Bu süreçle ilgili bir çalışma için bkz. Reinhard Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, ZEuP, 1993, s. 43 vd.

⁵² Bkz. Wulf-Henning Roth, *Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen Markt – Europäische Probleme und amerikanische Erfahrungen*, München, 1991 ve daha güncel bir çalışma için bkz. Richard Buxbaum, *Is There a Place for European Delaware in the Corporate Conflict of Laws?*, 74 *RabelsZ* 2010, s. 9 vd.

6) Uygulamada Karşılaştırmalı Hukukun Kullanıcıları

i) Uygulamacıların yabancı hukuk kurallarına yaklaşımı

Karşılaştırmalı hukuk ile ilgilenen avukatlar, tıpkı her avukat gibi, araştırmalarını yaparken çözüm odaklı bir yaklaşıma sahiptir. Bunun en açık örneği, bir uyuşmazlıkta kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yabancı hukukun uygulanması durumunda görülür. Hâkimler ve avukatlar, her ne kadar kendi hukuk sistemlerine yönelik bir eğitimden geçmiş olsalar da, uyuşmazlığa yabancı hukuk kurallarının uygulanması gerektiğinde temel kavramları ve prensipleri tamamen farklılık gösterebilen bu yabancı hukuku da en iyi şekilde uygulamakla yükümlüdürler. Bu noktada yabancı hukukun somut olaya uygulanması aslında bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasından başka bir şey değildir. Belirtmek gerekir ki bu ihtiyaç, sadece mahkemelerde değil, aynı zamanda hukuk bürolarında, noterlerde veya şirketlerin hukuk departmanlarında da gittikçe artan bir şekilde tecrübe edilmektedir.

Uygulamacıların bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasından beklentileri, bu yabancı hukukun söz konusu ülkenin mahkemelerinde ve ilgili resmi makamlarında uygulandığı şekliyle ortaya konulmasından ibarettir. Bu yüzden, hukukun ekonomik ve sosyal etmenlerle olan ilişkisi, ancak bu ilişki idari ve yargısal süreçlere yansiyorsa önem kazanmaktadır. Yabancı ülkenin kanunlarında yer alan bir kuralın uygulanmayacağına yönelik toplumda yerleşik bir kanaat bulunsa bile, eğer bu kanaat ilgili otoriteler tarafından kabul görmemişse, bu yabancı hukuku uygulayacak olan mahkemenin ilgili hukuk kuralını göz ardı etmesi söz konusu olamaz. Bu duruma ilişkin bir örnek 1990lı yıllarda Alman mahkemelerinin önüne gelmiştir. Olayda, Venezuela hukukunda teslimsiz gemi rehnine (*prendas navales*) izin veren 1983 tarihli kanundan önce de bunun mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sırasında, 1983'ten önce bu yönde açık bir kural bulunmamasına rağmen, Venezuela'da teslimsiz gemi rehni uygulamasının bulunduğu ve bu rehlin gemi siciline tescilinin mümkün olduğu görülmüştür. Başka bir deyişle, söz konusu dönemde açık bir hükme dayanmayan bir hukuk kuralının mevcut olduğu tespit edilmiştir. Aslında bu örnek, birtakım uygulamaların yabancı hukuka ilişkin bir delil olma niteliğinin belirsizliğine ve yabancı hukukun doğru bir şekilde tespitinin zaman ve süre açısından maliyetli olduğuna işaret etmektedir.⁵³

ii) Yabancı hukukun uygulanması yönünde talep ve resen uygulama

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların karşılaştırmalı hukuk araştırmasına yapabileceği katkı, ulusal sistemlere göre farklılık göstermektedir. Örneğin tüm *common law* ülkelerinde olduğu gibi, aile hukuku meselelerinde istisnasız olarak yargılamanın yapıldığı yer hukukunun uygulanması, yabancı bir ülkenin aile hukukunun araştırılmasını doğal olarak gereksiz kılmaktadır. Buna karşılık, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde bu durum tersine dönmektedir. Zira bu sistemlerde aile hukuku uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda bu uyuşmazlıkların tarafların ulusal hukukları uyarınca çözülmesi söz konusudur. Bu sebeple milyonlarca göçmen ve bunların alt soyu, yabancı bir ülkenin vatandaşı olmaya devam ettikçe, bu kişilerin tarafı olduğu uyuşmazlıklarda

⁵³ Bundesgerichtshof (BGH) 21 Ocak 1991 (NJW 1991), 1418. Yargılama boyunca Almanya ve Venezuela'dan en az sekiz bilirkişi raporu alındı ancak BGH bunun yine de "uygulamalı hukuk" açısından yetersiz bir delil olduğunu kabul etti. Bu davaya ilişkin bir yabancı hukuk uzmanının bakış açısı için bkz. Jürgen Samtleben, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW, 1992, s. 3037-3062.

bu yabancı hukukun uygulanacağı söylenebilir.⁵⁴ Bunun sonucunda bu ülkelerdeki avukatların ve mahkemelerin yabancı hukuka ilişkin yaptıkları araştırmalar da süreklilik kazanmaktadır.⁵⁵

Bu noktada ikinci önemli etmen, bir hukuk sisteminde yabancı hukuka tanınan statüye ilişkindir. Eğer *common law* ülkelerinde olduğu gibi, yabancı hukuk bir ülkenin mahkemelerinde sadece taraflardan birinin talebi üzerine uygulanıyorsa, avukatlar ancak yabancı hukukun araştırılması için yapılacak maliyetin davanın getirisinden az olduğu nadir durumlarda bu işi üstlenmeyi kabul etmektedir. Buna karşılık, çoğu Kara Avrupası sisteminde olduğu gibi, yabancı hukukun hâkim tarafından resen uygulanması da söz konusu olabilmektedir.⁵⁶ Bunun sonucunda mahkeme, yabancı hukukun incelenmesinden doğacak maliyeti ve bunun taraflar üzerindeki etkisini dikkate almaksızın yabancı hukuku araştırmak zorundadır. Bazı Kara Avrupası ülkelerinde, yabancı hukukun resen uygulanması, bu hukukun tespitiyle uğraşan belirli bir yapılaşmanın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu yapıların başında üniversitelere bağlı veya Max Planck Enstitüsü gibi bağımsız, karşılaştırmalı hukuk araştırması konusuna odaklanmış ve mahkemelerin talebi üzerine bilirkişi raporu sunan özel enstitüler gelmektedir.⁵⁷ Bu uygulamanın gelişmesi sonucunda

⁵⁴ Avrupa Birliğinde uluslararası özel hukukun kodifikasyonuna ve yeknesaklaştırılmasına yönelik enstrümanlarda, aile ve miras hukuku meselelerinde birincil bağlantı noktasının yerleşim yeri olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Council Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, madde 8, OJ 2010 L 343/10; Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, madde 21, OJ 2012 L 2011/107. Öte yandan, birtakım meselelerde hâlâ daha birincil bağlantı noktası olarak kişilerin ulusal hukuklarının kabul edildiği de gözlemlenmektedir. AB hukukunda yeknesaklaştırılmış alanlarda dahi, ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmaların öncelik kazandığı ve bu anlaşmaların birçoğunun vatandaşlık ilkesine öncelik verdiği görülmektedir. Bkz. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, *RabelsZ* 74, 2010, s. 532-535, özellikle de Almanya'nın Türkiye ve İran ile imzaladığı 1929 tarihli ikili anlaşmalar.

⁵⁵ Örneğin, Yassari'nin mehir hususunda yaptığı araştırmada, Alman mahkemeleri tarafından talep edilen konularda verilen bilirkişi raporlarından yararlandığı görülmektedir.

⁵⁶ Bu hukuk sistemleri arasındaki farklar için bkz. Carlos Esplugues/José Luis Iglesias/Guillermo Palao, *Application of Foreign Law*, Münih, 2011. Bu ayrım, *common law* ve Kara Avrupası sistemleri arasındaki kesin bir ayrım değildir. Nitekim bir Kara Avrupası sistemi olan İspanya'da mahkemenin yabancı bir hukuku uygulaması için taraflardan birinin bu yönde talebi gerekmektedir.

⁵⁷ Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü 2012 yılında yabancı hukuka ilişkin olarak toplamda 72 tane bilirkişi raporu sunmuştur. 2014'te ise Enstitü'nün sunduğu bilirkişilerin sayısı 60'tır. (Ç. N.) Bkz. Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht/Hamburg, *Tätigkeitsbericht* 2012, (2013), 157 ve *Tätigkeitsbericht* 2013 (2014), 138. 1965'ten bu yana, Max Planck Enstitüsü ve üniversitelere bağlı enstitüler tarafından sunulan raporların bir seçkisi, Almanya Uluslararası Özel Hukuk Konseyi tarafından yayınlanmaktadır. 51 bilirkişi raporundan oluşan en son yayın için bkz. Jürgen Basedow/Dagmar Coester-

yabancı hukuklara ilişkin sahip olunan bilgi seviyesi artmış ve daha ileri düzeyde karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yapılmaya başlanmıştır.

Bir diğer önemli nokta ise, yabancı hukuka ilişkin bilginin kim tarafından elde edileceğidir. *Common law* ülkelerinde bu mesele, tarafların kararına bırakılmıştır. Bu araştırmının neden olacağı masraflar dikkate alınarak, yabancı hukuka ilişkin bir bilirkişi raporu hazırlanmasının gerekip gerekmediği yönündeki kararı taraflar, tıpkı bir iş kararında olduğu gibi, bir maliyet-kâr değerlendirmesi yaparak verecektir. Öte yandan Kara Avrupası sistemlerinde, bir yabancı hukuk bilirkişisine ihtiyaç bulunup bulunmadığına karar verecek olan taraflar değil, mahkemedir. Mahkeme bu kararı, maliyet-kâr dengesi veya bunun gibi başka etmenleri değil, ilgili usul hukukunu dikkate alarak verecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki en azından Almanya'da, bilirkişi raporları tarifeleri kanunla düzenlendiği için, bu raporların elde edilmesi düşünüldüğü kadar masraflı da olmamaktadır.⁵⁸

iii) Uygulamadaki farklılıkların karşılaştırmalı hukuk araştırması üzerindeki etkisi

Common law ülkelerinin tarafların iradesine dayalı sistemi ile çoğu Kara Avrupası ülkesinin mahkemenin inisiyatifine dayalı sistemi arasındaki farkların karşılaştırmalı hukuk araştırmasına yönelik yaklaşımlara da yansıdığı görülmektedir. Bir *common law* sisteminde, taraflardan birinin bilirkişi raporuna başvurmaya karar vermesi üzerine, bu tarafın genellikle ilgili yabancı hukuk alanında uzmanlaşmış bir bilirkişi ile anlaşması beklenmektedir. Uyuşmazlığın görüldüğü ülkede ilgili yabancı hukuk alanında uzmanlaşmış bilirkişiler, örneğin karşılaştırmalı hukuk dersi veren öğretim görevlileri, ancak ilgili konuda bir uzmanlığa sahip olmaları durumunda, mesela ilgili yabancı hukukta öğrenim görmüşlerse, bu iş için atanmaktadırlar. Bu yüzden, *common law* ülkelerinde çalışan karşılaştırmalı hukuk araştırmacılarının, uygulamada bu disiplini pratik etmeleri pek de mümkün olmamaktadır. Sonuç olarak bu akademisyenlerin çeşitli hukuk sistemlerine yönelik yaptıkları araştırmalar, bu sistemlerin soyut bir gözleminden ve ilgili toplumun diğer etmenleri ile bir bütün olarak ele alınmasından öteye geçememektedir.

Buna karşılık, Kara Avrupası ülkelerinden gelen akademisyenlerin bundan çok farklı bir konuma sahip oldukları görülmektedir. Bu akademisyenler, buldukları ülke mahkemelerinden gelen ve yabancı hukuka ilişkin oldukça spesifik sorularla karşı karşıya kalmaktadır. Örneğin, Alman mahkemeleri genellikle, Fransız veya Çin hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, bu sorunun çözümü için, özellikle hangi ülke hukuku üzerinde uzmanlaştığına bakmaksızın bir Alman bilirkişiyi görevlendirmektedir. Çünkü mah-

Waltjen/Heinz-Peter Mansel (ed.), Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2007/2008, 2010.

⁵⁸ Almanya'da, yabancı hukuk bilirkişilerinin alacağı ücret, bilirkişilerin, tercümanların vs. ücret tarifelerini belirleyen ve yabancı hukuk bilirkişileri ile diğer bilirkişiler arasında bir ayırım yapmayan kanuna göre belirlenmektedir. 2013 yılı itibarıyla bilirkişilerin alabileceği azami ücret saat başı 123 Euro ile sınırlıdır, başka bir deyişle özel müşteriler tarafından ödenen piyasa ücretinin çok altındadır. Bkz. Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie über die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs und entschädigungsgesetz - JVEG), 5 Mayıs 2004, (BGBl 2004), I, s. 776.

kemeler, uzmanlık konusu ne olursa olsun bu bilirkişilerin sahip oldukları genel karşılaştırmalı hukuk bilgisi ile ilgili soru hakkında yeterli araştırma yapabileceğine güvenmekte ve aynı zamanda Alman hukuku uyarınca uyumsuzlukların nasıl çözümlendiği konusunda bu bilirkişilerin sahip oldukları bilgiye değer vermektedir. Nitekim bu bilirkişiler bir davada görevlendirildiklerinde, dava dosyasının tümü kendilerine verilmekte ve söz konusu uyumsuzluğu uygulanacak yabancı hukuk uyarınca, adeta bir hâkim gibi, çözmeleri kendilerinden beklenmektedir. Bilirkişiler, yabancı hukukun resen uygulanması kuralının bir sonucu olarak, yabancı hukuk ve karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgilerini, uluslararası özel hukuk bilgileri ile birleştirme fırsatını yakalamaktadır. Sonuç olarak, Kara Avrupası sistemlerinde bu araştırmalarla ilgilenen bilirkişilerin ortaya koydukları raporların yabancı hukuk kurallarına ilişkin uygulamadan kaynaklanan talep ile şekillendiği ve dolayısıyla uygulamaya *common law* ülkelerinden gelen meslektaşlarının raporlarından daha yakın olduğu gözlemlenmektedir.

7) Yasama Faaliyetinde Karşılaştırmalı Hukukun Kullanıcıları

Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının bir diğer kullanıcısı ise yasa koyuculardır. Yasa reformları sıklıkla yeni bir politik düzene geçiş sonucunda (örneğin 19. yüzyılda Meiji Devrimi) veya yukarıda bahsi geçen eşçinsel birliklerle ilgili sahip olunan yaklaşımın yıllar içinde değişmesi örneğinde olduğu gibi belirli alanlarda ortaya çıkan yeni hukuk politikalarını takiben yapılmaktadır.⁵⁹ Bazen ise bir yasama faaliyetinin arkasında yatan sebebin, başka bir ülkede gerçekleşen yasa reformları olduğu görülmektedir. Ancak bu reformlara ilişkin olarak sahip olunan bilginin genellikle seçici olduğu ve reformların ardından meydana gelen çeşitli ardıl sorunları göz ardı ettiği de bir gerçektir. Kaldı ki, bu ayrıntıların göz önünde tutulması yasama faaliyetine yönelik politik sürecin doğasına da uygun değildir. Zira yasama sürecinde reformları basite indirme ve sadece çok önemli noktaları dikkate alma eğilimi vardır. Örneğin, zorunlu hayat sigortası veya müflis kimsenin borcundan kurtarılması, yaşa dayalı herhangi bir ayrımcılığa karşı yasaklamalar gibi düzenlemeler kamu tarafından "iyi bir şey" olarak algılanmakta ve yasa koyucuyu yabancı ülkelerde yürürlükte olan bu kuralları kabule itmektedir. Ancak yasa koyucular, yabancı ülkelerdeki bu düzenlemelerin teknik ayrıntıları, söz gelimi ilgili ülkede yer alan ilgili diğer düzenlemeler konusunda pek bilgi sahibi değildirler. Bu yüzden, tecrübe edilmiş bir yasa reformunun ortaya çıktığı ortam ve bu reformun muhtemel etkilerinin değerlendirilmesi için ciddi bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasına duyulan ihtiyaç büyüktür. Kuşkusuz bu ihtiyacın büyüklüğü, ilgili anayasal sistemde yasama sürecinin nasıl yürütüldüğüne göre de değişecektir.

i. Yabancı uzmanlara duyulan güven

Hukuki fikirleri ithal etme eğilimi olan bir ülkede yasa koyucuların yabancı uzman görüşlerinden yararlanma potansiyeli çok yüksektir. Bu ülkelerin yasa koyucuları, uzmanlardan bir kanun tasarımlarını talep edebilmektedir. Örneğin, bundan yüz yıl önce, Japon Medeni Kanunu'nun hazırlanması için Fransız ve Alman hukukçular Japonya'ya davet edilmiştir.⁶⁰ Aynı yönde, 1960lı

⁵⁹ Bkz. yukarıda dn. 6-8.

⁶⁰ Fransız hukukçu Gustave Emile Boissonade de Fontarabie ve Alman hukukçu Friedrich Herrmann Roesler'in çalışmalarıyla ilgili olarak bkz. Baum, s. 1011.

yıllarda yürürlüğe giren Etiyopya kanunlarının da, Etiyopya imparatoru ve hükümeti tarafından davet edilen Fransız hukukçuların tavsiyeleri yönünde şekillendiği görülmüştür.⁶¹ Daha yakın bir geçmişte, bu gibi taleplerin muhatabı olan ülkelerde, bu talepler karşısında gerekli organizasyonel ve finansal desteği sağlamak üzere özel birimlerin kurulduğu gözlemlenmiştir. Bu durum özellikle 1990lı yıllarda Sovyetler Birliği'nin dağılması üzerine ortaya çıkan yeni Devletlerin hukuk üstünlüğü, özgürlük ve liberal piyasaların desteklenmesi gibi temel ilkelerin kendi sistemlerine uyarlanması talepleri üzerine ortaya çıkmıştır.⁶²

Uzmanlardan alınan desteğe ilişkin fenomenin ortaya çıkışı ile birlikte bu desteği tanımlamak için kullanılan terminoloji de "hukuk ithali" ve "hukuk ihracı" olarak değişmiştir.⁶³ Hatta bu durum, "ihracatçı" ülkeler arasında bir nevi rekabet ortamının oluşmasına neden olmuştur.⁶⁴ Bu alanda çalışan uzmanlar, genellikle kendi ülkelerinin hukukuna odaklanmaktadır. Bu şekilde bilginin paylaşılması daha az masraflı olmaktadır. Ayrıca uzmanın kendi ülkesinin hukukuna odaklanması, uzmanın geldiği ihrac eden ülkenin de lehine olmaktadır. Bu yüzden, "hukuk ihracının" her zaman ithal eden ülkenin özelliklerini, örneğin tüketici hukuku açısından bu ülkedeki "tüketici" bakış açısını dikkate alan bir faaliyet olmadığı görülmektedir.⁶⁵ İthal eden bir ülkenin adalet bakanı tarafından da ifade edildiği üzere, ithal eden ülkelerin özelliklerini göz önünde tutan ve bu yönde yerli uzmanlarla da iş birliği yapan uzmanların, hiçbir ülkenin özelliklerini dikkate almaksızın çantalarında matbu bir kanun metni taşıyan uzmanlardan her zaman daha başarılı olduğu gözlemlenmektedir.⁶⁶ Sonuç olarak, ithal eden ülkelerin aslında ihrac eden ülkelerin hırslarını yansıtan tam bir "hukuk ithalinden" ziyade, kendi hukuk kültürleri ile bu hukuklar arasında bir köprü kurabilecek karşılaştırmalı hukuk araştırmalarını talep ettikleri görülmektedir.

ii. Karşılaştırmalı raporlar

Yasama faaliyeti için ihtiyaç duyulan bir diğer bilgi kaynağı ise karşılaştırmalı raporlardır. Örneğin, Almanya'da büyük yasa tasarıları genellikle meclis tarafından değil, hükümetin görevlendirdiği özel kurumlar veya uzman toplulukları tarafından hazırlanmaktadır. Bu yüzden önemli yasa tasarıları söz konusu olduğunda, karşılaştırmalı hukuk akademisyenlerinden ve enstitülerin-

⁶¹ René David, *Le Code civil éthiopien de 1960*, *RabelsZ* 26, 1961, s. 668-681. Yazar, Etiyopya medeni kanununun hazırlık çalışmalarına bizzat katılmıştır.

⁶² ABD'de, US Agency for International Development (USAID), Almanya'da Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) ve Deutsche Stiftung für Internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ) ve Fransa'da Fondation pour le droit continental'ın benzer amaçlara sahip olduğu görülmektedir.

⁶³ Bkz. Ingo von Münch, *Rechtsexport und Rechtsimport*, *NJW*, 1994, s. 3145-3147. Bu tür kurumların çalışmalarını da içeren daha geniş çaplı bir araştırma için bkz. Gerhard Rehm, *Rechtstransplantation als Instrument der Rechtsreform und transformation*, *RabelsZ* 72, 2008, s. 1-42.

⁶⁴ Lado Chanturia, *Recht und Transformation Rechtliche Zusammenarbeit aus der Sicht eines rezipierenden Landes*, *RabelsZ* 72, 2008, s. 114, s. 119. Yazar, 1990lı yıllarda Gürcistan Cumhuriyeti'nde Adalet Bakanı olarak görev yapmıştır.

⁶⁵ Bkz. Rolf Knieper, *Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht - Juristische Zusammenarbeit aus der Sicht eines Beraters*, *RabelsZ* 72, 2008, s. 98. Yazar, Rus yazar A.L.Makowsky'nin eleştirisine yollama yaparak, "uzmanların entelektüel bir diyaloga girme konusundaki yetenekleri ve istekleri"nden bahsetmektedir.

⁶⁶ Chanturia, s. 119.

den karşılaştırmalı bir çalışma yürütmeleri ve bunun sonucunda bir rapor hazırlamalarının istendiği sıklıkla görülmektedir. Genellikle bu talepte bulunan birim, bu akademisyenlere veya enstitülere, ilgili yabancı hukukta belirli soruların nasıl çözümlendiğine yönelik sorular yöneltilmektedir.⁶⁷ Bunun yanı sıra, Alman yasa koyucunun çözmeyi hedeflediği benzer sorunların yaşandığı düşünülen ve genellikle Almanya ile benzer bir toplumsal ve ekonomik gelişmişlik seviyesine sahip olan ilgi kaynağı belirli hukuk sistemleri de bu talepte belirtilmektedir. Bu soruların yer aldığı anketlerin, genellikle yabancı ülkelerdeki hukuk kurallarının uygulamasına ilişkin olduğu söylenebilir. Her ne kadar bu anketlerde sosyal veya ekonomik çevrenin etkisi gibi gayri hukuki etmenler açıkça dışlanmasa da, yabancı hukukta yer alan kuralların normatif değerlerinin, aslında bu kuralların uygulamasında farklılıklar söz konusu olsa bile, başlı başına önemli olduğu ve dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.

