



KAMU HUKUKU

İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme



Doç. Dr. Gül ÜSTÜN*

ÖZET

28 Haziran 2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 6545 sayılı Kanunla kabul edilen idari yargıda istinaf kanun yolu 20 Temmuz 2016 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Ancak, 6545 sayılı Kanundaki bir takım çelişkiler, eksik düzenlemeler henüz yeni başlayan uygulamada bir takım sorunlara sebep olacak görünmektedir. Çalışmamızda bu sorunlara değinilmiş ve çözüm önerileri sunulmuştur. Diğer bir yandan, çalışmamızda istinaf sisteminin özellikleri yorumlanmış ve uygulamaya yardımcı olabileceğine inanılan düşüncelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *İstinaf, idari yargı, bölge idare mahkemesi, kanun yolu, istinaf mahkemesi.*

ABSTRACT

Law no. 6545, adopted the administrative court of appeal, published 28 June 2014 in the Official Gazette, come into force 20 July 2016. But a number of contradictions in the Law No. 6545, yet lacking regulations seem to be causing some problems in practice. In our study we addressed the problems and presented solutions. On the other hand this study interpreted the new appeals system and is incorporated features that we believe will help to implement the ideas.

Keywords: *Appeal, administrative jurisdiction, district administrative court, legal remedy, court of appeal.*

GİRİŞ

Yargı sistemimizde önceden mevcut olan istinaf kanun yolu, 1924 yılında 469 sayılı Kanunla kaldırılmasına rağmen, çok geçmeden

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1930'lu yıllarda tartışmalara konu edilmiş; yeniden düzenlenmesi gereği ileri sürülmüştür. Bu dönemde, İstinaf Mahkemelerinin kurulmasının gerekliliği konusunda çalışmalar, toplantılar yapılmış ve kanun tasarıları hazırlanmıştır¹. Nihayetinde 2004 yılında adli yargıda 5235 sayılı Kanunla, 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla idari yargıda istinaf kanun yolu düzenlenmiştir.

Her ne kadar 6545 sayılı Kanun 28 Haziran 2014 yılında Resmi Gazete'de yayınlanmış ise de, istinaf kanun yolunun uygulanması 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren gerçekleşebilmiştir. Uygulamanın yeni ve yerleşmemiş olması, yasal düzenlemelerdeki bir takım eksiklikler nedeniyle idari yargıda istinaf kanun yolu halihazırda tartışılabilir. Çalışmamızda ise, bu kapsamda idari yargıdaki istinaf kanun yolunun özellikleri ele alınacak, yasal düzenlemelerdeki eksiklikler, çelişkiler değerlendirilecek ve uygulamaya ilişkin yürürlük sorunu gibi hususlarda çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır. Bu nedenle, çalışmamızda istinafın tanımı, türleri, gerekli olup olmadığı meseleleri tekrardan ele alınmayacak, ancak gereği kadar değinilecektir.

1. Kanun Yolları ve İstinaf Kanun Yolu

Kanun yolları, yargılamada ortaya çıkan; vakıaların ispatlanamaması, hukuk kuralları uygulanırken hakim in hata yapması gibi kişinin hakkına ulaşmasına engel olan hususların bertaraf edilmesi için usul kanunlarının kişiye sunduğu vasıtalar². Hakim görüşe göre kanun yollarının amacının, somut uyuşmazlık hakkında doğru bir karar verilmesi; uyuşmazlığın taraflarının korunması, adalete duyulan güvenin ve hukuk birliğinin sağlanması olduğu belirtilmektedir³. Zira, ne kadar

¹ Konuya ilişkin olarak yürütülen çalışmalar, sorun tespitleri hakkında bkz. TOKLU Esat, "İdari Yargıda istinaf Sistemine Geçiş", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf

² YILDIRIM M. Kamil, **Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf**, İstanbul, 2000, s.1. Kanun yolunun yanlış yargı kararlarının tekrar incelenmesi ve değiştirilmesini sağlayan hukuki bir yol olduğu hakkında bkz. KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.6**, İstanbul, 2001, s.4483.

Bu yolun eksik ve hataların giderilmesine hizmet ettiği hakkında da bkz. PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Ankara, 2006, s. 523.

³ Bkz. AKİL Cenk, **İstinaf Kavramı**, Ankara, 2010, s. 39, 40; ÇİFTÇİ Murat Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, İstanbul, 2011, s.7-9.

bilgili, tecrübeli ve dürüst olsalar da hakimler de birer insan olarak yanılabilirlerinden, mahkeme kararlarının hatalı olması muhtemel olup⁴, bu hatanın giderilmesi yargılama/usul kanunlarında ayrı bir başvuru yolu öngörülerek sağlanabilecektir⁵.

İstinaf da, bir kanun yolu olup, Türkçe sözlükte, “mahkemenin verdiği kararı kabul etmeyerek bir üst mahkemeye götürme” olarak tanımlanmıştır⁶. Hukuki anlamda ise, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarının hem maddi hem de hukuki yönlerden denetlenerek hukuka aykırılıklarının giderilmesini konu alan bir kanun yoludur⁷. Diğer bir ifadeyle, “İstinaf kanun yolu ile hüküm bir üst mahkeme tarafından olay ve hukuki mesele yönünden tekrar (sistemin izin vermesi halinde yeni malzeme de kullanarak) incelenmektedir”⁸.

Mahkeme kararları, istinafta hem hukuka uygunluk hem olaya uygunluk yani maddi mesele bakımından kontrol edilmekte olup, temyizde sadece hukuka uygunluk bakımından diğer bir ifadeyle hukuki mesele bakımından kontrol edilmektedir⁹. Uygulanması gereken hukuk kuralının uygulanmaması, uyuşmazlığa/somut olaya ilişkin uygulanan hukuk normunun yanlış olması¹⁰, usul kurallarına uyulup uyulmadığı, görev-yetki kurallarının ihlal edilip edilmediği¹¹ hukuki mesele

⁴ Yargılama sistemlerinin tek dereceli olarak düzenlenmesi, başka bir merci tarafından denetlenmesinin söz konusu olmadığı hallerde hatalı karar verilmesi ihtimalinin daha yüksek olduğu ifade edilmiştir. Bkz. AKYILDIZ Ali, “İstinafa İlkel Bakmak”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf

⁵ AKİL, s.40. AKİL, ayrıca hüküm ve kararların tarafların işlemi olmadığını dolayısıyla maddi hukuk işlemleri gibi iptal edilemeyeceğini bu nedenle mahkeme kararları bakımından ayrı bir başvuru yolunun öngörülmesi gerekliliğini ifade etmiştir.

⁶ <http://www.tdk.gov.tr>

⁷ ÇINAR Ali Rıza, “İstinaf” Fasikül Aylık Hukuk Dergisi Y.2, S.8, Ankara, Temmuz 2010, s.14,15.

⁸ YILDIRIM s.3.

⁹ AKİL, s.205. Maddi mesele ile hukuki mesele ayrımının isabetli olmadığı hakkında detaylı bilgi için bkz. AKİL, s.207-209.

¹⁰ YILDIRIM, s.12, AKYILDIZ, “İstinafa İlkel Bakmak”.

¹¹ SANCAKDAR Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-O%C4%9Fuz-SANCAKDAR.pdf>.

sayılmakta iken, zaman ve mekana göre belirlenebilen, dış dünyaya ya da insanların ruhsal yaşantılarına ilişkin olan ve objektif hukukun, hukuki bir sonucun şartı kabul ettiği hadiseler ve durumlar maddi mesele olarak kabul edilmektedir¹². Dolayısıyla istinaf yoluna başvurulması halinde istinaf mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi tarafından incelenen olaylar ve deliller yeniden değerlendirilmekte iken¹³, temyizde bu değerlendirme yapılmamakta sadece dava dosyası üzerinden inceleme yapılmaktadır¹⁴. Ancak, kanımızca ceza yargılaması gibi yargılama tiplerinde daha rahat yapılacak bu ayırımın idari yargılamada bu kadar rahat yapılması mümkün görünmemektedir¹⁵.

2. İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolunun Niteliği

İstinaf kanun yolunda hem maddi hem hukuki meselenin irdele-
nebilmesi, kişilerin haklarının korunması ve adil kararların verilmesi konularında önemli bir adımdır. Bu kanun yolunun mevcudiyeti ilk derece mahkemesini tahkikatta ve kararı gerekçelendirirken titiz çalışmaya zorlar¹⁶. Diğer bir yandan kanun yoluna konu olan bir yargı kararının düzeltilmesi veya hatalı olduğu yönündeki iddianın doğru olmadığını anlaşılması halinde mahkemenin itibarı nasıl ona iade ediliyorsa¹⁷, isti-

¹² AKİL, s.205.

¹³ Ek delilerin değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı, kanunkoyucu tarafından kabul edilen istinafin yöntemine göre belirlenebilecektir.

¹⁴ “Temyiz denetiminin hukuki mesele ile sınırlandırılması, temyiz mahkemesinin kanuni kavramların kullanımında, irade açıklamalarının yorumunda ve delillerin değerlendirilmesinde bilimsel kuralları, sosyal-etik ilkeleri, şekli mantığın kurallarını, düşün kurallarını vs. göz önünde bulundurmasını engellemektedir”. AKİL, s.210.

¹⁵ Aynı yöndeki görüş için bkz. ÜNLÜÇAY Mehmet Rıza, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumunda birinci Oturum sonu tartışmalarındaki görüşü, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf.

¹⁶ YILDIRIM, s.10. Ayrıca, İstinafin ilk derece yargılaması bakımından fayda sağlayacağı, hakimlerin daha fazla delil toplama, değerlendirmelerini daha dikkatli yapacağı ancak asıl çözümün hakimlerin iyi yetiştirilmesi olduğu bkz. YILDIRIM Ramazan, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf.

¹⁷ BELGESAY Mustafa Reşit, **İsbat ve Hüküm Teorileri**, İstanbul, 1951, s.206.

naf başvurusuna konu olan bir kararın uygun bulunması durumunda da aynı durum geçerli olacaktır.

İstinaf kanun yolu, temyiz kanun yolundan farklı olarak maddi yönden tekrar incelemeyi; aynı davayı ilk derece mahkemesi gibi bütün boyutlarıyla yeniden inceleyerek karar verilmesini de kapsamaktadır¹⁸. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin tespitlerinin doğruluğu veya tamlığı konusunda tereddüt hasil olması halinde istinaf mahkemesi bizzat yeni bir tespit yapabilme yetkisine sahiptir¹⁹.

Ancak, kanun koyucunun taraflar lehine getirdiği ek korunma mekanizması olan kanun yolunun, davanın uzaması sonucunu da doğurmakta olduğu²⁰ ifade edilmekte olup, istinafın yeni bir tespit yapma yetkisini içerisinde barındırması, aynı şekilde davaların uzamasına neden olabilecektir. Yine aynı gerekçeyle; istinafta tekrar maddi olay tespiti yapılacağından, ilk derece mahkemesi hakiminin görevini yaparken daha az özen göstermesi sonucunu doğuracağına da iddia edildiği görülmektedir²¹. Ayrıca kanun yolu, masraflı olması, farklı derecelerde farklı kararlar verilmesi nedeniyle yargıya duyulan güvenin sarsılması gibi bazı olumsuzlukları da barındırmaktadır²². Bu nedenle, istinaf kanun yoluna ilişkin olarak yöneltilen eleştiriler yargılamanın uzaması, daha pahalı hale gelmesi²³, içtihat birliğinin bozulacak olması, yeniden incelemenin ilk derece yargılamasını önemsiz kılacağı ve istinaf için maddi, teknik altyapının olmadığı, ihtiyaca yetecek sayıda uzmanlaşmış yetişmiş hakim olmadığı şeklinde belirtilebilir²⁴.

¹⁸ BEREKET BAŞ Zuhâl, "İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu" Danıştay Dergisi C.27, S.11, Ankara, 1996, www.danistay.gov.tr

¹⁹ GAIER Reinhard, Çev. AKİL Cenk, "Subject Matter of the Case In Appellate Instance- İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1656/17696.pdf>

²⁰ YILDIRIM, s.2.

²¹ Bkz. SANCAKDAR, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler".

²² YILDIRIM, s.11.

²³ Bu konuda bkz. SANCAKDAR, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler". SANCAKDAR, karar düzeltme yolunun kaldırılmasıyla davaların uzayacağı yönündeki eleştirinin minimize edilebileceğini ifade etmektedir.

²⁴ TOKLU, "İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş".

Ancak, bu sakıncaların büyük bir kısmının bertarafı da çeşitli yöntemlere kanımızca mümkün görünmektedir. İdari usul kurallarının teşekkülüyle, alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin etkili bir şekilde kabulüyle dava sayısının, idari yargının iş yükünün azaltılmasında; açılan dava sayısının ve haliyle yapılacak masrafın düşürülmesinde daha etkin bir sonuç sağlanabilecektir. Diğer bir yandan, içtihatların herkes tarafından ulaşılabilir olması, özellikle mahkemelerdeki raportör hakimlerin bu içtihatlara ulaşmasında herhangi bir engel olmaması durumunda içtihat farklılıklarının önüne geçilmesi/azaltılması mümkün olabilecektir²⁵.

3. 6545 sayılı Kanunla Getirilen İstinaf Kanun Yolunun Düzenleniş Amacı ve Genel İlkeleri

6545 sayılı Kanunun Genel Gereğesinde²⁶,

- idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların denetlenmesinin yüzde yetmişinin Danıştay'da; yüzde otuzunun bölge idare mahkemelerinde gerçekleştiği bu durumda Danıştay'ın iş yükünün oldukça fazla olduğu ve dosyaların kesinleşme süresinin uzadığı,
- bu kapsamda kanun yolu olan itiraz müessesenin kaldırılmasına, yerine istinaf yolunun getirilmesine, hangi kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı, tahdidi olarak sayılan hususlarda temyiz yoluna başvurulabileceği, temyiz yoluna başvurulamayan davalarda istinaf incelemesi sonucu kararın kesinleşeceğine ilişkin düzenlemeler yapıldığı böylelikle Danıştay'ın iş yükünün yüzde seksen oranında azaltılacağı

belirtilmiştir. Böylelikle, kanunkoyucu istinaf kanun yoluna neden gerek duyulduğunu ve yapılan düzenlemenin hangi amaçla tesis edildiğini açıkça beyan etmiştir.

Nitekim, doktrinde de, idari yargıda istinaf kanun yolunun mevcut olmasının Danıştay'ın ve ilk derece mahkemelerinin yargı yükünü hafifleteceği, uyuşmazlıkların karara bağlanma süresini kısaltacağı,

²⁵ Nitekim Fransa' da bu yöndeki uygulamalar için bkz. SANCAKDAR, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler".

²⁶ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>

mahkemelerin daha az dosyayla ilgilenmesi neticesinde daha sağlıklı karar vermesine yardımcı olacağı ifade edilmiştir²⁷.

Bu amaçlarla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45. maddesinde, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı başka kanunlarda aksi hüküm bulunsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabileceği ifade edilmiş, 46. maddesinde ise, temyiz yolu yeniden düzenlenmiştir.

46. madde hükmü şu şekildedir:

"Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir:

- a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar.
- c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- d) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- e) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları.
- f) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar.
- g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar.
- h) Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulamasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar.
- ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar.

²⁷ Bkz. AVCI Mustafa, "İdari Yargıda İstinaf", TBB Dergisi, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-96-1139.pdf

i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akar-yakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar.

j) 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar.

k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

m) Düzenleyici ve denetleyici kurallar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar.

Yapılan bu değişikliklerle, idari yargı teşkilatı üç kademeli hale getirilmiş; bu kapsamda bölge idare mahkemeleri ikinci kademe yargı yeri (istinaf mercii) olarak yapılandırılmış, idari yargıda kanun yolları istinaf, temyiz, yargılamanın yenilenmesi ve kamu yararına temyiz olarak belirlenmiştir²⁸. İstinaf ise bu kapsamda, istisnai olarak sayılan istinaf dışı bırakılan uyuşmazlıklar haricinde; genel kanun yolu olarak düzenlenmiştir²⁹.

İstinaf öncesi dönemde, idari yargılama usulünde itiraz ve temyiz usulü bulunmakta olup, itiraz usulünde temyizden farklı olarak itiraz mercii bölge idare mahkemesi esas hakkında da karar vermekteydi³⁰.

²⁸ KAPLAN Ersin, “İdari Yargıda Yeni Kanun Yolu:İstinaf”, <http://www.vmhk.org.tr/idari-yargida-yeni-kanun-yolu-istinaf/>

²⁹ KAPLAN, “İdari Yargıda Yeni Kanun Yolu:İstinaf”.

³⁰ İdari yargılama usulünde önceden itiraz usulü vardı böylelikle belirli konular (ilk-orta öğretim, sınıf geçme, not, kayıt, nakil, disiplin cezaları, yükseköğretim öğrencilerinin sınıf geçme, not tespiti, kamu görevlilerinin uyarma ve kınama cezaları, asker ailelerine yardımla ile işlemler, çiftçi mallarının korunması hakkında kanun uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıklar) ve tek hakimli kararlar itiraza tabiydi ve Kanunun 47. maddesi gereği bu kararlara karşı temyiz yolu kapalıydı. Bu konular ve tek hakimle verilen kararlar haricindeki kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabiliyordu, yani iki kanun yolundan biri ancak söz konusu olabiliyordu. Ancak, şimdi istinaf yolu kapalı olan kararlar ve temyiz edilemeyecek kararlar haricinde; her iki kanun yoluna da başvurulması mümkündür.

Bu yönüyle istinafa benzer olan itirazın usulü ve şekline ilişkin olarak İdari Yargılama Usulü Kanununda temyizın usul ve şekil esaslarının uygulanacağı ifade edilmişti. Diğer bir yandan itiraza tabi olan kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurma yoluna gidilemeyecekti. İtiraz üzerine verilen kararların temyize tabi olmaması itirazın tam olarak istinaf kanun yolu olmadığını ortaya koymaktaydı³¹. 2014 değişikliğiyle isim ve kavram değişikliği sağlanarak; istinaf kanun yolu getirilmiş ve itiraz usulü terk edilmiştir. Bu değişikliklerle, bazı istisnai kararlar hariç olmak üzere istinaf kanun yoluna başvurulmuş kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün hale gelmiştir. Diğer bir yandan yine itiraz usulünde olduğu gibi istinaf mercii olan bölge idare mahkemelerinin esas hakkında karar verme yetkisi de bulunmaktadır. Kısaca önceki dönemde itiraz ve temyiz birbirinin alternatifi iken, 6545 sayılı Kanunla temyiz istinafın devamı olan kanun yolu niteliğinde olup, istinaf öncesi sistemde genel kanun yolu temyiz iken; anılan Kanunla genel kanun yolu istinaf olarak öngörülmüştür³².

Getirilen bu sistemde idari davaların bir üst mahkemede ikinci kez görülmesi ve bu aşamada maddi ve hukuki denetim yapılması, üst mahkemede verilen kararların da Danıştay’ da temyiz edilmesi öngörüldüğünden, idari yargıda istinaf kanun yolunun adil yargılanma hakkı bakımından olumlu bir gelişme olduğu değerlendirilmiştir³³. Nitekim, bu değerlendirmeyi yapan ÜNLÜÇAY, -Kanunun gerekçesinde de ifade edildiği üzere- istinaf öncesi dönemde olay denetimi yapmak durumunda kalan Danıştay’ın, salt hukukilik denetimi yapmasıyla içtihat mahkemesi işlevine yoğunlaşmasının sağlanabileceğini ifade etmiş, ancak 6545 sayılı Kanunda öngörülen istinaf mahkemelerinin verdiği kararların kural olarak kesin olduğu, sadece 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 46. maddesinde sayılan konularla sınırlı şekilde istinaf mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilmesinin idari yargı düzeninde içtihat birliğini sağlamada belli güçlükler çıkar-

³¹ Bu konuda doktrindeki farklı değerlendirmeler için bkz. AVCI, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-96-1139.pdf

³² AKYILDIZ, “İstinafa İlkesel Bakmak”.

³³ ÜNLÜÇAY Mehmet Rıza, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumunda sunduğu Birinci Oturum açılış konuşması, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf

tacağını ifade etmiştir³⁴. Nitekim farklı bölge istinaf mahkemelerinde aynı konuda verilebilecek çelişkili kararlar yargıya olan güveni ve hukuk düzenini olumsuz etkileyebilecektir³⁵.

Ancak, istinaf mahkemelerinin tüm kararlarının da temyize tabi olması durumunda da yargılama sürecinin uzaması ve adil yargılanma hakkı bakımından “makul sürede yargılanma hakkı”nın ihlali de gündeme gelebilecektir. Kaldı ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesinden bahsedilmekte olup, kanun yolu bir zorunluluk olarak öngörülmemiştir³⁶.

Diğer yandan, 2577 sayılı Kanununun 46. maddesi incelendiğinde temyize tabi olacak kararların sayıldığı, bu kararların sayısının az olmadığı; temyize tabi olacak kararların çok çeşitli sayılması ÜNLÜÇAY tarafından belirtilen sakıncaların ortaya çıkması ihtimalini de düşürebilecektir. Ancak, madde de yer alan çeşitliliğin yanısıra, daha çok “ekonomik önem” kıstasının göz önüne alındığı, temel hak ve özgürlüklere dokunan idari işlem ve eylemlerin kapsam dışı kaldığı, hukuk devleti açısından bu durumun önemli olduğu da ifade edilmiştir³⁷. Kanımızca bu görüşün haklılık payı olmakla birlikte, temel hak ve özgürlükleri konu alan işlemlerin bir kısmının maddenin (a) bendinde yer alan düzenleyici işlemlere konu edilmesi halinde veya idari eylemin bu düzen-

³⁴ ÜNLÜÇAY Mehmet Rıza, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumunda sunduğu Birinci Oturum açılış konuşması. ÜNLÜÇAY bu duruma örnek olarak 2577 sayılı Kanunun değişiklik öncesi 45. Maddesinde itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu, itiraz yoluyla kesinleşen temyiz yoluna kapalı olan kararlara yönelik olarak iki ay içerisinde 52 kanun yararına bozma başvurusu yapmak zorunda kalındığını ifade etmiştir.

³⁵ AKYILDIZ, “İstinafa İlkesel Bakmak”.

³⁶ Bu konuda bkz. YILDIRIM, s.13-23.

³⁷ AKYILDIZ, “İstinafa İlkesel Bakmak”. Nitekim, AKYILDIZ tarafından, sistemin tek başına Danıştay’ın iş yükünün azaltılması üzerine kurulmasının, davalarının yüzde seksenine temyiz yolunun kapatılması ve temyiz incelemesinin etkisizleştirilmesinin istinaf kanun yolunun düzenlendiği anlamına gelmeyeceği, idari yargıda önceden mevcut olan itiraz kanun yolunun kural temyizinde istisnai bir kanun yolu haline getirilmesinden ibaret olacağı ifade edilmiştir.

leyici işlemlerden kaynaklanması halinde³⁸ düzenleyici işlemin iptali istemli davalarda temyiz sonucunda tesis edilecek karara göre temyize tabi olmayan birel işlemin iptaline ilişkin davada yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkün olabilecektir³⁹. Veya ilk derece yargılaması devam eden birel işlemlere ilişkin davalarda; düzenleyici işleme ilişkin davaların akıbetine göre istinaf incelemesi etkin bir şekilde yürütülebilecektir. Diğer bir yandan özgürlükleri konu alan işlemin doğrudan düzenleyici işlem olması durumunda ise temyiz yoluna başvurmak zaten mümkün görünmektedir.

Ancak, hem yazım tekniği bakımından hem de istinafla getirilen sistemin aslında üç dereceli yargılamanın sağlanması olduğu düşünüldüğünde kanımızca kanunkoyucu tarafından temyize tabi olmayacak

³⁸ İdare tarafından gerçekleştirilen bir eylemin herhangi bir idari işleme dayanmadan temel hak ve hürriyetleri ihlal etmesi durumunda zaten fiili yol söz konusu olacak olup, bu durumda uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi gerekmektedir.

³⁹ 2577 sayılı Kanununun 53. Maddesinde yargılamanın yenilenmesi şartları şu şekilde düzenlenmiştir:

- “...Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir.
- a) Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,
 - b) Karara esas olarak alınan belgenin, sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da, yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması,
 - c) Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması,
 - d) Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğuunun mahkeme kararıyla belirlenmesi,
 - e) Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması,
 - f) Vekil veya kanuni temsilci olmayan kişiler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması,
 - g) Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimnin katılmasıyla karar verilmiş olması,
 - h) Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması.
 - ı) Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması”.

kararların açıkça düzenlenmesi, düzenlenen bu –sınırlı- istisnalar hariçinde⁴⁰ temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi daha yerinde bir düzenleme olabilirdi. Fakat, Kanunun gerekçesinden ve temyiz edilebilecek kararların sayılması suretiyle yapılan düzenlemelerden kanunkoyucunun amacının daha çok yargılamanın hızlandırılması ve Danıştay'ın iş yükünün azaltılması olduğu görülmektedir. Oysa ki, yargılamanın kısa olmasından ziyade adil ve güvenli olması önemlidir⁴¹. Nitekim, idari yargılama sistemimizin esinlendiği Fransa' da da kural olarak bütün kararlar istinaftan sonra temyize tabidir⁴².

4. 6545 sayılı Kanunla Getirilen İstinaf Mahkemeleri Teşkilatı

6545 sayılı Kanunun Geçici 20. maddesinde, Adalet Bakanlığı tarafından bölge idare mahkemeleri kurulacağı, bölge idare mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttan göreve başlayacakları tarihin Resmi Gazete'de ilan edileceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, 07.11.2015 tarih, 29525 sayılı Resmi Gazete' de Bakanlığın sekiz adet bölge idare mahkemesinin kuruluşuna ve yargı çevrelerinin belirlenmesine ilişkin kararı yayınlanmıştır. Aynı Resmi Gazetede Bakanlığın kurulan bu bölge idare mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde göreve başlayacağına ilişkin kararı da yayınlanmıştır. Kanundaki düzenleme nedeniyle⁴³, mevcut bölge idare mahkemeleri, yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin göreve başlayacakları tarihe kadar faaliyetlerine devam etmiştir.

Kanun uyarınca yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin teşkilat yapısı ise, 6545 sayılı Kanunun 3. maddesiyle (2576 sayılı Kanunun 3. maddesinde yapılan değişiklikle) şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bölge idare mahkemeleri, başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge idare mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşur.

⁴⁰ TOKLU, bu istisnalara örnek olarak Bakanlıkların unvan ve unvan değişikliği içermeyen tüm atamalarını, taşra teşkilatınca yapılan işlemleri, belediyelerin imar ve parsellasyon işlemleri hariç olmak üzere tüm işlemlerini, il özel idarelerinin işlemlerini göstermiştir. Bkz. TOKLU Esat, “İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş”.

⁴¹ SANCAKDAR, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”.

⁴² SANCAKDAR, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”.

⁴³ Bkz. Geçici 20. Madde.

Bölge idare mahkemelerinde biri idare diğeri vergi olmak üzere en az iki daire bulunur. Gerekli hâllerde dairelerin sayısı, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca artırılıp azaltılabilir.

Dairelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur.

Bölge idare mahkemesi başkan ve üyeliklerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır”.

6545 sayılı Kanunun 4.,5.,6.,7.,8.,9.,10. ve 11. maddeleriyle 2576 sayılı Kanuna 3. maddesini takiben yeni maddeler eklenmiş, yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin görevleri, başkanlarının görevleri, başkanlar kurulu, dairelerin görevleri, başkan, daire başkanları ve üyelerin nitelikleri, atanmaları, toplantı ve karar, adalet komisyonu, müdürlükler açıkça bu maddelerde düzenlenmiştir.

5. 6545 sayılı Kanunla Getirilen İstinaf Kanun Yoluna Konu Olacak Kararlar

6545 sayılı Kanunla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45. maddesinde yapılan değişiklikle istinaf kanun yolu düzenlenmiştir. Maddeye göre,

İstinaf mercii, bölge idare mahkemeleridir. İstinaf kanun yoluna başvurma süresi idare/vergi mahkemesi kararının tebliğinden itibaren 30 gün olup, kararı veren idare/vergi mahkemesinin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine başvurulması gerekmektedir. Başkaca bir kanunda farklı hüküm bulunsa dahi bu kural geçerli olacaktır.

Bölge idare mahkemelerince yapılacak inceleme sırasında ilk derece mahkemesine veya istinabe suretiyle idare/vergi mahkemelerine başvurabilmesi mümkündür.

İstinaf kanun yoluna idare ve vergi mahkemelerinin uyuşmazlık hakkındaki nihai kararlarına başvurulacak olup, bu kanun yoluna kapalı olan kararlar da bulunmaktadır. Maddeye göre konusu 5000 Lirayı geçmeyen vergi, tam yargı davaları ve işlemlere ilişkin davalar ile ivedi yargılama usulüne tabi olan davalarda verilen kararlar istinaf kanun yoluna kapalıdır. Bu kapsamda, istinaf yoluna kapalı olan kararların temyize de kapalı olacağı kural olarak benimsenmektedir. Nitekim temyizi konu alan 46. maddede bölge idare mahkemesi kararlarının ve Danıştay dairesi kararlarının temyize tabi olacağından bahsedilmekte olup,

maddede idare/vergi mahkemesi kararlarından bahsedilmediğinden temyiz kural olarak istinaf yoluna başvurulmuş kararlar karşı bir yol olduğu, istinaf yoluna başvurulmayan veya istinaf yolu kapalı kararlar karşı temyiz incelemesi yapılamayacağı görülmektedir. Diğer bir yandan bu madde aslında istinafın sadece idare/vergi mahkemesi kararlarına karşı başvurulabilecek yol olduğunu diğer bir ifadeyle tüm ilk derece mahkemelerinin kararına karşı bir yol olmadığını, Danıştay Kanununun 24. maddesi gereği ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Danıştay dairesi kararının istinafa konu edilemeyeceği de görülmektedir.

Kısaca, Kanununun 45. maddesinde yer alan istinafa kapalı olan kararlarda ise tek dereceli yargılama söz konusudur. Önceden de ifade edildiği üzere, mahkeme kararlarına karşı kanun yolu mecburiyeti bulunmamakla birlikte, istinaf incelemesinden geçen bir kararın temyize tabi olup olmamasıyla, karara karşı hiçbir kanun yolunun olmaması farklı niteliktedir. Zira, idari yargıda dava konusu uyuşmazlık idarenin kamu gücü kullanarak tek taraflı tesis ettiği işlemlerdir, adli yargıdaki gibi tarafların eşit iradelerinin uyuşmazlığı dava konusu edilmemektedir. Bu durumda, idarenin tasarrufunun hukuka uygunluğunun etkin bir şekilde denetlenmesinin gerektiği, bunun için de bir kontrol mekanizmasının bulunması gerektiğini söylemek hukuk devletinin bir gereğidir⁴⁴.

6. İstinaf Kanun Yoluna Kapalı Olan Temyize Tabi Kararlar

Yukarıda da ifade edildiği üzere, istinaf kanun yoluna başvurulmayacak kararlar kural olarak temyiz kanun yoluna da konu edilemeyecektir. Ancak, ivedi yargılamaya tabi olan davalarda ve merkezi ve ortak sınavlara ilişkin davalarda istisnai bir durum mevcuttur:

İvedi yargılama usulünü konu alan 2577 sayılı Kanununun 20/A maddesinde ivedi yargılama usulünde görülen davalarda verilen nihai kararlara karşı on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Nitekim paralel bir düzenleme Kanununun 45. maddesinde de yer almaktadır. Bu durumda, istinaf yolu kapalı olsa da bu özel hüküm gereği tarafların temyiz yoluna başvurma hakkı saklıdır.

Diğer bir yandan, merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünü konu alan Kanununun 20/B maddesinde de verilen nihai karar-

⁴⁴ Aynı yöndeki bir görüş için bkz. AKYILDIZ, “İstinafa İlkesel Bakmak”.

lara karşı beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği ifade edilmiş olmakla birlikte, 45. madde hükmünde paralel bir düzenlemeye yer verilmemektedir.

Ancak, 20/A ve 20/B maddelerinde sınırlı sayılı olarak belirlenen davalarda hızlı karar alma ve alınan kararı kesinleştirme fikri benimsendiği⁴⁵ muhakkak olup, bu durumda istinaf kanun yoluna kapalı olmakla birlikte temyize tabi olan yargı kararları arasında merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne tabi olan nihai kararları da saymak gerekmektedir. Bu nedenle, Kanunun 45. maddesinde 20/B maddesinde bulunan düzenlemenin zikredilmesinde bir yarar mevcut ise de, kanımızca, eksikliği uygulama bakımından herhangi bir engel teşkil etmemelidir.

7. İstinaf Kanununun Yolunun Usulü ve Şekli

Kanunun 45. maddesine göre, istinaf kanun yolu temyiz kanun yolunun usul ve şekline tabi olup, temyiz sebepleri kanunda gösterilmediğinden istinafın da sebepleri tahdidi değildir. İdare/vergi mahkemesi kararlarına yapılan herhangi bir başvuruda hitabın ve isteğin ne olduğu önemli olmayıp (örneğin başvurunun temyiz istemi olarak düzenlenmesi veya Danıştay Başkanlığına yönelik hazırlanması gibi), bu başvuru istinaf başvurusu kabul edilerek dosyanın bölge idare mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir.

Ancak istinaf kanun yolunun temyiz kanun yolunun usul ve şekline tabi olduğu yönündeki hükmün tamamen, istinaf yargılaması sonucunda verilen kararlara uygulanabilir olmadığı; Danıştay bozma kararı tesis edebileceğinden bu yöndeki düzenlemelerin bozma kararı tesis edemeyecek istinaf mahkemesi bakımından uygulanamayacağı belirtilmektedir⁴⁶. Söz konusu görüş, idari yargılama usulünde istinaf kanun yolunun detaylıca düzenlenmesi gerekliliğini açıkça göstermekle birlikte, mevcut durum itibarıyla temyiz usul ve şeklini konu alan 48., 49. ve 50. maddenin, 45. maddede yer alan hükümlerle bağdaşan hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir. Elbette ki, kanunkoyucu tarafından istinafın usul ve şeklinin açıkça hükme bağlanması ve Kanundaki bu çelişkinin de giderilmesi gerekliliği de muhakkaktır.

⁴⁵ YILDIRIM Ramazan, "Türkiye'de istinaf Uygulamasının idari yargıya Etkileri".

⁴⁶ Bu konudaki değerlendirme için bkz. AKYILDIZ, "İstinafa İlkesel Bakmak".

Kanunun 45. maddesindeki yeni düzenlemede tartışılan diğer bir husus ise, istinaf mercii olan bölge idare mahkemesinin; davanın görevli/yetkili mahkemede açılmadığı yönündeki istinaf başvurusuna ilişkin kararlarının niteliğidir. Önceden de ifade edildiği üzere, davanın yetkisi veya görevsiz mahkeme tarafından görülmüş olması durumunda istinaf mercii başvuruyu kabul ederek, mahkeme kararının kaldırılmasına ve dosyayı ilgili mahkemesine gönderecektir. İlgili mahkeme görevli/yetkili olarak tespit edilen mahkeme olmakla birlikte, bu yönde verilen bölge idare mahkemesi kararları kesindir. Ancak, görevli mahkemenin Danıştay olarak tespit edilmesi durumunda veya görevli/yetkili mahkemenin farklı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki mahkemeden olması ve bu mahkeme tarafından da görevsizlik/yetkisizlik kararı verilmesi durumunda 45. maddeyle 2577 sayılı Kanunun “Görevsizlik ve Yetkisizlik Hallerinde Yapılacak İşlem” başlıklı 43. maddesinin çeliştiği görülmektedir⁴⁷.

Zira, 45. madde düzenlemesi gereği bölge idare mahkemesinin görevli mahkemeyi Danıştay olarak tespit etmesi durumunda kararının kesin olmasıyla; 43. maddede yer alan, dosyayı kendi görev alanında görmeyen Danıştay dosyayı görevli gördüğü mahkemeye göndereceği hükmü birbiriyle uymamakta ve Danıştay’ın yüksek yargı organı olması nedeniyle tarafımızca güç görünmektedir. Diğer bir yandan, yine 43. maddede yer alan, farklı bölge idare mahkemesinin yargı çevre-

⁴⁷ Kanunun 43. maddesinde aşağıdaki düzenlemeye yer verilmiştir:

- “1. İdare ve vergi mahkemeleri, idari yargının görev alanına giren bir davada görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle davanın reddine karar verirlerse dosyayı Danıştaya veya görevli ve yetkili idare veya vergi mahkemesine gönderirler.
- Görevsizlik sebebiyle gönderilen dosyalarda Danıştay, davayı görevi içinde görmezse dosyanın yetkili ve görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir.
 - Görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle dosyanın gönderildiği mahkeme kendisini görevsiz veya yetkisiz gördüğü takdirde, söz konusu mahkeme ile ilk görevsizlik veya yetkisizlik kararını veren mahkeme aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde ise, uyuşmazlık bölge idare mahkemesince, aksi halde Danıştayca çözümlenir.
- Görev ve yetki uyuşmazlıklarında Danıştay ve bölge idare mahkemesince verilen kararlar ilgili mahkemelere bildirilir ve bu husus taraflara tebliğ olunur.
 - Danıştay ve bölge idare mahkemesince görev ve yetki uyuşmazlıkları ile ilgili olarak verilen kararlar kesindir.
 - Bu madde hükümleri gereğince verilen kararlar ile görevli ve yetkili kılınan mahkemeye yeniden dava açılması halinde harç alınmaz”.

sindeki mahkemelerin görev ve yetkili olup olmadığının tespitinin ise Danıştay’ca yapılması gerekmektedir. Ancak, 45. maddede yer alan düzenlemede bölge idare mahkemesinin kararının kesin olduğu düşünüldüğünde yine madde uyarınca Danıştay’ın yetkisinde bir kısıtlama söz konusu olmaktadır. Kaldı ki, 45. madde düzenlemesinin doğrudan uygulanması, bir bölge idare mahkemesinin kararının farklı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki mahkeme açısından kesinliği mevcut mudur veya o mahkemenin bulunduğu yargı çevresinde bulunan bölge idare mahkemesinin farklı karar vermesi durumunda görev uyuşmazlığı nasıl çözümlenecektir gibi çeşitli soru ve sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Anılan nedenle 43. maddeyle 45. maddenin uyumlu hale getirilmesi; 45. maddede yer alan bölge idare mahkemesinin yetki/göreve ilişkin kararlarının kendi yargı çevresi hakkında olanlar hariç olmak üzere Danıştay’a yollanma şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁸.

Diğer bir yandan söz konusu maddede yer alan ilgili mahkemeye gönderme kararının görevli yargı yeri bakımından nasıl uygulanacağı meselesi de tartışmalı hususlardan biridir. Zira, istinaf merci tarafından söz konusu uyuşmazlığın idari yargıda dava konusu edilemeyeceği örneğin adli yargının görev alanına girdiği yönünde karar tesis edilirse, ilgili mahkemenin hangi mahkeme olacağı belirsizdir. İdari yargının adli yargı organına dosya göndermesi mümkün olmadığına göre, istinafa konu olan kararı veren mahkemeye dosyanın gönderilmesi şeklinde bir yorum yapmak mümkünse de, usul ekonomisi bakımından bu yorumun yerindeliği tartışmalıdır⁴⁹.

8. İstinaf Başvurusu

İstinaf başvurusu, Bölge İdare Mahkemesine hitaben yazılan dilekçeyle dosyaya bakan idare/vergi mahkemesine, 2577 sayılı Kanununun 4. maddesinde öngörülen mercilere yapılır. Dilekçenin 2577 sayılı Ka-

⁴⁸ Bu konuda detaylı açıklama için bkz. YILDIRIM Ramazan, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”.

⁴⁹ YILDIRIM, bu durumda dava açmak üzere dosyaların bölge idare mahkemelerinden alınmasının daha yerinde olacağını ifade etmektedir. Bkz. YILDIRIM Ramazan, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”.

nunun 3. maddesine⁵⁰ uygun olması gerekmektedir. Dilekçede eksiklik/yanlışlık bulunması halinde idare/vergi mahkemesi tarafından eksikliğin 15 gün içinde tamamlanması hususu ilgili tarafa tebliğ edilir, dilekçe bu süre içerisinde tamamlanmazsa mahkeme tarafından istinaf başvurusunda bulunulmamış sayılmasına yönelik karar tesis edilir. Söz konusu kural harç eksikliği ve tamamlanmaması durumunda da geçerli olup, 15 günlük süre harçlara ilişkin eksikliklerde 7 gün olarak hükme bağlanmıştır.

Cevap süresi 30 gündür. Cevap veren süresinde istinaf yoluna başvurmamışsa bile cevap dilekçesinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Cevap süresi geçtikten veya cevap dilekçesi verildikten sonra idare/vergi mahkemesi tarafından dosya bölge idare mahkemesine gönderilir.

Yürütmenin durdurulması istemi, istinaf başvuru dilekçesinde belirtilir. Bu istemin varlığı halinde istinaf başvuru dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden, dosya bölge idare mahkemesine gönderilir. Bu istemin görüşülmesi akabinde bölge idare mahkemesi tarafından tebligat yapılır ve dosya tekemmül ettirilir.

İstinafın süresinde yapılmaması veya istinaf kanun yoluna kapalı bir karara karşı başvuruda bulunulması halinde idare/vergi mahkemele-ri istinaf başvurusunun reddine karar verir. İstinaf isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin idare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna

⁵⁰ 2577 sayılı Kanununun 3. maddesi hükmü şu şekildedir:

1. "İdari davalar, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılır.
2. Dilekçelerde;
 - a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası,⁽³⁾
 - b) Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller,
 - c) Davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihi,
 - d) Vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar,
 - e) Vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılı, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarası ve varsa mükellef hesap numarası, gösterilir.
3. Dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur".

başvurulabileceği açıkça düzenlenmemişse de,⁵¹ temyiz usul ve şekil şartlarına tabi olma kuralı gereği söz konusu kararların da istinafa tabi olacağı muhakkaktır⁵². Ancak, bu kuralın açıkça düzenlenmesinin de, olası yorum hatalarını ortadan kaldırmak adına daha yerinde olacağı ifade edilmiş olup⁵³, kanımızca bu hükmün yerine istinafin usul ve şeklinin açıkça kanunda düzenlenmesi tüm olası yorum hatalarını ve çelişkileri ortadan kaldıracaktır.

9. İstinaf Kanun Yolunda Tesis Edilebilecek Kararlar

İstinaf kanun yolunda idare/vergi mahkemesinin kararının hukuka uygun olduğuna karar verilirse başvurunun reddine karar verileceği, maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise (tarafların isim ve unvanlarında yanlışlık gibi) bu düzeltme yapılarak başvurunun reddine karar verileceği, mahkeme kararı hukuka aykırı ise istinaf başvurusunun kabulüyle mahkeme kararının kaldırılmasına karar verileceği ve işin esasına girileceği yine Kanununun 45. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak, davanın görevsiz, yetkisiz mahkeme tarafından görülmüş olması veya hakimin reddedilmiş yasaklanmış olmasına rağmen davanın bu hakim tarafından karar bağlanması hallerinde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilecek, ancak işin esasını görüşmeyecek dosyayı mahkemesine geri gönderecektir. İstinaf merciinin bu kararı kesin olup, temyize tabi değildir.

⁵¹ Oysaki, temyiz dilekçesini konu alan Kanununun 48. maddesinin 6. fıkrasında; temyiz dilekçesi verilirken, gerekli harç ve giderlerin tamamının ödenmemiş olması halinde kararı veren merci tarafından verilecek yedi günlük süre içinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçileceği hususunun temyiz edene yazılı olarak bildirileceği, verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, ilgili mercinin, kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar vereceği, temyiz kanuni süre geçtikten sonra yapılması veya kesin bir karar olması halinde de kararı veren mercinin, temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen günden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna başvurabileceği hüküm altına alınmıştır.

⁵² Nitekim Ramazan YILDIRIM da, aksi düşüncenin Danıştay'a temyiz yoluna başvurulması imkanını doğuracağı ancak kanunkoyucunun amacı göz önünde bulundurulursa bu tespiti varmanın mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. YILDIRIM Ramazan, "Türkiye' de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri".

⁵³ YILDIRIM Ramazan, "Türkiye' de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri".

Diğer bir yandan bölge idare mahkemesinin kararlarından 46. madde uyarınca temyize tabi olmayan kararları da kesindir. Temyize ilişkin 46. madde gereğince bölge idare mahkemesi kararlarının ve Danıştay dairesi kararlarının temyize tabi olduğu görülmekle birlikte bu maddede hangi uyuşmazlıklara ilişkin kararların temyiz incelemesine konu edileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda konusu 100.000 lira ve altı olan vergi, tam yargı davası ve idari işlemler hakkındaki davalarda istinaf merciinin kararının kesin olduğu temyiz yoluna başvurulamayacağı görülmektedir. 45. ve 46. madde birlikte okunduğunda tekrar etmekte fayda bulunmaktadır ki, artık idari yargıda tek hakimli kararların bölge idare mahkemesinde incelenmesi heyet halinde tesis edilen kararların Danıştay'da incelenmesi esası terk edilmiştir.

İstinaf incelemesi sonunda bölge idare mahkemesi esas hakkında karar verdiğiinden bu karara karşı şartları bulunuyorsa, ancak; yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkündür.

10. İstinaf Kanun Yolunda Yürütmenin Durdurulması ve Duruşma

2577 sayılı Kanunun 52. maddesinde istinaf istemlerinde yürütmenin durdurulması düzenlenmiştir. Maddeye göre istinaf isteminde bulunulması yürütmenin durdurulmasını gerektirmez, bu yöndeki talebin bölge idare mahkemesince kabul edilmesi gerekmekte ve teminat karşılığı yürütmenin durdurulması kararı verilebilmektedir. Ancak, iptal davalarında teminat istenmeyebilecek olup, idareden ve adli yarımdan yararlanandan teminat alınmayacaktır. Yine maddeye göre, yürütmenin durdurulması kararı davanın reddi kararına karşı tesis ediliyorsa; 2577 sayılı Kanunun 27. maddesindeki şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

İstinaf aşamasında yürütmenin durdurulmasına itiraz edilip edilmeyeceği açıkça ifade edilmemekle birlikte, temyiz incelemesinde yürütmenin durdurulmasına itiraz yolunun tanınmaması gerekçesi, istinaf kanun yolu için de geçerli olacaktır. Zira, 52. madde de, 27. maddede yer alan itiraz yolu öngörülmemiş olup, bu nedenle temyiz aşamasında yürütmenin durdurulmasına itirazın mümkün olmadığı görülmektedir.

2577 sayılı Kanunun 17. maddesine göre ise, istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır. Maddede duruşma talebinin, dava dilekçesi ile cevap

ve savunmalarda yapılabileceği ifade edilmişse de, istinaf aşamasında -yine açıkça bir düzenleme olmasa da- istinaf başvurusunda ve cevap aşamasında bu talebin yapılabileceği söylenebilecektir. Diğer bir yandan, madde uyarınca istinaf mahkemesi kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilecektir.

11. İstinaf Kanun Yolunda Görev Alan Hükümlerin Niteliği

Yukarıda da izah edildiği üzere, bölge idare mahkemesi istinaf merci olduğundan bölge idare mahkemeleri hakimleri istinaf incelemesini yapacaklardır. Kanunun 45. maddesine göre, istinaf başvurusuna konu edilen kararı veren ya da karara katılan hakim, aynı davanın istinaf yoluyla bölge idare mahkemesince incelenmesinde bulunamayacaktır.

Ancak, değerlendirilmesi gereken bir husus da, ilk derece mahkemesinde verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlara karşı itirazın, aslında istinaf merci olan bölge idare mahkemesine yapılacağı düşünüldüğünde; bu itirazı inceleyen hakimlerin istinaf incelemesi yapıp yapamayacağı meselesidir. 45. maddede ilk derece yargılamasında kararı veren/karara katılan hakimin istinaf incelemesinde bulunamayacağı ifade edilmişse de, bu yönde bir kısıtlama ilk derece yargılaması sırasında yürütmenin durdurulması kararına itirazları inceleyen istinaf mercii hakimlerine getirilmemiştir. Bu durumda ilk derece yargılaması sırasında itiraz yoluyla uyuşmazlığın çözümüne bir şekilde katılan hakim karara katılan hakim olarak değerlendirilmesi kanımızca mümkün olmamakla birlikte, itirazı inceleyen hakimlerin dava hakkında kanaatlerini ortaya koyduğu düşünülürse itiraz incelemesinde bulunan hakimlerin, istinaf kanun yolunda davayı inceleyen heyette yer almaması yerinde olacaktır⁵⁴.

12. Yürürlük Sorunu

20 Temmuz 2016 sonrasında açılan davalar bakımından uygulanması konusunda tereddüt olmayan yeni kanun yolunun 20 Temmuzdan önce açılan davalar bakımından veya yine bu tarihten önce karara çıkmamış davalar bakımından nasıl uygulanacağı diğer bir meseledir. Ör-

⁵⁴ Bu konuda bkz, TEKİNSOY Ayhan, "Danıştay'ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması", <http://inonu.dergipark.gov.tr/download/article-file/208316>.

neğin, Kanunun yürürlük tarihinden önce temyizle konu olan ve temyiz incelemesi sonucunda bozulmasına karar verilen kararlar hakkında yeniden tesis edilen ilk derece mahkemesi kararına karşı usul kurallarına derhal uygulanması ilkesi gereği⁵⁵, istinafa başvurulması mı gerekmektedir, yoksa önceki usul kurallarının mı uygulanması gerekmektedir?

2014 yılında düzenlenen istinaf kanun yolu öncesinde, itiraz yolunun genişletildiği dönemlerde, bu konuya ilişkin olarak 2577 sayılı Kanunun Geçici 4. ve Geçici 6. maddelerinde; itiraza konu olan uyuşmazlıklarla ilgili olarak ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararlarının, ilgili Kanunun yayımı tarihinden önce verilen kararların ve Danıştay'ın bozma kararı üzerine kararı bozulan mahkemece verilen kararların, Danıştay'da temyiz edilebileceği hükme bağlanmış ve önceki usul kurallarının uygulanması gerekliliği ifade edilmiştir.

Konuya ilişkin 6545 sayılı Kanunun 27. maddesiyle 2577 sayılı Kanuna eklenen Geçici 8. maddesinde aşağıda ifadelere yer verilmiştir:

- “1. İvedi yargılama usulü hariç olmak üzere bu Kanunla idari yargıda” kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 sayılı Kanunun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurtda göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır.
2. Bölge idare mahkemelerinin faaliyete geçme tarihine kadar idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara yapılan itirazlarda bu Kanunla düzenlenen istinaf kanun yolu için öngörülen harçlar alınır.
3. İvedi yargılama usulüne ilişkin olmak üzere, 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra on beş gün içinde temyiz kanun yoluna başvurulmadığı için temyiz talebi reddedilen kararlara karşı, bu fıkrayı ihdas eden Kanunun yayımı tarihinden itibaren on beş gün, bu fıkrayı ihdas eden Kanunun yayımı tarihinden önce aynı gerekçeyle temyiz talebi reddedilmekle birlikte

⁵⁵ Kanunların zaman bakımından nasıl uygulanması gerektiği hakkında bkz. AKILLIOĞLU Tekin, “Kanunların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/la35a99dcbf818_ek.pdf?dergi=Amme%20dairesi%20Dergisi.

bu fıkrayı ihdas eden Kanunun yayımı tarihinden sonra tebliğ edilen kararlara karşı da bu kararların tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde yeniden temyiz yoluna başvurulabilir”.

Anılan maddede kararın verildiği tarihte yürürlükte olan usul kurlarının uygulanacağı ifade edilmişse de, itiraza ilişkin olarak yapılan geçici madde düzenlemelerinde yer alan "Danıştay'ın bozma kararı üzerine bozulan mahkemece verilen kararların" hangi usul kuralına tabi olacağı, Danıştay'da mı veya istinaf merciinde mi inceleneceği açıkça ifade edilmemiştir.

Ancak, madde gerekçesinde, ifadelere yer verilmiş olup, bu kapsamda Resmi Gazetede ilan tarihinden önce idare ve vergi mahkemelerince verilip, ilan tarihinden önce ya da sonra kanun yollarına müracaat edilen ve bozulmak suretiyle idare ve vergi mahkemelerine gönderilen dosyalar hakkında da; ilk kararın verildiği tarihte uygulanan kanun yoluna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir:

“Geçici maddeyle idare ve vergi mahkemelerinin verdikleri nihai kararlar hakkındaki kanun yolu hükümlerinin belirlenmesinde; 2576 sayılı Kanunun, bu kanunla değişik 3 üncü maddesine göre yeni kurulan Bölge İdare Mahkemelerinin Resmi Gazetede yayımlanacak göreve başlama tarihi esas alınmaktadır. Buna göre, idare ve vergi mahkemelerinin kararları Resmi Gazetede ilan tarihinden önce verilmiş ise bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce uygulanan kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Şayet, idare ve vergi mahkemeleri kararları Resmi Gazetede ilan tarihinden sonra verilmiş ise, bu Kanunla getirilen kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Bir başka ifadeyle, Resmi Gazetede ilan tarihinden önce idare ve vergi mahkemelerince verilip henüz haklarında kanun yoluna müracaat edilmemiş kararlar hakkında bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce uygulanan kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Resmi Gazetede ilan tarihinden önce idare ve vergi mahkemelerince verilip ilan tarihinden önce ya da sonra kanun yollarına müracaat edilen ve bozulmak suretiyle idare ve vergi mahkemelerine gönderilen dosyalar hakkında da ilk kararın verildiği tarihte uygulanan kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanacaktır...⁵⁶”

Maddeden ve gerekçesinden de görüleceği üzere, ilk derece yargılamasında verilen ilk kararının hüküm tarihi; yargılamada istinaf

⁵⁶ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>

usulünün mü yoksa itiraz usulünün mü uygulanacağını gösterecektir. Dolayısıyla itiraz merci tarafından verilen bozma kararının tarihiyle bu bozma kararı gereği tesis edilen mahkeme kararının tarihinin kanun yolunun belirlenmesinde herhangi bir rolü bulunmamaktadır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Mahkemelerin kararlarının hem maddi hem de hukuki bakımdan yeniden değerlendirilmesi bir gerekliliktir. İstinaf öncesi dönemde mahkeme kararının temyiz yoluyla sadece hukukilik denetimine tabi olması bu aşamada istinafın önemini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, 6545 sayılı Kanunla idari yargıda istinaf kanun yolunun öngörülmesi adil yargılanma hakkı bakımından önemli bir adım olmakla birlikte, kanunkoyucunun gerekçesine bakıldığında daha çok amacın Danıştay'ın iş yükünün azaltılması, yargılamanın hızlandırılması olduğu görülmektedir. Yargılamanın hızlandırılması, makul sürede yargılamanın sağlanması bakımından önemli ise de, başta kamu gücü kullanılarak yapılan iş ve işlemlerin denetiminde daha çok kontrol mekanizmasının öngörülmesi Hukuk Devletinin bir gereğidir.