Almanya Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü tarafından yürütülen çalışmaların ilgi alanları çeşitlidir. Bunlar arasında çocukların hukuki durumu,⁶⁸ sözleşme ve satım hukuku,⁶⁹ eşcinsellerin birliktelikleri rejimi,⁷⁰ sermaye piyasaları hukuku (özellikle menkul kıymetler borsaları),⁷¹ kolektif eylemler,⁷² sigorta hukuku⁷³ ve arabuluculuk⁷⁴ gibi alanlar yer almaktadır. Bu çalışmalar genellikle birçok geniş kapsamlı ulusal rapor ve bir genel rapordan oluşmaktadır. Bu genel rapor, ulusal raporlardaki önemli noktaları özetlemekte, bu ülkelerdeki ortak gelişmeleri değerlendirmekte ve varsa aralarındaki farklı durumlara değinmektedir. Bunun yanı sıra raporların kapsamadığı ülkelerde ve yeknesak hukuk enstrümanlarında gözlemlenen gelişmeler de bu raporlarda ortaya konmaktadır. Hatta bazı raporlarda, ilgili birim tarafından talep edilmemiş olsa bile, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından bir sonuç çıkarma çabası da gözlemlenebilmektedir.

⁶⁷ Örneğin, Federal Adalet Bakanlığı tarafından 2002 yılında gerçekleşen borçlar hukuku reformundan önce hazırlanan detaylı araştırma hakkında bkz. Jürgen Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, Rechtsvergleichendes Gutachten des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Köln, 1988, s. 88-90.

⁶⁸ Peter Dopffel (ed.), Kindschaftsrecht im Wandel, Tübingen, 1994.

⁶⁹ Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Zur neueren Entwicklung des Vertragsrechts in Europa: Bundesminister der Justiz (ed.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, C. I (1981), 1-76; ayrıca satım hukukunda ilgili rapor için bkz. dn. 67.

⁷⁰ Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Hein Kötz/Peter Dopffel (ed.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen, 2000.

⁷¹ Klaus Hopt/Bernd Rudolph/Harald Baum (ed.), Börsenreform, Stuttgart, 1997.

⁷² Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Hein Kötz/Dietmar Baetge (ed.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Tübingen, 1999.

⁷³ Jürgen Basedow/Till Fock (ed.), Europäisches Versicherungsvertragsrecht, C. 1- 3, Tübingen, 2002- 03; ayrıca genetik analiz ve özel sigorta hakkında bkz. Genomanalyse und Privatversicherung - Stellungnahme des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, RabelsZ 16,2002, s. 116-139.

⁷⁴ Klaus Hopt/Felix Steffek (ed.), Mediation - Rechtsstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen, 2008; aynı eserin İngilizce versiyonu yine aynı yazarlar tarafından şu başlıkla yayınlanmıştır: Mediation - Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford, 2013.

Bu tür karşılaştırmalı çalışmaların yürütülmesi önemli bir zaman gerektiren ve en azından birkaç aylık bir süre alan faaliyetlerdir. Buna karşılık, her yasama sürecinde bu kadar geniş bir vakte sahip olunmamaktadır. Derhal bir kanunun yürürlüğe girmesi yönünde bir politik baskının söz konusu olması, yasama inisiyatifinin daha ziyade kısa vadeli sonuçlar bekleyen meclis üyelerinin elinde olması veya anayasaya dayalı sebeplerden ötürü yasa tasarılarının kısa bir süre içinde sunulma zorunluluğunun bulunması gibi sebeplerden dolayı ilgili kişilerin politik konumlarını belirlemek için karşılaştırmalı raporların ellerine ulaşmasını beklemeleri düşünülemez. Yukarıda Almanya'da karşılaştırmalı raporların yasama sürecine etkisi hakkında verilen örnekler değerlendirilirken, Almanya'da geniş kapsamlı yasaların genellikle uzun vadeli bir geri dönüş planıyla hükümet organları tarafından, siyasetçiler tarafından bir talep ileri sürülmemiş olsa dahi, karşılaştırmalı çalışmaları dikkate alarak hazırlandığı gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin Almanya Adalet Bakanlığı, iktidardaki hükümetin eşcinsel birlikler hususu ile ilgilenmeyi reddettiği zaman bile, bu husus hakkında karşılaştırmalı hukuk araştırmasının yürütülmesini talep etmiştir. Zira o zaman dahi toplumu ve siyasi tartışmaları iyi gözlemleyebilen bir kimsenin bu hususun er ya da geç bir yasama faaliyeti ile çözümlenmesi ihtiyacının doğacağını öngörmesi mümkün olmuştur.

iii. Uzman komitelerinde karşılaştırmalı hukuk

Karşılaştırmalı hukukun yasama faaliyetlerinde dikkate alınmasının arkasında yatan bir diğer sebep ise uzman komitelerinden yararlanmanın işlevselliğidir. Önemli yasama faaliyetlerinde rol oynayan uzman komiteleri sürekli mahiyette olabileceği gibi, belirli bir süre için öngörülmüş *ad hoc* nitelikte de olabilir. Sürekli uzman komiteleri arasında Birleşik Krallık'ta genel yetkiyle donatılmış Hukuk Komisyonu,⁷⁵ Almanya'da rekabet hukuku hususlarında yetkili Tekel Komisyonu⁷⁶ veya uluslararası özel hukuk alanında Almanya Uluslararası Özel Hukuk Komisyonu,⁷⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde ise özel olarak yasama faaliyetinde görev alma amacına sahip olmayan bağımsız bir kurum olmakla birlikte yasa reformlarında benzer bir rol oynayan Amerika Hukuk Enstitüsü yer almaktadır. *Ad hoc* komitelerle ise daha sık karşılaşılmaktadır. Bu komitelerin, birçok ülkede yasama organının belirli bir tasarımın hazırlanması hususunda tavsiyeye ihtiyacı olduğu durumlarda oluşturulduğu görülmektedir. *Ad hoc* komitelere örnek olarak ise yukarıda bahsi geçen Almanya Deregülasyon Komitesi,⁷⁸ 2009 yılında atanmış olan Japonya Medeni

⁷⁵ İnternet sitesi için bkz. <http://lawcommission.justice.gov.uk>. Hukuk Komisyonu ile ilgili olarak bkz. Peter North, Problems of Codification in a Common Law System, *RabelsZ* 46, 1982, s. 490-508.

⁷⁶ İnternet sitesi için bkz. <http://www.monopolkommission.de>; içeriğin bir kısmı İngilizce'dir.

⁷⁷ Almanya Adalet Bakanlığının sürekli bir danışma kurulu: Deutscher Rat für Internationales Privatrecht.

⁷⁸ Bkz. yukarıda n. 4.

Kanunu (ve Borçlar Kanunu) Hazırlık Komitesi⁷⁹ ve Fransa'da 2006'dan bu yana borçlar hukuku reformu için atanmış bulunan komiteler⁸⁰ verilebilir.

Bu tür uzman komiteleri siyasi baskılara daha az maruz kalmakta ve zaman zaman uygulamaları, menfaat grupları ve akademisyenler ile birlikte çalışmaktadır. Aynı zamanda araştırma konusu alanda yabancı ülkelerdeki gelişmeleri ortaya koymaları kendilerinden beklendiği için, bu uzman komitelerinin de karşılaştırmalı hukuk araştırmasının bir kullanıcısı olduğu söylenebilmektedir. Uzman komitelerin karşılaştırmalı hukuk araştırmasına yönelik talepleri birkaç şekilde yerine getirilebilmektedir. Örneğin, eğer bütçeleri el veriyorsa, komite üyeleri haricindeki akademisyenlerin karşılaştırmalı rapor sunması sağlanabilmektedir. Almanya Dereğülasyon Komisyonu özellikle sigorta⁸¹ ve iş piyasasına⁸² yönelik çalışmalarını, bu şekilde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanarak yürütmüştür. Bunun yanı sıra karşılaştırmalı hukukçuların danışma kurulu üyesi olarak atanmalarıyla da sıkça karşılaşmaktadır. Sözleşme hukuku alanında Almanya Adalet Bakanlığı'na yardımcı olan danışma kurulunun sürekli üyelerinden *Hein Kötz* ve *Peter Schlechtriem*'in de karşılaştırmalı hukukçular olduğu belirtilmelidir.⁸³ Benzer yönde, Amerika Hukuk Enstitüsü'nün de proje gruplarına, özellikle uluslararası meseleler ile ilgilenen yabancı uzmanları Müşavir, Danışman veya Raportör olarak atadığı görülmüştür.⁸⁴ Uzman komitelerinde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanmayı sağlayan bir diğer yol ise hem yerli hem de yabancı uzmanların görüşlerinin dinlendiği oturumların düzenlenmesidir. Örneğin Birleşik Krallık'ta Hukuk Komisyonu, çalışmalarını Komisyon'un talebi üzerine akademisyenler tarafından sunulan araştırmalara dayandırmaktadır.⁸⁵ Aynı şekilde,

⁷⁹ Bkz. Takashi Uchida, Contract Law Reform in Japan and the Unidroit Principles, *Uniform Law Review*, 2011, s. 705- 717; Komisyon'un çalışmaları Japonya Adalet Bakanlığı'nın internet sitesinde İngilizce olarak yayınlanmıştır: http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00001.html.

⁸⁰ Bkz. Guillaume Meunier, The Reform of the French Law of Obligations –Methods and Prospects: Walter Doralt/Olivier Deshayes (ed.), *Reforming the Law of Obligations and Company Law – Studies in French and German Law*, Paris, 2013, s. 17-18.

⁸¹ Ulrich Hübner, *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft, Eine vergleichende Untersuchung zu den Rechtsordnungen Grossbritannien, Frankreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Baden-Baden, 1988.

⁸² Herbert Kronke, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt - Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich*, Baden-Baden, 1990.

⁸³ Bundesminister der Justiz (ed.), *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln, 1992, s. 14-15.

⁸⁴ Örneğin, İsviçreli profesör François Dessemontet fikri mülkiyet projesinde raportör olarak görev almıştır. Bkz. American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes*, St. Paul, Minn. 2008. Tüketici hukukuna ilişkin güncel bir projede ise danışman listesinde Alman profesör Hans Schulte- Nölke ve Kanadalı profesör Jacob Ziegel yer almaktadır. İnternet sitesi için bkz. <http://www.ali.org/projects/Restatement Third, The Law of Consumer Contracts>.

⁸⁵ Hukuk Komisyonu'nun karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanmak gibi bir yasal zorunluluğu bulunmasa da, sürekli bir şekilde bu uygulamayı yürüttüğü gözlemlenmektedir. Örneğin bkz. Consumer Insurance Law (Pre-Contract Disclosure and Misrepresentation), Working Paper no.319, 2009, paragraf: 3.53 –3.56; Marital Property Agreements, Consultation Paper no.198, 2011, para.1.50; <http://lawcommission.justice.gov.uk>.

Almanya'da 1994'te iflas hukuku alanında yapılan kapsamlı reform çalışmasında da bu oturumlardan elde edilen bilgilerden yararlanılmış olduğu da görülmektedir.⁸⁶

Uzman komiteler tarafından ortaya konulan karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının, yabancı hukuk kurallarına, bu kuralların ilgili hukuk sisteminde uygulandığı şekliyle odaklandığı görülmektedir. Bu araştırmalar ilgili kuralın uygulandığı hukuki arka plana ilişkin olmakla birlikte, sosyal veya ekonomik etmenleri genellikle dikkate almamaktadır. Bu makalenin yazarının bahsi geçen komitelerde edindiği tecrübelerle göre, bu komitelerdeki tartışmaların yabancı bir hukukun kabul edilebilirliği üzerine değil, ilgili menfaat sahipleri üzerine odaklandığının söylenmesi mümkündür. Örneğin, haksız fiilden zarar gören kişinin haksız fiil failinin sigortacısına karşı ileri sürdüğü doğrudan talebe ilişkin kurallar konusunda Avrupa ülkelerinde farklı düzenlemeler söz konusudur. Bu husus, Almanya Adalet Bakanlığı tarafından atanan uzman komitesinde sigorta hukuku bağlamında tartışıldığında, komite üyelerinden biri olan yazar, karşılaştırmalı hukuktaki duruma ilişkin bilgileri sunmuştur. Buna karşılık, oldukça yoğun geçen tartışmalar daha ziyade yargı mensuplarının, sigortacıların ve zarar görenlerin menfaatlerine odaklanmıştır. Bu komitelerde yer alan yetkililerden hiçbiri Fransız ve Norveç hukukunda bu tür doğrudan taleplerin ileri sürülmesine yönelik düzgün işleyen uygulamanın bu ulusların kendine özgü niteliklerinden kaynaklandığını, bu yüzden bu kuralların Almanya'da kabul edilmesinin güç olduğunu ifade etme cesaretini gösterememiştir.⁸⁷

iv. Yerinde yapılan inceleme

Son olarak, yasa koyucuların bazen yabancı hukuk hakkında bilgi toplamak ve hukukun bu ülkelerde nasıl işlediğini gözlemlemek amacıyla bu ülkelere bizzat gittiği görülmektedir. Örneğin, 1950 yılında Almanya hükümeti, anti tröst (*antitrust*) kuralların nasıl uygulandığını gözlemlemesi ve değerlendirmesi için Amerika Birleşik Devletleri'ne bir "çalışma grubu" göndermiştir. 1929/1930 yıllarında gerçekleşen Büyük Buhran'ın ardından, Almanya ve bazı diğer Avrupa ülkeleri, şirket birleşmelerini ve hatta kartelleşmeyi destekleyen bir politika yürütmüştür. Rekabeti tetikleyen yasalara kuşkuyla yaklaşmış ve bu yasaların İkinci Dünya Savaşı'nda Almanya'nın karşısında yer alan güçlerin Alman ekonomisini zayıflatmak için ileri sürdüğü bir tuzak olduğu düşünülmüştür. Bunun yanı sıra bu yasaların tipik Amerikan düzenlemeleri olduğu, bu yüzden Almanya'da benimsenemeyeceği de ifade edilmiştir. Amerika'ya giden çalışma grubunun raporu,⁸⁸ 1957 yılında Almanya'da kabul edilen Rekabetin Kısıtlanmasına Karşı Kanun'un temelini oluşturmuştur.⁸⁹ Ayrıca yakın zaman-

⁸⁶ Bundesministerium der Justiz (ed.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln, 1985, s. 8, 10-14.

⁸⁷ Komisyon'un sigortacıya yönelik doğrudan talebine ilişkin önerisinin arka planı Komisyon'un nihai raporunda görülebilir, bkz. Egon Lorenz (ed.), Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004, Karlsruhe, 2004, s. 82-83.

⁸⁸ Vorläufiger Bericht der deutschen Kommission zum Studium von Kartell und Monopolfällen in den Vereinigten Staaten, Bundesanzeiger no. 250, 29 Aralık 1950, Beilage. Bu çalışma grubunun sekiz üyesi arasında, rekabet hukuku alanında görevli iki kamu görevlisinin (sırayla Mali İşler Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı temsilcileri) yanı sıra iki akademisyen ve dört menfaat grubu temsilcisi yer almaktaydı.

⁸⁹ Bu kanunun tarihi arka planı için bkz. Jürgen Basedow, Kartellrecht im Land der Kartelle, Wirtschaft und Wettbewerb, 2008, s. 270-273. Ayrıca bkz. Ulrich Drob-

da, Çin Halk Cumhuriyeti'nden çalışma gruplarının, sözleşme hukuku, tekellige karşı düzenlemeler ve uluslararası özel hukuka ilişkin gelişmeler hakkında bilgi toplamak amacıyla Batı Avrupa ülkelerine ziyaretlerde bulunduğu görülmektedir. Örneğin 2006 yılında Çin Halk Cumhuriyeti Ulusal Kongresi'nin Daimi Komitesi'nden gelen bir delegasyon Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü'ne bir ziyaret düzenlemiş ve Enstitü'de uluslararası özel hukuk uygulamasına ilişkin olarak akademisyenler ve avukatların da katkılarda bulunduğu bir sempozyum düzenlenmiştir.⁹⁰

Yerinde yapılan bu tür incelemeler, yabancı hukuk kurallarını ve bu kuralların nasıl uygulandığını bilmenin ötesinde bir yarar sağlamaktadır. Bu incelemelerde bulunan ülkelerin genellikle ilgili hukuk alanında esaslı bir tecrübeden yoksun olduğu görülmektedir. Bu yüzden, her ne kadar hukuk kurallarının esasının belirlenmesi ve bu çerçevede bu kuralların nasıl uygulandığının tespit edilmesine yönelik önemli bir menfaat söz konusu olsa da, yetkililerin aynı zamanda daha geniş bir bakış açısıyla ve bütünsel bir yaklaşımla, söz konusu yasanın ya da hukuk kuralının ilgili yabancı toplum ve ekonomik düzen açısından ne anlama sahip olduğunu kavrama gayretleri de mevcuttur. Almanya'nın tekellilik karşıtı kurallara ilişkin çalışma grubunun ABD'ye yaptığı ziyaret sonunda verilen raporda görüldüğü üzere, bu grubun ilgi alanları arasında bu kuralların Amerikan ekonomisiyle ilişkisi de yer almaktadır. Bu rapordan, çalışmanın kapsamının tekellilik karşıtı hükümler ile hükümet tarafından hedeflenen ekonomik projeler ve süreçlerin birbiriyle olan uyumu, bu hükümlerin idari otoriteler ve mahkemeler tarafından uygulanması, bu hükümlerden muafiyet hâlleri ve diğer özel durumlara kadar uzandığı görülmektedir.⁹¹ Dolayısıyla, bu bağlamda ileri sürülen karşılaştırmalı hukuk taleplerinin, bazı makro-karşılaştırmacı hukukçular tarafından savunulan bütünsel yaklaşım ile uyumlu olduğu söylenebilir.⁹²

8) Hukuku Yeknesaklaştırmaya Yönelik Kurumlarda Karşılaştırmalı Hukukun Kullanıcıları

i. Yeknesak hukukun yaratılmasına yönelik kurumsallaşma hareketi

19. yüzyılın sonlarından itibaren özellikle medeni hukuk ve ticaret hukuku alanlarındaki modern gelişmelerin ayrılmaz bir yönü olarak hukukun yeknesaklaştırılması faaliyeti ortaya çıkmıştır. Fikri mülkiyet, taşıma hukuku, deniz ticareti ve hava ticareti hukuku, uluslararası özel hukuk, satım hukuku, uluslararası ödemeler ve kıymetli evrak hukuku, ticari tahkim gibi alanlardaki hukuki düzenlemelerin süregelmekte olan ve geniş etkiye sahip yeknesaklaştırma hareketlerini dikkate almaksızın etraflıca ele alınması mümkün değildir. Söz konusu yeknesak hukuk kurallarının küresel veya bölgesel nitelikte olması mümkündür. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, farklı alanlarda hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla birçok uluslararası kurum kurul-

nig/Peter Dopffel, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, *RabelsZ* 46, 1982, s. 271 vd.

⁹⁰ Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Tätigkeitsbericht 2006, 2007, s. 83-84.

⁹¹ Bkz. dn. 89.

⁹² Bkz. yukarıda 3. bölüm.

muştur.⁹³ Bu organizasyonların başında Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması Uluslararası Enstitüsü (Unidroit), Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı, Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO), Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu (UNESCO) ve Dünya Ticaret Örgütü (WTO) gelmektedir. Bölgesel nitelikteki benzer organizasyonların arasında ise Amerikan Devletleri Örgütü (OAS), Latin Amerika'da MERCOSUR, Afrika'da Ticaret Hukukunun Uyumlaştırılması Örgütü (OHADA) ve en önemlisi, uluslar üstü birtakım yetkilerle donatılmış Avrupa Birliği yer almaktadır. Yukarıda sayılanlar ve diğer örgütler, hukukun uyumlaştırılmasına yönelik yüzlerce, hatta binlerce çalışmanın ortaya konulmasında önemli bir rol oynamıştır. Bununla birlikte, uluslararası sözleşmeler, model kanunlar, hukuki rehberler ve Avrupa Birliği'nde tüzük ve yönergeler hukukun yeknesaklaştırılmasına elverişli hukuk kaynakları olarak karşımıza çıkmaktadır.

ii. Hukukun yeknesaklaştırılmasında karşılaştırmalı hukukun yeri

Hukukun yeknesaklaştırılması amacına sahip tüm bu çalışmaların ortak noktası karşılaştırmalı hukuk araştırmasına duyulan sürekli ihtiyaçtır. Zira yeknesak bir metnin ortaya konulması ve bu metnin sanki doğal hukukmuş gibi kabul edilmesi yeterli değildir. Bu metnin temelinde yatan ve yeknesaklaştırma sürecine katılanlar ile metni hazırlayanları etkileyen ulusal hukuk kurallarının tespit edilmesi de gerekmektedir. 1970li yıllarda *René David*, hukukun yeknesaklaştırılması çalışmasının ilk aşamasının karşılaştırmalı hukuk araştırması olduğunu ifade etmiştir. *David*, uluslararası satım hukuku dışında⁹⁴ kalan alanlarda hukukun yeknesaklaştırılmasına yönelik çalışmaların “ciddi bir hazırlık faaliyetinden yoksun” olduğunu ileri sürmüştü ve bu durumu “19. yüzyılda hâkim olan, yasamanın her şeye kâdir olduğuna dair inanışa” ve “doğru tekniğin kullanılmasının ve geleneklerin öneminin göz ardı edilmesine” benzetmiştir.⁹⁵

Her ne kadar hukuki projelerin çoğunluğunda yeterli bir karşılaştırmalı hukuk araştırması hazırlığına rastlanmasa da, bu projelerin birçoğunun esasen farklı hukuk sistemlerinden gelen uzmanlardan oluşan komisyonlarca yürütüldüğü görülmektedir. Bu komisyonlarda yürütülen çalışma ise hukukun yeknesaklaştırılması çalışmasının ikinci aşamasını oluşturmaktadır. Söz konusu komisyonların amacı, karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgilerin paylaşılması ve projeye dahil olan büyük hukuk sistemlerinde kabul edilebilir birtakım çözümlerin üretilmesidir.⁹⁶ Buna karşılık, bu tür uzman topluluklarında üretilen

⁹³ Bu konuda kapsamlı, fakat kısmen güncel olmayan bir araştırma için bkz. René David, *The International Unification of Private Law*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law* (IECL), C. II, Bölüm 5, Tübingen/Paris/New York, 1971, s. 327 vd. kısımlar.

⁹⁴ Viyana'da 11 Nisan 1980'de imzalanan Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (CISG), Kaiser-Wilhelm Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (şu anda Max Planck Enstitüsü) tarafından yürütülmüş olan karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlandığı görülmektedir. *United Nations Treaty Series* C. 1489, s. 3. Bkz. Ernst Rabel, *Das Recht der Warenkaufs*.

⁹⁵ David, IECL C. II, Bölüm 5, kısım 220. Benzer yönde bkz. Jan Kroppholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen, 1975, s. 30.

⁹⁶ David, IECL C. II, Bölüm 5, kısım 222 ve 225: “Tasarımın ilgili alanına ilişkin özgün bir karaktere sahip olan her sistemin mümkün olan en üst seviyede çalışmaya dahil edilmesi gerekmektedir.”

karşılaştırmalı hukuk bilgisinin, öncesinde yürütülen karşılaştırmalı hukuk çalışmalarını temel almadığı müddetçe anlaşılması zor ve güvenilir olmaktan uzak olduğu tecrübe edilmiştir. Ancak bu tür araştırmalar, ortak bir metnin kabul edilmesinde, yani hukukun yeknesaklaştırılması çalışmasının üçüncü aşamasında bir değer kazanabilir. Zira bu aşama genellikle siyasi kaygılar çerçevesinde yürütülmektedir. Bu aşamada ortaya konulan çalışma, söz gelimi bir diplomatik konferansın tüm katılımcılarının bu metnin kabulü esnasında kendi hukuk sistemlerinin geleneklerine ve tekniklerine sadık kalmayı arzu etmeleri durumunda, önceden geliştirilmiş bu karşılaştırmalı hukuk temelli itirazların önüne geçilmesine ve söz konusu katılımcıların önerilen çözümün yerindeliği hakkında ikna olmasına yarayabilir. Bu kaygı özellikle hukukun yeknesaklaştırılması çalışmasının dördüncü aşamasında, yani uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğunda bu sözleşmelerin imzacı devletler tarafından onaylanması aşamasında öne çıkacaktır.

iii. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının türleri

Hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla yürütülen karşılaştırmalı hukuk araştırmaları genellikle hukukun belirli bir alanına ya da belirli bir hukuki soruna ilişkin olmaktadır. Bu araştırmalar çoğunlukla ilgili ülkelerdeki hukuk kurallarına ve bu kuralların mahkemeler tarafından uygulanmasına odaklanmakla birlikte, bazı araştırmaların ilgili ülkedeki ticari teamülü de dikkate aldığı görülmektedir. Örneğin, yukarıda bahsi geçen satım hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmasında yürütülen karşılaştırmalı hukuk araştırmaları sırasında, standart sözleşme hükümleriyle ortaya koyulan yabancı ticari teamüllerin de göz önünde tutulduğu görülmüştür.⁹⁷ Bu örnekler, Avrupa Birliği'nde Avrupa Ortak Satım Hukuku⁹⁸ veya Avrupa Sigorta Hukuku Rejimi⁹⁹ çalışmalarıyla çoğaltılabilir. Bu çalışmalarda yıllar boyunca sözleşme hukuku,¹⁰⁰ satım hukuku¹⁰¹ ve sigorta hukuku¹⁰² alanında karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yürütülmüştür. Bu araştırmalar, hukukun uyumlaştırılması için bir ön şarttır.

Yasama hırsına daha az maruz kalmış bir diğer örnek ise rekabet hukuku alanında karşımıza çıkmaktadır. 1990 yılında sosyalist sistemlerin çöküşü

⁹⁷ Bkz. Rabel tarafından yapılan araştırma (dn. 94).

⁹⁸ Bkz. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final of 11 October 2011; bu tasarı Üye Devlet'lerden gelen akademisyenlerden oluşan bir uzman grubu tarafından hazırlanmıştır.

⁹⁹ 2013 yılında Avrupa Birliği Komisyonu, 'ortak sigorta pazarının' oluşturulması amacıyla farklı ülkelerdeki sigorta hukuku düzenlemelerinin incelenmesi için Üye Devlet'lerden gelen akademisyenlerden ve daha ziyade uygulamacılardan oluşan bir uzman grubu oluşturulmasına karar verdi. Bkz. Commission Decision of 17 January 2013, OJ 2013 C 16/6. Bu makalenin yazarı da 2014 yılının Ocak ayında nihai raporunu sunan uzman grubunun bir üyesidir. Söz konusu rapor ve ulusal hukuklara ilişkin karşılaştırmalı tablolar Avrupa Birliği Komisyonu'nun internet sitesinde yayınlanacaktır.

¹⁰⁰ Bu öncü inisiyatifin kökenleri 1980 yılında oluşturulan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'na dayanmaktadır. Bkz. Ole Lando/Hugh Beale (ed.), PECL; Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (ed.), PECL.

¹⁰¹ Christian von Bar/Eric Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), C. 1-6, Münih, 2009; satım hukuku ile ilgili bkz. C. 2, s. 1207- 1426.

¹⁰² Bkz. Basedow/Fock (ed.); Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Co-
usy/Helmut Heiss (ed.), Principles of European Insurance Contract Law, Münih, 2009.

ile birlikte, dünya genelinde onlarca devlet başarılı bir pazar ekonomisinin korunabilmesi amacıyla rekabetin korunmasına yönelik kanunlar çıkarmıştır. Her ne kadar bu alanda bir uluslararası uyumlaştırma çabası başarısız sonuçlanmış olsa da,¹⁰³ ulusal rekabet otoriteleri birleşerek günümüzde yüzden fazla üyesi olan Uluslararası Rekabet Ağı'nı (International Competition Network – INC) oluşturmuştur. INC'nin her yıl düzenlenen toplantılarında, rekabet hukukuna ilişkin sorunlar ve bu alanda bir uyumlaştırma faaliyetine ve/veya idari otoriteler arasında daha iyi iş birliğinin kurulmasına ilişkin görüşler tartışılmaktadır. ICN tarafından kurulan çalışma grupları, gündelik olarak karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yürütmektedir. Bu çalışmalar sayesinde rekabet hukukunun uyumlaştırılması faaliyeti, en azından gelişmiş ülkelerde *füllen* ile riye gitmektedir.

iv. Süregelen yeknesaklaştırma faaliyeti ve ortak metinlerin gözden geçirilmesi

Ortak bir metnin kabulünden veya hukukun uyumlaştırılmasından sonra düzenli araştırmalar yürütmek ve bu uyumlaştırmanın gerçekte hangi seviyede gerçekleştiğinin tespitini yapmak karşılaştırmalı hukukçuların işidir. Bu tür bir araştırma karşılaştırmalı uygulamaya yönelik bir araştırma olarak düşünülebilir. Karşılaştırmalı hukukçular, yasama aşamasında gerçekleşen yeknesaklaştırma hareketinin uygulamada da daha ileriye gitmesini sağlamak zorundadır. Zira farklılık gösteren bir uygulamanın göz ardı edilmesi demek, kabul edilen bu ortak metnin ileri bir zamanda mutlaka yeniden gözden geçirilmesi demektir.¹⁰⁴

Bu tür bir çalışma ilgili devletlerin yeknesaklığı yeniden tesis etme konusunda gerçek bir iradesinin söz konusu olmaması hâlinde bir işe yaramayacaktır. Ancak devletlerin bu yönde bir irade ortaya koyduğu, örneğin uluslararası raylı taşımacılık hukuku konusunda son yüz yıldır gözlemlenmektedir. 1890 yılında kabul edilen ilgili sözleşmenin farklı şekillerde yorumlanması sonucunda,¹⁰⁵ metin üzerinde düzenli aralıklarla birçok kez değişikliğe gidilmiştir. Bu sözleşmenin ilk versiyonlarında, mücbir sebep söz konusu olduğunda demir yollarının, taşınan mallara bir zarar gelmesi veya bu malların kaybolmasından sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. 1920li yıllarda ise, temelini Roma Hukuku'nun *vis maior* kurumunda bulan mücbir sebep kavramının Almanya ve Fransa'da farklı yorumlandığı görülmüştür. Fransız mahkemeleri, demir yolları işletmesinin dahili olaylarını, örneğin çalışanların greve gitmesi hâlini de bir mücbir sebep olarak yorumlarken,¹⁰⁶ Alman mahkemeleri bu tür bir yorumu reddetmiş ve ancak harici olayların bu kapsamda değerlendirilebileceğini

¹⁰³ Bu çalışma da esasen akademisyenlerden oluşan bir uzman grubu tarafından yürütülmüş olup Avrupa Komisyonu'na sunulmuştur. Bkz. International Antitrust Code Working Group, Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Agreement, Antitrust Trade & Regulation Report (BNA) 64, 1993, Special Supplement no. 1628 of August 19, 1993; ilgili siyasi inisiyatif için bkz. Leon Brittan/Karel van Miert, Towards an International Framework of Competition Rules, International Business Lawyer, 1996, s. 454 –457. Her iki yazarda ilgili dönemde Avrupa Birliği Komisyoneri olarak görev yapmıştır.

¹⁰⁴ David, IECL C. II, bölüm 5, kısım 317: "Ortak metnin düzenli olarak gözden geçirilmesi, bu metnin yeknesak uygulanmasına hizmet eder."

¹⁰⁵ Internationales Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr of 14 October 1890, (Reichsgesetzblatt 1892), s. 793.

¹⁰⁶ Cour de cassation 24 June 1925, Dalloz hebdomadaire 1925, s. 486.

ifade etmiştir.¹⁰⁷ Bunun sonucunda, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sözleşmede yapılan ilk değişiklikle mücbir sebep kavramı sözleşmeden 1952 yılında çıkarılmıştır. Bu kavram yerine, yeni metinde zararın veya kaybın ortaya çıkmasına veya başka sonuçlara yol açan olayların önlenemez niteliğine vurgu yapılmıştır.¹⁰⁸ Bu tarihten sonra grevlerin mücbir sebep niteliğine ilişkin bir mahkeme kararı verilmemiş olsa da, bir demir yolu şirketinin işçilerinin greve gitmesinin kendisi açısından önlenemez bir olay olduğunu kanıtlanması çok zor gözükmemektedir.

Yeknesak hukuk kuralları koymayı amaçlayan uluslararası enstrümanların genellikle mahkemeler tarafından doldurulması gereken boşluklar içerdiği görülür. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38(1)(c) maddesi¹⁰⁹ ve Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 7(2) maddesi¹¹⁰ uyarınca, mahkemelerin öncelikle ilgili uluslararası metnin genel prensipleri uyarınca bu boşluğu doldurmaya çalışmaları, ancak eğer bir genel prensip söz konusu değilse kanunlar ihtilafı kuraları uyarınca tespit edilen ulusal hukukun boşluk doldurmada dikkate alınması gerekmektedir. Söz konusu genel prensiplerin tespit edilmesi ve değerlendirilmesi ise esasen bir karşılaştırmalı hukuk araştırması anlamına gelmektedir.¹¹¹ Ulusal mahkemelerde görev yapan hâkimler, en azından bir dereceye kadar, kendi hukuk sistemlerinden kaynaklanan argümanlara sıkışmış olsalar da, bu sıkışmışlığın üstesinden gelmek uluslararası enstrümanların yabancı ülkelerdeki uygulamasına dikkat çekecek olan karşılaştırmalı hukukçuların görevidir.¹¹² Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuk, saf bir ampirik bilim olma karakterini yitirmektedir. Uygulamaya ilişkin karşılaştırmalı araştırmalar, ulusal ve uluslararası mahkemeler tarafından uygulanacak olan uluslararası hukuki enstrümanların normatif değerlendirmesinin de bir parçası olmaktadır.¹¹³

¹⁰⁷ Reichsgericht 4 March 1922, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ), s. 104, 150.

¹⁰⁸ Bkz. Uluslararası Demiryolu Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Tektip Kurallar (CIM), madde 23 § 2. Sözleşmenin B Eki en son 3 Haziran 1999'da Vilnius Protokolü ile değişikliğe uğramıştır. Uluslararası Demiryolu Taşımacılığı Hükümetlerarası Örgütü'nün internet sitesi için bkz. <http://www.otif.org>: "Kayıp, hasar veya teslim süresinin aşılmasına, hak sahibinin bir hatası, taşımacının hatasından doğmayan hak sahibinin bir talimatı, eşyanın kendi bozukluğu (içten bozulma, yolda fire vb.) veya taşımacının önlemeyeceği durumlar veya çare bulamayacağı sonuçlar neden oldu ise, taşımacı, bu sorumluluktan kurtulur." İspat yükü taşıyıcıdadır, bkz. madde 25 § 1.

¹⁰⁹ Statü için bkz. <http://www.icj-cij.org/homepage>.→Basic documents.

¹¹⁰ Bkz. yukarıda dn. 94.

¹¹¹ Bu husus, henüz 1927 yılında Rabel tarafından açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Rabel, Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, s. 7, 15 ve 17.

¹¹² Bu görev, mahkemeler tarafından karşılaştırmalı hukukun kullanılmasına ilişkin ulusal raporlarda görüldüğü üzere, karşılaştırmalı hukukçular tarafından kabul edilmiştir. Bkz. Irich Drobniç/Sjef van Erp (ed.), The Use of Comparative Law by Courts. Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law Athens 1994, Lahey, 1999; Ulrich Drobniç tarafından verilen Genel Rapor, 8 vd; ayrıca bkz. Guy Canivet/Mads Andenas/Duncan Fairgrieve (ed.), Comparative Law Before the Courts, Londra, 2004.

¹¹³ Avrupa Adalet Divanı'nın genel prensiplerin tespitinde karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlanmasına ilişkin olarak bkz. Axel Metzger, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen, 2009, s. 414-418. Yazar mahkeme uygulamasına birçok atıfta bulunmuş ve Adalet Divanı'nın Avru-

9) Küreselleşme Çağında Yeni Kullanıcılar: “Canlı Karşılaştırma”

Bir önceki bölümde açıklandığı üzere, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının yürütülmesinde birçok farklı aktör¹¹⁴ hukuk kurallarının ortaya konulması sürecinde bir araya gelmektedir. Bahsi geçen organizasyonlar tarafından oluşturulan küresel ağ o kadar yoğunlaşmıştır ki, bu aktörlerin hukukun yeknesaklaştırılması çalışmalarında bazen birbirinin rakibi olarak bazen ise bir takım olarak iş birliği içinde çalıştıkları görülmektedir.¹¹⁵ Bu organizasyonların etrafında yeknesaklaştırma lehine veya aleyhine sürekli bir şekilde lobi faaliyetlerini yürüten özel danışmanlık büroları bulunmaktadır. Bu organizasyonların çoğunlukla uzmanlar ve birçok farklı hukuk sistemini temsil eden ilgili menfaat sahiplerinden oluştuğu görülmektedir.¹¹⁶ Tüm bunlar, karşılaştırmalı hukukun kurumsal boyutunu ortaya koymaktadır. Karşılaştırmalı hukuk genellikle bu organizasyonların faaliyetlerinin esasını veya en azından büyük bir bölümünü oluşturmaktadır. Uluslararası organizasyonların sayısında bir artış aynı zamanda tahkim ve mahkeme yargılaması alanında da göze çarpmaktadır: Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Ticaret Örgütü’nün uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi bu alanda çalışan organizasyonlara verilecek örneklerin birkaçıdır. Tüm bu organizasyonlar, uyuşmazlıkların evrensel yetkiye sahip uluslararası yargı mercilerinde çözülmesinin gittikçe artan önemini ve Avrupa Adalet Divanı ve AİHM gibi bölgesel mahkemelerin iş yükünü ortaya koymaktadır. Hukuk sisteminin görünmeyen yüzünde işleyen on binlerce ticari tahkim yargılamaları da dikkate alındığında, yabancı hukuka ilişkin talep edilen bilginin ne kadar önemli olduğu gözler önüne serilmektedir.

Bu anlatılanlar küreselleşmenin kurumsal yönü olarak özetlenebilir. Kamusal tartışmalarda, küreselleşmenin daha ziyade sınırları kaldıran ve dolayısıyla sınırlar ötesi faaliyetleri arttıran yönü¹¹⁷ üzerinde durulmaktadır. Bununla birlikte, küreselleşmenin bir diğer sonucu olan ve gittikçe artan bu özgülleşme hareketine karşı uluslararası toplumun verdiği bir tepki olarak karşımıza çıkan uluslararası kurumlaşma faaliyetinin üzerinde daha az durulmaktadır. Söz konusu bu kurumların ortak noktasının faaliyetlerinin çok kültürlü olma niteliği olduğu söylenebilir. Öyle ki, bu kurumlarda birbirinden farklı hu-

pa’da hukukun gelişmesine ilişkin kilit noktalarda karşılaştırmalı hukuk araştırması sonucunda elde ettiği genel prensiplerden yararlandığını ileri sürmüştür.

¹¹⁴ Bkz. Yukarıda 8(i).

¹¹⁵ Uzun yıllar Unidroit’da çalışmış Martin Stanford’un bu konudaki görüşü için bkz. Martin Stanford, Some Reflexions on Four Decades of Involvement in the International Unification of Private Law, Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht (ZLW) 62, 2013, s. 365.

¹¹⁶ Bu organizasyonlara örnek olarak 19. yüzyılın sonlarında gemi sahipleri tarafından kurulan Uluslararası Deniz Hukuku Komitesi, dünya genelindeki hava yolları tarafından kurulan Uluslararası Hava Taşımacılığı Örgütü veya Avrupa’daki sigorta şirketleri tarafından oluşturulan Avrupa Sigorta (Insurance Europe, eski adıyla Comité européen des assurances) verilebilir. Avrupa Birliği’nde bu organizasyonlar için Saydamlık Sicili’ne (Transparent Register) bkz. <http://www.ec.europa.eu/transparencyregister/info/homePage.do?locale=en#en>. Teorik bir değerlendirme için bkz. Peter Bouwen, Corporate lobbying in the European Union: The Logic of Access, Journal of European Public Policy 9, 2002, s. 365 –390.

¹¹⁷ Bkz. yukarıda 2(iii).

kuk sistemlerinde gelen binlerce avukat çalışmaktadır. Bu avukatların çalışma gruplarında, ilgili birimlerde, komitelerde, odalarda vs. birlikte çalışması, farklı sistemlerde temelini bulan fikirlerin sürekli bir değiş tokuş ilişkisi içinde olması anlamına gelmektedir.

Benzer gözlemler bankalar, uluslararası hukuk büroları, özel sektörde faaliyet gösteren çok uluslu şirketler için de yapılabilir. Örneğin ABD’de, İtalya’da veya İsviçre’de faaliyet gösteren uluslararası büyük bir sigorta şirketinin İrlanda’da yer alan yavru şirketi üzerinden tüm dünyadaki müşterilerine sunmak üzere bir hayat sigortası ürününe sahip olduğunu düşünelim. Bu faaliyetin başarıya ulaşması, vergi, sözleşme hukuku, ayrımcılığın önlenmesi kuralları, kara para aklama kuralları vb. birçok hukuk sisteminin dikkatlice değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Şirketin bu amacı gerçekleştirmek için oluşturduğu çalışma grubu, farklı hukuk sistemleri hakkında bilgisi olan hukukçulardan oluşacaktır. Özetle, söz konusu ticari proje kendi içinde bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasının yürütülmesini zorunlu kılacaktır.

Bu tür özel veya kamusal kurumlar için karşılaştırmalı hukuk araştırmasının anlamı, akademisyenlerin bakış açısından çok farklıdır. Her ne kadar bu kurumlarda çalışan kişilerin de zaman zaman belirli bir hukukta belirli sorunlara ilişkin çalışmalar oluşturması veya bu çalışmaların oluşturulmasını talep etmesi söz konusu olsa da, genellikle bu tür bir iş ortamının hukuk sistemlerinin “canlı bir karşılaştırmasını” yarattığı görülmektedir. Bu canlı karşılaştırma, farklı hukuk sistemlerinde eğitim görmüş çalışanların birbiriyle olan iş bağlamında veya entelektüel bağlamda gerçekleşen sürekli iletişimi sonucunda her gün ortaya çıkmaktadır. Çalışanların bu iletişiminin arkasında yatan neden ise belirlidir: şirketin hedeflerinin gerçekleştirilmesi veya süregelen bir davanın çözüme kavuşturulması. Bu yüzde bu tür bir iletişime, belirli hukuk kurallarının ilgili ülkede uygulandığı gibi değerlendirilmesine yönelik pratik sorular hâkim olmakta ve bu iletişim sonucunda elde edilen kararın bireylerin, şirketlerin ve kamu otoritelerinin kararları üzerinde önemli bir etkisi olmaktadır. Böylece bazı epistemolojik puristlerin (*epistemological purists*) ileri sürdüğü engellerin aslında canlı karşılaştırmalı hukuk faaliyetlerinde aksinin ispatlanması söz konusu olmaktadır.

10) Sonuç

(1) Hukuki dogmatizm veya hukukun ekonomik analizi gibi yöntemlerin aksine, karşılaştırmalı hukuk yöntemi kapalı bir entelektüel sistemin bir özelliği olarak karşımıza çıkmaz. Karşılaştırmalı hukuk, ampirik bilimlerde olduğu gibi, yabancı hukuk sistemleri ve toplum ile ekonominin hukuk ile ilişkili yönleri hakkındaki bilginin artırılmasına yarar. Bu yönüyle karşılaştırmalı hukuk, her tür anlamlı sosyal bilim teorisine bir temel yaratır. Diğer metodların sunduğu argümanları dışlamaz veya bunların aksini ispata çalışmaz.