Ancak, bu iki ilkenin dengelenmesi de kanımızca mümkündür. Adil ve doğru kararların ortaya çıkabilmesi için az sayıda sayılacak istisnalar haricinde tüm mahkeme kararlarının hem istinafa tabi hem temyize tabi olması gerekliliği benimsenmelidir. Kaldı ki, temyize tabi olmayan kararlar şeklinde bir madde düzenlemesi, kanunun yazım tekniği bakımından da daha yerinde olacaktır. Diğer bir yandan üç aşamalı bu yargılama düzeninin kabulüyle makul sürede yargılamanın sağlanabilmesi; diğer bir ifadeyle, iş yükünün azaltılması için; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından benimsenen “kabul edilebilirlik” kurumunun/izninin Kanuna konu edilmesi mümkündür⁵⁷. Böylelikle, keyfi ve adeta otomatik hale dönüşen temyiz başvurularının önüne geçilmesi sağlanabilecektir. Diğer bir yandan, bu kapsamda temyiz sebeplerinin Kanunda açıkça düzenlenmesi de alternatif bir çözüm yolu olabilecektir.

Temyiz yolunun kapalı olduğu kararlarda çıkacak diğer bir sakınca her bölge idare mahkemesinin aynı nitelikteki olaylarda farklı karar-

⁵⁷ AKYILDIZ, “İstinafa İlkesel Bakmak”. Ayrıca bu konuda bir örnek olan “görülebilirlik izni” sistemini kullanan İsveç idari yargı sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz. ERKAN Fikret, İsveç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi, http://www.danistay.gov.tr/upload/isvec_ysk_Fikret_erkan.pdf

lar tesis edebilecek olmasıdır. Temyiz yolunun açık olması durumunda, tek merkezden kararlar denetlenebileceğinden yargı birliği sağlanabilecektir.

Diğer bir yandan, temyiz yolu olsun olmasın, kanundaki düzenleme nedeniyle, aynı/benzer konularda, farklı bölge idare mahkemesi kararlarının mevcudiyeti mümkündür. Bu kapsamda ise, yargı birliğinin bozulmaması; içtihat birliğinin sağlanması adına kanımızca Danıştay nezdinde bir yapılanma ve faaliyet şekli oluşturulabilir⁵⁸. Nitekim, bu amaçla olsa gerek 6545 sayılı kanununun 6. Maddesiyle 2576 sayılı Kanuna eklenen 3/C maddesiyle Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kuruluna “benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığına iletmek” görevi verilmiştir. Kararlar arasında çelişki olması durumunda muhakkak bu yetki ve görevin kullanılması ve yargı birliğinin sağlanması gerekmektedir.

6545 sayılı Kanunla 2577 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklikler, genel anlamda olumlu ise de, (yeni) 45. maddenin yazılışından konunun Kanunun diğer maddeleri bakımından ele alınmadığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, istinafı konu alan 45. Madde düzenlemesi 2577 sayılı Kanunun diğer hükümleriyle çelişir niteliktedir. Her ne kadar kanunkoyucunun amacına uygun yorum yaparak çelişkilere çözüm getirilebilir ve boşluklar doldurulabilirse de, olası yorum farklılıkları uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Anılan nedenle, 2577 sayılı Kanunda istinaf kurumunun detaylı olarak düzenlenmesi, örneğin usul ve şekil şartlarının açıkça öngörülmesi kanımızca bir gerekliliktir.

⁵⁸ Nitekim AKYILDIZ bu konuda Danıştay’ daki savcılık kurumundan yararlanılmasını tavsiye etmektedir. Bkz. AKYILDIZ, “İstinafa İlkesel Bakmak”. SANCAKDAR da benzer şekilde 5235 sayılı Adli Yargı İlk derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 35. Maddesinde yer alan benzer uyumsuzluklarda verilen kesin kararlar arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi için Yargıtay Birinci Başkanlığına başvurmaya ilişkin düzenlemeyi ve Yargıtay Kanununun 15. Maddesinde yer alan Yargıtay’ın içtihat birleştirme görevini hatırlatarak bu yöntemle sorunun çözülebileceğini ifade etmiştir. Bkz. SANCAKDAR, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU Tekin, “Kanunların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, <http://www.todaie.edu.tr>
- AKİL Cenk, **İstinaf Kavramı**, Ankara, 2010.
- AKYILDIZ Ali, “İstinafa İlkesel Bakmak”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf
- AVCI Mustafa, “İdari Yargıda İstinaf”, TBB Dergisi, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-96-1139.pdf
- BELGESAY Mustafa Reşit, **İsbat ve Hüküm Teorileri**, İstanbul, 1951, s.206.
- BEREKET BAŞ Zuhâl, “İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu” Danıştay Dergisi C.27, S.11, Ankara, 1996, www.danistay.gov.tr
- ÇINAR Ali Rıza, “İstinaf” Fasikül Aylık Hukuk Dergisi Y.2, S.8, Ankara, Temmuz 2010.
- ÇİFTÇİ Murat Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, İstanbul, 2011.
- ERKAN Fikret, İsvaç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi, http://www.danistay.gov.tr/upload/isvec_ysk_Fikret_erkon.pdf
- GAIER Reinhard, Çev. AKİL Cenk, “Subject Matter of the Case In Appelate Instance- İstinaf Yargılamasında Dava Malzemesi”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1656/17696.pdf>
- KAPLAN Ersin, “İdari Yargıda Yeni Kanun Yolu:İstinaf”, <http://www.vmhk.org.tr/idari-yargida-yeni-kanun-yolu-istinaf/>
- KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.6**, İstanbul, 2001.
- PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Ankara, 2006.
- SANCAKDAR Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-O%C4%9Fuz-SANCAKDAR.pdf>.
- TEKİNSOY Ayhan, “Danıştay’ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması”, <http://inonu.dergipark.gov.tr>
- TOKLU Esat, “İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf
- ÜNLÜÇAY Mehmet Rıza, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 147. Yıl Sempozyumunda birinci Oturum sonu tartışmalarındaki görüşü, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf.
- YILDIRIM M. Kamil, **Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf**, İstanbul, 2000,
- YILDIRIM Ramazan, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu:147. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 12 Mayıs 2015, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/02_11_2015_023358.pdf.
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>
- www.kararara.com
- www.kazanci.com

Karayolları Genel Müdürlüğünün Karayolları Trafik Kanunundan Doğan Sorumluluğu

-Karar İncelemesi-



Doç. Dr. Gül ÜSTÜN*

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARI¹

(14.07.2014- 2014/759 E.,2014/811 K.-Hukuk Bölümü)

Anahtar Kelimeler: *Karayolları Trafik Kanunundan Doğan Sorumluluk Davaları- İdarenin Sorumluluğu- İdarenin Eylemlerinin/İhmalinin Adli Yargıda Denetimi- Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorumu*

Uyuşmazlık Mahkemesi, son zamanlarda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesi gereği, idarelerin bakım, onarım gibi yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle oluşan zararın tazmininin adli yargıda dava konusu edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, Yüksek Mahkemenin bu kararlarında mevcut karşı oylarda ise, söz konusu uyuşmazlığın idari yargıda çözümlenmesi gerekliliği belirtilmektedir. İncelememizde, bu tartışmanın bir örneğini teşkil eden Uyuşmazlık Mahkemesi kararı değerlendirilerek, konuya farklı bir bakış açısı ve çözüm önerisi getirmek amaçlanmaktadır.

OLAY

19..... plaka sayılı aracın 06.07.2013 tarihinde davacı-sürücü H.Ç.'in sevk ve idaresinde, Çamaş İlçesi istikametinden Fatsa İlçesi istikametine doğru giderken, Tepeli Mahallesi 52-54 nolu il yolunun 4. km kesim levhasının bulunduğu noktaya geldiğinde, yolun mucurlu bir şekilde bırakılması ve çalışmanın yapıldığı yolun ilerisinde ve gerisinde yeterli ve gerekli uyarıcı levhanın da bırakılmaması, olabi-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Karar, Mükerrer 26.07.2014 tarih, 29072 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır. Kararın olay kısmı bir iki ifade toparlanarak olduğu gibi aktarılmıştır.

lecek muhtemel kazaları engelleyecek nitelikte herhangi bir tedbirin alınmaması sebebiyle, maddi hasarlı trafik kazasının meydana geldiği, meydana gelen kazada idarenin bakım ve onarımında gerekli tedbir ve önlemleri almayarak hizmet kusurunun bulunduğunu belirterek, idarenin hizmet kusuruna dayalı olarak uğranıldığı ileri sürülen 2.000 TL manevi, 8.466,80 TL maddi tazminat ile bilirkişiler tarafından belirlenecek değer kaybının kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili istemiyle adli yargı yerinde dava açılmıştır.

Fatsa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi: 28.01.2014 gün ve E:2013/364, 2014/32 sayılı kararı ile özetle; davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğini belirterek, görev yönünden reddine karar vermiş ve karar kesinleşmiştir.

Bunun üzerine idari yargıda dava açılmış, Ordu İdare Mahkemesi: 16.05.2014 gün ve E:2014/595 sayılı kararı ile özetle; davanın adli yargı yerinde görülmesi gerektiğinden bahisle, 2247 sayılı Kanununun 19. maddesi gereğince görevli yargı yerinin belirlenmesi için dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

KARAR

Uyuşmazlık Mahkemesi olumsuz görev uyuşmazlığının mevcudiyetini tespit ederek, adli yargının görevli olduğuna hükmetmiştir:

“...2918 sayılı Yasanın 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin işaret edilen kararı gözetildiğinde, bahsi geçen Kanun maddesinin karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanarak trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri kapsadığı ve Kanununun, trafikle ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini, ilgili kuruluşları ve bunların görev yetki ve sorumlulukları ile, çalışma usullerini kapsadığı, dolayısıyla meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan bu davanın da adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle davanın görüm ve çözümünü adli yargı yerinin görevine girdiğinden,...”.

DEĞERLENDİRME

Somut olayda, yolun mucurlu bir şekilde bırakılması ve çalışmanın yapıldığı yolun ilerisinde ve gerisinde yeterli ve gerekli uyarıcı levhanın da bırakılmaması, olabilecek muhtemel kazaları engelleyecek nitelikte herhangi bir tedbirin alınmaması sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmini dava konusu edilmiştir. Adli yargı yeri, uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı yerinin idari yargı olduğuna hükmetmiş, idari yargı da adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi ise, 2918 sayılı Kanunun 110. maddesini gerekçe göstererek uyuşmazlığın çözüm yerini adli yargı olarak göstermiştir.

Çalışmamıza konu kararda idare mahkemesinin ve asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararlarının gerekçesine yer verilmemekte ise de, karara konu uyuşmazlığın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Anılan nedenle, ilk olarak uyuşmazlığa konu zararın sebebi, bu zarardan kimin sorumlu olduğu, sorumluluğun hangi esasa dayandığı ve uyuşmazlığın nerede dava konusu edilmesi gerektiği meseleleri ele alınacaktır. Bu kapsamda 2918 sayılı Kanunun 110. maddesi hükmü ve söz konusu maddenin incelendiği Anayasa Mahkemesi kararı değerlendirilerek, kanun maddesinin yorumuna ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararına ilişkin görüşlerimize yer verilecektir.

1- Somut Olayda Zararın Sebebi ve Muhatabı

Somut olayda maddi hasarlı bir trafik kazası meydana gelmiş, bu kazanın sebebi olarak yolun mucurlu bir şekilde bırakılması ve çalışmanın yapıldığı yolun ilerisinde ve gerisinde yeterli ve gerekli uyarıcı levhanın bırakılmaması, olabilecek muhtemel kazaları engelleyecek nitelikte herhangi bir tedbirin alınmaması gösterilmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 1. maddesinde, Kanunun amacı, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi olarak ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, Kanunun 2. maddesinde; Kanunun kapsamı, trafikle ilgili kurallar, şartlar, hak ve yükümlülükler, bunların uygulanması ve denetlenmesi, ilgili kuruluşlar ve bunların görev, yetki ve sorumluluk, çalışma usulleri ile diğer hususlar olarak belirlenmiştir.

Kanunun ikinci kısmında ise, Kanun kapsamında görevli ve yetkili kuruluş ve komisyonlar düzenlenmiştir. Bu kısımda sayılan görevli kuruluşlardan biri Karayolları Genel Müdürlüğü olup, Kanunun 7. maddesinin (a) fıkrasına göre yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldirmek; müdürlüğün görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Dolayısıyla somut olayda zarar, Karayolları Genel Müdürlüğünün görevlerini yerine getirmemesinden veya gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır.

2- Karayolları Genel Müdürlüğünün Görev ve Yetkileri

2918 sayılı Kanunun 7. maddesinde Genel Müdürlüğün, Kanun kapsamındaki görev ve yetkileri sayılmıştır:

- “...a) Yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldirmek,
- b) Tüm karayollarındaki işaretleme standartlarını tespit etmek, yayınlamak ve kontrol etmek,...
- d) Trafik ve araç tekniğine ait görüş bildirmek, karayolu güvenliğini ilgilendiren konulardaki projeleri incelemek ve onaylamak,
- e) Yapım ve bakımından sorumlu olduğu karayollarında, İçişleri Bakanlığının uygun görüşü alınmak suretiyle, yönetmelikte belirlenen hız sınırlarının üstünde veya altında hız sınırları belirlemek ve işaretlemek,
- f) Trafik kazalarının oluş nedenlerine göre verileri hazırlamak ve karayollarında, gerekli önleyici teknik tedbirleri almak veya aldirmek,
- g) Yapım ve bakımından sorumlu olduğu karayollarında trafik güvenliğini ilgilendiren kavşak, durak yeri, aydınlatma, yol dışı park yerleri ve benzeri tesisleri yapmak, yaptırmak veya diğer kuruluşlarca hazırlanan projeleri tetkik ve uygun olanları tasdik etmek,
- h) Yetkili birimlerce veya trafik zabıtasınca tespit edilen trafik kaza analizi sonucu, altyapı ve yolun fiziki yapısı ile işaretlemeyle dayalı kaza sebepleri göz önünde bulundurularak önerilen gerekli önlemleri almak veya aldirmek,
- j) Trafik zabıtasının görev ve yetkileri saklı kalmak üzere Bu Kanunun 13,14,16,17,18,47/a ve 65 inci maddeleri hükümlerine aykırı hareket eden-

ler hakkında suç veya ceza tutanağı düzenlemek; 47 nci maddenin (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen kural ihlallerinin tespiti halinde, durumu bir tutanakla belirlemek ve gerekli işlemin yapılması için en yakın trafik kuruluşuna teslim etmek,

- k) *Bu Kanunla ve bu Kanuna göre çıkarılmış olan yönetmeliklerle verilen diğer görevleri yapmaktır*².

Karayolları Genel Müdürlüğünün kuruluş ve görevleri, 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda da ayrıca düzenlenmiş olup, Kanunun 4. maddesinde görev ve yetkiler şu şekilde sayılmıştır:

- “...a) Otoyol, Devlet ve il yolları ağına giren karayolları güzergâhları ile bunların değişikliklerine ilişkin planları hazırlamak veya hazırlatmak.
- b) Hazırlayacağı programlar uyarınca karayollarını yapmak, yaptırmak, emniyetle kullanılmasını sağlayacak şekilde sürekli bakım altında bulundurmak, bakımını yaptırmak, onarmak, onarımını yaptırmak, işletmek, işlettmek.
- c) Görev alanına giren karayolu ağlarının yapımı, bakımı, onarımı ve diğer hususlar hakkında teknik nitelik ve şartları tespit etmek veya ettirmek ve gerekli şartnameleri hazırlamak.
- ç) Otoyollar ve bunların üzerinde bulunan bakım ve işletme tesisleri ile hizmet tesislerinin, diğer mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının yapımını ve/veya bakım ve onarımını ve/veya işletmesini yapmak veya yaptırmak ve denetlemek.
- d) Karayollarının kullanılmasına, teknik emniyet ve korunmasına yönelik kurallar ile tüm karayollarındaki işaretleme standartlarını uluslararası uygulamaları da dikkate alarak tespit etmek, yayımlamak ve kontrol etmek.
- e) Görev alanına giren karayollarında, uygun göreceği yol işaretlerini belirlemek, uygun yerlere koymak ve bu kapsama giren işleri yapmak veya yaptırmak.
- ...
- ğ) Karayollarının temizliği, gereken bölümlerinde çevre düzenlemesi ve yol boyu ağaçlandırılması ile peyzaj hizmetlerini yapmak veya yaptırmak.
- ...

² Maddenin (c) bendi 17.10.1996 tarihli 4199 sayılı Kanunla, (i) bendi 03.05.2006 tarihli 5495 sayılı Kanunla iptal edilmiştir.

o) Görev alanına giren konularda kanunlarla verilen diğer işleri yapmak veya yaptırmak”.

Maddenin (o) bendinden de anlaşılacağı üzere, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca Genel Müdürlüğe verilen görev ve yetkiler, Genel Müdürlüğün görev alanına giren konularda verilen diğer işler kapsamındadır.

Karayolları Trafik Kanunu, yukarıda da ifade edildiği üzere, trafik düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla tesis edilmiş, trafikle ilgili konuları kapsamaktadır. Bu doğrultuda Karayolları Genel Müdürlüğünün de bir takım yükümlülükleri olmaktadır.

Bu doğrultuda Karayolları Genel Müdürlüğü, işin konusu ve içeriğine göre, 6001 sayılı Kanun, 2918 sayılı Kanun veya kendisini yetkili ve görevli kılan başka Kanun uyarınca iş ve işlemler tesis etmeye görevli ve yetkili olabilecektir.

3- Karayolları Genel Müdürlüğünün 2918 sayılı Kanun Kapsamındaki Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi

Karayolları Genel Müdürlüğünün 2918 sayılı Kanun ve 6001 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkileri incelendiğinde, söz konusu yetki ve görevlerinin kamu hizmeti ve/veya kolluk kapsamında yer aldığı görülmektedir. Örneğin, 2918 sayılı Kanunun 7. maddesinde bahsedilen “Yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldirmek” görevi, Genel Müdürlüğün yapım ve bakımdan dolayı bir kamu hizmeti ifa etmekle görevli olduğunu, can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önem alması görevi bakımından kamu düzeninin güvenlik unsurunu sağlaması nedeniyle kolluk faaliyetlerini icra edebildiğini göstermektedir³. Veya 6001 sayılı Kanunun 4. maddesinin (ğ) bendi⁴, 2918 sayılı Kanunun 7.

³ Aynı yorumun benzer düzenleme özelliği taşıyan 6001 sayılı Kanunun 4. maddesinin (e) bendinde yer alan “Görev alanına giren karayollarında, uygun göreceği yol işaretlerini belirlemek, uygun yerlere koymak ve bu kapsama giren işleri yapmak veya yaptırmak” hükmü için de yapılması mümkündür.

⁴ Düzenleme şu şekildedir:
“Karayollarının temizliği, gereken bölümlerinde çevre düzenlemesi ve yol boyu ağaçlandırılması ile peyzaj hizmetlerini yapmak veya yaptırmak”

maddesinin (f) bendi uyarınca kazalara ilişkin teknik önlemler alması gerekliliği karşısında kolluk faaliyeti yürüttüğü aşikârdır.

Karayolları Genel Müdürlüğünün 6001 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca⁵ bir kamu kurumu olduğu da göz önünde bulundurulursa; kural olarak, Genel Müdürlüğün işlemlerinin ve faaliyetlerinin idari nitelikte olduğu muhakkaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 6001 sayılı Kanun ve 2918 sayılı Kanun uyarınca tesis edilecek işlemler ve yürütülecek faaliyetler de bu kapsamda değerlendirilecektir. Dolayısıyla, Genel Müdürlüğün, kamu gücü kullanarak tesis edeceği işlemlerin hukuka aykırılığı ve bu işlemleriyle eylemlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin sorumluluğu idari yargı organlarında dava konusu edilecektir⁶.

Çalışmamıza konu uyuşmazlık bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa, uyuşmazlığın kaynağının maddi hasarlı trafik kazası sonucunda uğranılan zarar olduğu görülmektedir. Zararın sebebi ise, yolun mucurlu bir şekilde bırakılması ve çalışmanın yapıldığı yolun ilerisinde ve gerisinde yeterli ve gerekli uyarıcı levhanın da bırakılmaması, olabilecek muhtemel kazaları engelleyecek nitelikte herhangi bir tedbirin alınmaması gösterilmiştir. Dolayısıyla, 2918 sayılı Kanunun 7. maddesinin (a) bendi kapsamında, Karayolları Genel Müdürlüğünün yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayolunda can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri alma ve aldırma görevini ihmal ettiği veya gereği gibi yerine getirmediği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle oluşan zarar, Karayolları Genel Müdürlüğünün kamu hizmetine ilişkin⁷ görevindeki kusuru nedeniyle ortaya çıkmıştır.

⁵ 6001 sayılı Kanunun 3. maddesinde, kanunlarla verilen görevleri yürütmek üzere, Ulaştırma Bakanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğine sahip, merkezi Ankara'da olan özel bütçeli Karayolları Genel Müdürlüğü kurulduğu ifade edilmektedir.

⁶ Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddeleri birlikte incelendiğinde idari işlemlerin ve kamusal faaliyetlerinin yargısal denetiminin idarî yargının görev alanına girdiği görülmektedir.

⁷ Kolluk etkinliklerinin, koruyucu hizmet yani bir kamu hizmeti olduğu hakkında bkz. ÖZAY İl Han, **Günüşğında Yönetim**, İstanbul, 2004, s.722,723.

4- Karayolları Genel Müdürlüğünün 2918 sayılı Kanun Kapsamındaki Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu

Karayolları Genel Müdürlüğüne birçok kanunda görev verilmesi ve yetki tanınması, bazen kullanılan yetkinin hangi kanundan kaynaklandığının tespit edilmesi güçlüğüne neden olmaktadır. Hangi kanundan kaynaklanırsa kaynaklansın yetki ve görevin sahibi bakımından bir hukuki mesele söz konusu olmayacaksa da, kullanılan yetki veya sahip olunan görev kapsamında yapılan iş ve işlemlerin yargısal denetiminde hukuki bir sorun yaşandığı görülmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin çeşitli kararları incelendiğinde⁸, uyuşmazlığın; Karayolları Genel Müdürlüğünün 2918 sayılı Kanun kapsamında kendisine verilen görevleri ihmal etmesi veya gereği gibi ifa edememesi durumunda; hizmet kusuru esasının benimsenmediği görülmektedir. Mahkeme, söz konusu kararlarında, Kanununun 110. maddesinde yer alan “İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları adli yargıda görülür...” hükmü gereğince, görevli yargı yerinin adli yargı olduğuna hükmetmektedir.

Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesi uyarınca, bu Kanundan doğan sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceği hükme bağlanmış olup, bu durumda Karayolları Genel Müdürlüğünün, Karayolları Trafik Kanunu kapsamında tesis ettiği iş ve işlemlerden doğan sorumluluk davalarının adli yargıda görülmesi söz konusu olmuştur. Ancak, 6001 sayılı Kanunda herhangi bir yargı yolu düzenlemesi bulunmadığından, bu Kanun uyarınca Genel Müdürlük tarafından tesis edilen iş ve işlemler idari yargıda dava konusu edilecek, bunlardan doğan sorumluluk davaları idari yargı organlarınca çözümlenecektir.

Zira, organik anlamda idarenin yürüttüğü faaliyetler ilke olarak idari yargının görev alanına girmekle birlikte, idari yargının görevli

⁸ Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesi' nin 04/02/2013 tarih, 2012/578 E., 2013/179 K., 06.02.2012 tarih ve 2012/3 E., 2012/29 K., 06.02.2012 tarih ve 2011/256 E., 2012/25 K., 04.06.2012 tarih ve 2012/101 E., 2012/133 K., 06.02.2012 tarih ve 2012/31 E., 2012/33K., 24.12.2012 tarih ve 2012/523 E., 2012/422 K., 04.02.2013 tarih, 2013/104 E., 2013/228 K., 30.12.2013 tarih, 2013/1770 E., 2013/1981 K., 11.11.2013 tarih, 2013/1562 E., 2013/1725 K.11.11.2013 tarih, 2013/1484 E., 2013/1668 K., 01.07.2013 tarih, 2013/987 E., 2013/1148 K. sayılı kararları için bkz. <http://www.uysmazlik.gov.tr/kararlar/kararlar.html>

olduğuna karar verebilmek için, idarenin faaliyetinin kamusal yetki ve usullere göre yürütülmesi gerekmektedir⁹. Diğer bir ifadeyle, idare tarafından tesis edilen işlemin veya eylemin idari işleve ilişkin olması gerekmektedir. Ancak, kanunkoyucu tarafından özel bir düzenleme öngörülmesi de mümkündür¹⁰. Yani, kanunlarda idarenin bu tür işlemlerinin adli yargı denetimine tabi tutulacağı hükme bağlanmış ise¹¹, bu durumda işlemin yargısal denetimi adli yargıda yapılacaktır. Kanunkoyucu tarafından özel bir düzenleme ihdas edilmemiş ise, belirtilen ölçütler ışığında idarenin işleminin idari yargıda dava konusu edilmesi gündeme gelecektir.

2918 sayılı Kanununun 110. maddesindeki düzenleme de bu yöndeki özel bir hüküm olup; işleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceği hükme bağlanmıştır. Çalışmamıza konu uyuşmazlığın sebebinin ise, 2918 sayılı Kanununun 7. maddesinin (a) bendinde düzenlenen görevini ihmal etmesi veya gereği gibi yerine getirmemesi olduğu göz önünde bulundurulursa, Genel Müdürlüğün sorumluluğuna -tam yargı davası yoluyla idari yargıda değil- adli yargıda gidilmesi gereği gündeme gelecektir.

5- 2918 sayılı Kanununun 110. Maddesi Hükümü ve Değerlendirmesi

2918 sayılı Kanununun 110. maddesinde;

“İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorum-

⁹ Gözübüyük A. Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2013, s.129, 150 vd; YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, OKAY TEKİNSOY Özge, İdare Hukuku, İstanbul 2015, (içinde bölüm YILDIRIM Turan, İdari Yargı), s. 703 vd; EROĞLU Hamza, İdare Hukuku, Genel Esaslar İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi, Ankara, 1985, s. 363; BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, Ankara, 1970, s. 228-229.