(2) Karşılaştırmalı hukukçularca tartışılan çeşitli yöntemlerin, özellikle de işlevsel ve epistemolojik yaklaşımın birbirini dışlar nitelikte olduğunun kabulü zorunlu değildir. Araştırmanın hangi yöntem ile yürütüleceğini, hangi yöntemin ya da yöntemlerin daha başarılı bulgular sağlayacağını belirleyen daha ziyade araştırmanın amacı olmaktadır. Belirli bir hukuk sisteminin özelliklerini anlama amacını taşıyan yabancı hukuk çalışmaları ile bir karşılaştırma saikine sahip ve belirli bir soruna odaklanmış karşılaştırmalı hukuk araştırmaları birbirine karıştırılmamalıdır.

(3) Diğer akademik disiplinler gibi, karşılaştırmalı hukuk da dış dünyanın çeşitli beklentilerine cevap verir. Karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yaratılan argümanlar ve edinilen bilgiler, modern dünyanın her yerinde kullanıcılara hizmet etmektedir. Bu makale, bu beklentiler ve bu çalışmalarda izlenen yöntemlerin sonuçlara olan etkilerini incelemeye çalışmıştır.

(4) Günümüz toplumunun en belirgin özelliklerinden biri, pazarların, toplumların, kültürlerin ve politik sistemlerin birbiriyle ilişki içinde olmasıdır. Küreselleşme olarak nitelendirilen bu fenomenle birlikte hukuki fikirlerin sınırlar ötesi dolaşımı da artış göstermiştir. Bunun sonucu olarak yabancı hukuka ilişkin bilgi talep eden karşılaştırmalı hukukun geleneksel kullanıcılarının, özellikle yasama organlarının ve mahkemelerin taleplerinde de ciddi bir artış söz konusu olmuştur.

(5) Küreselleşme karşısında uluslararası toplum, ancak kapsamlı bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasıyla üstesinden gelinebilecek olan, ortak normların tespiti çalışması için özel ve kamusal nitelikte uluslararası kurumlardan oluşan yoğun bir ağ yaratmıştır. Bu talep de belirli alanlarla sınırlıdır ve yabancı hukukun ilgili mahkemelerde uygulandığı şeklinin tespitine ilişkindir.

(6) Bu talebin arkasında yatan sebep değerlendirildiğinde, karşılaştırmalı hukuka en uygun yönetime ilişkin tartışmaların ne kadar önem arz ettiği şüphelidir. Karşılaştırmalı hukukun kullanıcıları, bu araştırmanın farklı sosyal, ekonomik, kültürel çevrelerin karmaşıklığı yüzünden çok zor olduğuna ilişkin ifadelerle tatmin olmamaktadır. Bu kişiler, gayri hukuki etmenlerin araştırmalar sonucunda elde edilen bilgilerin önemini azaltma potansiyeline sahip olduğunun farkında olmakla birlikte, daha ziyade ilgili mahkemede uygulandığı şekliyle hukuk kurallarının ortaya konulmasını beklemektedir.

(7) Karşılaştırmalı hukuk, yeknesak kurallar oluşturulurken ve bunların farklı hukuk sistemlerinde aynı şekilde uygulanmasına yönelik araştırma yaparken saf bir ampirik bilim olma özelliğini kaybetmekte ve hukuki ve politik analizin normatif yaklaşımını edinmektedir.

(8) Bu amaç için yürütülen karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının yanı sıra, ticarete gittikçe gelişen uluslararası kurumsal yapı, bu yapıya dahil olan ve farklı hukuk sistemlerinden gelen hukukçuların iş birliği içinde olmalarının bir sonucu olarak karşılaştırmalı hukukun “canlı” bir şekilde yaşamasını sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

American Law Institute, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes, St. Paul, Minn. 2008

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

Bernd von Hoffmann, Das Recht des Grundstückskaufs, Tübingen, 1982

Bundesminister der Justiz (ed.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln, 1992

Bundesministerium der Justiz (ed.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln, 1985

Carlos Esplugues/José Luis Iglesias/Guillermo Palao, Application of Foreign Law, Münih, 2011

Charles Donahue, *Comparative Law before the Code Napoléon*, The Oxford Handbook of Comparative Law, ed. Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann, Oxford, 2006

Christian von Bar/Eric Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, C. 1-6, Münih, 2009

Eduard Lambert, *La Fonction du droit civil comparé*, C. 1, Paris, 1903

Egon Lorenz (ed.), *Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004*, Karlsruhe, 2004

Eric Jayme, *Emerico Amari (1810-1870) und die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft: Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, Heidelberg, 2000

Ernst Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung: Ernst Rabel- Gesammelte Aufsätze*, C. II, Hans G. Leser (ed.), Tübingen, 1965

Ernst Rabel, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung: Hans G. Leser (ed.), Ernst Rabel- Gesammelte Aufsätze*, C. II, Tübingen, 1965

Ernst Rabel, *Das Recht der Warenkaufs*, C. 1,2, Berlin, 1936 ve 1958

Esin Örucü, *The Enigma of Comparative Law*, Leiden, 2004

Franz Schlegelberger ve diğerleri (ed.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, C. 1-7, Berlin, 1929-1940

Franz Werro, *Comparative Studies in Private Law- A European Point of View: The Cambridge Companion of Comparative Law*, Mauro Bussani/Ugo Mattei (ed.), Cambridge, 2012

Gebhard Rehm, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und transformation*, *RabelsZ* 72, 2008

Guillaume Meunier, *The Reform of the French Law of Obligations – Methods and Prospects: Walter Doralt/Olivier Deshayes (ed.), Reforming the Law of Obligations and Company Law – Studies in French and German Law*, Paris, 2013

Guy Canivet/Mads Andenas/Duncan Fairgrieve (ed.), *Comparative Law Before the Courts*, Londra, 2004

H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World- Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2007

Harald Baum, *Japanese Law, Influence of European Private Law*, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, ed. Jürgen Basedow, Klaus Hopt, Reinhard Zimmermann, Hamburg, 2012

Herbert Kronke, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt - Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich*, Baden-Baden, 1990

Horatia Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, The Oxford Handbook of Comparative Law, Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford, 2006

Ingo von Münch, *Rechtsexport und Rechtsimport*, NJW, 1994

Jan Kropholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen, 1975

John Baylis/Steve Smith (ed.), *The Globalization of World Politics*, Oxford 1997

Jürgen Basedow, Conclusions: Du Code Napoléon à la codification européenne – 200 ans de codification à la lumière de ses fonctions, Le Code civil français dans le droit européen, Jean-Philippe Dunand/Bénédict Winiger (ed.), Brüksel, 2005

Jürgen Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, Rechtsvergleichendes Gutachten des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Köln, 1988

Jürgen Basedow, Kartellrecht im Land der Kartelle, Wirtschaft und Wettbewerb, 2008

Jürgen Basedow, Klaus Hopt, Hein Kötz, Dietmar Baetge (ed.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Tübingen, 1999

Jürgen Basedow/Klaus Hopy/Hein Kötz/Peter Dopffel (ed.), Die Rechtstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen, 2000

Jürgen Basedow/Till Fock (ed.), Europäisches Versicherungsvertragsrecht, C. 1- 3, Tübingen, 2002-03

Jürgen Basedow/Dagmar Coester-Waltjen/Heinz-Peter Mansel (ed.), Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2007/2008, 2010

Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss (ed.), Principles of European Insurance Contract Law, Münih, 2009

Jürgen Samtleben, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW, 1992

Klaus Hopt, Felix Steffek (ed.), Mediation - Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen, 2008. (Eserin İngilizcesi için bkz. Mediation - Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford, 2013)

Klaus Hopt/Bernd Rudolph/Harald Baum (ed.), Börsenreform, Stuttgart, 1997

Knut Pissler, Chinese Law, Influence of European Private Law, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (ed.), Hamburg, 2012

Konrad Zweigert/Hein Kötz, Introduction of Comparative Law, çeviren: Tony Weir, Oxford, 1998

Konrad Zweigert/Ulrich Drobnig (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, C. 1-17, Dordrecht ve Tübingen, 1964 ve sonrası.

Lado Chanturia, Recht und Transformation Rechtliche Zusammenarbeit aus der Sicht eines rezipierenden Landes, RabelsZ 72, 2008

Leon Brittan/Karel van Miert, Towards an International Framework of Competition Rules, International Business Lawyer, 1996

Ulrich Drobnig/Sjef van Erp (ed.), The Use of Comparative Law by Courts. Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law Athens 1994, Lahey, 1999

Mark van Hoecke, Deep Level Comparative Law: ed. Epistemology and Methodology of Comparative Law, Oxford, 2004

Martin Gebauer, Rechtsvergleichung,, Leitgedanken des Rechts, ed. Hanno Kube ve diğerleri, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2013

Martin Stanford, Some Reflexions on Four Decades of Involvement in the International Unification of Private Law, *Zeitschrift für Luft und Weltraumrecht (ZLW)* 62, 2013

Mi Jian, On the Communication of Legal Culture and the Subjective Consciousness of Culture, *China Legal Science* 1, 2013

Nadjma Yassari, Islamic Countries, Influence of European Private Law, *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (ed.), C. 2, Hamburg, 2012

Ole Lando/Hugh Beale (ed.), *Principles of European Contract Law- I. ve II. Bölümler*, Lahey, 2000

Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (ed.), *Principles of European Contract Law- III. Bölüm*, Lahey, 2003.

Peter Bouwen, Corporate lobbying in the European Union: The Logic of Access, *Journal of European Public Policy* 9, 2002

Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Londra, 2007

Peter Dopffel (ed.), *Kindschaftsrecht im Wandel*, Tübingen, 1994

Peter North, Problems of Codification in a Common Law System, *RabelsZ* 46, 1982

Pierre Arminjon/Boris Nolde/Martin Wolff, *Traité de droit comparé*, C. 1-3, Paris, 1950-51

Pierre Legrand, Variations on the Main Theme: Fragments on Laws-as Culture, Deventer, 1999

Ralf Michaels, The Functional Method of Comparative Law: The Oxford Handbook of Comparative Law, Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (ed.), Oxford, 2006

Reinhard Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, ZEuP, 1993

Reinhard Zimmermann, "In der Schule von Ludwig Mitteis"- Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 65, 2001

Reinhard Zimmermann, Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law, *European Review of Private Law*, 2012. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Kodifikasyon – Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Kıta Avrupası Deneyimlerinin Değerlendirilmesi, Reinhard Zimmermann, Çev.: Yard. Doç. Dr. Ece Baş Süzöl, Av. Meliha Sermin Paksoy, IÜHFM C. LXXIII, S. 2, 2015.

René David, *Le Code civil éthiopien de 1960*, *RabelsZ* 26, 1961

René David, The International Unification of Private Law, in: *International Encyclopedia of Comparative Law (IECL)*, C. II, Bölüm 5, Tübingen/Paris/New York, 1971

René David/John Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, Londra, 1985.

Richard Buxbaum, Is There a Place for European Delaware in the Corporate Conflict of Laws?, *RabelsZ*, 2010

Robert A. Leflar, *The Law of Conflict of Laws*, Indianapolis, 1959

Rodolfo Sacco, *Le droit africain – Anthropologie et droit positif*, Paris, 2009 (çeviren: Michel Cannarsa)

Rodolfo Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007

Rolf Knieper, *Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht - Juristische Zusammenarbeit aus der Sicht eines Beraters*, *RabelsZ* 72, 2008

Rudolf B. Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems*, in: *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961 ve Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Puttfarcken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, 1978.

Sandro Schipani (ed.), *Augusto Teixeira de Freitas il diritto latino americano*, Padova, 1988

Sarah Piek, *Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2013

Takashi Uchida, *Contract Law Reform in Japan and the Unidroit Principles*, *Uniform Law Review*, 2011

Ulrich Drobnig/Peter Dopffe, *Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber*, *RabelsZ* 46, 1982

Ulrich Hübner, *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft, Eine vergleichende Untersuchung zu den Rechtsordnungen Grossbritanniens, Frankreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Baden-Baden, 1988

Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdictions*, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Jan Smiths (ed.), Cheltenham, 2006

Wolfgang Wurmnest, *Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze - Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa*, *ZEuP*, 2003

Wulf-Henning Roth, *Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen Markt - Europäische Probleme und amerikanische Erfahrungen*, München, 1991

Yeşim M. Atamer, *Turkish Civil Code and Turkish Code of Obligations*, *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (ed.), Hamburg, 2012

KRİPTO PARA BİRİMİ ÜSTÜN VERGİ CENNETİ Mİ?*

(IS CRYPTOGRAPHIC CURRENCY AN OUTSTANDING TAX HEAVEN?)

Omri Marian**

Çev./ Translated by: Sedef Pelin Gürlek Keleş***

ÖZ

Genellikle bilgisayar oyunlarında, sanal ekonomiye bağlı diğer sanal para birimlerinin aksine kripto para birimleri kendi içlerinde emsalsiz bir serbest kur sistemi meydana getirebilmektedirler. Vergi cenneti banka hesaplarında tutulan beyan edilmeyen gelirlerden ötürü Birleşik Devletlerin her yıl 40 ile 70 milyar dolar arasında vergi gelirinden olduğu tahmin edilmektedir. DGH (Dahili Gelir Hizmetleri) 2007 yılı düzenlemesi oyun içi ekonomiye dayalı sanal bir hacimle sınırlı olmayan ve gerçek ekonomide de işleyen Bitcoin gibi esaslı açık akış ödeme sistemlerinin gelişimini öngörememiştir. Denizaşırı banka hesaplarını kullanarak vergi kaçırınlar, vergi kaçırmak için Bitcoin kullanmayı tercih edebilecek olup, esasen bunlar, gelirlerini beyan ve vergi ödeme yükümlülüğünün bilincinde olan vergi mükellefleridir.

Anahtar Kelimeler: Bitcoin, Sanal para, Kripto para birimleri, vergi kaçığı, FATCA

ABSTRACT

Unlike other virtual currencies, which are usually connected to virtual economies in computer games, crypto currencies can bring a unique free-of-charge system within themselves. It is estimated that the United States from tax revenue between \$ 40 and \$ 70 billion per year, due to undeclared income held in tax haven bank accounts. DGH (Internal Revenue Services) 2007 has foreseen the development of open-stream payment systems based on in-game economy, such as Bitcoin, which is not confined to a virtual volume and that functions in the real economy. Using offshore bank accounts, tax evaders may prefer to use Bitcoin for

* Bu çeviri, 28.1.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup, 02.02.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

Bu çalışma "Are Cryptocurrencies Super Tax Havens?" başlığı ile Michigan Law Review First Impressions, 38, October, 2013'de çevrim içi makale olarak yayımlanmıştır. Yrd. Doç. Dr. Omri Marian halen California Üniversitesi, Hukuk Fakültesi'nde çalışmaktadır. Makalenin çevirisi, yazarından alınan izinle gerçekleştirilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Florida Üniversitesi Levin Hukuk Fakültesi, omarian@law.uci.edu, Değerli görüşlerinden ötürü, Yariv Brauner, Marty McMahon, Leandra Lederman, Jason Nance, ve Levin Hukuk Fakültesi ile SEALS Vergi Politikaları Münazara Grubu Yıllık Olağan Buluşması 2013 Yılı katılımcılarına teşekkür ederim.

*** Sedef Pelin Gürlek Keleş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi.

tax evasion, which is essentially taxpayers who are aware of their liability to declare their income and pay taxes.

Keywords: Bitcoin, virtual currency, cryptographic currency, tax evasion, FATCA

Bu türden araçların da, YHVUY (Yabancı Hesapların Vergi Uyumu Yasası) rejimi altında düzenlenen finansal araçlar gibi vergi otoriteleri tarafından düzenleme altına alınmaları mümkündür. Teorik olarak, Bitcoin'in yaygın şekilde kabul görmesi ve vergi mükelleflerinin yaşam dayanağı haline gelmesi halinde vergi mükellefleri, gelirlerini bir daha beyan etmeden, yaşamlarını sadece Bitcoin kullanarak sürdürebilecektir.

Metin

Sanal para birimleri, internet üzerinden ödeme sistemleri olup; gerçek para birimleri gibi işlev görmesine karşın bunlardan farklı olarak, merkezi hükümetlerce tedavüle çıkarılmaz yahut desteklenmezler.

Yaşanan son örneklerden de görüldüğü üzere; sanal para birimleri düzenleyici otoritelerin çok sayıda sorun ile karşı karşıya kalmalarına neden olmaktadır. ¹ 23 Mayıs 2013 tarihinde Amerikan Hükümeti yaygın kullanılan bir para birimi olan Liberty Reserve hakkında kara para aklama ve lisanssız para transferi gerçekleştirme nedeni ile iddianame hazırlamıştır.² Aynı ay GAO (Hükümet Mali Sorumluluk Ofisi) isimli kamu otoritesi, sanal para birimi ve bunun oluşturduğu ekonomik yapı ile ilgili olarak potansiyel vergi ve uyum risklerini içerir kamuya açık bir rapor hazırlayarak yayımlamıştır.³ Yasa koyucular, sanal para birimlerinin bir türü olan Bitcoin'e özel ilgi göstermişlerdir. 13 Ağustos tarihinde Birleşik Devletler Senatosu İç Güvenlik Komitesi Bitcoin ile ilgili yasal düzenleme taslağı hazırlanmasına yönelik bir anket başlatmayı planladığını duyurmuştur.⁴ Bu çalışmada, kripto para birimleri, sanal para birimlerinin bir alt kategorisi olarak tanımlanmış; vergi kaçırانların tercih edeceği yol olarak vergi cennetlerinin yerini alabileceği aktarılmıştır. Kanaatimce, böylesi bir değişimin, birbirinden bağımsız fakat paralel iki sürecin geçici olarak yakınlaşmasına bağlı olarak, öngörülemeyen bir gelecekte gerçekleşmesi mümkündür.

İlk süreç, en tanınan ve önde geleni Bitcoin olmak üzere; kripto para birimlerinin popüleritesinin artırılmasıdır. Diğer sanal para birimlerinin aksine, oyun içi ekonomiye dayalı sanal bir hacimle sınırlı olmayan ve gerçek ekonomide de işleyen kripto para birimleri, kendilerine has dalgalı bir döviz kuru ile

¹ Bu tür sorunlara ilişkin özet tartışma için, genel olarak Reuben Grinberg, Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency, 4 Hastings Sci. & Tech. L.J. 159 (2012).

² Indictment at 14, 16, A.B.D. v. Liberty Reserve, 13 Crim. 368 (S.D.N.Y. May 23, 2013).

³ Bknz. Gov't Accountability Office, Gao-13-516, Virtual Economies and Currencies: Additional IRS Guidance Could Reduce Tax Compliance Risks (2013) [bundan böyle GAO Report].

⁴ Timothy B. Lee, Congress Starts Investigating Bitcoin, Washington Post The Switch Blog (Aug. 13, 2013) Çevrim içi: <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/13/congress-starts-investigating-bitcoin/>.

eşsiz bir para birimi olma görevini üstlenmektedirler.⁵ Geride bıraktığımız üç yıl içerisinde Bitcoin; tüketicilerin, satıcıların ve servis sağlayıcılarının güvenini kazanmayı başararak gerçek dünyada da etkili şekilde işlem gören bir para birimi olmuştur. Esasen, 2013 Ağustos'unda, Bitcoin Almanya'da yasal bir pey sürme aracı olarak resmen tanınmıştır.⁶ Bundan sadece iki hafta öncesinde de, Federal bir Yargıç, Birleşik Devletler Menkul Kıymetler Düzenlemesi'ne göre; Bitcoin'in, gerçekte bir 'para' olduğuna hükmetmiştir.⁷

Tam bu sırada ikincil evrensel süreç şekillenmektedir. Dünya çevresindeki hükümetler, ilk defa, deniz aşırı vergi kaçırma savaşında yabancı müttefikleri ile başarılı bir şekilde ortak hareket etmeye başlamışlardır. Bu kapsamda, finansal araca ev sahipliği yapan vergi cenneti bölgeleri hedef almak yerine vergi kaçırانların geleneksel olarak işlem yürüttükleri finansal araçlara odaklanmışlardır.⁸ Banka gibi finansal araçlar vergi otoritelerinin hizmetinde birer ajan haline gelmişlerdir. Bu finansal kurumlara, finansal hesaplarından doğan gelirlerini vergi dışı tutan ve dünya çapındaki vergi otoritelerinden bu tür vergileri kaçırان hesap sahipleri hakkında bilgi sunmalarına yönelik hükümet baskısı artmıştır.⁹ Bu iki sürecin yakınlaşması barizdir. Kripto para birimleri vergi cennetlerinin geleneksel karakteristiklerini haizdir; kazançlar vergilendirmeye konu değildir ve vergi mükelleflerinin anonimliği de korunmaktadır. Öte yandan, kripto para birimleri bir diğer katma değere daha sahiptir: işlerlikleri finansal kurumların varlığına bağlı değildir. Bu nedenle, kripto para birimleri hükümetlerin deniz aşırı vergi kaçırmaya ilişkin adresleme başarılarını muhtemelen yenecektir. Bu bağlamda, kripto para birimlerinin ivme kazanmaya devam etmesi halinde, vergi cenneti olarak kabul gören bölgelerde deniz aşırı banka hesaplarını kullanma yöntemi ile vergi kaçırانların, kripto para birimleri uğruna geleneksel vergi cennetlerinden vazgeçmelerini beklemek makul olacaktır. Hükümetlerin konuya ilişkin bu kadar ilgi göstermiş oldukları bir süreçte, potansiyel sorunun vahametini teşhisten bu kadar uzak olmaları da düşündürücüdür.

I. Kısa Bir Özet: Deniz Aşırı Vergi Kaçağına Karşı Mücadelede Yeni Bir Dönem

En dar anlamda, vergi cennetleri, vergi ödeyenlerin kendi ülkelerinde ki vergi otoritelerinin kurallarından kaçınmalarına olanak sağlayacak bir alan oluşturmaktadır. Söz konusu bölgelerde yer alan bankalar, müşteri gizliliği prensibi nedeni ile müşteri bilgilerini saklı tutmaktadırlar.¹⁰ Vergi cenneti hesaplarında tutulan bu gizli gelirler nedeni ile Birleşik Devletlerin her yıl 40 ile

⁵ David D. Stewart & Stephanie Soong Johnston, Virtual Currency: A New Worry For Tax Administrators?, 68 Tax Notes Int'l 423, (2012).

⁶ Matt Clinch, Bitcoin Recognized By Germany As 'Private Money', CNBC (Aug. 19, 2013), Çevrim içi: <http://www.cnbc.com/id/100971898>.

⁷ Comm'n V. Shavers, No. 4:13-CV-416, 2013 WL 4028182, at *2 (E.D. Tex. Aug. 6, 2013)

⁸ Itai Grinberg, The Battle Over Taxing Offshore Accounts, 60 UCLA L. REV. 304, 322 (2012).

⁹ Bknz. Id. at 316-17 (Deniz aşırı hesapları vergilendirmeye yönelik yeni adımların bir parçası olarak G7 Devletlerince finansal kurulara karşı yürütülen eylemleri açıklamaktadır.).

¹⁰ Org. Of Econ. Co-Operation and Dev. Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue 21 (1998).

70 milyar dolar arasında bir vergi gelirinden olduğu tahmin edilmektedir.¹¹ Deniz aşırı hesaplarda saklanan kazançlara bağlı gelir kaybının dünya çapında yıllık 225 milyar Dolar'a vardığı tahmin edilmektedir.¹² Söz konusu problemin büyüklüğü karşısında Birleşik Devletler ve diğer ülkeler deniz aşırı hesaplarla karşı ortaklaşa mücadele etmişlerdir.¹³

Yakın zamana kadar DGH'nin deniz aşırı saklı gelirlerin vergilendirilmesi ile ilgili çok küçük başarıları olmuştur.¹⁴ Asırlar süren bıkkınlıktan sonra, Birleşik Devletler ve diğer ülkelerin bu mücadelede nihayet bariz bir şekilde öne geçtikleri görülmektedir. Yakın zamanda, Profesör Grinberg tarafından tanımlandığı üzere; uluslararası kurallar açısından bariz bir değişikliği temsil eden, uluslararası yeni bir vergilendirme yönteminin yaratılmasına tanıklık etmekteyiz.¹⁵ Bu yeni yöntem ile banka gibi finans kurumları vergi aracıları haline gelecek hesap sahipleri hakkında bilgi toplamakla yükümlü oldukları gibi bu bilgileri vergilendirme otoritelerine ulaştırmak ya da alternatif bir yol olarak, stopaj uygulayıcıları olarak hizmet sunmaktadırlar.¹⁶

Bu süreç, Birleşik Devletlerde YHVUY (Yabancı Hesapların Vergi Uyumu Yasası/YHVUY)'nın 2010 yılında yürürlüğe girmesi ile hız kazanmıştır.¹⁷ YHVUY gereğince Yabancı Finansal Kurumlar (FFI's/YFK) Birleşik Devletler vatandaşı hesap sahiplerini, DGH'ne bildirmek ile yükümlüdürler. YFK'un bu hükme aykırı davranması halinde Birleşik Devletler kaynaklı belirli ödemeler üzerinden brüt %30 tutarında vergi kesintisi uygulanacaktır. YHVUY'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte Birleşik Devletlerde olan hacimli işleri YFK, hesap sahiplerinin bilgilerini sağlayarak işlem yerindeki banka aracılığı ile gizlilik düzenlemelerini ihlal etmek ya da Birleşik Devletlerde yüklü bir vergi ödemek arasında zorlu bir seçimin muhatabı olacaklardır.¹⁸ YHVUY'nun yasalaşmasından bu yana, Birleşik Devletler, bu soruna çözüm arayışı ile YFK'nın işlem yaptığı ülkedeki düzenlemeleri çığnmeden YHVUY ile uyumlu hale gelmesi adına çok sayıda uluslararası sözleşme müzakere ve imza etmiştir. Bunun neticesinde, Birleşik Devletler vergi mükellefleri, vergilendirilebilir kazançlarına bir zırh

¹¹ Jane G. Gravelle, Congressional Research Service, R40623, Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion 1 (2013).

¹² Richard Murphy et al., Tax Us If You Can, Tax Just. Network 1 (Sept. 2005), Çevrim içi: http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/tuiyc_-_eng_-_web_file.pdf.

¹³ Bknz. Örneğin, Leandra Lederman, The Use of Voluntary Disclosure Initiatives in The Battle Against Offshore Tax Evasion, 57 VILL. L. Rev. 499, 502 (2012) (Gönüllü açıklamayı "uluslararası vergi uyumsuzluğuna yönelik bir araç" olarak tartışmaktadır.). Doktrinde bir çok kişi hükümetin deniz aşırı - tabanlı vergi kaçığına yönelik çabalarını bir "savaş" ya da "muharebe" olarak değerlendirmektedir. Bknz. Örneğin, Grinberg, supra note 8 ("The Battle over Taxing Offshore Accounts"); Martin A. Sullivan, Economic Analysis: Lessons from the Last War on Tax Havens, 116 TAX NOTES 327 (2007).

¹⁴ J. Richard (Dick) Harvey Jr., Offshore Accounts: Insider's Summary of Fatca and Its Potential Future, 57 VILL. L. Rev. 471, 473 (2012) ("Her ne kadar Amerikan vergi mükellefleri yıllardır gelirlerini deniz aşırı saklamaktadıysalar da, DGH'nin bu tür gelirleri takibe aldığı çok nadiren görülmüştür.").

¹⁵ Grinberg, Supra Note 8, at 382.

¹⁶ Bknz. id. at 347.

¹⁷ Foreign Accounts Tax Compliance Act, 26 U.S.C. §§ 1471-74 (2012).

¹⁸ FATCA'nın yürürlük tarihleri sayısız kez ötelenmiştir. Çoğu çekince ve rapor etme yükümü, tartışmalı olmakla birlikte FATCA'nın en önemli kısmının, nihayet 2014 - 2017 yılları arasında yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

olarak ilgili bölgelerdeki saklı banka hesaplarına ilişkin gizlilik hükümlerinden faydalanamayacaklardır.

II. Kripto Para Birimleri Gelişmekte Olan Vergilendirme Yöntemini Yenebilir

Yukarıda anlatılan, vergilendirme yöntemi bariz şekilde başarılı olmasına karşın, vergi kaçırma ile mücadele bakımından bunun sadece geçici bir yöntem olduğu ve yeni bir yolun kısa sürede ortaya çıkacağı düşüncesindeyim.

Kripto para birimleri web-tabanlı, kriptografiye dayanan denklemler arası (peer to peer) ödeme sistemleridir. Bunlar, hükümet tarafından yasal pey olarak desteklenmeyen, dijital mübadele birimi olarak işlev sürdürmektedirler.¹⁹ Bunlar, gerçek mal ve hizmetlerin ödeme aracı olarak sunulan bilgisayar dosyalarıdır. Kripto para birimleri arasında en bilinen ve hali hazırda en başarılı örnek olan Bitcoin, ilk 2008 yılında dolaşıma sokulmuştur.²⁰

Bitcoin'ler, hükümet destekli para birimleri ve bilgisayar oyunlarında kullanılan sanal para birimlerinin aksine, esasen hiç kimse tarafından piyasaya sürülmezler. Kullanıcılar tarafından çıkarılarak varlık kazanırlar. Bitcoin yazılımı gittikçe zorlaşan matematik sorunlarını kendiliğinden yaratır. Kullanıcının bilgisayarı bu sorunu çözerek Bitcoin çıkarır. Çıkarılan Bitcoin'ler tedavüle girer. Bu türden işlemleri kolaylaştıran internet üzerinden mübadele yöntemi ile mal, hizmet ve hatta hükümet destekli para birimlerine dönüştürülürler. Çıkarılabilecek Bitcoin sayısı sınırlı olup 21 milyon'da tutulmuştur. Bitcoin'lerin 2140 yılına kadar çıkarılması için, Bitcoin yazılımı, başarılı çıkarımlara karşı verilen Bitcoin tutarını yavaş yavaş azaltmaktadır. Bitcoin'ler hali hazırda, Bitcoin başına 139 Dolar'dan işlem görmekte olup; 1.6 milyar Dolar piyasa hacmine sahiptir.²¹

Kripto para birimleri yasal amaçlar için kullanılabilmesi gibi yasadışı işlemlere araç olmaya da birebir uygundur. Vergi kaçırma mantığı ile özellikle çekicidirler. Kripto para birimleri, geleneksel vergi cennetlerinin en önemli iki karakteristik özelliğine sahiptir. İlkin, işlem gördükleri yerde yargı yetkisi bulunmadığından (bunlar, siber uzayda cüzdan olarak ifade edilen sanal hesaplarda saklanmaktadır), kaynakta kesintiye konu edilmezler. İkincisi, kripto para birimi hesapları anonimdir. Kullanıcılar, tanımlayıcı bilgi sağlamaksızın istedikleri sayıda sanal cüzdan satın alabilir ya da Bitcoin çıkartarak mübadeleye sokabilirler.

Ayrıca, Bitcoin (ve diğer Kripto para birimleri) geleneksel vergi cennetlerinin vergi kaçırıcılara sağlamadığı bir başka büyük fırsatı daha sunmaktadır: Bitcoin'in işlerliği banka gibi finansal araçların varlığından bağımsızdır. Bitcoin tam anlamıyla, eşler arası mübadeleye uygundur. Bu nedenle de Bitcoin, I. Bölümde açıkladığımız, gün geçtikçe artan vergi kaçırma yöneliminde uluslararası rejime karşı da bağımsızlık sahibidir. Siber uzayda, finansal kurumlar,

¹⁹ GAO REPORT, Supra note 3, at 3.

²⁰ Bknz. Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-To-Peer Electronic Cash System, BITCOIN (Mar. 27, 2013), Çevrim içi: <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Bitcoin teorisini açıklamaktadır.).

²¹ Bitcoin Pazar istatistiklerine <https://blockchain.info/stats> ve <http://bitcoincharts.com/bitcoin/> adreslerinden ulaşabilirsiniz.

vergi toplayan yeni aktörler, resimden çıkarılmıştır. Bu nedenle de kripto para birimlerinin üstün vergi cennetleri olmaları ihtimali kuvvetle muhtemeldir.²²

Örneğin; bir hizmet sağlayıcı teorik olarak gerçek hizmetler için ödemeleri Bitcoin ile kabul edebilir. Hizmet sağlayıcının Bitcoin cüzdanı oluştururken kendini tanıtmaya da gerekmediğini varsayacak olursak, cüzdanında biriken kazanımı, hizmet sağlayıcıya kadar geri takip etmek oldukça güç olacaktır. Mevcut Birleşik Devletler Kanunu gereğince, bu tür gelirler Birleşik Devletler hizmet sağlayıcıları için açıkça vergilendirme konusu edilebilir.²³ Öte yandan, DGH ya da diğer vergi otoritelerinin gelirden haberdar olması, hizmet sağlayıcının kendiliğinden beyan etmesi dışında mümkün görünmemektedir.

Bitcoin aracılığı ile vergi kaçırmanın daha karmaşık yolları ise 3. Şahısların varlığını gerektirmektedir. Örneğin; Bitcoin kullanılarak vergiden muaf alış aktörlerinin - net trampa sözleşmeleri ile- hisse ve erzak ticaretine yatırıma yönlendirmek mümkündür.²⁴

Bu halde, X şirketi hisselerine yatırım yapmakla ilgili Bitcoin kullanıcısı (yatırımcı), harcamak istediği Bitcoin tutarını alıcı aktöre ödeyebilir. Aktör takiben, hisselerin alımı için ödenen ilgili tutarın dolar değerini kullanabilir. Aktör, X şirketinin ajana ödemiş olduğu tüm temettünün Bitcoin karşılığını yatırımcıya yönlendirir. Sözleşme sonlandırıldığında, aktör ya yatırımcıya hisselerin karşılığı olarak kararlaştırılan Bitcoin'i öder ya da kullanıcı aktöre Bitcoin amortisman değerini öder. Her halükârda, aktör, vergiden muaf durumda olduğundan herhangi bir vergi yükümlülüğü altına girmez.

Aktörün hisse performansında da hiçbir fark yoktur, zira ekonomiye hiçbir şekilde maruz kalmaz. Öte yandan, yatırımcı doğrudan hisseye yatırım yapmış gibi tamamen hissenin performansına maruzdur. Ancak, vergi otoriteleri, yatırımdan doğan geliri vergi dışı kalan ve beyan edilmeyen Bitcoin yatırımının müdahalesinden bir haberdir.

III. Bitcoin Kaynaklı Vergi Açığı Gerçek Bir Sorun mu ?

Mevcut Bitcoin piyasasının küçük bir hacimde olması nedeniyle, bağlantılı vergi kaçığının mühim olduğunu düşünmek oldukça güçtür. Öte yandan, önümüzdeki birkaç yıl içerisinde Bitcoin ve diğer kripto para birimleri pazarının büyümesi beklenmektedir.²⁵ Ortaya çıkmasından bu yana Bitcoin'in popülerliği yavaş yavaş artmış ve kullanıcılarının güvenini kazanmıştır. Şu anda, birçok gerçek işletmede ödeme yöntemi olarak kabul edilmektedir ve satış noktası ödemeleri için de Bitcoin'in kullanılmasını mümkün kılacak olan çeşitli projeler

²² Bknz. Anthony Freeman, Bitcoin: The Ultimate Offshore Bank Account?, Economics and Liberty: Observations From A Freeman (Aug. 23, 2011), Çevrim içi: <http://economicsandliberty.wordpress.com/2011/08/23/bitcoin-the-ultimate-offshore-bank-account/> ("Siber Uzay mutlak deniz aşırı konum haline gelirken [B]itcoin de nihai deniz aşırı banka hesabı haline gelmek üzeredir.").

²³ Staying Between The Lines: A Survey of U.S. Income Taxation and Its Ramifications on Cryptocurrencies, Cryptocurrency Legal Advoc. Grp. (Apr. 15, 2012), Çevrim içi: <http://theclag.org/CM%231001Final.pdf>.

²⁴ How Can We Trade Stocks, Gold Etc. with Bitcoin?, Bitcoin Forum (Feb. 16, 2012), Çevrim içi: <https://bitcointalk.org/index.php?topic=64081.0>.

²⁵ Örneğin, European Cent. Bank, Virtual Currency Schemes 47 (2012).

üretilmektedir.²⁶ Bitcoin hali hazırda zaten Almanya'da pey sürmenin yasal yollarından biri ve Birleşik Devletlerin belirli düzenleyici amaçları dâhilinde para birimi olarak kabul edilmiştir.²⁷ Bu yönü, kanun koyucuların Bitcoin'i yaratabileceği muhtemel vergi kaçacağı açısından ciddiye almalarına sebep görülmelidir.

Ayrıca bu kısmen de doğrulanmıştır; bazı deliller Bitcoin'in vergi kaçırma amacıyla kullanımının başlamış olduğuna işaret etmektedir. Konuya ilişkin bir çalışmada saptanan bulgulara tespitlerine göre; Bitcoin cüzdanı sahiplerinin çoğunluğu, bunları yatırım hesabı olarak kullanmaktadır. Bu tür hesaplar, Bitcoin göndermek değil; sadece almak için kullanılmaktadır.²⁸ Bu tür cüzdanlardaki kazançlar, rızaen beyan edilmedikçe, vergi otoritelerinin erişimine uzaktır. Buna ek olarak, araştırmacılar birçok Bitcoin kullanıcısının kes, ayrı ve birleştirir yöntemini kullanmakta olduğunu keşfetmişlerdir.²⁹ Yüksek meblağlı Bitcoin'ler aynı kişiye ait birden çok ufak hesaba bölünmekte ya da büyük tutarlar birden çok cüzdan kullanılarak yığınlar halinde aktarılmaktadır. Vergi kaçırıcılar ve kara para aklayanlar genellikle bu yöntemleri kullanarak fon kaynaklarını ve varış noktasını gizlemeye çalışmaktadır. Bunun da ötesinde, bazı vergi mükellefleri vergi beyan gereklerinden başışık olmak adına kendileri de Bitcoin kullanmayı düşündüklerini açıkça itiraf etmişlerdir.³⁰

Hükümetler sanal para birimlerinin düzenleyici zorluklarını Bitcoin'in vergi kaçırma amaçlı muhtemel kolaylığı dâhilinde belirlemişlerdir.³¹ ³² Ancak hükümetler, finansal kurumların vergi yükleyen ajanlar olduğu yeni yöntem içerisinde henüz tam anlamı ile kripto para birimlerinin yerini oluşturamamışlardır. Örneğin 2007 yılında DGH, web tabanlı ödeme sistemlerinin muhtemel vergi uyum risklerini araştırmış ve bu konuda eylemsizlik kararı vermiştir. Eylemsizlik için gösterilen güçlü sebeplerden biri; sanal ekonomilerin muhtemel vergi uyumsuzluğuna ilişkin güçlü delillerin eksikliğidir.³³ Öte yandan, 2007'de yukarıda açıklanan gelişmelerin hiçbiri, özellikle de YHVUY ve Bitcoin'in artan

²⁶ Bknz. Örneğin, Walletbit Releases POS Mobile Checkout for Bitcoin, PRWEB (Oct. 31, 2012), Çevrim içi: <http://www.prweb.com/releases/2012/10/prweb10072902.htm>; COINBASE, <https://coinbase.com/about> (Son erişim: Sept. 8, 2013). ("Coinbase, tüccar ve tüketicilerin yeni dijital para birimi bitcoin mübadele edebildikleri bir bitcoin cüzdanı ve platformudur.")

²⁷ Bknz. Supra Notları 6-7 ve takip eden metin.

²⁸ Dorit Ron & Adi Shamir, Quantitative Analysis of the Full Bitcoin Transaction Graph, in *Financial Cryptography and Data Security 6* (Ahmad-Reza Sadeghi ed., 2013). Yazılar bu tür hesaplarda kazançların nasıl biriktirildiğini açıklamamaktadır. Ancak, en azından bir web sitesi Bitcoin kullanıcılarının Bitcoin kullanarak finansal enstrümanlar aracılığı ile mübadelede bulunmasına izin vermektedir. Bu şekilde, yatırım hesabı olarak Bitcoin cüzdanlarını kullanmalarını sağlamaktadır. Bknz. 796 EXCHANGE, Çevrim içi: <https://796.com/> (Son erişim: Sept. 3, 2013).

²⁹ Ron & Shamir, supra note 28.

³⁰ Eleazar David Melendez, Bitcoin Celebrated as Way to Avoid Taxes, *Huffington Post* (Apr. 16, 2013), Çevrim içi: www.huffingtonpost.com/2013/04/16/bitcoin-taxes_n_3093182.html.

³¹ Bknz. Kashmir Hill, Congress Is Nervous About This Whole Bitcoin Thing, *Forbes.com* (Aug. 15), Çevrim içi: <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2013/08/15/congress-is-nervous-about-bitcoin/>.

³² Bknz. Stewart & Johnston, Supra Note 5, at 426-27.

³³ Gao Report, Supra Note 3, at 15.

popülaritesi, henüz şekillenmeye dahi başlamamıştır. 2007 DGH düzenlemesi, sanal oyun içi ekonomi hacmi ile sınırlı olmaksızın gerçek ekonomide işlem gören Bitcoin gibi esaslı eşler arası, açık kaynaklı ödeme sistemlerinin gelişimini göz önünde tutmamıştır.³⁴ DGH, siber tabanlı para birimlerinin ve ödeme sistemlerinin artan şekilde ve kötüye kullanımı ile yasa dışı fonların anonim şekilde devri beraberinde beyan edilmeyen gelirin de DGH'den saklanmasıyla yoğun bir şekilde mücadele içinde oldukları bir tehdit olduğunu ancak yakın zamanda açıklamıştır.³⁵ Yine de buna ilişkin mücadelenin kapsamının ne olduğu açık değildir.³⁶

2013 HMSO raporunun temel tavsiyesi DGH'nin sanal ekonomi³⁷ dışında kullanılan ve geliştirilen sanal para birimleri kullanılarak yapılan işlemler için temel vergi beyanı gereklerine yönelik düşük bütçeli yollar ile vergi mükelleflerine bilgi sağlamasına ilişkin yöntemler bulmasıdır. DGH bu tavsiyeyi uygulamakta hem fikirdir.³⁸

Ancak bu tavsiye ne yazık ki kripto para birimlerinin vergi toplayıcılarına yaşattıkları gerçek sorunu işaret etmeye oldukça uzaktır. Bitcoin gibi kripto para birimlerinden elde edilen gelirlerin vergilendirilebilirliğine dair çok az soru mevcuttur.³⁹ Vergi mükelleflerini bu yönde eğitmek, kısmi fayda sağlayabilecek olmasına karşın, vergi kaçağı sorunu ile de çok az ilgilidir. Vergi kaçırmak için deniz aşırı banka hesabı kullanan, vergi kaçırıcılar ve vergi kaçırmak için Bitcoin'i tercih edenler esasen kazançlarını beyan etme ve vergisini ödeme gereğinin bilincinde olan mükelleflerdir. Hatta bu tür vergi mükellefleri bilerek gelirlerini beyan etmezler veya vergilerini ödemezler bu tür hallerde eğitim ile başlanılabilecek şey pek azdır.

Esas mesele vergi otoritelerinin kripto para birimi hesaplarındaki gizli fonları bulmasına izin verecek mekanizmaları geliştirmektir. Görünen o ki; kripto para birimleri ile kolaylaştırılan mübadelenin ekonomideki payının azlığı ya da sanal ekonomilerin mühim olmayan boyutu ile bağlantılı olarak yanlış değerlendirildiğinden, otoriteler bu yönden eylemlere henüz girişmemişlerdir. Kripto para birimi ile ilgili ekonominin büyüme eğilimi içerisinde olacağı ve sadece sanal oyun ekonomisi ile sınırlı kalmayacağı tahmin edilmektedir. Zira, kripto para birimleri gerçek dünyada gerçek mal ve hizmet alımları için gerçek para olarak kullanılmaktadır.

³⁴ Id. ("DGH, sanal ekonomiler dışında geliştirilmiş ve kullanılmakta olan açık-akış sanal para birimlerinin vergi uyum riskini henüz değerlendirmemiştir. Bu türden para birimleri, genellikle DGH'nin sanal ekonomiye ilişkin son değerlendirmesini takiben açıklanmaktadır.

³⁵ Kara Scannell, US to Crack Down on Virtual Currency Tax Fraud, Financial Times, June 10, 2013, Çevrim içi: <http://www.ft.com/cms/s/0/5c7a453e-cf97-11e2-a050-00144fea>.

³⁶ 11 Haziran 2013 tarihinde, DGH Cezai Soruşturmaları, Teknoloji Operasyonları Araştırma Hizmetleri Direktörü ve 12 Haziran 2013 tarihinde, DGH Cezai Soruşturmaları, İletişim ve Eğitim Direktörü adına gönderilen e-postalar, DGH'nin çabalarına ilişkin sorulara, esaslı bir yanıt alınmamıştır.