¹⁰ Bu yetkinin sınırları hakkında bkz., Anayasa Mahkemesinin 16.02.2011/35, E., 2012/23 K. sayılı kararı, R.G.T., 19.05.2012, s. 28297.

¹¹ Örneğin Kabahatler Kanununun 3. maddesinde, başka bir kanunda özel bir düzenleme bulunmaması halinde, idari yaptırımlara karşı kanun yoluna başvurulmasının bu Kanun uyarınca gerçekleştirileceği ifade edilmiş, kanun yoluna başvurunun düzenlendiği 27. maddesinde sulh ceza mahkemeleri görevli yargı yeri olarak gösterilmiştir.

luluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılacağı gibi kazanın vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir”

ifadelerine yer verilmiştir.

Kanunkoyucu söz konusu maddeyi 2011 yılında 6099 sayılı Kanunla ihdas etmiştir. Anılan Kanun teklifinde¹²; Kanunun 106. maddesi hükmüne¹³ rağmen, kamu araçlarıyla işlenen kazalardan doğan zararların idari yargı önünde görülmesi gerekliliği yönünde Uyuşmazlık Mahkemesi kararları mevcut olduğu, aynı sorunun hem zemin geçitlerde tren-trafik kazalarında da geçerli olduğu, oysa ki, idarenin bu kazalarda görev, kurtuluş kanıtı, zamanaşımı vs. bakımından 2918 sayılı Kanuna tabi olduğu, Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarında ise, Kanunda açık bir görev kuralına yer verilmemiş olduğunun ifade edildiği, bu nedenle; açıkça görevli yargı yerinin düzenlenmesi gerekliliği belirtilmiştir.

Bu kapsamda, Türk Hukukunda karayolunda araç seyrinin özel hukuk alanında olduğu, Kanunun 106. maddesindeki düzenlemeden de başka bir sonuca varılamayacağı, aynı seyir çizgisinde hareket eden, aynı türden risk barındıran araçların özel-kamu ayrımı yapılarak (Kanuna rağmen) farklı uygulamalara yol açmanın hukuka uygun düşmeyeceği, idari yargıdaki dava tiplerinin ve usulünün kısmi dava açma gibi Karayolları Trafik Kanunundaki sorumluluk kurallarına uygun olmayacağı, idari ve adli yargı kollarındaki görev uyuşmazlıklarının belirsizli-

¹² 17.12.2009 tarihli Kahramanmaraş Milletvekili Veysi Kaynak tarafından yapılan Kanun teklifi ve gerekçeleri için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf>

¹³ 2918 sayılı Kanunun 106. maddesinde aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir: “Genel Bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Bu kuruluşlar, 85 inci maddenin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere 101 inci maddedeki şartları haiz millî sigorta şirketlerine mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler”.

ğe, gecikmeye ve hak kayıplarına neden olduğu ve bu belirsizliklerin giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Kanun teklifine ilişkin olarak tesis edilen Adalet Komisyonu Raporunda da, 2918 sayılı Kanununun 106. maddesi zikredilmiş ve bu düzenlemeye göre kanunkoyucunun kamu idare ve kurumlarına ait ve bu arada kamu hizmetine özgülünen motorlu araçların verdikleri zararlardan dolayı, trafik olaylarından doğan zararların özelliği göz önünde tutularak, kamu idare ve kurumlarının özel kişilerle eşit koşullarda ve aynı ilkelerle sorumlu tutulması gerekliliği ifade edilmiştir. Yine Komisyon raporunda idari nitelikteki uyuşmazlıkların genel çözüm yerinin idari yargı olduğu, ancak bireylere sunulan adalet hizmetinin gerektirmesi halinde, uzmanlaşma açısından da daha etkin bir yargısal denetim sağlanabilmesi açısından bazı istisnai durumlarda bir takım idari faaliyetlerin denetiminin adli yargıda yapılmasının Anayasaya aykırı olmayacağına düşünülebileceği, Kanununun 106. maddesi gereği özel hukuka yapılan gönderme sonucu, açılacak davalarda adli yargının görevli olduğunun kabulünün kaçınılmaz olduğu, yeknesak bir usul rejiminin sağlanmasının da adil yargılanma hakkını sağlayacağı belirtilmiştir¹⁴.

Dolayısıyla, söz konusu Kanununun 110. maddesinin aslında sadece karayolu ve hem zemin geçitlerde meydana gelen trafik kazalarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde yeknesak bir yargı yolunun belirlenmesi amacıyla ihdas edildiği görülmektedir.

Ancak, maddede yer alan “İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür” ifadesinin -yasal düzenlemelerin okunmasında lafzi yorum yöntemi tercih edilirse¹⁵- trafik kazalarından fazlasını kapsadığı görülmektedir. Zira, bu durumda 2918 sayılı Kanundan doğan tüm sorumluluk davala-

¹⁴ Komisyonun gerekçesi ve muhalefet şerhi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sira-sayi/donem23/yil01/ss474.pdf>

¹⁵ Lafzi yorumda, hukuk normlarının yorumlanırken kelimelerin sözlükteki, geçerli dildeki anlamları, cümle içindeki yerlerinin, dilbilgisi kurallarının esas alınacağı ifade edilmektedir. ARAL Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, 1979, s.192,193; DİNÇKOL Abdullah, **Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları**, İstanbul, 2014, s.149.

Lafzi yorum metodu uygulanırken, kanunun sözüne önem vermek durumunda olduğun GÜRİZ Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara,2013, s.66.

rı; örneğin, çalışmamıza konu Karayolları Genel Müdürlüğünün bakım ve işletim yükümlülüğünden doğan zararlardan kaynaklanan sorumluluk davalarında görevli yargı yolu adli yargı olacaktır. Ancak, düzenlemenin varlık sebebi göz önünde bulundurulursa¹⁶, maddenin, kamu-özel ayrımı yapılmaksızın tüm araçlardan kaynaklanan zararlara ilişkin uyumsuzlukları kapsadığı, diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin uyumsuzlukların genel görevli yargı yolunca çözümlenebileceği ifade edilebilecektir.

Ancak, uygulamada kanunkoyucunun değişiklik amacı hiç düşünülmeden 2918 sayılı Kanun uygulamasından doğan tüm uyumsuzlukların çözümü adli yargı yerlerine bırakılmıştır. Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 04/02/2013 tarih, 2012/578 E., 2013/179 K. sayılı kararında, 2918 sayılı Kanunun 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesinin karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanarak trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri kapsadığı ve Kanunun, trafikle ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini, ilgili kuruluşları ve bunların görev yetki ve sorumlulukları ile çalışma usullerini kapsadığı, dolayısıyla oluşan trafik kazası nedeniyle açılacak sorumluluk davalarının görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu; meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan bu davanın da adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine, 06.02.2012 tarih ve 2012/3 E., 2012/29 K. sayılı kararında; yol kusurundan kaynaklanan ölüm nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, 2918 sayılı Kanunun 19.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi gözetildiğinde meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine, 06.02.2012 tarih ve 2011/256 E., 2012/25 K. sayılı kararında; aracın seyir halinde iken

¹⁶ Aynı sonuca kanunların yorumlanmasında benimsenen tarihsel (tarihi) yorum metodu ile ulaşmak da mümkün olup, tarihsel yorum metoduna göre, kanun uygulanırken, kanunkoyucunun sübjektif iradesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. DİNÇKOL, s.150; DEMİR Abdullah, DERYAL Yahya, **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi Metodolojik Hukuka Giriş**, Ankara, 2013, s.343.

Ayrıca, tarihsel yorum haricinde kanunun sözünden çok amacına ve ruhuna yönelik mantıki yorum yönteminin, sosyal ihtiyaçların en iyi şekilde karşılanmasına yönelik amaçsal (fonksiyonel) yorum yönteminin tercih edilmesi durumunda da aynı sonuca varmak mümkün görünmektedir. Söz konusu yorum yöntemleri ve diğer yorum yöntemleri için bkz. GÜRİZ, s.64-71.

yolda bulunan çukura düşmesi sonucu uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, adli yargının görevli olduğuna hükmedilmiştir¹⁷.

Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesinin söz konusu kararlarını gerekçe gösteren Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi ve Batman 2. Asliye Hukuk Mahkemesi önlerine gelen uyuşmazlıkta uygulanacak olan 2918 sayılı Kanununun 110. maddesindeki kural hakkında Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurmuşlardır. Başvuruda, idari yargının görev alana giren; aynı Kanununun 7/1-a maddesine göre idari işlemlerle ve eylemlerle yerine getirilen kamu hizmetlerinden dolayı veya eksik ve ayıplı hizmet ifasından doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü adli yargı yerlerine bırakılmasının Anayasanın belirlediği idari ve adli yargı ayırımına aykırılık oluşturmakta olduğu ifade edilmiştir¹⁸.

6- Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 tarih, 2013/68 E., 2013/165 K. Sayılı Kararı

Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi ve Batman 2. Asliye Hukuk Mahkemesi('nin) önlerine gelen uyuşmazlıkta uygulanacak olan 2918 sayılı Kanununun 110. maddesindeki kuralın Anayasaya aykırılığı yönündeki itirazları, Anayasa Mahkemesi' nde görülmüş, Mahkemenin 26.12.2013 tarih, 2013/68 E., 2013/165 K. Sayılı kararıyla hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Kararın gerekçesinde aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“..İtiraz konusu kuralla, 2918 sayılı Kanun'dan doğan sorumluluk davalarının, işleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araç-

¹⁷ Kısaca, söz konusu kararlarda, 2918 sayılı Kanununun 7. maddesine göre Karayolları Genel Müdürlüğü'nün görevinde kalan yapımı ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldırma görevlerinin yerine getirilmemesi veya kusurlu olarak yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk hallerinin de 110. madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Kararlar için bkz. <http://www.uyuşmazlik.gov.tr/>.

Diğer örnek kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 tarih, 2013/68 E., 2013/165 K. sayılı kararının E.2013/117 sayılı Başvurunun Gerekçe Bölümü, www.anayasa.gov.tr

¹⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 tarih, 2013/68 E., 2013/165 K. sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr

ların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları da dâhil olmak üzere adli yargıda görüleceği, zarar görenin kamu görevlisi olmasının bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemeyeceği ve hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına ege-men kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."; 155. maddesinin birinci fıkrasında ise "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciüdür. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar." hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması hâlinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.

İtiraz konusu kural, trafik kazasında zarar görenin asker kişi ya da memur olmasına, aracın askeri hizmete ilişkin olmasına, kamu ya da özel araç olmasına veya olayın hemzemin geçitte meydana gelmesi durumlarına göre farklı yargı kollarında görülmekte olan 2918 sayılı Kanun'dan kaynaklanan tüm sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceğini öngörmektedir. İtiraz konusu düzenlemenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, askeri idari yargı, idari yargı veya adli yargı kolları arasında uygulamada var olan yargı yolu belirsizliği giderilerek, söz konusu davalarla ilgili olarak yeknesak bir usul belirlenmektedir. Aynı tür davaların aynı yargı yolunda çözümlenmesi sağla-

narak davaların görülmesi ve çözümlenmesinin hızlandırıldığı, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasının olanaklı kılındığı ve bunun söz konusu davaların adli yargıda görüleceği yolunda getirilen düzenlemenin kamu yararına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 2918 sayılı Kanun'da tanımlanan karayolu şeridi üzerindeki araç trafiğinden kaynaklanan sorumlulukların, özel hukuk alanına girdiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. İdare tarafından kamu gücünden kaynaklanan bir yetkinin kullanılması söz konusu olmadığı gibi aynı karayolu üzerinde aynı seyir çizgisinde hareket eden, bu nedenle aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımı yapılmasını gerektiren bir neden de yoktur...”.

Karardan da görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi, söz konusu Kanun hükmü uyarınca, trafik kazasında zarar görenin asker kişi ya da memur olmasına, aracın askeri hizmete ilişkin olmasına, kamu ya da özel araç olmasına veya olayın hemzemin geçitte meydana gelmesi durumlarına göre farklı yargı kollarında görülmekte olan 2918 sayılı Kanundan kaynaklanan tüm sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceğini ifade etmiştir.

Ancak, Mahkemenin; Anayasaya aykırılık itirazında başvuranların belirttiği 2918 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu hizmetlerinin sunumu sırasında veya sunumuyla bağlantılı olarak (hizmetin geç ifası, gereği gibi ifa edilememesi veya hizmetin ifa edilmemesi nedenleriyle) ortaya çıkan zararlara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından bir değerlendirmesi, kararda bulunmamaktadır.

Oysa ki, itiraza konu 2918 sayılı Kanununun 110. maddesi, önceden de ifade edildiği üzere, Kanundan doğan tüm sorumluluk davalarını örneğin, Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkisi dahilindeki hizmetlerin sunumundan kaynaklanan sorumluluk davalarını da kapsar nitelikte değerlendirilebilecek olup, nitekim uygulamada da bu yönde kararlar tesis edilmektedir. Fakat, Anayasa Mahkemesi Kanun maddesinin yol açtığı bu durumu hiç irdelememiştir.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde yer alan yorum ve ölçütler dahilinde normun Anayasaya uygun olduğunun, gerek-

çede yer almayan yorum sonuçlarının Anayasaya aykırı kabul edilmesi gerekmektedir¹⁹.

7- Değerlendirme ve Çözüm Önerileri

Çalışmamıza konu Uyuşmazlık Mahkemesi Kararında; 2918 sayılı Kanunun 110. maddesi dikkate alınarak bu Kanundan doğan sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceği ifade edilmiş, Karayolları Genel Müdürlüğünün yürütmesi gereken hizmeti gereği gibi yürütmemesi veya yürütmemesi nedeniyle oluşan zararların tazminini de bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Ancak, 2918 sayılı Kanunun 110. maddesinin gerekçesine baktığında, madde düzenlemesiyle hedeflenen amacın idarenin veya özel kişilerin sahibi veya işleteni olduğu araç ayrımı yapılmaksızın tüm

¹⁹ KANADOĞLU, hukuk normunun Anayasaya uygun yorumunun mümkün oldukça başvuru olan bir yöntem olduğunu, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygun yorumu mümkün görmesi halinde somut veya soyut norm denetimi sırasında denetlenen normun Anayasaya uygunluğu ve buna bağlı olarak hukuken geçerli olabilmesinin gerekçelerin ortaya çıkardığı yorum dahilinde veya gerekçeler ölçüsünde kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. KANADOĞLU, Anayasaya uygun olmayan yorum sonuçlarının anayasaya aykırı kabul edilerek normdan ayrılmasını gerekli kıldığını, ancak bu yorumun daha sonraki uygulamalarda ne ölçüde geçerli olduğu konusunda görüş ayrılığının mevcut olduğunu, bu nedenle de anayasaya bağdaşmayan yorum seçeneklerinin ya da sadece kanunun anayasaya uygun yorumunun kararın hüküm fıkrasında ayrıca belirtilmesi gerektiğini de belirtmektedir. KANADOĞLU O. Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul, 2004, s. 243,244.

Oysa ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gereği, Devletin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak pozitif yükümlülükleri kapsamında koruma ve hakların kullanılması için gerekli koşulları yaratma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda; gerçekleştirme yükümlülüğü bazen yargılama sürecine ilişkin dar anlamda usuli ödevleri beraberinde getirerek yargı organına hitap etmekte, bazen de hem usuli hem de maddi yükümlülükler bakımından yürütme ve yasama organına hitap etmektedir. Yasama organının yapması gereken düzenlemeyi hiçbir şekilde yapmaması veya yaptığı düzenlemenin yetersiz olması gerçekleştirme yükümlülüğünün ihmali ve Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda ise Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya bağdaşmazlık kararı verilmesi daha uygun olacaktır. Detaylı bilgi için bkz. BOYAR Oya, “*Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İNCEOĞLU), İstanbul, 2013, s.71 ve s.78.

araçların sebep olduğu trafik kazalarından kaynaklanan zararın giderilmesinde yargı yolu ayrımı yapılmaması olduğu görülmektedir. Bu kapsamda yapılan düzenlemenin yerinde olduğu; kazalarda meydana gelen hasarda ve tazmininde herhangi bir ayırım yapılmasına gerek olmadığı rahatlıkla söylenebilecektir.

Ancak, kamu hizmetinin veya kolluk faaliyetinin yürütülmemesi, gereği gibi yürütülmemesi ve geç yürütülmesi durumunda, farklı bir statü söz konusudur. Zira, söz konusu durumlardan sorumlu olan kamu gücü sahibi, İdaredir. Diğer bir ifadeyle, idare, kamu hizmetinin asıl sahibi olması nedeniyle özel hukuk kişileriyle aynı konumda değildir. Kamu gücünü kullanarak, hizmeti yürütmekte; bu kapsamda tesis ettiği işlem ve eylemler idare hukuku alanı içerisine girmektedir. İdarenin kamu gücü doğrultusunda yetkilerini kötüye kullanması, hukuka aykırı olarak kullanması veya bu yetkisini aşması durumlarında ise, idareyi hukuk alanı içerisinde kalmaya zorlayabilecek olan idari yargıdır²⁰. Kısaca, idarenin özel hukuk kişileriyle aynı konumda olmadığı, özel hukuku aşan yetkiler kullandığı işlem ve eylemlerinin denetimi idari yargının görev alanına girmektedir.

Ancak, mahkemelerin söz konusu kamu gücü ve kamu hizmeti ölçütlerini farklı yorumlayabildikleri de görülmekte olup²¹, bu sorunun çözümü için kanun hükümlerinde açıklığın sağlanması gerekmektedir²². Kanunlarda idarenin bu tür işlemlerinin adli yargı denetimine tabi tutulacağına hükme bağlanması mümkün olup²³, hükmün açık olması;

²⁰ Anayasa Mahkemesi' nin 25.05.1976 tarih, 1976/1 E., 1976/28 K. sayılı kararı, R.G. 22.06.1989, S.20203.

²¹ Bu konuda bkz. YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, OKAY TEKİNSOY Özge, İdare Hukuku, İstanbul, 2013, (içinde bölüm YILDIRIM Turan, İdari Yargı) s.678, 679.

Bu konudaki örneğe incelememize konu Uyuşmazlık Mahkemesi kararı da örnek gösterilebileceği gibi, 22.03.2013 tarihli Resmi Gazete' de yayınlanan Uyuşmazlık Mahkemesi kararları da örnek gösterilebilir. R.G.22.03.2013 Mük. S. 28595.

²² YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, OKAY TEKİNSOY Özge, İdare Hukuku, İstanbul, 2013, (içinde bölüm YILDIRIM Turan, İdari Yargı) s.679.

²³ Örneğin Kabahatler Kanununun 3. maddesinde, başka bir kanunda özel bir düzenleme bulunmaması halinde, idari yaptırımlara karşı kanun yoluna başvurulmasının bu Kanun uyarınca gerçekleştirileceği ifade edilmiş, kanun yoluna baş-

adli yargıda çözümlenmesi istenen uyuşmazlıkların açıkça ifade edilmesi gerekmektedir. Açık hüküm karşısında işlemin yargısal denetimi adli yargıda yapılmalı, aksi durumda idarenin işleminin idari yargıda dava konusu edilmesi gündeme gelmelidir.

Bu kapsamda Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından Kanun maddesinin tarihsel yorum yöntemiyle okunması, kanunkoyucunun gerekçesinin dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir. Kamu ve özel ayrımı yapılmaksızın araçların sebep olduğu zararlarda kamu gücü kullanımı ve hizmet sunumu söz konusu olmadığından sorumluluğun Kanunun 110. maddesi gereği adli yargı önünde dava konusu edilmesi gerektiğine hükmedilmelidir. Ancak, hizmetin sunumuna ilişkin hususlarda gereken önlemlerin alınmaması, bakımın yeterli düzeyde yapılmaması veya hiç yapılmaması gibi Karayolları Genel Müdürlüğünün hizmet kusurunun olduğu hallerde idari yargının görevli olduğuna dair karar verebilmesi mümkün olmalıdır.

Nitekim, çalışmamıza konu Uyuşmazlık Mahkemesinin karşı oyunda²⁴ da aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“...Somut uyuşmazlıkta, davalı Karayolları Genel Müdürlüğünün karayolunun yapım, bakım ve korunmasındaki ihmali sonucu zarara neden olan kazanın meydana geldiği iddia edilmektedir.

2918 Sayılı Yasanın KTK'nın 7.md. “Karayolları Genel Müdürlüğünün Yapım ve Bakımından sorumlu olduğu Karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretleme yapılarak önlemleri

vurmanın düzenlendiği 27. maddesinde sulh ceza mahkemeleri görevli yargı yeri olarak gösterilmiştir.

Ancak, idare hukukunun uygulanmasından doğan bir dava veya uyuşmazlığın adli yargı yerine bırakılmasında kanun koyucunun takdir ve seçme serbestisinin bulunmadığı, idari davaların adli yargının kapsamına sokulmasının Anayasayla geliştiği gibi, kurduğu idarî yargı düzeninin varlık sebebini ve işlevini reddetmesi anlamına geleceği ifade edilmektedir. Bkz. GÜRAN Sait, *Yargı Denetiminin Kapsamı*, İHFİM, Sulhi Dönmez'er'e Armağan, C.LII, S. 1-4, s.39. İdari yargının görev alanına girdiği açık ve seçik olan bir işte adliye mahkemelerinin görevli kılınması hâlinde, Anayasanın idare hukuku ilkelerine aykırılık oluşturacağı hakkında bkz. ERKUT Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara, 1990, s. 155.

²⁴ Eyüp Sabri BAYDAR' ın karşı oyu ve gerekçesi için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümü 14.07.2014 tarih, 2014/759 E., 2014/811 K. sayılı kararı.

alma ve aldırmanın” İdarenin görev ve yetkileri arasında bulunduğuna işaret edilmiş,

6001 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün teşkilat ve görevleri hakkındaki kanunun 4.md. “Hazırlayacağı programlar uyarınca karayollarını yapmak, yaptırmak, emniyetle kullanılmalarını sağlayacak şekilde sürekli bakım altında bulundurmamak, bakımını yaptırmak, onarımını yaptırmak, işletmek ve işletirme” Genel Müdürlüğün görev ve yetkileri arasında gösterilmiş,

TC Anayasası'nın 125 /son md. “idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu” kurala bağlanmış,

2577 Sayılı İYUK 2/1-b md. “idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava çeşitleri arasında” sayılmıştır.

Bu durumda Karayolları Genel Müdürlüğü'nün sorumluluk alanındaki yolun yapım, bakım ve onarımının yapılmadığı nedeniyle doğan zararın tazmininin amaçlanmış olması karşısında, idarenin görevinde olan kamu hizmetini yürüttüğü esnada kişilere verdiği zararın ödenmesine yönelik bulunan uyuşmazlık konusu davanın, olayda kamu hizmetinin usulüne ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya idarenin sorumluluğunu gerektiren bir husus olup olmadığının tespitinde esas alınan idare hukuku kurallarına ve 2577 Sayılı İYUK 2/1-b md. sayılan tam yargı davasında görüşüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır.

Sayın çoğunluk, karayolunun yapım, bakım ve korunmasındaki ihmalden doğan zararda Adli Yargıyı görevli kabul eden görüşünde hukuki dayanak olarak 2918 Sayılı KTK 110/1 md. hükümlerini esas almıştır.

11.01.2011 gün 6099 Sayılı Yasa'nın 14. maddesi ile 2918 Sayılı KTK 110. maddesine eklenen 1 .fıkra ile «işleteni veya sahibi devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dahil bu kanundan doğan sorumluluk davaları Adli Yargıda görülür... » hükmü getirilmiştir.

Sayın çoğunluk görüşünün aksine eldeki uyuşmazlık anılan yasa hükmü kapsamında kalmamaktadır.

Çünkü, 2918 Sayılı KTK 85. maddesinde açıkça belirtildiği gibi yasa motorlu araçların işletilmesinden doğan zararlar nedeniyle işletenin hukuki sorumluluğunu düzenlemektedir.

Yasa hükmünde geçen bu kanundan ve Adli Yargıda görülmesi gereken sorumluluk davalan, 2918 Sayılı Yasa'nın 85.maddesinde düzenlenen motorlu araçların işletilmesi nedeniyle verilen zararlardan dolayı araç işletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin davalardır.

Yasa değişikliğinden önce kamu araçlarının işletilmesi nedeniyle verilen zararlardan dolayı kamu idaresinin sorumluluğunun hangi yargı kolunda görüm ve çözümü konusunda yasada bir düzenleme bulunmadığından İdari ve Adli Yargı organları arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını sonlandırmak üzere sözü geçen yasa hükmü getirilmek suretiyle kamu araçlarının verdiği zararlar nedeniyle işletenin sorumluluğunda 2918 Sayılı Yasa'nın amacına uygun olarak Adli Yargıda görüm ve çözüm esası benimsenmiştir.

2918 sayılı yasanın 110. maddesinde yapılan yasa değişikliğine ilişkin Hükümet gerekçesi de getirilen yeni hükmün bu nedenle maddeye eklendiğini teyit etmekte

Diğer taraftan, sayın çoğunluk 2918 sayılı yasanın 110. maddesi hükmünün iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine açılan dava sonucunda verilen yorumlu red kararlarım, karara dayanak almakta ise de bu görüşe de itibar edilmesi mümkün değildir.

Zira; "T.C. Anayasasında, Anayasa Mahkemesinin iptal veya iptal talebinin reddi dışında yorumlu red kararı verebileceğine dair bir işaret yoktur. Tersine T.C. Anayasasının 153/2 maddesi "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." hükmü böyle bir anlayışın benimsenmemiş olduğunun kanıtı olarak kabul edilebilir. Gerçi madde iptal kararlarından bahsetmektedir, ama Anayasa koyucunun amacının Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu gibi hareket etmesini önlemek olduğu açıkça anlaşılacaktır. Yorumlu red kararlarının ise diğer mahkemeleri, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlaması itibarıyla bir çeşit pozitif kanun koyuculuk anlamına geldiğine şüphe yoktur. (Türk Anayasa Hukuku Prof.Dr. Ergun Özbudun.Sh.440 vd.)

Hakkında yorumlu red kararı verilen bir kanun maddesi yürürlükte kalmaya devam eder. Dolayısıyla somut olaylara uygulanır. Somut olaylarda o maddenin ne anlama geldiğine, yani nasıl yorumlanacağına, bundan sonra da Anayasa Mahkemesi değil onu uygulayacak Mahkemeler karar verir. Anayasa Mahkemesinin yorumlu red kararı verirken yaptığı yorumunun

diğer mahkemeleri bağlaması mümkün değildir. Bir kanun maddesinin nasıl yorumlanacağına onu uygulayacak olan Adli- idari ve Askeri Yargı organları karar verir. Anayasa Mahkemesi Adli, idari ve Askeri kollarının üst mahkemesi olmadığına göre bu yargı kollarındaki mahkemelere kendi yorumunu empoze etmesi mümkün değildir. O halde Anayasa Mahkemesinin verdiği yorumlu red kararlarının kendilerinden beklenen fonksiyonu ifa edebilmeleri, diğer mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin bu yorumlarını benimsemelerine bağlıdır. Oysa hukukumuzda, Anayasa Mahkemesi kararlarında yapılan yorumlar diğer mahkemeleri bağlamaz. Zira Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bu kararların hüküm fıkralarına münhasırdır. (Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Kemal Gözler, sh. 444)

Keza, Sayın çoğunluğun kararı dayandırdığı T.C. Anayasasının 158. madde hükümlerinde uyuşmazlıkta uygulama yeri bulunmamaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen T.C. Anayasasının 158. maddesi açık hükmünden de anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesi ile diğer yargı kolları arasında olumlu veya olumsuz görev uyuşmazlığının doğması halinde Anayasa Mahkemesi görüşünün üstün tutulacağına ilişkin düzenlemenin, uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesinin görevlilik veya görevsizlik kararının bulunmaması, diğer yargı kolları ile arasında bir görev ihtilaflının çıkmaması nedeniyle uygulanması mümkün değildir.