³⁷ Gao Report, Supra Note 3, at 17.

³⁸ Steven T. Miller, Deputy Comm'r For Servs. and Enforcement, IRS'nin, James R. White'a mektubu, U.S. Gao (May 3, 2013), Reprinted in Gao Report, Supra Note 3, at 20.

³⁹ Freeman, supra note 22, at 2.

IV. Ne Yapılabilir ?

Geleneksel vergi kaçırmanın engellenmesi yöntemlerinin Bitcoin merkezli vergi kaçırılması aktiviteleri karşısında başarılı olamadığı bir gerçektir. Örneğin; Bitcoin'in yargı yeri bağıllığı olmadığından bilgi değişim anlaşmaları anlamsızdır. Bilgi değişimi yapılabilecek hiçbir yargı yetkisi yoktur. Geleneksel yollar ile deniz aşırı vergi kaçırmasında olduğu gibi; hükümetler karmaşık istatistiksel analizlere başvurarak Bitcoin hesabının sahibine bulmaya çalışabilirler.⁴⁰ Böylesi bir yaklaşım, sorunun sistematik çözümünü sağlamamak ile birlikte sınırlı hallerde kullanılabilir. Bitcoin'in vergi kaçırılmasında bir araç olarak kullanılmaya başlanması bununla mücadelede yenilikçi politikaların ortaya çıkarılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Vergi düzenlemeleri ile getirilebilecek çözümlerin tamamının değerlendirilmesi bu makalenin kapsamının ötesindedir. Buna rağmen, makalemizde konuya yönelik hazırlanacak düzenlemeye rehberlik edebilecek birçok yol bulunmaktadır.

YHVUY benzeri çözümler, özellikle, Bitcoin ticaret ve mübadelesi odaklı araçlar uygun olacaktır. Belirtildiği gibi, Bitcoin mübadelesinde geleneksel hiçbir finansal aracı yer almamaktadır. Hesap sahiplerinin bilgisini tutan hiçbir banka bulunmamaktadır. Bitcoin uygulamalarının hızla popüler olması nedeni ile piyasada doğaçlama olarak internet araçları ortaya çıkabilmektedir. Bitcoin'in gerçek para birimleri ile mübadelesini sağlayan internet sitelerinin, mübadeleyi gerçekleştirmek için hesap sahiplerine ait (banka hesap numarası, kredi kartı numarası ya da Pay Pal hesabı gibi) bazı bilgilere sahip olması gerekmektedir. YHVUY yöntemi kapsamında finansal araçların düzenlemeye konu edilmesi gibi bu tür araçların da vergi otoritelerince düzenlemeye konu edilmesi mümkün olabilir. ⁴¹ Ancak YHVUY benzeri düzenlemelerin sadece Bitcoin'in, hükümet ihracı para birimleri ile mübadelesi noktasında yararlı olacağı açıktır. Sadece Bitcoin'in işlem gördüğü, gerçek para birimine dönüştürülmenin söz konusu olmadığı hallerde böylesi düzenlemelerden de kaçınılmış olunmaktadır. Teorik olarak, Bitcoin'in yaygın şekilde kabul görmesi ve vergi mükelleflerinin yaşam dayanağı haline gelmesi halinde vergi mükellefleri, gelirlerini bir daha beyan etmeden, yaşamlarını sadece Bitcoin kullanarak sürdürebilecektir. ⁴²

Alman hükümeti, Bitcoin'in bir sermaye kazancı olarak vergilendirilmesini önermiştir. ⁴³ Böylelikle, vergi mükellefleri, hisse veya senet ya da yatırım

⁴⁰ Bknz. Fergal Reid & Martin Harrigan, An Analysis of Anonymity in The Bitcoin System, in Security and Privacy in Social Networks 197, 198 (Yaniv Altshuler et al. eds., 2013).

⁴¹ Esasen, Bitcoin mübadele hizmetleri, para - hizmet işletmelerine ilişkin düzenlemeler gereği "para aktarımı" olarak Birleşik Devletleri Hazine Dairesi'nin Finansal Suçlar Uygulama Ağ'ına ("FinCEN") bildirilmelidir. Bknz. Fin. Crimes Enforcement Network, Dept. of Treasury, Application of Fincen's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies, FinCEN (Mar. 18, 2013), Çevrim içi: http://fincen.gov/statutes_regs/guidance/pdf/FIN-2013-G001.pdf. Aynı düzenleyici yaklaşım vergi kaçığa yönelik yürütülen mücadelede de kullanılabilir.

⁴² Güncel, ilginç bir deney için Bknz, Kashmir Hill, Living on Bitcoin for a Week: The Expense Report, Forbes.com (May 17, 2013), Çevrim içi: <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2013/05/17/living-on-bitcoin-for-a-week-the-expense-report/>.

⁴³ Germany Plans Tax on Bitcoin After Virtual Currency Recognized as "Private Money", Telegraph.co.uk (Aug. 19, 2013), Çevrim içi: <http://www.telegraph.co.uk/finance/>

amacı ile elde tutulan diğer finansal araçları elden çıkarmaları sonrasında beyan ettikleri gelir gibi Bitcoin'i ellerinden çıkartırken de gelirlerini beyan etmek durumunda kalacaklardır. Tekrarla, böylesi bir yöntem ancak mübadele işlemleri noktasında ilgili olacağından Bitcoin sahipleri siber gizlilik örtüsü dışına çıkarak kazançlarını rızaen beyan edeceklerdir. Alman yaklaşımı, Bitcoin kullanılarak gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen gelirin beyan edilmesi ve hükümet destekli para birimlerine dönüştürülmemesi durumunda Bitcoin kaynaklı vergi kaçırılmasının mümkün olabileceği sonucunu değiştirmemektedir.

Bitcoin kullanıcılarına yönelik daha radikal bir uygulama da mümkün olabilecektir. Bu yöntem bazı politik ve normatif çıkarımları da beraberinde getirmektedir. Bu yaklaşımda, yasa koyucular Bitcoin ödemelerine izin vermemeyerek Bitcoin kullanımına yönelik talebi bastırabilirler. Vergi kaçığına doğrudan yönelmese de, Bitcoin'in nakde çevrilmesine ve değerine zarar verebilir ve böylece vergi kaçırma noktasında etkisiz kılabilirler. Böylesi bir yöntemin benimsenmesi Bitcoin'in beraberinde getirdiği sosyal faydaların kaybı ile sonuçlanacaktır.⁴⁴

Bitcoin sayısının sınırlı olması, günlük sermaye akışının düşük olmasına ve teorik olarak devletlerin tüm Bitcoin'leri elde etmek sureti ile Bitcoin'i devre dışı bırakabilmelerine olanak sağlamaktadır. Örneğin; merkez bankaları Bitcoin satın alarak ve hükümetler bilgi işlem güçlerini Bitcoin çıkarmaya ihdas ederek Bitcoin'i tedavülde çıkarabilirler. Bu sayede Bitcoin'lerin vergi kaçırılması işlemlerinde kullanılmamaları sağlanacaktır. Bu uygulama ile Bitcoin devre dışı bırakılabilirken yerini başka bir sanal paranın almayacağına herhangi bir garantisi yoktur.

Belirtilen tüm yaklaşımlar kendi içlerinde pratik, önemli ve normatif çıkarımlar içermektedir. Diğer para birimleri gibi kötüye kullanılma ihtimalleri olmasına rağmen kripto para birimlerinin varlığı ve tedavülde olması pek çok yararı da beraberinde getirmektedir. Şahsen yukarıda tavsiye ettiğimiz hiçbir yaklaşımı savunmuyoruz. Sadece konuya ilişkin yasal düzenleme çalışmalarına yol göstermek amacı ile sunmaktayız.

Sonuç

Geride bıraktığımız üç yıl içerisinde kripto para birimleri kullanıcılar arasında güven ve popülarite kazanmıştır ve piyasa paylarının da artması beklenmektedir. Kripto para birimleri, en azından teorik olarak, vergi cenneti yargı bölgelerinde korunaklı bir yer bulamayan vergi kaçakçıları için neredeyse mükemmele yakın bir alternatif yol sağlamaktadır. Bu nedenle, kripto para biriminin pazar payının artması ile buna bağlı vergi kaçırmaların da doğru orantılı olarak artmasını beklemek makuldür.

Bugüne kadar, kanun koyucular, sanal ekonominin boyutunu kripto para birimi temelli ekonomilere dayandırmak ile hatalı davranmışlardır. Kripto para birimlerinin sanal olan tek boyutu, sonsuz olmalarıdır. Böylesi bir potan-

globalbusiness/10252383/Germany-plans-tax-on-bitcoin-after-virtual-currency-recognised-as-private-money.html.

⁴⁴ Faydalarına yönelik bir özet için Bknz, örneğin, Nicholas A. Plassaras, Regulating Digital Currencies: Bringing Bitcoin Within the Reach of the IMF, 14 Chi. J. Int'l L. 377, 387-91 (2013).

siyel, kripto para birimi piyasalarındaki yeni gelişmeler beraberinde değerlendirildiği vakit, ayyuka çıkan sorunun vahameti hakkında kanun koyucuları hazırlığa sevk etmelidir.

KAYNAKÇA

- B.D. v. Liberty Reserve, 13 Crim. 368 S.D.N.Y., May 23, 2013.
- Bitcoin Forum, How Can We Trade Stocks, Gold Etc. with Bitcoin?, Çevrim içi: <https://bitcointalk.org/index.php?topic=64081.0>, Feb. 16, 2012.
- Clinch, Matt; Bitcoin Recognized By Germany As 'Private Money', CNBC, Çevrim içi: <http://www.cnbc.com/id/100971898>, Aug. 19, 2013.
- Comm'n V. Shavers, No. 4:13-CV-416, 2013 WL 4028182, at *2, E.D. Tex., Aug. 6, 2013.
- Cryptocurrency Legal Advoc. Grp., Staying Between The Lines: A Survey of U.S. Income Taxation and Its Ramifications on Cryptocurrencies, Çevrim içi: <http://theclag.org/CM%231001Final.pdf>, Apr. 15, 2012.
- Dick, J. Richard; Harvey Jr.; Offshore Accounts: Insider's Summary of Fatca and Its Potential Future, 57 VILL. L. Rev. 471, 473, 2012.
- Gov't Accountability Office, Gao-13-516, Virtual Economies and Currencies: Additional IRS Guidance Could Reduce Tax Compliance Risks, 2013
- Gravelle, Jane G.; Congressional Research Service, R40623, Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion 1, 2013.
- Grinberg, Itai; The Battle Over Taxing Offshore Accounts, 60 UCLA L. REV. 304, 322, 2012.
- Grinberg, Reuben; Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency, 4 Hastings Sci. & Tech. L.J. 159, 2012.
- Financial Crimes Enforcement Network, Dept. of Treasury, Application of Fincen's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies, FinCEN, Çevrim içi: http://fincen.gov/statutes_regs/guidance/pdf/FIN-2013-G001.pdf, Mar. 18, 2013.
- Foreign Accounts Tax Compliance Act, 26 U.S.C. §§ 1471-74, 2012.
- Freeman, Anthony Bitcoin: The Ultimate Offshore Bank Account?, Economics and Liberty: Observations From A Freeman, Çevrim içi: <http://economicsandliberty.wordpress.com/2011/08/23/bitcoin-the-ultimate-offshore-bank-account/>, Aug. 23, 2011.
- Hill, Kashmir; Congress Is Nervous About This Whole Bitcoin Thing, Forbes.com, Çevrim içi: <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2013/08/15/congress-is-nervous-about-bitcoin/> Aug. 15, 2013.
- Hill, Kashmir; Living on Bitcoin for a Week: The Expense Report, Forbes.com, Çevrim içi: <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2013/05/17/living-on-bitcoin-for-a-week-the-expense-report/>, May 17, 2013.
- Lederman, Leandra; The Use of Voluntary Disclosure Initiatives in The Battle Against Offshore Tax Evasion, 57 VILL. L. Rev. 499, 502, 2012
- Lee, Timothy B.; Congress Starts Investigating Bitcoin, Washington Post The Switch Blog, Çevrim içi: <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/13/congress-starts-investigating-bitcoin/>, Aug. 13, 2013.

Melendez, Eleazar David; Bitcoin Celebrated as Way to Avoid Taxes, Huffington Post, Çevrim içi: www.huffingtonpost.com/2013/04/16/bitcoin-taxes_n_3093182.html, Apr. 16, 2013.

Miller, Steven T.; Deputy Comm'r For Servs. And Enforcement, IRS'nin, James R. White'a Mektubu, U.S. Gao (May 3, 2013), Reprinted in Gao Report, Supra Note 3, at 20.

Murphy, Richard; et al., Tax Us If You Can, Tax Just. Network, Çevrim içi: http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/tuiyc_-_eng_-_web_file.pdf, 1, Sept. 2005.

Nakamoto, Satoshi; Bitcoin: A Peer-To-Peer Electronic Cash System, BITCOIN, Çevrim içi: <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, Mar. 27, 2013.

Org. of Econ. Co-Operation and Dev. Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue 21, 1998.

Plassaras, Nicholas A.; Regulating Digital Currencies: Bringing Bitcoin Within the Reach of the IMF, 14 Chi. J. Int'l L. 377, 387-91, 2013.

PRWEB, Walletbit Releases POS Mobile Checkout for Bitcoin, Çevrim içi: <http://www.prweb.com/releases/2012/10/prwebl0072902.htm>, Oct. 31, 2012.

Reid, Fergal; Harrigan, Martin; An Analysis of Anonymity in The Bitcoin System, in Security and Privacy in Social Networks 197, 198 (Yaniv Altshuler et al. eds., 2013).

Ron, Dorit; Shamir, Adi; Quantitative Analysis of the Full Bitcoin Transaction Graph, in Financial Cryptography and Data Security 6 (Ahmad-Reza Sadeghi ed., 2013).

Scannell, Kara; US to Crack Down on Virtual Currency Tax Fraud, Financial Times, Çevrim içi: <http://www.ft.com/cms/s/0/5c7a453e-cf97-lle2-a050-00144fea>, June 10, 2013.

Stewart, David D.; Johnston, Stephanie Soong; Virtual Currency: A New Worry For Tax Administrators ?, 68 Tax Notes Int'l 423, 2012.

Sullivan, Martin A.; Economic Analysis: Lessons from the Last War on Tax Havens, 116 Tax Notes 327, 2007.

Telegraph.co.uk, Germany Plans Tax on Bitcoin After Virtual Currency Recognized as "Private Money", Çevrim içi: <http://www.telegraph.co.uk/finance/globalbusiness/10252383/Germany-plans-tax-on-bitcoin-after-virtual-currency-recognised-as-private-money.html>, Aug. 19, 2013.

MODERN ULUSLARARASI TOPLUMDA HUKUKÇU*

(LAWYER IN MODERN INTERNATIONAL SOCIETY)

Prof. Dr. Dr. h.c. Ingo von Münch**

Çev./ Translated by: Araş. Gör./ Res. Asst. Çiğdem Vardar***

ÖZ

Kişileri hukuk öğrenimine iten motivasyonlara değinilmiş, ayrıca siyaset hukuk ilişkisine değinilmiştir. Günümüz toplumunda hukuk ve hukukçunun yeri ve işlevi hakkında görüş ve öngörüler belirtilmiştir. Hukukun kazandığı uluslararası niteliği vurgulanmış ve hukuk eğitimine etkileri ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk eğitimi, hukukçu, uluslararası toplum, hukukun işlevi, hukukun uluslararası niteliği

ABSTRACT

The motives that motivate individuals to learn law have been explained and the relation between politics and law has been mentioned. Opinions and predictions about the place and function of law and jurist in today's society are also detailed. The international nature of the law has been emphasized and the effects on the law education have been expressed.

Keywords: Lawyer education, lawyer, international society, function of law, international aspect of law

I. Neden Hukuk?

Genç hukukçuların karşısında konuşan yaşlı bir hukukçu, öncelikle kendi öğrencilik yıllarının başlangıcını hatırlar. Öğrenciliğim, 1951 yılında Frankfurt Johann Wolfgang Goethe Üniversitesi'nde başladı. İkinci Dünya Savaşı, 1945 Mayıs'ında Avrupa'da sona ermişti ve geride Müttefikler'in aralıksız hava saldırılarıyla enkaza dönmüş bir Almanya kalmıştı.¹ Ben hukuk öğreni-

* Bu çeviri, 25.11.2015 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup, 22.02.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

Y.N., Makale, yazarın 18.9.2015 tarihinde, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde verdiği akademik yıl açılış dersinin genişletilmiş metnidir. Derste kullanılan kişisel üslup makalede muhafaza edilmiştir.

Ç.N., Makalenin orijinali için bkz. von Münch, Der Jurist in der modernen Gesellschaft, Jura 2016 (1): 1-7.

** Emekli Anayasa, İdare ve Uluslararası Hukuk Profesörü, Hamburg Üniversitesi.

*** Araştırma Görevlisi, Freie Universität Berlin, cigdem.vardar@fu-berlin.de.

¹ Örneğin bkz. Friedrich, Der Brand. Deutschland im Bombenkrieg 1940-1945, 2002; Schumacher, Die Zerstörung deutscher Städte im Luftkrieg. „Morale Bombing“ im Visier von Völkerrecht, Moral und Erinnerungskultur, 2008.

mine başladığımda savaş sebebiyle harap olmuş Almanya'nın yeniden inşası da başlamıştı. İnsan vatanyıyla gurur duyabilir mi? Ben, Almanya ile gurur duyuyorum. Bir zamanlar yıkılmış, mağlup olmuş, cesareti kırılmış ve fakirleşmiş; ve ayrıca buna rağmen savaşın hemen sonrasında, kendi doğusundan gelen milyonlarca mülteciye ve sürgüne kapılarını açmış bu ülke, şimdi yalnızca demokratik bir hukuk devleti değil, aynı zamanda dünyanın en güçlü üçüncü ekonomisi. Bu etkileyici ekonomik başarının hiç de önemsiz olmayan bir kısmı, Almanya'da çalışan Türklerin eseri. Bugün itibarıyla Almanya'da 1,5 milyondan fazla Türk vatandaşı yaşıyor.² Hatta Berlin, esprili bir biçimde, üçüncü en büyük Türk şehri olarak gösteriliyor. Çok sayıda Türk vatandaşı ve 530.000 çifte vatandaşı³, Almanya'nın tamamında iş ve öğrenim alanına sahip.⁴ Söz "öğrenim" kavramına gelmişken, bu bağlamda artık bir yükseköğrenim seçme konusuna da geçiş yapılabiliriz.

Neden hukuk öğrenimi almaya karar verdiniz? Bu soru her birinize tek tek sorulsa, birbirinden oldukça farklı cevaplar gelecektir. Örneğin tercihinizdeki itici güç ailedeki bir rol model (ebeveyn, büyükanne ve büyükbaba gibi) olabilir. Ya da hak ve haksızlık kavramlarına karşı ilgi uyandırmış bir ihlale uğramış olabilirsiniz. İyi bir gelir beklentisi veya bilinen çeşitli kariyer fırsatları, ya da en nihayetinde hangi alanda öğrenim göreceğinize karar verememenin yarattığı sıkıntı da tercihinizde rol oynamış olabilir. Ülkesinin en başarılı avukatlarından biri olan tanınmış İsviçreli hukukçu Peter Nobel'e, neden hukuk öğrenimi almak istediği sorulduğunda "Her zaman bir çeşit adalet fanatığıydım" cevabını vermiş. Hukukun cazibesi nedir, sorusunu ise şöyle yanıtlamış: "Hukuk her yerde ve hep daim. İnsan yapımı, ancak buna rağmen her türden felsefi soruya konu olmakta. Devasa bir çeşitlilik. Birbirine birebir aynı olan iki vaka asla bulamazsınız."⁵ Nobel'in tespitleri doğru ve adalet için çabalamak oldukça anlamlı bir faaliyet.⁶

Ben ise kendime, neden hukuk öğrenimi almak istediğimi sorduğumda, dürüst olmam gerekirse, çok da net bir cevap veremiyorum. Ancak, kararımın nelerin sebep oluşturmadığını söyleyebilirim: Bir hukukçular ailesinden gelmiyorum; beni mağdur eden bir hak ihlaline de uğramadım ve benim kuşağım

² 31.12.2014. Kaynak: Ausländerzentralregister. Statistisches Bundesamt.

³ Burada öncelikli olarak, Vatandaşlık Kanunu'nun (StAG) 4. maddesinin 3. fıkrası gereği ya da 40b maddesine göre yabancı bir vatandaşlığın yanında Alman vatandaşlığını elde etmiş, ancak aynı Kanunun 29. maddesinin 1. fıkrasına göre reşit olduktan sonraki vatandaşlık seçme yükümlülüğüne tabi olmayan kişiler kastedilmektedir. Kaynak: 2011 yılı nüfus sayımının son günü olan 9.5.2011 tarihli sonuçlar.

⁴ Almanya'daki 2,7 milyon Türk asıllı kişinin, yani şimdi ya da geçmişte Türk vatandaşlığına sahip olan ve ebeveynlerinden en az bir tanesi Türkiye'den gelen kişilerin % 14'ü yüksek öğrenime giriş yeterliliğine sahiptir (Kaynak: Migrationsbericht des BAMF 2013). 2007 yılında, Almanya'da kazanılmış bir yüksek öğrenime giriş yeterliliği ile yaklaşık olarak 15.000, Almanya dışında kazanılmış bir yüksek öğrenime giriş yeterliliği ile 7.180 Türk vatandaşı, Alman üniversitelerinde öğrenim görmüştür. (Kaynak: DAAD).

⁵ "Wir sind global, universell"; Roger Köppel ve Lukas Maeder tarafından yapılan röportaj için bkz. DIE WELT-WOCHE (Schweiz) No: 29, 16.7.2015, s. 52/53.

⁶ Adalet kavramı ve sorunsallarına ilişkin oldukça kapsamlı literatürün içinden örnek olarak, Dokyun Kim, Gerechtigkeit und Verfassung. Eine Rawlsche Deutung der bundesverfassungsgerichtlichen Formel "eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise", 2004; Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Rechtsstaatsprinzip des Bundesverfassungsgerichts zwischen Grundgesetz und Gerechtigkeit, 2015.

için finansal beklentiler, bugünkü gibi bir rol oynamıyordu. Almanya'da daha sonra oldukça popüler olan ekonomi bilimi, psikoloji ve sosyal bilimler o zamanlar çok az talep görüyordu. Fen bilimleri ise, zayıf matemağitim yüzünden elenmişti. Dolayısıyla, hukuka alternatif olarak benim için sadece tıp, tarih ya da gazetecilik söz konusuydu. Peki, neden hukuk öğrenimini seçtim?

Geçmişe baktığımda, bunun bilinçlice alınmış kesin ve sarsılmaz bir karar olmadığını görüyorum. Aksine, daha çok sezgilere dayanan duygusal bir seçimdi. Gençliğim, savaşın bitimine ve dolayısıyla Nazi hâkimiyetinin sona ermesine kadar hukuk devleti olamayacak, keyfilğin hüküm sürdüğü ve adaletin olmadığı bir ülkede geçti.⁷ Bu karanlık dönemde, insan hakları yabancı bir kavramdı. Belki de bu yüzden hukuk, adaletsizliğin ve keyfilğin karşıtı olarak, benim gibi birçok genç insanı kendine çeken bir mıknatıstı. İyi kanunlara bir şekilde katkıda bulunmak, içinde yaşadığımız toplum için de bir şeyler yapmak anlamına geliyordu. Ancak, tüm bu düşünceler hukuk öğrenimimin başında belirgin değildi, aksine muğlak ve parça parçaydı.

Bazı diğer üniversite arkadaşlarımla aksine, öğrenciliğimin ne ilk döneminde ne de ilerleyen yıllarında kesin bir meslek hedefim vardı. Başarı ile bitirilmiş bir hukuk öğreniminin pek çok kariyer olanağı sunduğu ise ortada – ki bu durum, hukuk alanına bazı diğer yükseköğrenim alanları (ki, elbette her biri kendi içinde büyük değerler barındırır) karşısında açık bir üstünlük sağlar. Bir hukukçunun sahip olabileceği meslekler, büyük bir çeşitlilik gösterir: Örneğin avukat⁸; noter⁹; kadrolu şirket avukatı¹⁰; hâkim; idari memur; diplomat; uluslararası örgüt çalışanı; gazeteci (bir kuruma bağlı olarak ya da serbest); özel sektör işletmelerinde, bankalarda, sigorta şirketlerinde veya kültürel kurumlarda yönetici; üniversite öğretim üyesi ve son olarak azımsanamayacak bir oranda siyasetçi.

Siyaset tamamen olmasa da, çok büyük bir oranda kanunların ve uluslararası sözleşmelerin yapılmasıyla, yani hukuk ile uğraşır. Dolayısıyla, siyasetçi olan hukukçu sayısı hiç de az değildir.¹¹ Almanya Federal Cumhuriyeti'nin on cumhurbaşkanından dördü¹², sekiz başbakanından ise üçü¹³ hukuk-

⁷ Nazi dönemini elen alan sayısız eserden, özellikle hukukçular için ilginç olmak üzere; Rùthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Bası. 2015; Gesetzessammlung: von Münch, Gesetze des NS-Staates. Dokumente eines Unrechtssystems, 3. Bası. 1994.

⁸ Hem Almanya'da hem Türkiye'de hukuk öğrencilerinin çok büyük bir bölümü, mezuniyet sonrasında serbest avukatlığı ya da kadrolu şirket avukatlığını tercih etmektedir.

⁹ Hem Almanya'da hem Türkiye'de avukatlık mesleği noterlikten ayrı yürütölen bir meslektir.

¹⁰ Alman hukukuna göre, kadrolu bir biçimde çalışan şirket avukatları, normal avukatlık mesleğini icra edemezler. Federal Adalet Bakanlığının, söz konusu hukuki durumu değiştirmek isteyen planı, Alman Barolar Birliğı tarafından eleştirilmektedir (FAZ No. 221, 23.9.2015, s. 16).

¹¹ Örneğın, Fransa Cumhurbaşkanı (François Hollande), Belçika Başbakanı (Charles Michel), Danimarka Başbakanı (Lars Lokke Rasmussen); İtalya Başbakanı (Matteo Renzi), Hırvatistan Başbakanı (Zoran Milanovic), Lüksemburg Başbakanı (Xavier Bettel), Slovakya Başbakanı (Robert Fico), Slovenya Başbakanı (Miro Cerar), İspanya Başbakanı (Mariano Rajoy); Çek Cumhuriyeti Başkanı (Borislav Sobotka), Macaristan Başbakanı (Viktor Orbán), Kıbrıs Başbakanı (Nikos Anastasiadis) hukukçudur.

¹² Gustav Heinemann, Richard von Weizsäcker, Horst Köhler, Roman Herzog.

¹³ Konrad Adenauer, Kurt Georg Kiesinger, Gerhard Schroeder.

çuydu. Şimdiki Başbakanımız Angela Merkel hukuk değil, fizik öğrenimi görmüştür. Ancak Federal Hükümet'in en güçlü bakanı olan Maliye Bakanı Wolfgang Schäuble bir hukukçudur. Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Barrack Obama, Schäuble'den daha da güçlüdür ve o da (tıpkı eşi Michelle Obama gibi) bir hukukçudur.

Aklına ileride bir gün siyasetçi olmayı koymuş genç bir hukukçuya, bu adımı erken atmamasını, öncelikle öğrendiği ve deneyimlediği mesleğinde bir şeyler başarmasını ve mesleği açısından belli bir üne kavuştuktan sonra siyasete girmesini tavsiye ederdim. Ben her ne kadar, mezuniyetimin hemen sonrasında bir siyasi partiye girsem de, aktif olarak siyaset yapmaya, yaklaşık 30 yıl sonra, 55 yaşında başladım; yani, yıllarca hukuk profesörü olarak çalışmış olduğum bir zamanda.¹⁴ Bu noktada, genç hukukçulara severek aktarmak istediğim tecrübem şudur: Bir siyasetçi, asıl mesleği ile bağıni devam ettirdiği, yani mesleğinden hiçbir zaman kesin bir biçimde kopmadığı takdirde, tartışılmaz bir bağımsızlığa sahip olmaktadır.

Elbette ki, her hukukçu Amerika Birleşik Devletleri başkanı olamaz. Ayrıca devasa bir servet de beklememelidir. Örneğin, dünyanın en zengin on kişisinin içinde bir hukukçu yoktur.¹⁵ Öte yandan, hukuk alanında – örneğin ekonomi, tıp, kimya, fizik, edebiyat alanlarının aksine – Nobel Ödülü de verilmez. Bir hukukçu, belki de savunma avukatlığı üstlendiği sansasyonel bir cinayet davası haricinde, işine ilişkin olarak çok nadiren şöhret olma beklentisi içine girebilir. Ama tüm bunlara rağmen, mezuniyet sonrasında hukukla ilgili bir meslek sahibi olmayı tercih etmek, iyi bir seçimdir; zira hukukla uğraşmak, yalnızca idealistlere özgü olmayan, güzel ve anlamlı bir faaliyetir.

Bu bağlamda, ilginç hukuki sorunlar ile mütemediyen karşılaştığımı da belirtmeliyim – ki, burada sadece üç örnek veriyorum:

1. Futbol maçları esnasında fanatik taraftarların taşkınlıkları sık rastlanan bir durumdur. Bu sebeple, “riskli” maçların yapıldığı yerlere sayıca güçlendirilmiş, ilave polis birliklerinin gönderilmesi gerekir. Bunun maliyeti futbol ligine ya da ilgili futbol kulübüne (ki hangisi?) yüklenebilir mi?¹⁶

2. Bir milletvekiliği seçiminde hiçbir parti, meclis salt çoğunluğunu elde edememişse ve bu sebeple, birden fazla partinin içinde yer alacağı bir koalisyon hükümetinin kurulması gerekiyorsa, koalisyonu kurmaya dair sözleşme, hukuken bağlayıcı bir akit midir, yoksa yalnızca bir “centilmenler anlaşması” mıdır?¹⁷

3. 1945 yılında Hiroşima ve Nagazaki'ye atom bombası atılması bir uluslararası hukuk ihlali miydi, yoksa uluslararası hukuka uygun muydu?¹⁸

¹⁴ von Münch, Spannende Jahre, 2014; s. 13 vd.

¹⁵ Forbes 2015 dünya sıralaması. Forbes'in, Türkiye'deki en zengin on kişi sıralamasında da bir hukukçu yer almamaktadır.

¹⁶ Werder Bremen ve Hamburg Spor Klubü arasında oynanan maç için görevlendirilmiş polis birliğinin maliyetinin, Bremen Eyaleti tarafından Alman Futbol Ligi'nden talep edilmesi, bilinen bir vakadır. Söz konusu alacak talebi, 425.718,11 Euro tutarındadır. (FAZ Nr. 191 v. 19.8.2015, S. 28).

¹⁷ von Münch, Rechtliche und politische Probleme von Koalitionsregierungen, 1993, s. 29 vd.

¹⁸ Atom bombası atılmasına ilişkin günümüz görüşü için bkz. Rechtsgutachten des IGH v. 8.7.1996, aktaran Bothe, ed. Graf Vitzthum, Völkerrecht, 3. Bası, 2004, Rn. 76.

Hukukçu her şeyden önce sistematik bir biçimde düşünmeyi öğrenir. Dolayısıyla, önemli ve önemlisi birbirinden ayırt etmeli, iddialarını gerekçelendirilmeli ve görüşlerini tamamen hukuki, ancak genel olarak da anlaşılabilir bir dilde ifade edebilmelidir (iyi hukukçuların aynı zamanda iyi edebiyatçı da olması tesadüf değildir; örneğin Amerika'dan Louis Begley ya da Almanya'dan Bernhard Schlink). Son olarak, genç hukukçular da bir gün yaşlanacaklar. Ancak yaşlı bir hukukçunun diğer meslek gruplarındaki akranlarına nazaran önemli bir avantajı vardır. Zira diğer meslek gruplarının aksine, ona gereken tek şey bir çalışma masası ve kişisel bir bilgisayardır – ne kimyacı gibi bir laboratuvara, ne doktor gibi bir muayenehaneye ne de pilot gibi bir uçağa ihtiyacı vardır. Bu bağlamda, Almanya'da emeklilik yaşına ulaşmış hâkim ve profesörlerin hukuk bürolarına sıklıkla “Of Counsels” olarak girdiğini ve ayrıca emekli hâkimlerin giderek artan bir biçimde arabulucu olarak, yani bir hukuki uyuşmazlıkta mahkeme dışı uzlaştırıcı olarak, faaliyet gösterdiğini¹⁹ de belirtmek gerekir.

II. Modern Toplum

Bir hukuk fakültesi diplomasının birçok farklı kariyer olanağı sunması, hali hazırda hukukçunun modern toplumdaki konumunu da belirler. Bu noktada “modern toplum” kavramıyla günümüz toplumunu kastediyorum. Dolayısıyla, modern toplumun ne zamandan beri var olduğuna, örneğin sanayileşmenin başlamasıyla mı ya da – hukuk tarihi açısından ilginç olmak üzere – anayasa hukuku, medeni hukuk ve ceza hukukundaki büyük kodifikasyon dönemiyle mi ortaya çıktığına dair bir tartışma burada pek de gerekli değil.

Modern toplum, yani günümüz toplumu monolitik bir yapı değildir. Aksine, sonsuz sayıda farklı parça ve gelişmeden oluşan bir yapboz gibidir. Ama yine de, içinde barındırdığı tüm farklılıklara rağmen, modern toplumun dört temel özelliği olduğunu söyleyebilirim:

1. Emansipasyon
2. İnovasyon
3. Uzmanlaşma
4. Uluslararasılaşma

1. Emansipasyon: Emansipasyon, yani insanın haklara sahip bir birey olarak bağımsızlığını ilan etmesi, 18. ve 19. yüzyıl Aydınlanması'nın düşünsel çocuğudur ve haklar tarihi açısından, hukuk devleti fikrinin gelişimiyle ayrılmaz bir bağ içindedir²⁰. İnsan haklarının güvence altına alınması ve bu bağlamda kadın ve erkeğin hukuki anlamda eşitliği, hukuk devletinin eseridir. Daha bundan yüzyıl öncesine kadar kadınların hukuk alanında çalışması tamamen bir istisnaydı. Oysa bugün, modern toplumda kadınlar, neredeyse dünyanın her yerinde hukuka ilişkin her türden mesleği icra edebiliyor. Çok başarılı bir hukukçu olarak gösterilecek kadınların sayısı hiç de az değildir; örneğin

¹⁹ En güncel eser olarak, Längsfeld, *Anwaltpflichten und Mediation. Zu der Haftung des Parteianwalts zwischen der Rechtsferne der Mediation und der Rechtsbindung des Rechtsanwalts – zugleich eine Darstellung aktueller Rechtsfragen der Mediation*, 2015; ayrıca bkz. Rüssel, *Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren*, 2004.

²⁰ Bkz. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1986; Sobota, *Das Prinzip Rechtstaat*, 1997.

İngiliz avukat Chery Blair (kendisi de hukukçu olan eski İngiltere başbakanı Tony Blair'in eşi) ya da insan hakları alanında uzmanlaşmış Lübnanlı avukat Amal Alamuddin (George Clooney'nin eşi) ya da Uluslararası Ceza Mahkemesi eski Başsavcısı Carla del Ponte. Bir sonraki ABD başkanının adı Hillary Clinton olabilir; böylelikle dünya gücü ABD'nin zirvesine yine bir hukukçu oturmuş olur (ki, eşi eski ABD başkanı Bill Clinton da hukukçuydu.). Almanya'da, kadın hukukçular arasında özellikle rağbet gören meslek ise hâkimliktir. Çünkü hâkimlik mesleği, görece esnek çalışma saatleri sayesinde aile hayatıyla iyi bir uyum içinde yürütülebilmektedir. Almanya'da hâkim ve savcı olarak çalışan kadınların sayısı sürekli bir biçimde artış gösteriyor. 2013 verilerine göre Hamburg'ta hakim ve savcılarının % 51,7'si; Berlin'dekilerin ise % 50,2'si kadındır.²¹ En yüksek Alman mahkemesinin, yani Federal Anayasa Mahkemesi'nin başkanlık makamında ve en yüksek Alman savcılığı olan Federal Yargıtay Başsavcılığı makamında yakın bir zamana kadar kadınlar vardı (Jutta Limbach ve Monika Harms). Bugün, Federal İş Mahkemesi'nin başkanı, bir kadındır (Ingrid Schmidt). 2014 sonu itibarıyla ise, Almanya'daki 162.695 ruhsatlı avukatın 54.139'u ve Türkiye'deki 86.981 ruhsatlı avukatın 35.216'sı kadındır. Sonuç olarak, modern toplumda hukukçu, hem kadın hem erkek hukukçuyu ifade eder.

2. İnovasyon: Son yıllarda teknolojiye, fen bilimlerinde ve tıpta kaydedilen ilerlemelerin fenomenal olduğunu söylemek, abartılı olmayacaktır. 1951 yılında üniversiteye başladığımda, nükleer enerjinin barışçıl kullanımı henüz bulunmamıştı. Uzay yolculuğu, geniş bantlı televizyon, hızlı tren ya da organ nakli de yoktu. Bugünlerde ise büyük otomobil şirketleri, insansız otomobil projeleri üzerinde çalışıyor. Artık sadece kalp nakli yapılmıyor, – ürkütücü bir düşünce olarak – beyin naklinden de bahsedilir oldu.

Günlük hayat ve hukuk bilimi açısından ise, sanıyorum en önemli yenilik, bilgi teknolojisi. Benim öğrencilik yıllarımda, internet, e-mail, kişisel bilgisayar, I-Phone, SMS, Facebook, Apple, Wikipedia vb. yoktu. İletişim ve bilgisayar çağı olan günümüzde ise, bunların hepsi, insanların günlük hayatlarında artık sıradan bir biçimde kullandığı şeyler. Tüm bu yeniliklerin, yeni hukuki düzenlemeleri gerektirmesi ise şaşıracak bir durum değil. Hukuk, geleneksel yorum yöntemlerinin yanı sıra, dinamik yoruma (ki doğruluğu, örneğin ABD Anayasası'nın Supreme Court tarafından yorumlanmasında olduğu gibi, tartışmalı olsa da) da açıktır. Ancak, öyle teknik yenilikler ya da önceden öngörülemediği kombinasyonlar ortaya çıkabilir ki, şimdiye kadar geçerli olan kanuni düzenlemeler ya da sözleşme kuralları, yorum yöntemiyle dahi bu yeniliklere kolayca uygulanamayabilir. Bu noktada, bilişim hukukuna ilişkin bir yeniliği örnek olarak gösterebiliriz²²: Hata veren standart bir yazılım programı, yeni taleplere uyarlınmak zorundadır. Bu nedenle üreticiler, müşterilerine "Yazılım Bakımı" olarak adlandırılan bir hizmet sunarlar. Söz konusu hizmet aşağıdaki içeriğe sahiptir:

²¹ Federal Cumhuriyet'in diğer eyaletlerine ilişkin sayısal veriler için bkz. Friedrichsen, "Justitia wird weiblich", Liberal H. 4/2015, s. 48 s. (49).

²² Konuya ve hukuki içeriğine ilişkin verdiği bilgiler için, Avukat Prof. Michael Bartsch'a müteşekkirim; daha ayrıntılı bilgi için bkz. Bartsch, Das BGB und die modernen Vertgastypen, Computer und Recht H. 1/2000, s. 3 vd.

a) Müşteriye standart yazılımın yeni sürümü teslim edilir. Yani müşteri, yeni üretilmiş bir ürünü teslim alır; ki bu Alman Medeni Kanunu sisteminde, satım hukukunun konusudur.

b) Müşteri, kusurun giderilmesini talep etme hakkına sahiptir; ki bu Alman Medeni Kanunu sisteminde, eser sözleşmesinin konusudur.

c) Müşteri, arıza halinde danışma talep etme hakkına sahiptir; ki bu Alman Medeni Kanunu sisteminde hizmet sözleşmesinin konusudur.

Bilgi teknolojisi alanındaki rekabetin yarattığı baskı, herşeyin sürekli bir biçimde daha da hızlı olması zorunluluğunu doğuruyor. Dünyanın en hızlı hesap makinesi, hayal edilemeyecek kadar çok işlemi, aklın alamayacağı kadar kısa bir sürede yapabiliyor (Dünyanın en hızlı hesap makinelerinde biri Hamburg Üniversitesi'nin İklim Ölçüm Merkezi'nde bulunmaktadır ve saniyede 10¹⁵ işlem yapabilmektedir.). Modern toplumda hız bir koz ise, bu durumda birçok ülkenin "yasama makinesi" de geçmişe nazaran daha hızlı işleyecektir. Söz konusu hız eğilimi, yalnızca siyasetçiler için değil, hukukçular için de ciddi bir zorluktur. Zira hukukçu, ortaya çıkan yeni hukuki sorunlara karşı devamlı hazır olmasını sağlayacak bir beceriyi geliştirmek zorundadır. Öte yandan, hukuk alanında giderek daha da artan dijitalleşme, yalnızca teorik alanda değil, aynı zamanda uygulama alanında da bir çabayı gerektirir. 13.-16.09.2016 tarihlerinde Essen'de gerçekleşecek "71. Deutschen Juristentages" sempozyum programı için seçilen alt başlıklar da bunun bir kanıtıdır: Özel hukuk program başlığı "Dijital Ekonomi – Analog Hukuk – BGB'nin 'Update'e mi İhtiyacı Var?" ve iş hukuku program başlığı ise "İş Dünyasının Dijitalleşmesi – Yeni Sorunlar ve Düzenleme Gerekliği"dir.

3. Uzmanlaşma: Teknolojik yenilikler hukuk alanında, sadece yukarıda değindiklerime değil, aynı zamanda giderek artan bir uzmanlaşmaya da sebep olmaktadır. Bugüne kadar bilinen ve hukukçulara güven duyulan klasik hukuk alanlarından, farklı içerikleriyle tamamen yeni ve oldukça kapsamlı hukuk alanları doğuyor. Bu noktada, çevre hukuku özellikle iyi bir örnek.²³ Bugün çok geniş kapsamlı ve evrensel olan bu hukuk alanının Almanya'daki çıkış noktası ve gelişimi, çok küçük iki hukuk dalında yatmaktadır; özel hukukun bir kolu olan komşuluk hukuku ve idare hukukunun bir kolu olan polis hukuku. Diğer yandan, Kanada topraklarındaki bir fabrikanın sebep olduğu kirliliğin, sınırı aşarak ABD topraklarına zarara yol açmasına ilişkin Trailer-Smelter vakası, uluslararası çevre hukukunun "leading case"i olarak kabul edilir.²⁴ Bugün ise, örneğin iklim değişiklikleri veya Pasifik'te sıklıkla meydana gelen kasırgalar sebebiyle, doğal yaşam unsurları tehdit altındadır. Dolayısıyla, söz konusu güncel tehlikeler karşısında hukuk biliminin, ulusal ve uluslararası çevre hukuku düzenlemeleri aracılığıyla çevrenin korunmasıyla uğraşıyor olması çok önemlidir.

Çevre hukukunun yanı sıra, uzmanlık alanı olarak ortaya çıkmış başka birçok hukuk alanı daha vardır. Örneğin, gıda hukuku, tüketici koruma hukuku, tıp hukuku, spor hukuku (özellikle doping ve doping kontrolü hakkındaki hukuki sorunlar bağlamında), bilişim hukuku, seyahat hukuku, deniz derinliklerinde maden arama hukuku, uluslararası ceza hukuku, uzay hukuku, nükleer

²³ Kloepfer, Umweltrecht, 3. Bası, 2004.

²⁴ Trail Smelter Hakem Kararı, Report of International Arbitral Awards Bd. III, 1905, s. 1938.

leer enerji hukuku, kişisel verilerin işlenmesi ve korunması hukuku ve – başta Avrupa Birliği üye devletleri için önemli olmak üzere – Avrupa Birliği hukuku. Söz konusu bu uzmanlık alanlarının ortaya çıkmasının ve gelişmesinin, pratik sonuçları da vardır. Örneğin, belirli alanlarda uzmanlaşan hukukçuların üyesi olduğu dernekler kurulmakta ya da “Computer und Recht”, “Recht & Psychiatrie” ve “Recht der Erneuerbaren Energien” gibi her geçen gün yeni uzmanlık dergileri yayınlanmaktadır.