Açıklanan gerekçelerle uyuşmazlıkta idari yargı görevli olup, benzer ihtilaflarda da idari yargının görevli olduğu Yargıtay 4, 11, 17 Hukuk Dairelerinin istikrarlı kararlarıyla İçtihat edildiği gibi Danıştay kararlarında da uyuşmazlıkta İdari Yargının görevli olduğu benimsenmiştir. (Danıştay 10. Daire E 2011/11522, K 2012/5347 sayı, E. 2011/10856 ve K. 2013/670 Sayı, vs.)

Somut uyuşmazlıkta davanın karayolunun yapım, bakım ve korunmasındaki idarenin hizmet kusuruna dayanmasına,

2918 Sayılı Yasa'nın 110/1 md. motorlu araçların işletilmesinden doğan zararlardan dolayı işletenini hukuki sorumluluğunun Adli Yargıda görüm ve çözümünü düzenleme altına almasına, Somut uyuşmazlığın anılan yasa hükmü kapsamında bulunmamasına,

Kamu hizmetinin usulüne ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin hizmet kusuru veya idarenin sorumluluğunu gerektiren bir husus olup olmadığının tespitinde, 2577 Sayılı İYUK 2/1-b md. sayılan tam yargı davasında görüm ve çözümünde İdari Yargının görevli olmasına göre, ...”

Karşı oyda belirtilen; 2918 sayılı Kanununun 110. maddesinin, kanun koyucunun gerekçesi dikkate alınarak ve Kanununun 85. maddesiyle birlikte okunması gerekliliği görüşüne katılmaktayız. Ancak, Anayasa Mahkemesinin yorumlu red kararına ilişkin yapılan tespitlerin tümüne katılmamaktayız. Zira, Anayasa Mahkemesinin red kararında yaptığı yorumun ne ölçüde geçerli olduğu, diğer mahkemeleri bağlayıp bağlamadığı hususunda görüş ayrılığı olduğunu²⁵ hatırlatarak, kanımızca yukarıda da ifade edildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde yer alan yorum ve ölçütler dahilinde normun Anayasaya uygun olduğunun iddia edilmesi mümkün görünmektedir. Bu durumda, Anayasaya uygun olmayan yorum sonuçlarının Anayasaya aykırı kabul edilmesi gerekmektedir²⁶.

Nitekim, bu tespit doğrultusunda hareket edilmesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 tarih, 2013/68 E., 2013/165 K. sayılı kararında yer alan, “2918 sayılı Kanun’da tanımlanan karayolu şeridi üzerindeki araç trafiğinden kaynaklanan sorumlulukların, özel hukuk alanına girdiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. İdare tarafından kamu gücünden kaynaklanan bir yetkinin kullanılması söz konusu olmadığı gibi aynı karayolu üzerinde aynı seyir çizgisinde hareket eden, bu nedenle aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımı yapılmasını gerektiren bir neden de yoktur...” şeklindeki yorumu dikkate alınarak uyuşmazlığın niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Sahibi veya işleteni idare veya özel hukuk kişisi olduğu ayırımı yapılmaksızın araçların sebebiyet verdiği trafik kazalarından kaynaklanan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda adli yargının görevli kılınması Anayasaya aykırı değildir. Ancak bu haller dışındaki durumlarda; örneğin zararın Karayolları Genel Müdürlüğünün görevine ilişkin kusurundan kaynaklanması durumunda, adli yargının görevli olarak öngörülmesinin Anayasaya aykırı olduğu ifade edilebilecektir. Böylelikle çalışmamıza konu uyuşmazlık kapsamında Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargının görevli olduğuna hükmedebilecektir.

²⁵ Bkz. KANADOĞLU, s.244.

²⁶ KANADOĞLU, hakim görüşün diğer mahkemelerin yorumlu red kararıyla bağlı olduğu yönünde olduğunu ifade etmektedir. KANADOĞLU, s.244.

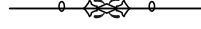
8. Sonuç

İncelememize konu Uyuşmazlık Mahkemesi' nin 14.07.2014 tarih, 2014/759 E., 2014/811 K. sayılı kararında Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesine dayanılarak bu Kanundan doğan her türlü sorumluluk davasının adli yargıda görülmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Ancak, anılan Kanun maddesinin iptaline ilişkin davada Anayasa Mahkemesi tarafından 110. maddenin araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin bir düzenleme ihtiva ettiği belirtilmiştir. Kanun Tasarısının madde gerekçesinden de, kanunkoyucunun amacının yine araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olarak kamu ve özel ayrımı yapılamayacağı; araçların neden olduğu zararlara ilişkin sorumluluk davalarının yeknesak bir şekilde kısmi dava vs. olanaklarını içinde barındıran adli yargıda görülmesinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararını (gerekçesini) ve kanunkoyucunun amacını gözönünde bulundurmayan Uyuşmazlık Mahkemesi ise, araçların sebebiyet verdiği zararlar haricinde Karayolları Genel Müdürlüğünün görevlerini aksatmasından veya yerine getirmemesinden kaynaklanan hizmet kusuru teşkil eden iş ve işlemleri de adli yargının denetimine sokmuştur. Oysa ki; söz konusu iş ve işlemler kamu gücü gereği tesis edilmekte olup, araçların sebep olduğu trafik kazalarından nitelik olarak farklılık arz etmektedir. Kamu hizmetine ilişkin iş ve işlemlerde kamunun/idarenin özel hukuk kişileri ile eş konumda olması mümkün olmadığı gibi, kanunun gerekçesinde ve kanun maddesinin Anayasaya aykırılığını değerlendiren Anayasa Mahkemesi kararında idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluk davalarının adli yargıda dava konusu edilebileceğine ilişkin bir ifade de bulunmamaktadır. Bu kapsamda 110. maddenin içeriğinde de idarenin hizmet kusurunun olduğu hallerde de uyuşmazlıkların adli yargıda dava konusu edileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmemesine rağmen, idari yargıda –tam yargı davasında- dava konusu edilmesi gereken bir zararın tazmininin adli yargı denetimine tabi tutulması ise, idari yargının varlık sebebine aykırı olacağı gibi, bu yöndeki düzenlemelerin artması, idari yargının etkinliğinin azalmasına neden olacaktır.

Beşyüzüncü Yıldönümünde Ütopya

Utopia on its 500th Anniversary



Yrd. Doç. Dr. Arda ATAKAN*

ÖZET

2016 yılı, Rönesans döneminin en önemli Hıristiyan hümanistlerinden biri olan Thomas More'un Ütopya isimli eserinin yayımlanışının 500. yıldönümüdür. Bu eser, gerek üslubu gerek içeriğiyle edebiyat alanında yeni bir türün doğmasını sağlamış ve dünyaya yeni bir kavram kazandırmıştır. Thomas More Ütopyayı yazarken, başta Platonun "Devlet"i olmak üzere muhtelif Antik Yunan ve Roma düşünürlerinin kuramlarından esinlenmiştir. Hıristiyanlık da, More için bir diğer önemli esin kaynağı olmuştur. Buna karşın Ütopya, More'un esinlendiği kaynaklardan herhangi birinin taklidi ya da tekrarından ibaret değildir. Bilakis bünyesinde, esinlenen kaynaklardan farklı hatta onlarla uyuşmayan unsurlar da barındırır. Ütopya, üslubu ve içeriği, muhtelif akademik disiplinlere mensup akademisyenler arasında tartışılacak kadar çok katmanlı ve çok yönlü bir eserdir. Makalede, Ütopyanın birinci kitabının içerdiği siyasal ve sosyo-ekonomik eleştiriler ve ikinci kitabında yer alan "İdeal Devlet" düzeninin nitelikleri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ütopya, Thomas More, Platon, İdeal Devlet

ABSTRACT

Year 2016, is the anniversary of the publication of "Utopia" by Thomas More, one of the most important Christian humanists of the Renaissance period. This work, not only brought a new notion to the world, but also led the emergence of a new genre in terms of its style and content. Thomas More, while writing Utopia, was inspired by various Ancient Greek and Roman philosophers' theories, notably of Plato's "Republic". Christianity was also the other important source of inspiration. In spite of this, Utopia was not the imitation or repetition of any of its source of inspiration. On the contrary, the book contains

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

different and incompatible elements compared to the other sources of inspiration. Utopia -with its style and content- is a multilayered and sophisticated work, still debated by academicians from different disciplines. This article examines the political and socio-economical criticisms in the first book and qualities of the “Ideal State” order covered in the second book.

Keywords: *Utopia, Thomas More, Plato, Ideal State*

I. ÜTOPYA’NIN YAZILIŞ AMACI

Thomas More’un bir kurgu eser olarak Ütopyayı neden yazdığı, amacının ne olduğu doktrinde tartışma konusudur. Ütopya’nın üslubu ve içeriği edebiyat alanındaki akademisyenlerin yanısıra siyaset felsefesi alanındaki akademisyenler arasında da tartışmalıdır. Özellikle, eserdeki More karakterinin Hythlodæus’un argümanlarına yönelttiği bazı itirazlar ve karşı argümanlar, Hythlodæus’un anlattığı Ütopya toplumu hakkındaki bazı çekinceleri More’un amacı hakkında farklı yorumlara yol açmaktadır. Geniş yorumlar skalası bir uçta More’u modern komünizmin erken öncülerinden biri olarak görenlerden, Ütopyanın sadece hiciv amacıyla yazılmış olduğunu düşünenlere kadar uzanmaktadır. White’a göre More’un eseri bize eserin yazarından ziyade onu okuyup, yorumlayanların görüşleri hakkında daha fazla şeyi ortaya çıkaran bir yapıdadır.¹ Yazara göre bu derece birbirinin zıttı yorumlamalara açık olan pek az kitap olabilir.² Ross, Ütopya eserinin, Platona, biraz İngiltereye ama en çok More’a borçlu olduğunu belirtir³ Yazara göre Ütopya, ciddi bir diskur olmaktan ziyade çekici bir hiciv olarak düşünülmüştür.⁴Manuellere göre, Ütopyadaki her şey pek çok farklı katmanda okunmalıdır. Eğer bu katmanlardan sadece birine sıkıca bağlı kalınırsa, tüm vizyon buharlaşır. More’un niyeti hoşnut etmek kadar öğretmek, yeterli ve okuyucuya tad verici olarak görmediği uzun ve soyt argümanlar sergilemek yerine, nüktelere dayanan bir stille okuyucu-

¹ Robert Sommervill White, *Natural Law in English Renaissance Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s.107.

² White, s.109.

³ Harry Ross, *Utopias Old And New*, Nicholson and Watson Limited, London, 1938, s.55.

⁴ Ross, s.55.

ları son derece ciddi amaçlara angaje etmeye çalışmaktır.⁵ Young'a göre Ütopya bir edebiyat eseridir ve bir edebiyat eserindeki karakterlerden birinin analizi yoluyla eserin verdiği ahlaki dersi ya da mesajı tanımlamak tehlikeli bir iştir.⁶ Hertzler, Ütopya eserinin diğer tüm Ütopyalar gibi zamanının ruhunu yansıttığını ifade eder. Bu eser, ismini bir edebiyat türüne vermiştir. More, her ne kadar bu amacı mizah peçesi altında gizlemeye çalışsa da, ciddi bir amaca sahipti.⁷ More'un dostu Erasmus, Ulrich von Hutten'e yazdığı More'u anlatan ünlü mektubunda, arkadaşının Utopia'yı yazmaktaki amacının özellikle İngiltere'yi göz önünde tutarak devletlerin kötü yanlarını göstermek olduğunu ifade eder.⁸

More, Plato gibi önce bir devletin üzerine kurulması gereken mantıksal prensipleri aramak ve bunların üzerine devleti aşama aşama kurmak yerine, ideal devletini zaten hazır biçimde hayal eder; bize insanların gerçekten yaşadığı, hareket ettiği, işlerini ya da zevklerini kovaladıkları bir dünyadan anlık görüntüler sunar, böylelikle eserin genel canlılığına katkıda bulunur.⁹

Kumar'a göre, More'dan onsekizinci yüzyıla kadar klasik ütopyanın tasavvurunda belirgin bir kısıtlılık mevcuttur. Ütopya yalnızca mükemmel değil, mükemmelleştirilmiş bir toplumdur. Mevcut toplumların sadece kusurlarını, zaaflarını değil; kendi düzeninin mükemmel uyumunu ve dengesini tehdit edebilecek her türlü faaliyeti de ortadan kaldırır. Kendisini, zaman dışı hakikat âleminin dünyevi temsilcisi olarak görür.¹⁰ Ağaoğulları da, Ütopyada amacın mutluluk olduğunu

⁵ Frank E.Manuel/Fritzie P.Manuel, Utopian Thought in the Western World, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1997, s.122.

⁶ R.V.Young, Sic Est in Republica: Utopian Ideology and the Misreading of Thomas More, Humanitas, Volume XXVI, Nos1 and 2, 2013, s.87.

⁷ Joyce Oramel Hertzler, The History of Utopian Thought, The Macmillian Company, New York, 1926, s.129

⁸ Sadık Usta, "500.Yılında Thomas More ve Ütopya" içinde Thomas More, Ütopya (Çev: Sadık Usta), Kaynak Yayınları, Ankara, 2016 s.49; Mina Urgan, "Thomas More'un Yaşamı ve Utopia'nın incelenmesi" içinde Thomas More, Utopia (Çev: Sabahattin Eyüboğlu/Vedat Günyol/Mina Urgan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4.Baskı, İstanbul, 2006, s.207.

⁹ Hertzler, s.133.

¹⁰ Krishan Kumar, Ütopycılık (Çev:Ali Somel), İmge Kitabevi, Ankara, 2005, s.96.

ama dini inanç farklılıkları dışında, bu mutluluğun farklılığın olmaması üzerine oturtulmuş bir mutluluk olduğunu belirtir. İnsanların giyimlerinden davranışlarına, düşüncelerinden hissettiklerine kadar mümkün olduğunca birbirlerine benzemelerinin mutluluğun ön koşulu olarak görüldüğünü ve çatışmalı bir toplumun ürünü olan, içinden çıktığı düzenin bir eleştirisi olarak varlık bulan ütopyanın, kendi içinde çok sesliliği ve eleştiriyi kabul etmediğini ifade eder.¹¹

“Utopia” kelimesi More’un icadıdır. Ama kelimenin kökü Antik Yunandan gelir. “Topos” yer, mekân anlamındadır, “u” öntakısı ise olumsuzluk takısıdır. Kelimenin sonundaki “ia”ise coğrafyayı belirlemek için kullanılır.¹² Utopia, olmayan yer anlamına gelir. Ütopya iki kısımdan oluşur. More, birinci kitabı, ikinci kitaptan sonra yazmıştır.¹³

II. MORE’UN DÖNEMİNDE İNGİLTERE’NİN SİYASAL VE SOSYO-EKONOMİK KOŞULLARI

XVI. yüzyıla damgasını vuran olgu, feodalizm ile serpilip, yükselişe geçen kapitalizm arasındaki büyük mücadeledir.¹⁴

Feodalizm döneminin en güçlü iki sınıfı XV. yüzyılın sonlarında büyük ölçüde krala boyun eğmiştir. Bunlar, Soylular ve Kilisedir. O dönemde, bu iki sınıfın zayıflamasına yol açan süreç, İngiltere’nin kendi koşullarına bağlı olarak gelişmiştir.¹⁵

Feodal düzene özgü olan serflik sistemi XIV. yüzyılın sonu, XV. yüzyıl başlarında ortadan kalkmıştır. Senyörlerin büyük manorları ile Kilisenin topraklarının yanı sıra, özgür köylülere ait olan tarlalarda belirmiştir. Başka bir deyişle, feodal toprak düzeni parçalanmıştır. Kendi topraklarına sahip olan köylülerden başka, büyük toprak sahiplerinden tarlalar kiralayarak geçimini sürdüren köylüler de vardır. Dönemin soylular sınıfı bu dönüşümü engelleyebilecek güce sahip değildir. Bunun sebebi, 1452 tarihinden itibaren 30 yıl boyunca süren İki Gül savaşı-

¹¹ Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker,Tanrı Devletinden Kral-Devlete, 3.Baskı, Ankara, 2001, s.248.

¹² Usta, s.59.

¹³ Manuel/Manuel, s.122; Usta, s.50.

¹⁴ Karl Kautsky, Thomas More ve Ütopyası (Çev:Oğuz Özügül), Pencere Yayınları, İstanbul,2006, s.14.

¹⁵ Kautsky, s.141.

dır.¹⁶ Simgesi kırmızı gül olan Lancaster hanedanı ile beyaz gül simgeli York hanedanı arasındaki taht üzerinde hak iddia etme kaynaklı bu savaş, soyluların büyük kısmının hayatını kaybetmesine ve ekonomik açıdan da tükenmelerine neden olur.¹⁷ Savaş, hem soylular sınıfının hem de Parlatentonun zayıflamasına yol açarak, merkezileşmekte olan monarşinin daha da güçlenmesine yol açar. Bu uzun iç savaşı takip eden dönemin soyluları, artık geçmişteki güç ve yetkilerinden yoksundur. Savaşın bitmesinden yedi yıl önce dünyaya gelen More'un yaşadığı dönemde yüksek soyluların neredeyse tamamı artık kralın uysal hizmetkârları konumundadırlar.¹⁸

Monarşi bu dönemde, soyluların karşısında yükselmekte olan üç yeni sınıftan destek almaktadır: 1. Gentry: Soya değil, zenginliğe dayalı bir tür küçük aristokrasidir, 2. Yeoman: Kırsal kesimde Gentry'den sonra gelen sınıftır. Belli bir gelir seviyesine erişebilen çiftçileri kapsar, 3. Tüccarlar: VII. Henry'nin gemiciliğe, deniz ticaretine önem vermesiyle birlikte ekonomik açıdan hızla yükselen sınıftır.¹⁹

Londra burjuvazisi More'un döneminde önemli bir güç haline gelir. İngiliz kralları ona, soylulara, kiliseye, köylülere ve taşra kentlerine duyduğundan daha fazla saygı duymaktadır. Egemenlikleri VII. Henry ile başlayıp Elisabethle sona eren Tudor hanedanı, ticari çıkarlarla kendi çıkarlarının birbirinden ayrılmadığını gayet iyi anladılar ve ticareti ellerinden geldiğince teşvik ettiler. Krallığın yanı sıra ülkede belirleyici güç konumunda olan Londra burjuvazisi kendi çıkarlarını sağlayabildiği, ticaret geliştiği sürece durumdan şikâyetçi değildi.²⁰

Bu koşullar nedeniyle, Tudorların egemenliği, İngiltere'nin o güne dek gördüğü en geniş egemenliğe dönüşebildi. Öte yandan İngiliz burjuvazisi, kölelik zihniyetine sahip değildi, gücünün farkındaydı ve çıkarlarıyla çeliştiği zaman krala karşı koymaktan çekinmiyordu. Halkın ve özellikle Londra halkının ve burjuvazisinin özgürlük bilinci ve direnme gücü Tudorların iktidarı önündeki biricik engeldir.²¹

¹⁶ Ağaoğulları/Köker, s.219.

¹⁷ Ağaoğulları/Köker s.219, Kautsky, s.142.

¹⁸ Kautsky, s.142-144.

¹⁹ Ağaoğulları/Köker, s.220.

²⁰ Kautsky, s.146-148.

²¹ Kautsky, s.148-149.

İleride İngiltere'yi bir ticaret devine dönüştürecek olan keşifler ve gözü pek girişimcilik ruhu More'un döneminde önem kazanmaya başlamıştı. O dönemde, İngiltere yakın ülkelerle ticaret yapıyordu, en önemli ticaret faaliyeti Hollanda'yla yapılan yün ticaretiydi. XVI. yüzyılda Hollanda'da endüstrinin gelişimi, İngiltere'deki yün üretimine büyük ticari değer kazandırınca, kırsal alanda büyük bir değişim gerçekleşir. Bu değişim, toprağı siyasal görevlerin ve yükümlülüklerin temeli olarak gören ortaçağın feodal anlayışından (feodal düzende kamu hukuku ve özel hukuk birbiriyle kaynaşmıştır, özel hukuk alanına giren toprak mülkiyeti sahipliğı ya da toprağın işletim hakkına sahip olmak, söz konusu topraklar üzerinde yaşayanlar üzerinde adli ve idari nitelikte, kamu hukukuna ilişkin yetkilere de sahip olmak anlamına gelir), onu gelir getiren bir yatırım aracı olarak gören modern anlayışa geçişin bir görünümüdür.²² Daha çok yün ihraç edebilmek için tabiatıyla, daha çok yün üretmek gerekiyordu. Yanısıra, Flanders bölgesinde yünlü dokuma endüstrisinin büyük gelişme göstermesi ve bu gelişimin yün fiyatlarına artış olarak yansması nedeniyle, İngiltere'nin kırsal bölgelerinde toprakların çitlerle çevrilmesine başlanır. Büyük toprak sahipleriyle zengin çiftçiler, köylüleri kamu arazilerinden ve kendi topraklarından yasal veya yasadışı yollarla çıkarırlar ve çitlerle çevirdikleri topraklarda koyun yetiştirmeye ya da bu toprakları koyun yetiştirenlere kiralamaya başlarlar. Dolayısıyla daha önce birçok ailenin geçimini sağladığı topraklarda artık bir çobanın denetimindeki koyun sürüleri gezmeye başlar.²³ Önceki zamanlarda geniş arazilere sahip olan derebeyleri mümkün olduğunca çok sayıda köylüyü maiyetinde barındırmaya çalışırdı. Bunları hem çiftliğinde işgücü olarak kullanırdı hem de savaş durumunda silahlandırarak savaş gücü olarak değerlendirirdi. Ama artık yeni durumda eskiden olduğu kadar fazla işgücüne ihtiyaç duyulmuyordu. Dönüşüm, hem ticaret burjuvazisini toprak edinmeye yöneltti hem de orta ölçekteki aristokrat sınıfı yeni bir burjuva sınıfına dönüştürdü. Birçok köylü toprağını gönüllü ya da gönülsüzce büyük toprak sahiplerine kaptırdığı ve otlaklara dönüştürülen bu topraklarda artık emeklerine de ihtiyaç duyulmadığı için, küçük çiftlik sistemi yok edildiği için,

²² R.H. Tawney, *The Agrarian Problem in the Sixteenth Century*, London, 1912, s.188-189'dan aktaran Barrington Moore Jr., *Diktatörlüğün ve Demokrasinin Kökenleri* (Çev:Şirin Tekeli/Alaeddin Şenel), 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2003, s.33.

²³ Ağaoğulları/Köker, s.221.

köylüler kentlere doğru aktılar.²⁴ Ütopyada, Hythlodæus karakterinin yakındığı vahşi bir ekonomik devrim gerçekleşmiş oldu.²⁵ Bu vahşi devrim, ekonomik gelişme getirmekle birlikte büyük bir yoksulluğa da neden olur. Topraksız kalan köylüler ve soyluların artık hizmetlerine ihtiyaç duymadığı için yol verdikleri askerler; yollarda, kentlerde avare dolaşan serserilere ve kentlere akan dilenci sürülerine dönüşürler. Bu durum, kentlerde hırsızlık, yankesicilik gibi suçların artmasına yol açar. More'un Ütopyayı yazdığı dönemde Londra'da 70 bin civarında dilenci vardır.²⁶ Kentlerdeki yozlaşma ve adi suçlar o denli artar ki, XVI. yüzyıl İngiltere'sinde hırsızlığın cezası idamdır. Buna rağmen suç oranı azalmaz aksine giderek artar.²⁷

III. İSTİŞARENİN ÖNEMİ VE YURTTAŞLIK ERDEMİ

Skinner'a göre Rönesans politik kuramcıları arasında; ister skolâstik, ister hümanist olsunlar, en iyi devlet statüsünü neyin oluşturduğuna dair pek az tartışma söz konusuydu. Bir devletin, ancak ve ancak iki özelliği taşıması durumunda, en iyi devlet statüsünde olabileceği geniş kabul görmekteydi: birincisi kanunların adil ve dolayısıyla yurttaşlarının ortak iyiliğine hizmet eder olması ve ikincisi yurttaşların sonuç olarak, kendi mutluluklarını sağlayabilmeleridir. Doğaya ve insanlığın onuruna en yaraşır biçimde "yaşama ve iyi yaşama". Buna karşın, bunu sağlayacak koşulların nasıl sağlanacağı konusunda birbirinden farklı görüşler söz konusuydu. Dönemin hümanistleri arasında geniş kabul gören bir görüşe göre; devlet işlerini bilge bir koruyucu ya devredip, devletle ilgili meselelerin sorumluluğunu yüklenmiş kişi sayesinde, onun yönetimi altında diğerleri, kamu görevinden serbest olarak (*otium*)²⁸, bu serbestlik sayesinde kendi yüksek amaçlarını sağlayabilmek yolunda çaba gösterebilecek dolayısıyla mutluluğu elde ede-

²⁴ Usta, s.27.

²⁵ Ağaoğulları/Köker, s.222.

²⁶ Ağaoğulları/Köker, s.222.

²⁷ Usta, s.27.

²⁸ Otium terimi, muhtelif anlamlara sahiptir: Burada; tefekkür, akademik çalışma yahut kişinin kendini geliştirmek için yapacağı zihinsel çalışma için kullanılacağı serbest zaman anlamında kullanılmaktadır. Burada, bu terimin karşıtı olarak negotium ise aktif kamusal yaşam, kamu göreviyle uğraşmak anlamında kullanılmaktadır.

bileceklerdir. Bu görüşün karşıtı olan yaklaşım ise; mutluluğumuzun sağlanmasının bu şekilde başkalarına emanet edilmesinin hiçbir zaman güvenli ve adil olamayacağını, en iyi devlet statüsüne erişebilmenin tek mümkün yolunun kamu görevlerini (*negotium*) üstlenebilecek bilinç ve yeterlilikte yurttaşlar yetiştirmek ve bu yurttaşların devlet yönetimine katılacağı cumhuriyetçi bir yönetime bağlı olmaktır.²⁹ Söz konusu görüşlerin kökleri, dayanakları Antik Yunan ve Roma'ya uzanmaktadır. Bu tartışmalar bağlamında Ütopyanın ilk kitabında More, iki önemli hususu ele alır: birincisi, felsefe alanında kendini geliştirmiş olan yurttaşın devletin yönetiminde, kamusal yaşamda aktif bir rol oynayıp oynamaması hususundadır. Filozofların, prenslere danışmanlık yapması ya da yapmaması gerekliliği o dönemde, Hıristiyan hümanistleri arasında yoğun bir tartışmanın konusudur.³⁰ İkincisi ise, hangi özellikleri taşıyan yurttaşların devletin yönetiminde aktif rol oynayabileceğine ilişkindir. More, Ütopyanın birinci kitabında Raphael Hythlodæus karakteri vasıtasıyla bu hususa ilişkin Platon'cu bakış açısını ortaya koyar. Bu karakterle ilk karşılaşmada, onun sıradan bir gezgin olmadığı ifade edilir. O, daha ziyade Platon tarzında bir kâşiftir, politik yaşama ilişkin hakikati arayan bir adam.³¹ Bu hususta, More'un Ütopyanın birinci kitabında yaptığı Çiçero'cu hümanizmi dirilterek, Platon'cu anlayışın karşısına koymaktır. Diyalogdaki More figürü, kuzey Avrupa saraylarının giderek artan biçimde konukseverlik göstermediği bir hümanist ideali yeniden ifade eder: aktif ve politik olarak eğitilmiş yurttaşlığa dayanan sivil kendini yönetim ideali.³² Platon'un "Devlet"inde filozofun kamu görevinde yer alıp almaması hususu da ele alınmıştır. Platon'a göre daha en başından itibaren "olması gerektiği" biçimde temeli atılıp, kurulmamış olan bir devlette filozofun politikadan uzak durmasını yeğler.³³ Öncelikle,

²⁹ Quentin Skinner, *Visions of Politics, Volume 2: Renaissance Virtues*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s.215-218.

³⁰ Skinner, s. 223.

³¹ Skinner, s.220.

³² Skinner, s.223.

³³ "...Çoğunluğun ne çılgın olduğunu, hiçbir politika adamının doğru dürüst düşünemediğini, ölümü göze almadan, kimsenin onunla birlikte doğruluktan yana gidemeyeceğini anlar. Azgın hayvanlar arasına düşüp de onlarla işbirliği etmek istemeyen biri gibi, tek başına bu azgın sürüye karşı kafa tutamayacağını, ne devlete, ne dostlarına, ne de kendine yararı dokunmadan ölüp gideceğini görür, görünce de bunu, kimsenin işine karışmayıp rahatına bakar. Fırtınaya yakala-

yanlış biçimde kurulmuş düzenlerde, halk filozofların değerini bilemez ve onun yol göstericiliğini kale almaz.³⁴ Bunun yanı sıra, doğrudan filozofların başında bulunup, yönetmediği bir devlet biçimi; onun içinde yaşayan filozofun da bozulup yozlaşmasına yol açan bir düzeni ifade eder. Düşünüre göre, filozof yaratılışı kendine uygun eğitimi bulursa, gelişip bütün değerlere ulaşır. Buna karşın bu tohum, kötü bir toprağa (yanlış biçimde kurulmuş bir devlet ve toplum düzenine) ekilir ve orada büyürse vermeyeceği zarar, kötülük kalmaz.³⁵ Platona göre filozofa uygun olan devlet biçimi henüz kurulmuş değildir. Dolayısıyla filozof da, ekildiği toprağın uygun olmaması nedeniyle yozlaşan bir bitki gibi, içinde yaşadığı düzenin olumsuz koşullarının etkisiyle bozulur, başka bir doğaya dönüşür.³⁶

Ütopya'nın birinci kitabında Peter Giles, More'u Raphael Hythlodæus'la tanıştırır. Hythlodæus karakteri bilgili bir gezgindir. Mükemmel seviyede antik Yunanca ve biraz Latince bilmektedir. Felsefeyle uğraşan Portekizli gezgin, sahip olduğu babadan kalma tüm mirası ardında bırakıp, dünyayı gezip görme amacıyla Amerigo Vespucci'ye katılmış, dünyanın o güne dek bilinmeyen kısımlarını gezmiştir.³⁷ Hythlodæus, sohbetleri esnasında, hem Avrupada hem de gezip gördüğü uzak diyarlarda yaşayan toplumların bazı kusurlarını öyle mantıklı biçimde analiz eder ve o toplumların adet ve yasalarını, o kadar iyi anlatır ki,

nıp da rüzgârın savurduğu toz, yağmur sağanağından korunmak için bir duvarın arkasına sığınan yolcu gibidir. Çevresinde olup biten yolsuzluklar, haksızlıklar ortasında temiz kalmakla kendini mutlu sayar. Güzel umutlara bağlanıp, iç rahatlığıyla hayattan çıkar gider” (Platon, Devlet (Çev. Sabahattin Eyüboğlu / M. Ali Cimcoz), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 10.Baskı, İstanbul, 2006, s. 209).

³⁴ Platon, 198-200.

³⁵ Platon, s.203-209. Platon, başlangıçta filozof yaradılışı olup da, sonradan bozulup, yozlaşanlardan bahsederken özellikle Sofistleri hedef almaktadır.

³⁶ Platon, s. 209. Filozofa uygun olan devlet biçimi aynı zamanda halka da uygun olan devlet biçimidir. Platon'un Devlet isimli eserinde ele aldığı bu ideal devlet düzeninde filozof (ya da filozoflar)devleti yönetecektir. Mevcut devletler açısından da; Platon, filozoflar bu devletlere kral olmadıkça ya da bu devletlerin başına geçen krallar aynı zamanda filozof da olmadıkça, böylece aynı insanda devlet gücüyle akıl gücü birleşmedikçe, mevcut kurulmuş devletlerin başının dertten kurtulamayacağını ifade eder(Platon, s. 182).

³⁷ More, Thomas, Ütopya (Çev:Çiğdem Dürüşken), Kabalıcı Kitabevi, 2. Basım, İstanbul, 2012, s.51-53. Bu esere sadece “Ütopya” olarak atıf yapılacaktır.

Peter Giles ona, nasıl olup da oralarda bir kralın maiyetine girmedğini sorar ve hiçbir kralın onun gibi birini elinden kaçırmak istemeyeceğine emin olduğunu, hatta bu yoldan servetine servet de katıp, eşinin dostunun geçimine büyük katkı sağlayabileceğini söyler.³⁸ Hythlodæus buna cevap olarak; akrabalarına karşı sorumluluğunun olmadığını çünkü bütün varını yoğunu akrabaları ve dostları arasında paylaştığını, böylece onlara karşı olan sorumluluğunu yeterince yerine getirdiğini düşündüğünü söyler. Hythlodæus'a göre onlar bu iyilikten memnun olmuşlardır ve onlar için kendisini bir krala köle kılmasını ondan istemeyecek ya da beklemeyeceklerdir. Giles, Hythlodæus'a cevaben kendisinin önerdiğinin bir krala köle olması değil, onun maiyetine girmesi olduğunu ifade eder. Hythlodæus yanıt olarak, bir kralın maiyetinde olmakla, köle olmak arasında sadece bir hece farkı olduğunu söyler.³⁹ Giles'e göre Hythlodæus ancak bir kralın maiyetine girip, hizmet ederse başkalarına özel ya da genel anlamda yararlı olabilecek ve bu şekilde daha mutlu bir yaşama kavuşabilecektir. Hythlodæus ise mevcut halinde istediği gibi yaşayabildiğini, kendisine önerilen yaşam tarzının ise ruhuna uymayacağı görüşündedir. Zaten iktidardakilerin dostluklarını kazanmak için etraflarında dolanan çok sayıda adam varken, ondan ya da ona benzeyen birilerinden mahrum kalmaları, krallar için çok büyük bir kayıp olmayacaktır.⁴⁰ Bu noktada devreye More karakteri girer ve derdi ne para ne de iktidar olan Hythlodæus gibi adamlara büyük saygı duyduğunu ama bu tarz bir yaşam onu rahatsız etse dahi, dehasını ve gayretini kamu işlerine harcamış olsaydı, soylu ruhuna, felsefeci yaradılışına uygun bir iş yapmış olacağını, bu hizmetin de en iyi biçimde büyük bir kralın meclisine katılarak, kralı dürüst ve şerefli eylemlerde bulunmaya teşvik ederek gerçekleştirebilecek olduğunu, bilgi birikimi ve yeteneğiyle herhangi bir krala mükemmel bir danışman olabileceğini ifade eder.⁴¹

³⁸ Ütopya, s.59-61.

³⁹ Ütopya, s.61. Latince "köle olmak" ve "maiyetinde olmak" fiillerinin yazılışında bir hecelik fark vardır.

⁴⁰ Ütopya, s. 61.

⁴¹ Ütopya, s.63. More karakteri bu noktadan itibaren kamu görevi üstlenme meselesi hakkında adeta Çiçero'nun bu konudaki görüşlerini seslendirmektedir. Çiçero'ya göre erdemler sadece zihin hareketliliği değil, aynı zamanda eylem de gerektirir. Erdemin övgüsü tümüyle eylemden kaynaklanır. Düşünür, Platon'un hakikati arayan filozofların, bu arayış çabasında odakladıkları konular dolayısıyla, uğruna insanların birbiriyle çekişip, mücadele ettiği konuları küçümseyip, önemsemedik-

Hythlodæus ise bir krala danışmanlık yapmasının iyi olacağı fikrini yerinde bulmaz ve nedenlerini şu şekilde açıklar: öncelikle kralların büyük çoğunluğu barışı kuracak sanatlardan çok savaş sanatlarına düşkündür ve kendisi de bu sanatlardan hiç anlamamakta, anlamak da istememektedir. Birçoğu da payına düşen ülkeyi iyi yönetmek yerine meşru olsun ya da olmasın, her türlü yola başvurup bütün gayretini yeni krallıklar elde etmeye harcamaktadır. Ayrıca krallara danışmanlık yapan diğerleri; kendini beğenmiş ve başka hiç kimsenin fikrini beğenmeyen, buna karşın kralın gözüne girebilmek uğruna kralın gözdesi olanların söylediği en saçma fikirlere dahi alkış tutabilmektedirler. Başkalarının düşüncelerini kıskanan ve krala dalkavukluk yapanlardan oluşan bir kral meclisinde, genel-genel geçer, beylik düşüncelerin dışında bir fikir öne sürene karşı husumet gösterilecektir.⁴² Hythlodæus kendisinden tamamen farklı eğilimlerde olanların huzurunda söyleyeceklerinin, sağirlara masal anlatmaktan farklı olmayacağı görüşündedir. More, Hythlodæus'un bu görüşlerine kısmen katılarak, Hythlodæus'un savunduğu türden bir okul felsefesinin ancak dostların bir araya geldiği bir sohbet için uygun olabileceğini ama kralların meclisinde bu tarz bir felsefenin yeri olamayacağını ifade eder. Buna karşın More'a göre bir başka tarz felsefe de vardır. Kendi sahnesinin ne olduğunu bilen ve kendisini oynamakta olan oyuna uyarlayıp, zarif ve şık bir biçimde rolünü sergileyen. More'un önerdiği, oynamakta olan oyuna uymayan bir rolle ortaya çıkıp, söz konusu oyunu, başka bir oyun türüne dönüştürmeye çalışmak yerine, eldeki oyuna uygun bir rolü oynamak ve bu rolü oynarken de, mümkün olduğunca olumsuzlukları hafifletip, gidere-

lerini, Platonun bu nedenle filozofları adil gördüğünü belirtir ama bu hususta Platona katılmaz. Çiçero'ya göre, filozoflar aslında haksızlık yaparak kimseyi incitmediğinden adaletin bir türünü yerine getirmiş, fakat öte yandan kendilerini sadece öğrenmeye adayıp, korumaları gereken kişileri terk ederek, adaletin başka bir türünü ihlal etmiş olurlar (Marcus Tullius Cicero, *Yükümlülükler Üzerine*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Basım, İstanbul, 2013, s.10-11,15). Çiçero'ya göre, bilgelik eyleme dönüşmedikçe, doğa bilgisi ve ona dönük tefekkür güdük kalmış, tamamlanmamış demektir. Söz konusu eylem de; en iyi insani unsurları, insanlar arasındaki birliği korumada görülür. Dolayısıyla, insanlar arasındaki birliği ve toplumu koruma hedefini güden her yükümlülük, bilme ve bilim yükümlülüğünden önce gelir. Çiçero'ya göre filozoflar da gerektiğinde bir üyesi olduğu toplumun iyiliği için kamu görevi üstlenmelidir. Filozof olsun ya da olmasın, doğa tarafından işleri idare etmeleri için donatılmış olan insanlar, mevki edinmede ve kamu işlerini yerine getirmede asla tereddüt etmemelidir(Cicero, s.33,66-69).

⁴² Ütopya, s.63-65.

bilecek şekilde davranmaktır. More'a göre devlette, kral meclislerinde işler böyle yürür. Yerleşik kötü, yanlış düşünceleri kökünden söküp atamıyorsun diye, müzminleşmiş sorunlara yüreğinden geldiği şekilde çare olamıyorsun diye, toplumu kendi haline bırakıp gidemezsin. Bunun yerine dolaylı bir yoldan meselenin üzerine gidip, mevcut koşulların elverdiği ölçüde elinden gelen tüm çabayı sergilemek gereklidir. Böylece bazı sorunları tam olarak çözüp, iyi bir noktaya getiremesen bile, hiç olmazsa kötülüğü törpülemiş olursun. Hythlodæus, More'un uzlaşmacılığı öneren görüşüne karşı çıkar; ona göre böyle bir davranış tarzını benimsemesi halinde, hakikati söyleyemez hale gelecektir. Üstelik kral meclisinde uzlaşmacı olayım derken, en kötü, en zalimce kararların altına imza atmak durumuna düşebilirsin. Kendileri düzeleceğine, en iyi insanı bile baştan çıkarabilecek meslektaşların arasına bir kez girildi mi, artık yararlı bir iş yapma imkânı kalmaz. Onların yozlaşmışlıkları kişiye bulaşır ve, ya o kişi de onlar gibi ahlaksız olur ya da şerefli ve masum kalıp, diğerlerinin budalalıklarına ya da hilelerine paravan olur. Dolayısıyla, dolaylı yol yaklaşımıyla herhangi bir şeyi iyiye döndürmek mümkün değildir.⁴³ Platon'un benzetmesiyle; bilgiler caddelere dökülen halkın sağanak halde yağın yağmur nedeniyle iliklerine kadar ıslandıklarını görünce, onlara onca dil döküp, anlatmaya çalışırlar ama insanları bir türlü yağmurun altından uzaklaşıp evlerine girmeye ikna edemezler. Dışarı çıksalar, hem kimseye bir faydaları olmayacak, hem kendileri de diğer insanlar gibi ıslanacaktır. Bu nedenle evlerinde kalırlar, diğerlerinin budalalığını tedavi edememiş olsalar da en azından kendilerini güvenceye alır ve bununla yetinirler.⁴⁴

Rönesans kuramcıları arasındaki, en iyi devlet statüsüne ilişkin ikinci tartışma konusu ise, en iyi devlet düzenine ancak halkın yönetiminin mevcut olduğu bir devlet düzeni içinde siyasal açıdan aktif yurttaşlar olarak yaşarsak erişilebileceği hususunda anlaşanlar arasında gerçekleşir. Bu ikinci husus, kamuya ilişkin görevleri etkili bir biçimde yerine getirebilmesi için bir yurttaşın sahip olması gereken niteliklere ilişkindir. Bir başka deyişle, mesele bir yurttaşın ortak iyiliğe hizmet etmeye en uygun hale gelmesini sağlayan niteliklere; en fazla onuru, itibarı hak eden, Rönesans yazarlarının kullanmayı sevdiği kelimelerle ifade edilirse; gerçekten soylu yurttaş tanımlayacak niteliklere ilişkin-

⁴³ Ütopya,s.129.

⁴⁴ Ütopya,s. 129.

dir.⁴⁵ Hümanistlere bu konuda skolâstik ve nihai olarak Aristotelesçi kaynaklardan belirsiz bir cevap miras kalmıştır. Bu entelektüel miras hakkındaki şüphelerini, *vera nobilitas* kavramı hakkında diyaloglar yazıp, bu diyaloglarda kendi ideallerini, ortak kabul gören bakış açısıyla karşı karşıya getirerek dramatize etme, onların favori edebi stratejisi haline gelmiştir. Genel olarak kabul edilen görüşe göre; devletteki itibarlı pozisyonları işgal etmek için en uygun yurttaşlar, soylu bir sülaleden gelen ve bu sülaleden gelen varlığa sahip olan yurttaşlardır. Tiptoft'un kısa ve öz ifadesiyle, önerme; soyluluğun asalet ve zenginliğe yaslanmasıdır. Soy, önemli görülmeyle birlikte, servetin gerçek soyluluğun koşullarından biri olduğuna odaklanılmıştır. Eğer varlıklılık gerçekten bir koşul ise, bu varlıklılığın kişiye miras kalmış olması gerektiği genel kabul görür. Bunun yerine kişinin kendi yeteneklerinin bir ürünü ise, bu durum, o kişinin devletteki söz konusu itibarlı görevler için en liyakatli yurttaş olarak görülebilmesine engel olur.⁴⁶ Bunun altında yatan varsayım, varlıklı olmanın, yurttaşlık erdeminin verimli biçimde uygulanabilmesini garantileyen araçlardan biri olmasıdır. Gerçek soyluluğa ilişkin bu tip varsayımlar, sadece skolâstik argümanlar olarak değil, geniş kabul gören inançlar olarak hümanist diyaloglarda da sıklıkla görüldü.⁴⁷ Soyluluğu, varlıkla ilişkilendirmek özünde Aristotelesçi karakterdedir.⁴⁸ Öte yandan o dönemde, Aristoteles'in konuyla ilgili görüşlerinin bazı yazarlarca aslında kısmen yanlış yorumlanmış olduğu söylenebilir.⁴⁹

⁴⁵ Skinner, s.224.

⁴⁶ Skinner, s.224-225.

⁴⁷ Skinner, s.226.

⁴⁸ Skinner, s.225.

⁴⁹ Aristoteles, yurttaşı tanımlama meselesi bağlamında; en iyi devletin işçileri yurttaş yapmayacağını, çünkü yurttaşlığın aşağılık işlerden (kastedilen özellikle zihinsel olmayan emek, kol emeğidir) muaf olanlara özgü olduğunu belirtir. Aristokratik ya da yöneticiliğin beceriye dayandığı rejimlerde bu insanlar yurttaş olamazlar çünkü düşünüre göre bir işçinin ya da bir başkası adına ücretle iş yapan kişinin, gerekli yetenekleri ve liyakati edinebilmesi mümkün değildir (Aristoteles, Politika (Çev: Furkan Akderin), Say Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2015, s.96; Aristoteles, Politika (Çev: Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, 7.Basım, İstanbul, 2004, s.77-78). Düşünüre göre, kölelerin yaptığı türden işleri yapabilmek ve yapıyor olmak da köleliktir. Tüm işçiler ve zanaatkarlar da bu kategoriye dahildir. Bir kişinin, dilediği takdirde bir şeyi yapmama serbestisi yok ise, sadece bir efendinin talimatlarını yerine getiriyorsa, bu iyi bir yurttaşın öğrenmesi gereken bir şey değildir.

Çünkü köleler ya da kölelerin yaptığı türden işleri yaparak geçimini sağlayanlar sadece emirleri yerine getirmeye, itaat etmeye alışırlar. İyi bir yurttaş hem yönetme hem de yönetilme bilgisine sahip olmalıdır. Burada söz konusu olan özgür yurttaşların, diğer özgür yurttaşları yönetmesi ya da onlar tarafından yönetilmesidir (Aristoteles, (Akderin), s.94-95, Aristoteles, s.75-76). Ticaretle uğraşmak da, tıpkı kol emeğiyle çalışan işçiler ve zanaatçılar gibi kişinin yurttaş olarak kamu görevleri üstlenebilmesi, devletin yönetimine katılabilmesi için sahip olması gereken bilgi ve beceriyi edinebilmesine engel olur. Düşünür, Theabai'de, ticaret yapmayı bırakan bir kişinin, bir devlet görevine atanabilmesi için aradan on sene geçmesi gerektiğini öngören bir yasa olduğundan bahseder (Aristoteles, (Akderin), s.96, Aristoteles, s.78). Aristoteles'in anlayışında sadece özgür doğmuş, yetişmiş olan ve siyasi yönetime katılabilmeyi, üstlenilecek kamu görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeyi mümkün kılacak bilgi ve zihinsel becerileri elde edebilecek serbest zamana ve imkana sahip olmuş olanlar yurttaş olabilirler. İnsanlar arasında çeşitli konularda eşitsizlikler vardır. Siyasi yönetim söz konusu olduğu zaman, kamu görevlerinin kimler tarafından yerine getirileceği söz konusu olduğunda; insanların yalnızca devletin yapısına etkide bulunan eşitsizlikleri dikkate alması doğal ve haklıdır. Toplum yaşamına katkıda bulunan özellikler ise soyluluk, özgür olmak ve zenginliktir. Toplumun bireylerinin özgür kişiler olmaları ve vergi vermeleri gerekir. Ama bu nitelikler yeterli değildir. Yurttaş sıfatını almaya layık olacak kişinin aynı zamanda adil ve cesur olması da gereklidir. Çünkü, bu nitelikler olmadan bir kentin (Polis) yaşamını sürdürebilmesi mümkün değildir. Özgür insanlar ve servet olmaksızın bir şehir var olamaz, adalet ve yiğitlik olmadan da iyi bir biçimde yönetilemez (Aristoteles, (Akderin), s.109-110, Aristoteles, s.91-92). En iyi anayasaya sahip olan bir devlette; yurttaşların işçi, zanaatkâr, çiftçi ya da tüccar gibi yaşam sürmemesi gerekir. Öyle bir yaşam hem soylu hem de erdemli değildir. Yurttaşların, erdemlerini geliştirecek rahatlıkları ve yurttaş etkinlikleri için serbest zamanlarının olması gereklidir (Aristoteles, (Akderin), s.234, Aristoteles, s.210-211). Aristo'nun siyasi kuramını bir bütün olarak ele aldığımızda; servete, malvarlığına sahip olma koşulunun yurttaşlık için gereken koşullardan biri olduğu görülür ama bu tek başına yeterli değildir. Diğer nitelikler de olmadan, tek başına bir anlam ifade etmez. Malvarlığının miktarının da, bir kişinin önemli seviyede zihinsel emek gerektirmeyen işlerle uğraşmak zorunda kalmadan yaşayıp, kendine kalan serbest zamanda felsefe başta olmak üzere çeşitli alanlarda kendini özgürce geliştirebileceği bir seviyede olması yeterli olacaktır. Örneğin, bir kamu görevi için rekabet eden kişilerin, diğer konulardaki nitelikleri eşdeğer ise ya da diğer konulardaki farklılıkların söz konusu görevin iyi bir biçimde, layıkıyla yerine getirilmesine bir etkisi olmayacak ise adaylar arasından, o görevi en iyi şekilde yerine getirebilecek niteliklere en fazla kim sahipse, onun o göreve atanması söz konusu olacaktır, daha soylu bir aileye mensup olmak ya da daha zengin olmak değil (Aristoteles (Akderin), s.109, Aristoteles, s.91).

Buna karşın, bazı hümanist yazarlar tarafından bu görüş kabul edilmedi. Onların argümanı, gerçek soyluluğun erdemli olmak olduğudur. Bir başka deyişle, erdeme sahip olmak, bir kişinin gerçek anlamda soylu olarak kabul edilebilmesi için tek mümkün temeldir.⁵⁰ Bu görüşü savunan hümanistler, özel mülkiyetin kendisine karşı değildiler. Bunlar, soyluluğun sosyal temelini ilişkin genel kabul gören inançları onaylamalarına karşın, bir kişinin sırf kendisine miras kalan serveti olduğu için, soylu olarak görülmesini kabul etmediler.⁵¹

Skinner'a göre More'un, Ütopya'daki amaçlarından biri gerçek soyluluğun anlamı hakkındaki tartışmaya müdahil olmaktır. Hythlodæus karakteri vasıtasıyla, taklit ve gerçek soyluluk arasındaki fark ortaya konulur. Ütopyanın birinci ve ikinci kitabında; döneminin İngilteresinde ve Avrupa'da soylular ve ruhban sınıfının ve onların hizmetkârlarının ellerinden toplum için faydalı bir iş gelmeden, miskinlik içinde, halkın emekçi kesiminin ürettikleri sayesinde yaşayıp, halkı sömürmeleri buna karşın⁵² Ütopyalıların devletinde bu türden bir "soylu" sınıfının bulunmaması, para kullanmamaları, altın, gümüş gibi madenlere değer vermemeleri⁵³ ve insanların çıldırmaşçasına sanki tanrıymışlar gibi zenginlere tapmalarından iğrenmeleri⁵⁴ gibi muhtelif anlatımlar vasıtasıyla gerçek anlamda soyluluğun hem ne olmadığı hem de ne anlama geldiği ortaya konulur. Ütopyalıların, soyluluğun sahte görünümünü reddederek, benimsedikleri yaklaşım zaten Çiçeroda ve onun hümanist takipçilerinde karşılaşılan yaklaşımdır.⁵⁵

⁵⁰ Skinner, s.227.

⁵¹ Skinner, s.228.

⁵² Ütopya, s.71-79,333-337.

⁵³ Ütopya, s.197-205.

⁵⁴ Ütopya, s.207. Hythlodæus'a göre; Utopia ülkesi dışında soylu olarak adlandırılan kişilerin, kimseye faydası olmayan içi boş saygı gösterilerinden gurur duymaları akılsızcadır. Onların atalarının soyluluğu kuşaklar boyu tesadüfen zengin olmalarından, özellikle toprak zengini olmalarından kaynaklanır, Ütopya haricindeki diyarlarda soyluluk zenginlikten başka bir anlam içermez (Ütopya, s.221).