Alman kanun koyucu da hukukta giderek yaygınlaşan uzmanlaşmayı dikkate aldı ve örneğin iş hukuku avukatı, aile hukuku avukatı ya da idare hukuku avukatı gibi avukatın özellikle uzmanlaştığı bir alanı belirten, “uzman avukatlık” kurumunu kabul etti. Almanya’da kanun ile düzenlenmiş 21 “uzman avukatlık” çeşidi vardır.²⁵ Ayrıca son dönemde, yabancılar hukuku ve mülteci hukukunda uzmanlaşmış çok az sayıda avukat olduğu gerekçesiyle, göç hukukuna ilişkin olarak da bir uzman avukatlık kurumunun kabul edilmesi gözden geçirilmektedir. Diğer yandan, giderek artan uzmanlaşma eğilimi, Alman mahkemelerinin bünyesinde de, örneğin basın hukuku ya da rekabet hukuku dairesi gibi, belirli hukuk alanlarında uzmanlaşmış hâkim heyetlerinin oluşturulmasına yol açmıştır. Sonuç olarak modern toplum hukukçusu, günün birinde uzmanlaşmak zorunda kalmaktan kaçamaz. Ayrıca bugün hukukçuların mesleki oryantasyonu açısından başka bir uzmanlaşma eğilimi daha söz konusu: Uzmanlaşma içinde uzmanlaşma. Bunun ne anlama geldiğini, şu örnekle açıklayabilirim: Çevre hukuku hali hazırda bir uzmanlık alanıdır; ancak, kendi içinde de tekrar tekrar başka (daha dar) alanlara bölünür. Örneğin atıkların tasfiyesine ilişkin hukuk alanı gibi. Yetersiz bir atık tasfiyesinin²⁶ ne gibi dramatik sonuçları olabileceğini, 2015 yazında Beyrut’da bir çöp deposunun kapatılmasını ve sonrasında şehirde oluşan çöp dağlarını protesto amaçlı düzenlenen ve şiddet içeren gösteriler kanıtlamıştır.

III. Uluslararası Toplum

Hukukçunun bugün faaliyette bulunduğu modern toplum, geçmişe nazaran daha küreselleşmiş bir toplumdur. Dünya henüz bir köy olmadı ama, beş kıta birbirine iyice yaklaştı. Güçlü bir biçimde artan “hareketlilik”, modern toplumun en karakteristik özelliği olarak ortaya çıkıyor, ki artık yalnızca fikirlerin değil, devlet sınırlarını aşan insan ve sermayenin hareketliliği söz konusu. İş-gücü göçü, öğrenci değişim programları ve kitleli turizm insan hareketliliğinin en bilinen örnekleriyken; en güncel göstergesi ise, Türkiye²⁷, Yunanistan, İtalya, Ürdün, Avusturya, Makedonya, Macaristan, Lübnan, Almanya ve diğer ülkelerde bulunan muazzam sayıda mültecidir. Mülteci hareketinin sebebi, iç savaş ya da siyasi düşünce sebebiyle zulüm olabileceği gibi, yalnızca daha iyi yaşam koşullarına sahip olma ümidi de olabilir. Siyasi düşünceler sebebiyle zulme uğrama ya da savaş, iltica hakkının (md. 16 a GG) konusuyken; yoksulluk ise iltica hakkından çok uluslararası dayanışmanın konusudur. Örneğin

²⁵ Türkiye’de şu an, uzman avukatlık kurumuna ilişkin yasal bir düzenleme yoktur. Ancak, Türkiye Barolar Birliği’nin konuya ilişkin önerileri vardır.

²⁶ Bkz. Versteyl/Kunig/Paetow, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 2003

²⁷ Başbakan Merkel, 22.9.2015 tarihinde önde gelen yerel örgütler ile yaptığı toplantıda, “sorunun anahtarının” Türkiye’de olduğunu ifade etmiştir. Merkel’e göre, çözüm Türkiye ile birlikte bulunmalıdır, zira AB Türkiye ile olan sınırlarını koruyamamaktadır. FAZ Nr. 221, 29.9.2015, s. 2.

üçüncü dünya ülkelerine verilen kalkınma yardımları aracılığıyla yoksullukla mücadele edilmektedir. Bu türden bir uluslararası dayanışma hızlı bir biçimde artan dünya nüfusu göz önünde tutulduğunda oldukça önemlidir. Bugün 7,3 milyar olan dünya nüfusunun, bu yüzyılın sonunda 11,2 milyara yükselmesi beklenmektedir ve söz konusu artış, neredeyse sadece gelişmekte olan ülkelerin ve özellikle Sahra'nın güneyindeki yoksul Afrika ülkelerinin nüfuslarındaki artıştan kaynaklanacaktır.²⁸

Modern toplumun uluslararasılaşmasının başka bir göstergesi de, uluslararası aktörlerin giderek artan sayısı; somut olarak söylersem, uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve sorumlulukların taşıyıcısı olan uluslararası hukuk sūjelerinin çoğalmasındır. Geçmişten bu yana en önemli uluslararası hukuk sūjesi olan devletlerin sayısı, günümüzde epey artmıştır. Yalnızca eski Osmanlı İmparatorluğu topraklarında kurulmuş birçok yeni devlet bile, burada başlı başına örnektir. Bu bağlamda, eleştirel bir kavram olan "Balkanlaştırma", eskiden tek parça olan bir coğrafyanın *sezession* yoluyla bölünmesini belirtir. İngiltere-İskoçya, Kanada-Quebec ve İspanya-Katalonya, güncel *sezession* taleplerine verilen örneklerdir. Bunun yanında, eski sömürgeler, himaye ve manda yönetimi altındaki ülkeler ve BM-Güven Bölgesi rejimleri, sömürge imparatorluklarının çökmesiyle birlikte, bağımsız birer devlet haline gelmiştir. Örneğin, 1919 yılında kurulduğunda, Milletler Cemiyeti'nin yalnızca 45 üyesi vardı. 1945 yılında kurulan Birleşmiş Milletler'in ise, o gün 51 olan üye sayısı, bugün 193'e yükselmiştir.²⁹ Ancak, uluslararası hukukun sūjesi olan devletler listesine, Birleşmiş Milletler'e farklı sebeplerden dolayı üye olmayan devletleri de dâhil etmek gerekir; örneğin mikro devletler (Andorra, Monako, San Marino gibi) ve sadece çok az sayıda devletin uluslararası hukuk bağlamında tanıdığı ülkeler (Abhazya, Çin Cumhuriyeti [Tayvan], Kosova, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Sahra Demokratik Arap Cumhuriyeti, Güney Osetya ve Filistin, ki BM'de yalnızca gözlemci statüsüne sahiptir) de birer uluslararası aktördür. Uluslararası hukukun sūjesi olan devletlerin sayısındaki çoğalma, uluslararası anlaşmaların sayısını da arttırmıştır. Örneğin, Almanya yüzlerce uluslararası anlaşmaya taraftır.

Ancak uluslararası tek aktör, devlet değildir. Uluslararası örgütler de, hükümetler arası (International Governmental Organisations³⁰) ve hükümetler dışı (International Non-Governmental Organisations³¹) olmak üzere birer uluslararası aktördür. Birleşmiş Milletler ve Kuzey Atlantik Paktı Örgütü hükümetler arası örgütlere; Dünya Af Örgütü ve Uluslararası Olimpiyat Komitesi ise hükümetler dışı örgütlere örnektir. Ve nihayetinde, modern uluslararası hukuktaki yeni gelişmelere uygun olarak, artık gerçek kişiler, yani bireyler de uluslararası hukukun sūjeleri olarak kabul görüyor, ki bu noktada, itici güç insan haklarının evrensellesmesidir.

²⁸ Wermelskirchen, Die Zukunft ist schon da, FAZ Nr. 188, 15.8.2015, s. 1.

²⁹ Eylül 2015.

³⁰ Bugün, yaklaşık olarak 250 hükümetler arası örgüt dünya çapında faaliyet göstermektedir. (Kaynak: Yearbook of International Organizations).

³¹ Hükümetler dışı uluslararası örgüt sayısı tam olarak bilinemeyecek kadar çoktur. Ancak bugün, 38.000 civarı aktif ve 30.000 civarı pasif hükümetler dışı uluslararası örgüt olduğu tahmin edilmektedir ve sayıları her yıl 1.200 civarında artmaktadır. (Kaynak: Yearbook of International Organizations).

Bir hukukçu, diplomat değilse ya da bir uluslararası örgütte çalışmıyorsa, normal şartlar altında uluslararası hukuk ile çok az uğraşacaktır. Ancak modern toplumda, uluslararası hukukun yanı sıra; örneğin aile hukuku alanında olduğu gibi, belli bir oranda medeni hukuk, ama özellikle ekonomi hukuku da uluslararası bir nitelik taşır. Modern toplumdaki ekonomik küreselleşme, ekonomi hukukunun geçmiş zamanlar ile karşılaştırıldığında tasavvur dahi edilemeyecek bir biçimde uluslararası hale gelmesine yol açmıştır. Merkezleri ayrı ayrı ülkelerde olan şirketlerin, sermaye ortaklıkları yoluyla kurdukları sıkı ilişkiler, farklı hukukların da temasına ve dolayısıyla birçok avukatın uluslararası bir meslek icra etmesine sebep oldu. Artık, farklı ülkelerdeki bürolarında farklı uyruktan yüzlerce avukat çalıştıran hukuk firmaları var. Sadece bir örnek olarak, Sherman & Sterling Hukuk Firması'nın verdiği bir iş ilanının altındaki "global reach" imzasında firmanın faaliyet gösterdiği yerler sıralamasını vermek istiyorum: Abu Dabi, Pekin, Brüksel, Frankfurt, Hong Kong, Londra, Milano, New York Palo Alto, Paris, Roma, San Francisco, São Paulo, Şanghay, Singapur, Tokyo, Toronto, Washington. Birçok şirketin sınır ötesi birleşmesi, "acquisition & merger" kavramı ekseninde çözülmesi gereken ve neredeyse her zaman karmaşık olan hukuki meseleleri de beraberinde getiriyor. İşte bu yüzden, Alman otomobil üreticisi Daimler ile ABD otomobil üreticisi Chrysler'in birleşmesinde (ki, bu arada bu birleşme feshedildi) söylentiye göre 300 civarında hukukçu görev almış. Güncel Volkswagen vakasında (Eksoz manipülasyonu) ise, farklı ülkelere 300'den fazla hukukçunun çalışacağı kesin.

Yukarıda bahsettiğim avukatlık faaliyetlerindeki uluslararasılaşma hukuk pratiğine ilişkindir. Ancak bunun yanında, hukuk bilimi, yani hukuk teorisi de (ki, pratikle daima ilişki içindedir) giderek daha uluslararası bir hal alıyor. Örneğin karşılaştırmalı hukuk, modern hukuk bilminde oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Farklı ülkelere hukukçular bir araya gelerek hukuk örnekleri kuruyor – ki bu bağlamda hukuk öğrencileri için "Avrupa Hukuk Öğrencileri Birliği (ELSA)" belirtilmelidir. Hukuk kitapları ve monografileri farklı dillere çevriliyor. 2015 Mayısında, yani Kırım krizi devam ederken, dokuz Alman profesör tarafından yazılmış bir uluslararası hukuk ders kitabının Rusça çevirisi, Moskova'da Alman Büyükelçilik konutunda takdim edildi.³² Örneğin Almanya'da, bir Çin hukuku dergisi (Zeitschrift für chinesisches Recht) yayınlanıyor. Ortaçağ'da birçok öğrencinin, o zamanların ünlü Bologna Üniversitesi'ni ziyaret etmesini hatırlatır biçimde, bugün de azımsanamayacak sayıda hukuk öğrencisi, bir ya da iki dönem yurt dışındaki bir hukuk fakültesinde öğrenim görüyor.³³ Ve bu bağlamda, şimdiye kadar bir ilk olan ve gelecek vaat eden Türk-Alman Üniversitesi'nin "Hukuk Lisans Programı" şöyle tanıtılıyor: "Program, klasik Türk hukuk öğretimini, Alman, Avrupa ve uluslararası öğretim eğilimleri ile bağdaştırmaktadır. Üçte biri Almanca olarak işlenen derslere, mesleki hukuki yabancı dil öğrenimi de eşlik etmektedir."³⁴

Teşekkür: Yazar, Almanya'ya ilişkin araştırmalar için Katharina Schuwalski'ye ve Türkiye'ye ilişkin araştırmalar için Çiğdem Vardar'a teşekkür eder.

³² Almanca orijinali: Graf Vitzthum (ed.), Völkerrecht, 3. Bası, 2004. Ayrıca, kitabın 2. Baskısı, Çinceye çevrilmiştir.

³³ Buna ilişkin ERASMUS-Programına sadece AB üye devletleri değil, İsviçre, Norveç, İzlanda, Lihtenştayn ve Türkiye de taraftır.

³⁴ Bu ve diğer başka bilgiler, Türk-Alman Üniversitesi tarafından yayınlanmış "Studieren an der TDU" başlıklı broşürde yer almaktadır, s. 12 vd.

KAYNAKÇA

- Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Rechtsstaatsprinzip des Bundesverfassungsgerichts zwischen Grundgesetz und Gerechtigkeit, 2015
- Bartsch, Das BGB und die modernen Vertragstypen, Computer und Recht H. 1/2000
- Bothe, ed. Graf Vitzthum, Völkerrecht, 3. Bası, 2004
- DIE WELT-WOCHE (Schweiz) No: 29, 16.7.2015
- Dokyun Kim, Gerechtigkeit und Verfassung. Eine Rawlssche Deutung der bundesverfassungsgerichtlichen Formel "eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise", 2004
- Friedrich, Der Brand. Deutschland im Bombenkrieg 1940-1945, 2002
- Friedrichsen, "Justitia wird weiblich", Liberal H. 4/2015
- Kloepfer, Umweltrecht, 3. Bası, 2004
- Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986
- Längsfeld, Anwaltspflichten und Mediation. Zu der Haftung des Parteianwalts zwischen der Rechtsferne der Mediation und der Rechtsbindung des Rechtsanwalts – zugleich eine Darstellung aktueller Rechtsfragen der Mediation, 2015; ayrıca bkz. Rüssel, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, 2004
- Schumacher, Die Zerstörung deutscher Städte im Luftkrieg. „Morale Bombing“ im Visier von Völkerrecht, Moral und Erinnerungskultur, 2008
- Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997
- Versteyl/Kunig/Paetow, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 2003
- von Münch, Rechtliche und politische Probleme von Koalitionsregierungen, 1993
- von Münch, Spannende Jahre, 2014
- Wermelskirchen, Die Zukunft ist schon da, FAZ Nr. 188, 15.8.2015

LEGAL YAYINCILIK TM YILLAR DERGİ FİYAT LİSTESİ
(BASILI, ONLINE SÜRELİ-SÜRESİZ VE E-DERGİ)
LEGAL PUBLISHING'S PRICE LIST COVERING ALL THE YEARS
(PRINTED-ON LINE-PERIODIC- NON-PERIODIC, AND E-JOURNAL)



LEGAL YAYINCILIK TM YILLAR
DERGİ FİYAT LİSTESİ

DERGİLER	BASILI	ONLİNE (SÜRELİ)	ONLİNE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
Legal Hukuk Dergisi (Aylık)				
2016	465₺	209,25₺	279₺	279₺
2015	425₺	191,25₺	255₺	255₺
2014	425₺	191,25₺	255₺	255₺
2013	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2012	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2011	370₺	166,50₺	222₺	222₺
2010	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2009	330₺	148,50₺	198₺	198₺
2008	300₺	135₺	180₺	180₺
2007	260₺	117₺	156₺	156₺
2006	240₺	108₺	144₺	144₺
2005	220₺	99₺	132₺	132₺
2004	200₺	90₺	120₺	120₺
2003	150₺	67,50₺	90₺	90₺
Mali Hukuk Dergisi (Aylık)				
2016	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2015	320₺	144₺	192₺	192₺
2014	320₺	144₺	192₺	192₺
2013	290₺	130,50₺	174₺	174₺
2012	290₺	130,50₺	174₺	174₺
2011	275₺	123,75₺	165₺	165₺
2010	260₺	117₺	156₺	156₺
2009	245₺	110,25₺	147₺	147₺
2008	220₺	99₺	132₺	132₺
2007	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2006	175₺	78,75₺	105₺	105₺
2005	160₺	72₺	96₺	96₺
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (3 Aylık)				
2016	265₺	119,25₺	159₺	159₺
2015	240₺	108₺	144₺	144₺
2014	240₺	108₺	144₺	144₺
2013	220₺	99₺	132₺	132₺
2012	220₺	99₺	132₺	132₺
2011	200₺	90₺	120₺	120₺
2010	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2009	180₺	81₺	108₺	108₺
2008	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2007	120₺	54₺	72₺	72₺
2006	110₺	49,50₺	66₺	66₺
2005	100₺	45₺	60₺	60₺
2004	90₺	40,50₺	54₺	54₺

DERGİLER	BASILI	ONLİNE (SÜRELİ)	ONLİNE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi (3 Aylık)				
2016	230₺	103,5₺	138₺	138₺
2015	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2014	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2013	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2012	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2011	180₺	81₺	108₺	108₺
2010	170₺	76,50₺	102₺	102₺
2009	160₺	72₺	96₺	96₺
2008	140₺	63₺	84₺	84₺
2007	120₺	54₺	72₺	72₺
2006	110₺	49,50₺	66₺	66₺
2005	100₺	45₺	60₺	60₺
Banka ve Finans Hukuku Dergisi (3 Aylık)				
2016	230₺	103,5₺	138₺	138₺
2015	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2014	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2013	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2012	190₺	85,50₺	114₺	114₺
Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (4 Aylık)				
2016	180₺	81₺	108₺	108₺
2015	160₺	72₺	96₺	96₺
2014	160₺	72₺	96₺	96₺
2013	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2012	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2011	135₺	60,75₺	81₺	81₺
2010	125₺	56,25₺	75₺	75₺
2009	120₺	54₺	72₺	72₺
2008	105₺	47,50₺	63₺	63₺
2007	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2006	80₺	36₺	48₺	48₺
2005 (2 sayıdır)	50₺	22,50₺	30₺	30₺
Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi (6 Aylık)				
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺

DERGİLER	BASILI	ONLİNE (SÜRELİ)	ONLİNE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
Tıp Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Anayasa Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (6 Aylık)				
2010	45₺	-	-	-
2009	45₺	-	-	-
2008	45₺	-	-	-
2007	45₺	-	-	-
2006	45₺	-	-	-
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (6 Aylık)				
2016	140₺	-	-	-
2015	120₺	-	-	-
2014	120₺	-	-	-
2013	90₺	-	-	-
2012	90₺	-	-	-
2011	85₺	-	-	-
2010	35₺	-	-	-
2009	35₺	-	-	-
2008	60₺	-	-	-
2007	60₺	-	-	-
2006	60₺	-	-	-
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (3 Aylık)				
2008	75₺	-	-	-
2007	65₺	-	-	-
2006 (2 sayıdır)	25₺	-	-	-

DERGİ MİKTARI	İNDİRİM
2	%2
3-5	%4
6-9	%6
10+	%10

Aldığınız Dergi Aboneliği Kadar Paket İndirimi Uygulanacaktır.	Oluşturacağınız paketlere yukarıdaki paket abonelik indirimleri uygulanacaktır. Kredi Kartına 6 Taksit yapılmaktadır.
---	--

BANKA ADI
Yapı Kredi Bankası
Garanti Bankası
Akbank
Türkiye İş Bankası

ŞUBE
Moda
Moda
Moda
Bahariye

ŞUBE KODU
217
124
256
1343

HESAP NO
60825788
6299549
48668
47728

IBAN NO
TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88
TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49
TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68
TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28

PTT / Posta Çeki Hesap No:

1052845

LEGALBANK ABONELİK FORMU
SUBSCRIPTION FORM FOR THE LEGALBANK LEGAL DATABASE



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

Abonelik İçin Tel: (0216) 449 04 85-86 Faks: (0216) 449 02 26 - 449 04 87
www.legalbank.net legal@legal.com.tr

LEGALBANK ABONELİK FORMU
Mevzuat ve Kararlar Bankası (www.legalbank.net)

Abonenin		Fatura Bilgileri	
Adı -Soyadı		Adı -Soyadı	
Firma		Firma	
Adres		Adres	
T.C. Kimlik No.		T.C. Kimlik No.	
Telefon		Vergi Dairesi	
Cep Telefonu		Vergi No.	
E-Posta (abone isminiz olarak kullanılacaktır)		Kullanıcı Adı	

1 Yıllık (1 Kullanıcı) Abonelik Bedeli 590 TL

Banka Hesabına Ödeme

- () Yapı Kredi Bankası (Moda Şubesi - 217) Hesap No. 60825788 (IBAN NO: TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88)
() Garanti Bankası (Moda Şubesi - 124) Hesap No. 6299549 (IBAN NO: TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49)
() Akbank (Moda Şubesi - 256) Hesap No. 0048668-8 (IBAN NO: TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68)
() T. İş Bankası (Bahariye Şubesi- 1343) Hesap No. 47728 (IBAN NO: TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28)

Posta Çeki İle Ödeme

- () PTT Posta Çeki Hesap No: 1052845

Sadece
Kredi Kartına
6 Taksit yapılmaktadır



Adı Soyadı _____ Banka _____

Kredi Kart No _____

VISA MASTERCARD Son Kullanma Tarihi _____ C V V

Ödeme Şekli	Tarih	Tutar	
Peşinat			Yukarıda belirttiğim tutarım, VISA/MASTERCARD kredi kartı hesabıma borç kaydedilerek Firmanızın hesabı bulunan bankalar nezdindeki ilgili hesaplarına Firmanız ile çalışılan bankalar arasında belirlenen koşullar çerçevesinde alacak kaydedilmesini kabul ediyorum ve bu konuda ilgili bankaları yetkili kılıyorum. İş bu abonelik sözleşmesi, www.legalbank.net sitesindeki mevzuat kararlar bankası 1 yıllık abonelik hizmetini kapsamaktadır.
Toplam			

Legal Yayıncılık 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini eksiksiz olarak yerine getirmeyi taahhüt eder.

Tarih/...../.....

Abone İmza

Şirket Temsilcisi İmza