⁵⁵ Skinner, s.231. Çiçero, erdem hakkındaki görüşlerini özellikle "Yükümlülükler Üzerine" isimli eserinde detaylı olarak açıklamaktadır. Çiçero'nun erdem anlayışıyla, Ütopya halkının erdem anlayışı büyük ölçüde örtüşse de aralarında bazı önemli farklılıklar da vardır. Örneğin, Ütopyada haz ilkesinin önemi gibi. Çiçero'nun erdem anlayışıyla ilgili örnekler olarak, onun şu düşünceleri zikredilebilir: Çiçero'ya göre ahlaken doğru olan her şey dört unsurun birinden doğar,

Hythlodæus'un Ütopyanın ikinci kitabında dile getirdiği tasvirler, soyluluğa ilişkin doğru görüşü benimsemekten kaynaklanan sosyal faydaların bir anlatımı olarak okunabilir.⁵⁶ Buraya kadar, Hythlodæus erdem ve gerçek soyluluk arasındaki eşitliği savunmuş ve pekiştirmiştir. Ütopyanın birinci kitabının son kısmında işaretini verdiği diğer argüman ise dönemin Rönesans hümanistleri tarafından genel kabul gören sınırların ötesine geçen bir argümandır. Bu argüman, açıkça daha radikal ve karakteri itibarıyla Platoncu bir argümandır.⁵⁷ Önerdiği, toplumdaki sorunların kökten çözümlenmesi için özel mülkiyetin kaldırılması ve ortak mülkiyet düzenine geçilmesidir. Skinner'a göre More'un yaptığı, hümanist dostlarının önüne bir meydan okuma koyarak onların politik görüşlerinin tutarlılığı hakkında bir şüphe oluşturmaktır. Bir yanda

bunlar; 1. Kişinin gerçekliği kavramasından (gerçeğin araştırılmasından ve keşfi erdemde has bir işlemdir), 2. İnsanlar arasındaki birlikteliğin gözetilmesinde, insanın kendisini bu birlikteliğe vakfettesinde ve yaptığı anlaşmalara sadık kalmasında, 3. Soylu zihnin yüceliğinden, 4. İlimliliğin ve ölçülülüğün egemen olduğu düzene uygun olarak yapılan ve söylenen şeylerden. Birinci erdemi takip eden diğer üç erdemde yaşama eyleminin kapsadığı korunması ve tedarik edilmesi zorunlu unsurlar öne çıkarlar, bu sayede insanların birlikteliği ve aralarındaki bağ muhafaza edilebilir; ruh asaleti ve yüceliği kişi kendisinin ve ailesinin malvarlığını artırır, yarar sağlarken değil, aksine bu tür kazanımları küçümserken işildir. Yaşamdaki her şeye bir sınır ve ölçü belirleyerek de ahlaki doğruluk korunur. Dört kaynaktan en kapsamlı olanı, sayesinde insanın insanla birlikteliğinin mümkün olabilmesini sağlayan düşüncedir. Bu da, iki kısımdan oluşur: Birincisi, erdemin en parlak yüzü olan adalettir. İkincisi ise iyilikseverlik, yardımseverliktir (Cicero, s.9-11). Kişi ihtiraslardan kaçınmalı, para arzusundan uzak durmalıdır; hiçbir şey zenginliği sevmekten daha fazla alçak ve küçük bir ruha özgü değildir ve hiçbir davranış biçimi eğer ona sahip değilsen parayı küçümsemenden, sahipsen de onu cömertlik ve hayırseverlik için harcamandan daha doğru ve yüce değildir (Cicero, s. 31). "... devlet şu anlayışla varlığını sürdürür: Bir insanın kendi yararı için başka bir insana zarar verme hakkı yoktur. Zira yasaların amacı ve arzusu vatandaşlar arasındaki bağların zarar görmemesidir. Eğer birisi bu bağları koparırsa, yasalar onu ölümlerle, sürgünle, zincirle ya da para cezasıyla dizginler. Doğanın kutsal aklı ve insani yasa amacına büyük ölçüde ulaşır. Kim bu amaca boyun eğmek isterse, başkasına ait olanın peşinde koşmak gibi bir davranışın içinde olmayacağı gibi, başkasından aldığı şeyi de kendisine yakıştırmaz, doğayla uyumlu yaşamak isteyen herkes ona boyun eğecektir. Zira ruh yüceliği ve asaleti, dostluk, adalet ve cömertlik doğaya hazdan, yaşamdan ve zenginlikten daha uygundur" (Cicero, s.120).

⁵⁶ Skinner, s.232.

⁵⁷ Skinner, s.234.

miras kalan zenginliğin gerçek soyluluğun bir kriteri olarak değerlendirilmesine karşı çıkarken, diğer yandan özel mülkiyetin vazgeçilmezliği, soy ve genel anlamda; “derece, öncelik ve mevki”de herhangi bir iyi düzenlenmiş toplumun ön koşulları olarak ısrar etmektedirler.⁵⁸ More, bu çelişkiyi göstermek ister. Dostları olan diğer hümanistler gibi, Thomas More da, özel mülkiyetin kaldırılması çabasının pratikte uygulanabilir olmadığını biliyordu. Ama onlardan farklı olarak, bu tip bir realizmin çok yüksek bir bedeli olduğunu da bilmekteydi.⁵⁹

IV. ÜTOPYA’DA DÖNEMİN SOSYO-EKONOMİK ELEŞTİRİLERİ

Hythlodæus, kralların büyük çoğunluğunun barışı sağlayacak sanatlardan ziyade savaş sanatlarına düşkün olduklarını, kralların çoğunun kendi idaresi altındaki ülkeyi iyi bir biçimde yönetmeye odaklanmak yerine, bütün gayretlerini meşru olsun ya da olmasın her türlü yolu kullanarak yeni topraklar ele geçirmek, yeni krallıklar elde etmek için kullandıklarını ifade etmektedir.⁶⁰ Soylular sınıfı da, elini toplum için yararlı hiçbir işe atmadan, toplumun sırtında bir asalak gibi yaşamaktadırlar. Bunun yanı sıra tıpkı kendileri gibi yaşamları boyunca geçimlerini sağlayabilecek tek bir sanat bile öğrenmemiş bir aylak sürüsünü de maiyetlerinde barındırıp, kuyruk gibi peşlerinde dolaştırmaktadırlar.⁶¹ Bazı aklı evveler, ellerinin altında kıdemli askerlerden oluşan sürekli ve güçlü bir ordu olduğunda kamu güvenliğinin garanti altına alınabileceğini sanmaktadır. Oysa soyluların beslediği bu fedai sürüleri de ve daha beteri dönemin Fransa’sında olduğu gibi; fedaileri besleme mantığına benzer bir mantıkla yurt dışından getirilen paralı askerler, barış zamanında ülkenin başına bela olmaktadır. Tarihte de örnekleri görüldüğü üzere, ellerinin altındaki hazır orduları, fırsatını bulduğunda kendi ülkelerinin kentlerini de harabeye çevirmişlerdir. Üstelik kıdemli askerlerden oluşan sürekli bir ordunun, gerektiğinde halktan toplanan askerlerden oluşan bir ordu karşısında sürekli üstün geldiği de iddia edilmemektedir.⁶² Esas mesele savaştan ziyade barış olduğuna

⁵⁸ Skinner, s.242.

⁵⁹ Skinner, s.244.

⁶⁰ Ütopya, s.63.

⁶¹ Ütopya, s. 71.

⁶² Ütopya, s.73-75.

göre bir ülke halkının aniden bir savaş çıkabilir beklentisiyle, barışı zora sokabilecek bu tip bir güruhu besleme derdi olmamalıdır. Başka bir ülkeyi ele geçirmek ya da elde tutmak için yapılan savaşlar hazinayı tüketir, yurttaşlar müthiş derecede ağır vergiler altında ezilirler, ekonomiyle birlikte yurttaşların ahlakı da çöker. Kralın yeni topraklar elde etmek uğruna açtığı savaşlar, yurttaşların yaşamını tüketir. Krallar ve danışmanları başka ülkelerin topraklarını ele geçirmek uğruna türlü savaş taktiklerine ve ince ittifak planlarına kafa yoracaklarına kendi ülkelerini, kendi toplumlarını ellerinden geldiğince kalkındırıp, üstün bir refaha kavuşturmaya kafa yormaları gereklidir.⁶³

Krallar, danışmanlarıyla kafa kafaya verip, hazinelerini doldurmanın da yollarını ararlar. Bu toplantılarda danışmanları krala her türden objektif dürüstlük ilkesine, ahlaka uymayan ve meşru olmayan yollar, yöntemler önerirler. Örneğin biri çıkar, krala çok uzun bir süredir fiilen uygulanmadığı için artık kimselerin varlığını dahi bilmediği için herkesin sürekli olarak bilmeden hükümlerini ihlal ettiği bazı yasaları hatırlatıp, bu yasaları ihlal edenlerden para cezası alınmasını emredin der. Bir başkası çıkar, kral yargıçları kendi tarafına çekmeli ve her durumda kraliyet çıkarını gözetken kararlar almasını sağlamalıdır der. Bunlar, kralın tebaasının olabildiğince az malı olmasını evla görürler çünkü kralın kendi iktidarının güvenliğini sağlayabilmesi için böyle olması sağlanmalıdır. Aksi halde halk servet ve özgürlük sahibi olursa arsızlaşır. Yurttaşların, özgürlük ve servete sahip olduğu yerde, insanlar katı ve adaletsiz buyruklara sabırla boyun eğmeyi zül sayarlar. Bunun aksine, yoksulluk ve kıtlık ise insanları köreltir, uysal hale getirir ve isyana hazır cesur ruhları ezerek öğütür.⁶⁴ Oysa tüm bu yöntemler ve gerekçeler, bir kral için onursuzluk ve ahlaksızlık sayılmalıdır. Çünkü bir kralın saltanatının güvenliği kendi refahından çok halkının refahına bağlıdır. Halk kralı, kral için değil, kendisi için seçmiştir. Bu nedenle, kralın görevi kendisinin değil halkın refahını düşündürmektir. Kralın sahip olduğu saygınlık, dilenciler üzerinde değil, refah sahibi olan insanlar üzerinde kurduğu hakimiyetle ölçülür.⁶⁵ Kral zevkusefa içinde ya-

⁶³ Ütopya, s.107-113.

⁶⁴ Ütopya, s.117.

⁶⁵ Ütopya, s. 119.

şarken, çevresindeki insanlar perişan durumdaysa, bunun adına krallık değil hapisane gardiyanlığı denir.⁶⁶

More'un Ütopya'yı yazdığı dönemde İngiltere'de hırsızlığın cezası ölümdür. Hırsızlık suçu işleyenler ülkenin dört bir yanında idam edilmektedir. Buna rağmen hırsızlık vakaları azalmak şöyle dursun daha da artmaktadır. Hythlodæus, hırsızlara uygulanan bu cezanın hem hiçbir hukuka sığmadığı hem de kamu yararına yararı olmadığı görüşündedir. Hırsızlık yapanlar bu kadar ağır, zalimce bir cezaya⁶⁷ maruz kaldıkları halde, insanları hırsızlık yapmaktan alıkoymak mümkün olmamaktadır. Çünkü geçimini sağlayamaz durumu düşen bir insana ne kadar ağır ceza verilirse verilsin, onu hırsızlık yapmaktan alıkoymak mümkün değildir. Hırsızlık suçu için bu kadar ağır bir ceza vermeden önce, insanlara yaşamlarını idame ettirecek imkanlar sunulsa, insanlar ölümü dahi göze alarak hırsızlık yapmak zorunda kalmayacaklardır.⁶⁸ İnsanların hırsızlık yapmak zorunda kalmalarının nedenleri vardır: İnsanlar, gerek iç savaşlar gerek diğer ülkelerle yapılan savaşlar esnasında kendi ülkesi uğruna savaşırken yaralanıp, sakat kalmışlardır ve ne eski mesleklerini sürdürebilmekte, ne de yenisini öğrenebilmektedirler. Ayrıca ellerinden toplum için yararlı hiçbir iş gelmeyen, toplumun üreten kesimlerini sömüren soyluların maiyetinde yer alan, yine kendileri gibi savaşmaktan başka bir şey bilmeyen hizmetkarları, fedaileridir. Bunların da bir kısmı efendileri ölünce ya da hastalanınca kapı dışarı edilmektedir. Savaşmak dışında bir meslek bilmediklerinden, bunlar da karnı aç işsizler sürüsüne katılmaktadırlar. Hepsinden önemlisi ve

⁶⁶ Ütopya, s.121.

⁶⁷ Hythlodæus, sırf para çaldığı için bir insanın canını almanın bütünüyle adaletsiz olduğunu ifade eder. İnsan yaşamı, hiçbir dünya malıyla kıyaslanamaz. Böyle bir cezanın para çaldığı için değil de, yasalar ihlal edildiği ve adalet hiçe sayıldığı için verildiği gerekçesi öne sürülür ise, yapılanın; “aşırı adalet, aşırı haksızlık doğurur” deyişindeki duruma denk düşmesi söz konusudur (Ütopya, s.85). Hythlodæus hırsızlık suçu için yürürlükteki hukukun öngördüğü ölüm cezasını ilahi hukuk açısından da değerlendirir: Tanrı, kimseyi öldürmemeyi buyururken, para çaldı diye birini öldürmek, yürürlükteki yasayı, ilahi hukuktan üstün tutmak anlamına gelecektir. Musa'nın yasası çok sert ve acımasız olduğu halde hırsızlık suçuna ölüm değil para cezası verir. Bu durumda, Tanrının merhamet üzerine kurulu yeni yasasında insanların birbirine daha zalim davranma hakkını verdiği düşünülemez (Ütopya, s.87).

⁶⁸ Ütopya, s.69.

İngiltere'ye özgü olan neden ise; toprak sahibi soyluların ve hatta ruhbanların; çiftliklerinden sağladıkları kiralardan ve kazançlardan memnun olmayıp, daha çok para kazanma hırsıyla, yün üretimi için toprakları çitle çevirip, tarım arazilerini otlaklara dönüştürerek, o topraklarda çiftçilik yaparak geçimini sağlayan çiftçi ailelerini geçimini sağlama imkanından yoksun bırakmalarıdır. Artık koyun sürüleri için otlağa dönüştürülmüş topraklarda, sürüleri gözetmek için bir çoban yeterli olduğundan, ziraat mesleğiyle uğraşan çiftçi aileleri eskiden geçimlerini sağladıkları yerlerden göç etmek zorunda kalmaktadır. Onların da akıbeti, hırsız ya da dilenciye dönüşmeleridir.⁶⁹ Öte yandan yün fiyatları da yüksektir ve bu yünden elbise imal eden yoksul esnafın da alım gücü kalmaz. Çünkü koyun pazarında çok zengin birkaç kişinin hakimiyeti vardır ve fiyatları kendi çıkarlarına göre belirlemektedirler.⁷⁰ Tüm bu olumsuz koşulların doğurduğu yoksulluğun, sefilliğin üzerine, bir de bazı pahalı zevkler eklenmektedir. Onca soruna rağmen, soylulardan esnafa, köylülere kadar, her tür sınıftan insan son moda kıyafetlere, pahalı yiyeceklere büyük paralar harcamakta, kumarhaneler, genelevler verilen hizmetlere tutkun insanların parasını, süngerin suyu emdiği gibi emmektedir. Çözüm ise bu ölümcül zehirleri defetmek ve bir yasa çıkarıp, viraneye döndürülen çiftlikleri, onların bu hale gelmesine neden olanlara yeniden inşa ettirmek yahut bunu gönüllülere bırakmak, zenginlerin haklarını sınırlayıp, tekerciliği önlemek ve ziraatı yeniden canlandırıp, dokumacılığı da yeniden yapılandırarak, mesleğini yapamaz duruma düşürülmüş olanları ve mesleği olmayanları meslek sahibi yapıp, geçimlerini sağlayabilir duruma getirmektir. Yoksulluğun nedeni, kaynağı olan sorunlar çözülmedikçe hırsızlığı önlemek için uygulanan adaletle övünmenin anlamı yoktur. Böyle bir adalet, gerçekte ne faydalıdır ne de adildir.⁷¹

Hythlodæus, Ütopyanın birinci kitabında bahsettiği tüm sorunların temel çözümünün özel mülkiyetin ortadan kaldırılması olduğunu düşünmektedir. Bazı yasalarla, toplumsal sorunların doğurduğu marazalar geçici ve yüzeysel olarak bir dereceye kadar hafifletilebilir ama tamamen ortadan kaldırılamaz. Üstelik bu tip yüzeysel tedbirler, bedenin bir yerindeki yarayı iyileştirmeye çalışırken bir başka yerinde daha

⁶⁹ Ütopya, s.77-79.

⁷⁰ Ütopya, s.79.

⁷¹ Ütopya, s.81-83.

büyük bir yaraya neden olur. Bir toplumda özel mülkiyet var olduğu sürece toplum sağlıklı bir yapıya kavuşamayacaktır.⁷² Ona göre, özel mülkiyetin mevcut olduğu ve her şeyin para ile ölçüldüğü bir düzende, toplumun adil biçimde yönetilebilmesi ya da refaha kavuşabilmesi mümkün görünmemektedir.⁷³

V. ÜTOPYA DEVLETİNİN ÖZELLİKLERİ

Uzun zaman önce Utopus adlı kumandan daha sonra Ütopya adını alacak olan Abraxa topraklarını ele geçirip, adaya kendi adını vermiştir.⁷⁴ Hythlodæus, Ütopya adasının spesifik konumundan bahsetmez ama onun anlatımından, adanın da içinde yer aldığı bölgenin Ekvatorun ötesinde kalan ve o dönemlerde yeni yeni keşfedilmeye başlanan bir bölgenin içinde yer aldığı anlaşılır.⁷⁵ Başlangıçta bir yarımada olan Abraxa toprakları sonradan bir ada haline getirilmiştir. Utopus ordusuyla bu toprakları ele geçirdikten sonra ilk iş olarak, Abraxa topraklarının kıtaya birleştiği yerde 15 mil genişliğinde bir kanal açtırıp, ülkenin her tarafının denizle çevrilmesini sağlamıştır. Abraxanın yerlilerini, sırf kendi üzerlerine böyle bir angarya yüklediğini düşünüp, gücenmesinler diye, bu işi gerçekleştirmek için kendi askerlerini ve Abraxa'nın yerlilerini birlikte seferber etmiştir.⁷⁶ Utopus bu toprakların kaba ve cahil yerli kavimlerini, o kadar yüksek bir kültür ve uygarlık seviyesine ulaştırmıştır ki, yeryüzünde yaşayan hiçbir ulus bu konularda

⁷² Ütopya, s.135.

⁷³ Ütopya, s.131. Hythlodæus, dünyanın en bilgisi olarak nitelendirdiği Platon'un, toplumu bir bütün olarak refaha götürecektir yegâne yolun, mülkiyetin eşit şekilde paylaşılmasında gördüğünü belirtir. Platon, siyasal kuramında mal ortaklığı öngörür ama bunu "Devlet" eserinde sadece koruyucular sınıfı için kabul eder (Platon, Devlet, s. 113-115, 169-170). Daha sonra yazdığı, "Yasalar" eserinde ise, birinci sınıf (İdeal devlet) devlette tüm yurttaşlar için kadınların, çocukların ve bütün malların ortak olması ve özel mülkiyetin insan yaşamından tümüyle silinmesi söz konusu olacaktır. İdeal devlet modeline en yakın olan, ikinci en iyi devlet modelindeyse; Polis'in toprakları 5040 eşit paya bölünecek, 5040 aileye paylaşılacaktır ve yurttaşların saptanmış belli bir taban değerinin dört kat fazlasına kadar servet edinebilme hakkı olacaktır (Platon, Yasalar (Çev: Candan Şentuna/Saffet Babür), Kocabalacı Yayınevi, İstanbul, 2007, s.202-210).

⁷⁴ Ütopya, s.145.

⁷⁵ Ütopya, s.267.

⁷⁶ Ütopya, s.145.

Ütopya halkından üstün olamaz. Ütopyalılar adanın fethinden itibaren binyediyüztaltmış yıllık tarihlerini büyük bir özenle yıllıklar halinde yazılı olarak kayda almışlardır.⁷⁷

A. ÜTOPYANIN KENTLERİ

Ütopya adasında hepsi de görkemli elli dört kent bulunur. Dilleri, adetleri, kurumları ve yasaları birbirinin aynıdır. Yerin doğası elverdiği ölçüde hepsi aynı şekilde inşa edilmiştir dolayısıyla hepsi birbirine benzer. Kentler arasında en kısa mesafe ise yirmi dört mil kadardır.⁷⁸

Her bir kentteki hane sayısı altı bin kadardır. Ülkenin nüfusunun fazla artmaması ya da fazla azalmaması için her hanede en az on, en fazla da on altı yetişkinin olmasını öngörürler. Bu yaşın altındaki çocukların sayısı için bir sınırlama getirmezler. Kalabalık ailelerdeki çocukları nüfusu daha az olan ailelere aktararak dengelerler. Buna karşın bir kentte nüfus yoğunluğu belirlenen ölçüyü aşarsa, ülkenin diğer kentlerinin nüfus açığı bu fazlalıkla kapatılmaya çalışılır. Eğer, bütün adanın nüfusu belirli sayının üstüne çıkarsa, o zaman her kentten yurttaşlar seçilip, ana karanın hemen yanında yer alan ve yerli halkın kullanmadığı ve ekip biçmediği topraklarda, Ütopya'nın kendi yasalarına tabi olacak yeni bir koloni kurulur. Söz konusu toprağın yerlileri de onlarla birlikte yaşamak isterse Ütopya kolonisine katılabilirler. Ama yerli halk onların yasaları altında yaşamayı reddederse Ütopyalıların belirledikleri sınırın dışına sürülürler.⁷⁹ Eğer herhangi bir nedenle (örneğin: hızla yayılabilen ölümcül bir salgın hastalık gibi) kentlerden biri aşırı miktarda nüfus kaybederse ve adanın başka bölgelerindeki nüfusu o kente aktarmak yoluyla dengelemeye çalışmak, o bölgelerdeki nüfusun da ciddi ölçüde azalmasına yol açacak ise nüfusu azalan kente, Ütopyanın kolonilerinden getirilen yurttaşlar yerleştirilir. Adadaki bir kentin zor duruma düşmesinden koloniyi yitirmeyi tercih ederler.⁸⁰

Her bir kenti çevreleyen köylerde belirli aralıklarla evler inşa edilmiştir. Bu evler çiftlik evleri gibi düzenlenerek, içleri tarım araç

⁷⁷ Ütopya,s.157.

⁷⁸ Ütopya,s.147. Ütopyanın şehirleri, kullandıkları dilde, gelenek ve adetlerde, kanunlarda ve hatta mizanpajda birbirinin aynıdır (J. C. Davis, Utopia and the Ideal Society, Cambridge University Press,Cambridge, 1983, s. 52).

⁷⁹ Ütopya, s.177.

⁸⁰ Ütopya,s.179.

gereçleriyle donatılmıştır. Yurttaşlar dönüşümlü olarak kentlerden köylere geldiklerinde bu evlerde kalırlar. Her çiftlik evinde kadın ve erkeklerden oluşan en az kırk kişi ve iki köle yaşar. Her otuz evin başında bir bölge temsilcisi vardır. Her yıl, her çiftlik evinden yirmi kişi iki yıllık çiftçilik hizmetini tamamlayıp, kente geri döner ve dönenlerin yerini kentten gönderilen yirmi kişi alır. Çiftçiler, toprağı sürer, odun kesip işler, hayvancılık yapar ve ürettiklerini karadan ya da denizden kente ulaştırırlar.⁸¹ Köylerde bulunmayan ve ihtiyaç duyulan her türlü alet edevat kentlerden talep edilir ve kent yöneticileri de karşılıksız olarak talep edilenleri tedarik ederler. Hasat döneminde de, kentten yollanan emekçilerin de katılımıyla elbirliği ile hasat kaldırılır.⁸²

Ütopya ülkesinde bir kenti tanımak, onun diğer kentlerini de tanımak gibidir. Her kent, bazı bölgesel farklılıklar dışında birbirine benzer. Diğer kentlerden gelen temsilcilerin toplandığı senatonun bulunduğu Amaurotus kenti alçak bir tepenin yamacına kurulmuştur ve neredeyse kare şeklindedir. Kent tepenin az aşağısından başlayıp, Anydrus nehrine kadar uzanmaktadır.⁸³ Çok sayıda kule ve mazgallı siperin bulunduğu yüksek ve geniş surlarla çevrilmiştir. Surun üç yanında hendekler ve diğer yanında ise nehrin kendisi içi su dolu hendek görevi görür. Sokaklar ulaşımaya uygun ve rüzgârı kesecek biçimde yapılmıştır. Binalar bakımlıdır ve cadde boyunca uzun, kesintisiz bir sıra oluşturacak şekilde dizilmiş olan evler birbirine bakmaktadır. Ön cepeleri yirmi adım genişliğinde bir yolla birbirinden ayrılırken, arka cepelerinde geniş bahçeler vardır. Her evin sokağına açılan bir kapısı ve bahçeye çıkılan bir arka kapısı vardır. Kapılar çift kanatlı olup, kolayca açılır, kim isterse girebilir. Evlerde özel mülkiyet söz konusu değildir. Ütopyalılar, her on yılda bir kurayla evlerini değiştirirler. Evlerin bahçelerini güzelleştirmeye çok düşkünler ve bahçe işlerine büyük önem verirler, sokaklar arasında en güzel bahçeye sahip ev olmak için rekabet vardır. Kentin yerleşim düzeni en baştan itibaren kurucu Utopus tarafından tasarlanmış, süslenip güzelleştirilmesi ise gelecek kuşaklara bırakılmıştır.⁸⁴

⁸¹ Ütopya, s.147-149.

⁸² Ütopya, s.151.

⁸³ Ütopya, s.151-153.

⁸⁴ Ütopya, s.155-157.

More, Platonu takip ederek şehir devleti konseptini kullanır. Bunun yapmasının nedeni, şehir devletinin belli bazı özelliklerinin, onun tasarımına uygun olmasıdır. Şehir devleti günlük yaşamın detayları üzerinde yakın ve geniş kontrolü gerekli kılar ki More'un gerekli olduğunu düşündüğü bir husustur.⁸⁵

More'un, Ütopyanın kentlerine ilişkin olarak Antik Yunanın site devleti anlayışını takip ettiği söylenebilir. Bu anlayışa göre, insan kent devletinin sivil toplumu dışında kendini geliştirip, kendi mükemmeliğine ulaşamaz. Sivil toplum ya da klasiklerin anladığı şekliyle site, kapalı bir toplumdur ve günümüz ölçülerine göre nüfusça küçük olarak nitelendirilebilecek bir toplumdur. Bir site, herkesin şahsen olmasa bile en azından ortak tanıdıklar, ortak ilişkiler vasıtasıyla birbirini tanıdığı bir topluluktur. İnsanın kendini gerçekleştirebilmesini mümkün kılmayı hedefleyen bir toplum, karşılıklı güvenle bir arada tutulmalıdır ve güven de tanışıklığı gerekli kılar. Antik Yunanın düşünürleri, böyle bir güven olmaksızın, özgürlüğün olamayacağını varsaydılar. Sitenin ya da siteler federasyonunun alternatifi, ya adeta tanrılaştırılmış bir hükümdarın başında olduğu despotik bir rejimli bir imparatorluk veya anarşiye yaklaşan bir durumdu. Site, insanın ilk elden doğal kabiliyetleri ya da doğrudan bilgisiyle uyumlu bir topluluktur. Tek bakışta görülebilen ve içinde yaşayan olgun bir insanın yaşamsal önemdeki konularda, sürekli olarak doğrudan, ilk elden edinilen, dolaylı bilgilere güvenmek zorunda bırakmadan, kendi gözlemleriyle kendi tavrını belirleyebildiği topluluktur. Sadece karşılıklı güvene imkân tanıyacak kadar küçük bir toplum, karşılıklı sorumluluğa ya da üyelerinin kusursuzluğunu hedefleyen bir toplum için vazgeçilmez olan, eylemlerin ve tavırların denetimine olanak sağlayacak kadar küçüktür. Çok büyük bir sitede herkes az çok kendi dilediği şekilde yaşayabilir.⁸⁶ Site devleti yapısını aşan ölçekteki bir yapıda, insanların çoğu birbiri için "anonim" olduğundan, bireyin üzerindeki toplumsal denetim zayıflar.

B. ÜTOPYANIN SİYASİ VE İDARİ YAPISI

Ütopyanın her bir kentinde her otuz aile her yıl kendilerine eski dilde syphograntus, yeni dilde phylarchus olarak adlandırılan bir tem-

⁸⁵ Hertzler, s.138.

⁸⁶ Leo Strauss, Doğal Hak ve Tarih (Çev:Murat Erşen/Petek Onur), 1.Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2011, s. 157-158.

silci seçer. Her on syphograntus da, temsil ettikleri ailelerle birlikte, geçmişte traniborus, şimdilerde protophylarchus olarak adlandırılan bir başkanın yönetimi altındadır. Sayıları iki yüzü bulan syphograntuslar, en fazla yararlı olabilecek kişiyi prens olarak seçeceklerine ant içtikten sonra, halk tarafından her kentin dört mahallesinde aday olarak belirlenmiş ve isimleri senatoya bildirilmiş dört kişi arasından birini gizli oyla seçerler. Prens olarak seçilen kişinin prenslik görevi, tiranlığa yönelmez ise ömür boyu sürer. Traniborusları ise her yıl seçilirler ve çok önemli bir gerekçe olmadıkça bu süre içinde görevlerinde kalırlar. Diğer tüm memuriyetlerin süresi de bir yıl kadardır. Prens ve Traniboruslar, düşünce alışverişinde bulunmak için her üç günde bir ve gerekirse daha sık toplantı yaparlar. Bu toplantılarda, toplumun genel durumunu değerlendirirler ve çok nadiren gerçekleşen kişisel anlaşmazlıkları çözüme ulaştırmaya çalışırlar. Senatoya, her gün farklı iki kişi olacak şekilde, iki syphograntusu da çağırırlar, Toplumunu ilgilendiren herhangi bir konuda nihai karara varılması için senatoda üç gün boyunca tartışılması gereklidir. Böyle ortak sorunları senato ya da halk meclisi haricinde tartışmaya kalkışmak ölüm cezasını gerektiren bir suçtur. Bu kural, prensin ve traniborusların bir araya gelip, ittifak kurarak, zorbalıkla halkı sindirmelerini ve devletin yönetim biçimini değiştirmeye kalkışmalarını önlemeye yönelik bir tedbirdir.⁸⁷ Acilen karara bağlanması gereken konular öncelikle syphograntusların meclisine sunulur, syphograntuslar temsil etmekte oldukları hanelerle birlikte söz konusu konuyu karşılıklı olarak görüşür ve aldıkları kararı senatoya iletirler. Bazen bu türden bir sorun, tüm ada halkının katıldığı bir toplantıda ele alınır. Senatonun önüne gelen bir konunun hemen aynı gün tartışmaya açılmayarak, bir sonraki senato toplantısına ertelenmesi adettendir. Bu kural, kişilerin ilk aklına geleni fütursuzca söyleyip sonrasında bu ilk ifade ettiği fikrinden dolayı küçük düşmemek için tüm gayretini gerçekten toplumun yararına yönelik bir karar almak yerine ilk söylediğini haklı çıkartacak kanıtları aramak yönünde sarf edebilir düşüncesiyle oluşturulmuştur. Bu kural sayesinde, kişilerin ilk akıllarına geleni hemen söylemeleri yerine, meseleyi inceleyip, üzerinde iyice düşünüp öyle fikir oluşturmaları sağlanmış olur.⁸⁸

⁸⁷ Ütopya, s.159.

⁸⁸ Ütopya, s.159-161.

Yılda bir kez, her kentten hem en yaşlı hem de kamu görevlerinde en tecrübeli üç yurttaş, adanın müşterek meselelerini görüşmek amacıyla başkent Amaurotus'ta bir araya gelirler. Bu kent, adanın tam ortasında olduğu için diğer kentlerden gelen temsilciler için elverişli bir buluşma yeridir.⁸⁹ Başkentte toplanan senatoda, öncelikle ülkenin hangi bölgesinde kıtlık, hangi bölgesinde de bolluk olduğu tespit edilir ve hemen bolluk olan kentten, kıtlık olana aktarma yapılır. Bu aktarım, hiçbir karşılık söz konusu olmaksızın, hibe olarak gerçekleştirilir. Bu dayanışmayla tüm ada tek bir aile gibi olur.⁹⁰

Ütopyanın her bir kentindeki hane(aile) sayısı altı bin kadardır. Her kentte, her otuz aile her yıl kendilerine bir syphograntus seçmekte ve 200 syphograntus da bir prens seçmektedir. Bu durumda, 200 syphograntus, bir kentin seçtiği (civar köylerin seçime katılmadığı anlaşılıyor⁹¹) temsilcilerdir. Her kent, bünyesindeki 200 temsilciyle kendi prensini seçmektedir.⁹² Her kentin kendi senatosu vardır. Bunun yanı sıra bir de, başkent Amaurotus'da her kentten gönderilen temsilcilerin bir araya geldikleri ulusal nitelikte senato mevcuttur. Öte yandan doktrinde farklı görüşler⁹³ olmakla birlikte, More'un eserinde Ütopya ülkesinde tüm ulusun devlet başkanı konumunda bir prensin mevcut

⁸⁹ Ütopya, s. 147.

⁹⁰ Ütopya, s.193.

⁹¹ Davis, s.51-52.

⁹² Kumara göre, Ütopyadan önce yazılmış olan iyi toplum vizyonlarından Ütopyayı ayıran özellik, More'un insanların eşitliğine olan bağlılığıdır. More'un Ütopyası modern anlamda ütopyanın hiyerarşik bir yapıda değil, demokratik bir yapıda olacağını ilen etmiştir(Kumar, s.82-83). Platon'un Devleti sınıf ayrımı ve eşitsizlik üzerine kurulu iken, sadece belli bir sınıfın içinden çıkan yöneticilerin yönetmesi söz konusu iken, Ütopyada yöneticiler seçimle işbaşına gelmektedir.

⁹³ Ağaogulları/Köker, eserde geçen "Ademus" terimini devlet başkanı olarak yorumlamaktadır (Ağaogulları/Köker, s.235). Eyüboğlu/Günyol/Urgan'ın Ütopya çevirisinde s. 49'da ise "Ademus" terimi "şehir başkanı" olarak geçmektedir. Logan/Adams'ın editörlüğünü yapmış olduğu Ütopya metninin konuyla ilgili açıklayıcı dipnotunda, ulusal senatonun (ya da kurulun) yanında bir devlet başkanlığı makamı olmadığı ifade edilmektedir (More, Utopia (Ed:George M. Logan/Robert M. Adams, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 48, 24 nolu dipnotu). Çiğdem Dürüşken de, Latince'den Türkçeye çevirmiş olduğu Ütopya'nın sunuş yazısında aynı hususu ifade etmektedir (Dürüşken, "Sunuş", s.15 içinde Thomas More, Ütopya (Çev: Çiğdem Dürüşken), 2.Basım, Kabalcı Yayınları, İstanbul 2012.

olup olmadığı hususu açık değildir. Tüm ulusun yöneticisi konumunda bir prensin nasıl göreve geldiğiyle ya da görev ve yetkileriyle ilgili bir anlatım da mevcut değildir.

Ütopyanın temel özelliklerinden biri “kent toplumu” olmasıdır. Ütopya açıkça anti feodaldır. Büyük derebeyleri konakları ya da manorları yoktur ve doğaya dönüşü de yüceltmez. Toplum, toprağı belli bir süre boyunca işleyen ailelerden oluşur fakat süresi dolanlar yeniden şehre dönerler. Ütopyanın temel kurumları kentseldir. Ütopya adasındaki tek tek kentlerin modelinin antik Atina olabileceğı ifade edilir.⁹⁴

C. ÜTOPYANIN SOSYAL VE EKONOMİK YAPISI

1. ÜRETİM VE MESLEKLER

Kadın ve erkek, istisnasız olarak tüm Ütopyalılar tarım alanında uzmanlaşırlar. Çocukluklarından başlayarak, okullarda ve uygulamalı olarak çiftçilik zanaatını öğrenirler. Bunun yanı sıra, her bir kişiye bir ikinci meslek de öğretilir.⁹⁵ Bu mesleklerin başında; yün işçiliğı, dokumacılık, duvarcılık, demircilik ve marangozluk gelir. Ütopya yurttaşlarının hepsi ömürleri boyunca tek tip giyinirler. Sadece evlilerle, evli olmayanların giydikleri farklıdır. Ütopyalılar, çiftçiliğın yanı sıra ikinci meslek olarak genellikle baba mesleğini öğrenirler. Fakat çocuğın başka bir zanaata ilgisi, hevesi varsa, bu durumda o zanaatla uğraşan bir ailenin yanına verilir. Syphograntus olarak adlandırılan yöneticilerinin başlıca vazifesi hiç kimsenin tembellik etmeden, öngörülen çalışma süresi içinde çalışmasını sağlamaktır.⁹⁶ Ütopyalılar günde sadece altı saat çalışırlar. Günü ve geceyi yirmi dört saate bölmüşlerdir ve bunun öğleden önceki üç saatini çalışıp ardından öğle yemeğine giderler, öğleden sonra iki saat kadar dinlenip sonrasında üç saat daha çalışırlar ve akşam yemeğı zamanından önce işi bırakırlar.⁹⁷ Ütopyalıların günlük

⁹⁴ Manuel/Manuel, s.123-124.

⁹⁵ Ütopya, s.161.

⁹⁶ Ütopya, s.163.

⁹⁷ Ütopya, s. 165. Ütopyada köleler sınıfı mevcut olmakla birlikte Ütopyanın ekonomisinde önemli bir rol oynamazlar. Ülkenin ekonomisi büyük ölçüde özgür yurttaşlarının emeğine dayanır. Bir Hıristiyan hümanist olarak More'un fiziksel çalışma kavramına bakışının ve buna eserinde olumlu anlamda yer vermesinin, Ütopyacı düşünce tarihinde bir kilometre taşı olduğu ifade edilir. More'un saye-

yaşamının her yönü bir düzenlemeye tabidir. Günün saatlerini paylaşırma da, bireysel seçime bağlı değildir, standart olarak düzenlenmiştir.⁹⁸ Akşam yemeği bittikten sonra bir saati oyun oynayarak veya müzik çalıp eğlenerek yahut sohbet ederek geçirirler. Oyun denilince, zar atma gibi oyunlardan haberleri yoktur. Oynadıkları oyunlar şans ve kumarla ilgili olmayan zihin çalıştırmaya dayalı oyunlardır.⁹⁹ Her bir Ütopyalı, çalışma, yemek ve uyku saatlerinin arasındaki zamanlarda serbesttir ama esas olan aylıklık yaparak bu serbest zamanı harcamak değil, hoşuna gidebilecek türden zihinsel bir uğraşla bu serbest zamanı değerlendirmesidir. Ütopyalıların çoğu serbest oldukları zaman aralığını insanın zihinsel yönden gelişimini sağlayan alanlarda eğitim alarak değerlendirirler. Boş zamanını yine kendi mesleği ile uğraşarak değerlendirmek isteyenlere de engel olunmaz bilakis, kamu yararına hizmet ettikleri için takdir edilirler.¹⁰⁰ Ütopyada en fazla 500 kadar kişi çalışmadan muaf tutulur. Çalışmaktan yasayla muaf tutulanlar arasında yer alan syphograntuslar, diğerlerine örnek olmak için bu ayrıcalıktan faydalanmazlar. Bu ayrıcalıktan, syphograntusların yanı sıra, kendilerini tümüyle bilime adayabilmeleri için çalışmaktan muaf tutulması gerekenler de yararlanır. Bu kişiler, ancak rahiplerin önerisi ve syphograntusların gizli oylarıyla alınan karar sayesinde bu ayrıcalığa hak kazanabilirler. Ütopyalılar, elçilerini, traniboruslarını ve prenslerini de bilimlerle uğraşanların sınıfından seçerler. Nüfuslarının geri kalanı da, işsiz olup aylakça gezmediğinden ya da topluma yararı olmayan işlerle uğraşmadıklarından üretim için günde altı saatlik çalışma süresi yeterli olmaktadır.¹⁰¹ Ütopyanın yöneticileri yurttaşlarını zorla gereksiz işlere koşmazlar. Kurumsallaşmış bir sistem olarak Ütopya devletinin ana amacı; toplumun zorunlu ihtiyaçları giderildikten sonra, geriye kalan zamanı yurttaşlarının zihinsel özgürlüğe ve gelişime ayırabilmelerini

sinde, Antik Yunan ve Romadaki küçümsemenin aksine, kadın ve erkeklerin eşit fiziksel emeği üzerine kurulu bir toplum düzeni, en azından Ütopyada düşünülebilir hale gelmiştir (Manuel/Manuel, s.127). Paltonun Devletinden farklı olarak “çalışma” sadece bir sınıfa yüklenmemektedir. Ütopyada çalışma yurttaşların temel ortak noktası olarak onları birleştirir ve Ütopya toplumunun temel değeri olan eşitliği simgeler(Kumar, s.82).

⁹⁸ Davis,s.52-53.

⁹⁹ Ütopya, s. 165-167.

¹⁰⁰ Ütopya,s.165.

¹⁰¹ Ütopya,s.171.

sağlamaktır. Onların anlayışına göre, yaşamda mutlu olmanın temeli bu amacın sağlanabilmesinde yatar.¹⁰²

2. ÜTOPYADA SOSYAL İLİŞKİLER

Ütopyada toplumun temel birimi ailedir. İyi eğitilmiş evlatları yetiştirmek amacıyla, devlet kontrolü altındaki aile sosyal organizasyonunun temelidir. Bu noktada More, Platondan ve diğer komünizmi savunan yazarlardan ayrılır ki onlar aileyi mülkiyetin tamamlayıcısı ve siperi olarak görürler.¹⁰³ Aile ve Evlilik konusunda Ütopya, Platonun Devletinden farklıdır. Ütopyada her erkek ve kadın özgürce birbirlerini seçerek evlenebilirler. Oysa Platonun Devletinde koruyucular sınıfında kadın ve çocuklar ortaktır.¹⁰⁴ Ütopyada, her kent ailelerden oluşur. Kızlar evlilik çağına gelip evlendiklerinde kocalarının ailelerine katılırlar ve erkek çocuklar ve bütün erkek torunlar aile içinde kalarak, ailenin en yaşlısına, o kişi iyice yaşlanıp zihinsel yetilerini yitirinceye dek itaat ederler. Zihinsel yetilerini yitirenin yerini ailedeki ikinci en yaşlı kişi alır.¹⁰⁵ Ailenin en yaşlısı, o ailenin reisidir.¹⁰⁶ Ütopya toplumunda kadınlar kocalarına, çocuklar anne ve babaya, yaşça küçük olanlar kendilerinden büyüklere hizmet ederler. Her kent dört mahalleden oluşur ve her mahallenin ortasında her türlü ihtiyacın tedarik edilebileceği bir pazar yeri vardır. Her ailenin kendi evlerinde ürettikleri mallar buraya getirilir ve türüne göre tasnif edilip ambarlara yerleştirilir. Aile reisi kendisinin ve hanesine mensup olan kişilerin ihtiyaçlarını bu pazardan karşılar. Hangi malı almak istiyorsa karşılığında para ya da başka bir mal vermek zorunda olmaksızın, pazardan istediğini alıp, evine götürebilir. Pazarda her şeyden bolca bulunduğu için ve kişi istediği zaman ihtiyacını yine bu şekilde tedarik edebileceğine emin olduğundan, kimse

¹⁰² Ütopya, s.175. Kautsky, More'un Ütopyanın yurttaşlarını mümkün olduğunca bedensel işlerden kurtarıp, onlara zihinsel ve toplumsal faaliyetler için serbest zaman kazandırmak istemesini modern bir eğilim olarak nitelendirir (Kautsky, s.237).

¹⁰³ Hertzler, s.139.

¹⁰⁴ Urgan,s.196.

¹⁰⁵ Ütopya,s.177.

¹⁰⁶ Geniş aile ünitelerinin reisleri olan yurttaşlar arasında eşitlik söz konudur fakat aile içinde hiyerarşi yaş ve cinsiyete bağlıdır. Ütopya düzeni bu bakımdan ataerkildir (Manuel/Manuel, s.124).

açgözlülük yapıp, ihtiyacından fazlasını almaz.¹⁰⁷ Mahalle pazarlarının yanı sıra, çiftçilik üretiminin ürünlerinin getirildiği erzak pazarları da vardır. Bu pazarlara da, çeşitli taze sebze, meyve, canlı hayvanlar, et ve balık getirilir.¹⁰⁸

Ütopyada özel mülkiyet mevcut değildir. Platon, siyasal kuramında mal ortaklığı öngörür ama bunu “Devlet” eserinde sadece koruyucular sınıfı için kabul eder.¹⁰⁹ Daha sonra yazdığı, “Yasalar” eserinde ise, birinci sınıf (İdeal devlet) devlette tüm yurttaşlar için kadınların, çocukların ve bütün malların ortak olması ve özel mülkiyetin insan yaşamından tümüyle silinmesi söz konusu olacaktır. İdeal devlet modeline en yakın olan, ikinci en iyi devlet modelindeyse; Polis’in toprakları 5040 eşit paya bölünecek, 5040 aileye paylaşılacaktır ve yurttaşların saptanmış belli bir taban değerın dört kat fazlasına kadar servet edinebilme hakkı olacaktır.¹¹⁰

Platon, yönetici sınıfın kendilerini tümüyle genel gönence adayabilmeleri için mal ortaklığını talep etmektedir. More ise sınıf ayrımını ortadan kaldırma ve tüm yurttaşların hukuk önünde eşitliğini sağlamayı amaçlar, özel mülkiyetin ilgası ortaklaşa mülkiyetin tesis edilmesi fırsat eşitliğinin ve suçun ortadan kalkmasının garantili yoludur. More Platondan da ileri giderek, bu eşitliğin maddesel menfaatlerin paylaşımını, eşitliği tüm yurttaşlar için mümkün kılabilen zaruri olarak görmüştür.¹¹¹ Platonun “Devlet”inde sadece koruyucular sınıfı için öngörülen mal ortaklığı rejimi, More’da bütün toplumu kapsar. Böylece sınıfların olmadığı bir toplum söz konusu olur.¹¹²

Ütopyanın her kentinin her mahallesinde çok geniş yemekhaneler vardır. Kentte yaşayan aileler yemeklerini bu yemekhanelerde yerler. Öğle ve akşam yemekleri saatlerinde borazan çalınarak halka yemek vaktinin geldiği hatırlatılır ve syphograntusların yönetimindeki ailelerin hepsi yemek salonunda toplanır. Evde yemek yemek yasak olmamasına rağmen, hiç kimse evinde yemeğe heves etmez. Çünkü böyle

¹⁰⁷ Ütopya,s.179.

¹⁰⁸ Ütopya,s.181.

¹⁰⁹ Platon, Devlet, s.113-115,169-170.

¹¹⁰ Platon, Yasalar, s.202-210.

¹¹¹ Hertzler, s.134. Rahiplerin ayrıcalıklı konumu önemli bir istisnadır.

¹¹² Urgan,s.193;Ağaoğulları/Köker, s.239.

yapmak doğru bir davranış olarak görülmez.¹¹³ More'un öngördüğü ortaklaşa yemek, insanın kültürel ve etik açıdan yetiştiği bir zamandır.¹¹⁴ Yemekhanelerdeki ağır, angarya işleri köleler yapar ama yemek pişirmek ve sofrayı donatmak kadınların vazifesidir, aileler sırayla bu görevi yerine getirirler. Beş yaşından büyük ama henüz reşit olmayan çocuklar sofrada oturanlara hizmet ederler. Yemekhanede Syphograntus ve eşi yemekhanedeki herkesi görebileceği bir pozisyonda oturur. Gençler ve yaşlılar masalarda yan yana oturur. Ütopyalılara göre böylece hem farklı yaştan insanların kaynaşması hem de yaşlıların gençlerin davranışlarını denetleyebilmesi mümkün olmaktadır. Bütün öğle ve akşam yemeklerine ahlak konulu edebi nitelikte bir metnin okunmasıyla başlanır. Bu metinden ilham alınarak sofradaki yaşlıların başlattığı ve gençleri de konuşmaya teşvik eden sohbetler yapılır. Akşam yemeklerini müziksiz, tatlısız ve hoş kokulu tütsüler yakmadan geçirmezler. Çünkü bir zararı dokunmamak koşuluyla hiçbir zevkin yasaklanmaması gerektiğini düşünürler. Ütopyalılar başka bir kenti ziyaret etmek isterlerse, kendilerine kentte ihtiyaç duyulmaması koşuluyla, syphograntuslardan veya traniboruslardan kolayca izin alabilirler. Ütopyalılar ancak grup olarak seyahat edebilirler ve yanlarında prensin imzalamış olduğu, seyahat izninin verildiğini ve dönüş gününün de belirtildiği mektubun bulunması gerekir. Eğer bir kişi tek başına yaşadığı bölgenin dışına çıkmaya kalkışır ve yanında prensin izin kâğıdı olmadan yakalanırsa kaçakmış gibi geri getirilir ve ağır bir cezaya çarptırılır. Kişi aynı fiili ikinci kez yaparsa kölelikle cezalandırılır. Kişi kentinin civarındaki köylerde dolaşmak isterse babasının iznini ya da karısının rızasını alması gerekir.¹¹⁵ Eğer söz konusu kişi, o gün öğleden önceki mesai saatini tamamlamamışsa veya akşam yemeğinden önceki zamanı gittiği köyde çalışarak geçirmemiş ise kendisine yemek verilmez. Ütopyalılar çalışmayla geçmesi gereken sürede işlerinden kaytaramazlar. Birbirlerini ayartmaları imkânı da yoktur. Ütopyada, kumarhaneler, şarap evleri ve genel evler olmadığı gibi, ne gizli saklı bir köşe, ne de gizlice buluşulabilecek bir yer vardır. Ütopya yurttaşları hep göz önündedirler. Bu nedenle, zorunlu olarak ya günlük işlerinin başındadırlar ya da Ütopya yasaları ve gelenek kurallarına uygun olan, genel kabul gören bir uğraşla kendilerini eğlendi-

¹¹³ Ütopya, s.181,183-185.

¹¹⁴ Hertzler, s.136.

¹¹⁵ Ütopya, s.189-191.

rirler.¹¹⁶ Davis'e göre, Ütopyada mahremiyet, özel yaşam yoktur. Birey; hukuka, sosyal olarak kabul edilen standartlara ve Ütopyalıların din ve hazza ilişkin anlayışlarına göre biçimlenen bir vicdana uyma yönünde sürekli baskı altındadır. Bu üç kuvvet, aynı tipte davranış üretmek amacıyla aynı noktada birleşirler. Ütopyalıların, tiranlık baskısı ya da aldatılmış iradelerine dayanılarak yürürlüğe konacak kanunları kabul etmeyecekleri doğru olsa da, onlar, kapsamı totaliter olan ve insanın bireyselliğini yadsıyan bir disiplini kabul etmişlerdir. Eğer ahlaki davranış ile kastedilen, bir konuda iki alternatif mümkün iken, özgür irade ile kötünün yerine iyiyi seçmek ise, Ütopyalıların seçim alanı o kadar sınırlıdır ki, Ütopyalıların özgür iradeleriyle ahlaki davranış gösterebilme kabiliyeti neredeyse mevcut değildir. Ütopyada olumsuz alternatif mümkün olduğu kadar erişilemez kılınmıştır.¹¹⁷ Young da, tüm Ütopya kurumlarının kusurunun; tüm tesadüfleri, tüm riskleri insan ilişkilerinden elimine ederek, çok daha vahim olan; insanın özü olanı elimine etme tehlikesine yol açmak olduğunu ifade eder: şansa, başarıya ve başarısızlığa olan açıklığımızı. Ütopyalıların tek renkli giyimi, seyahat üzerine konulan sınırlamalar, evlerin konumlanmasındaki standart düzen, evlerin zorunlu olarak her onyılıda bir devredilmesi gibi uygulamaların ortak amacı herhangi bir türden kişisel arzuyu ya da yozlaşmayı önlemektir. Fakat bunlar aynı zamanda herhangi bir sıra dışı şeyin gelişimini de imkânsız kılarlar.¹¹⁸ Davis, kolektif problem olarak adlandırılan meselenin, Ütopyada ne insanların idealizasyonu ne de doğanın idealizasyonu yoluyla çözüldüğünü belirtir. Bu mesele iki yönlü olarak insanların disiplini ile çözülmüştür. Öncelikle, Ütopyalılar yetiştirilme tarzları, sosyal yapı ve yöneticilerin denetimiyle çalışmaya alıştırmıştır. Ütopyanın çalışma kaynaklarının bu yoğun kullanımı kısıtlığı önlemeyi sağlar. İkincisi, bu üretim yeterli görünür çünkü Ütopyalıların talepleri minimal düzeydedir. Onların istekleri, içinde yaşadıkları toplum tarafından, kanunlar ve geleneklerle şartlandırılmıştır. Ütopyanın toplum yapısı aç gözlülüğe ve gösterişe engel olur. Giyinmede, evlerde, yemek tesislerinde tekbiçimlilik, denetimli yolculuk ve boş vakit, maddi varlıklarla gösteriş yapma çabasını uygulanamaz hale getirir.¹¹⁹

¹¹⁶ Ütopya, s.191.

¹¹⁷ Davis, s.54.

¹¹⁸ Young, s.90-91.

¹¹⁹ Davis, s.54.

Ütopyalılar kendilerine iki yıl boyunca yetebilecek miktarda erzak ayırdıktan sonra ülkelerinde ürettikleri geri kalan ürünü başka ülkelere ihraç ederler. Bu ürünlerin yedide birini o ülkenin yoksullarına bağışlarlar, kalan kısmı da cüzi fiyatlı olarak satarlar. Bu ticaret yoluyla, başta demir olmak üzere ihtiyaç duydukları malları ve büyük miktarda altın ve gümüşü ithal ederler.¹²⁰

Ütopyalılar, kendi ülkelerinde para kullanmazlar ama büyük bir hazineyi de ülkelerinde tutarlar. Bunu tutma nedenleri; ülkelerinin karşılaşabileceği savaş başta olmak üzere tehdit durumunda kullanmak amacıyla. Özellikle yabancı askerleri kiralamak için bu hazineye ihtiyaç duyarlar. Kendi yurttaşlarının yaşamını tehlikeye atmaktansa, yabancı kiralık askerlere bolca para vermeye razıdırlar.¹²¹ Paranın ham maddesi olan altın ve gümüşe ise herhangi bir madenin kendi doğasından kaynaklı bir değer ötesinde bir değer ve anlam yüklemesler.¹²² Altın ve gümüşten lazımlık ve önemsiz alet edevatlar yaparlar ve bununla da yetinmeyip kölelerini bağladıkları zincirleri prangaları bu metallerden üretirler. Her kim yüz kızartıcı bir suç işler ise, kulaklarına altından küpeler, parmaklarına altın yüzük takıp, boynunu ve başını altın zincirlerle sararlar.¹²³ Ütopyalılar, insanın gökyüzünde seyredebileceği sayısız yıldız hatta güneşin kendisi varken, küçücük bir mücevherin, bir taş parçasının solgun parıltısına kendini kaptıranlara hayret ederler¹²⁴

3. ÜTOPYADA EĞİTİM

Ütopyada sadece olağanüstü yetenekleri olanları değil, tüm çocuklar çok iyi bir eğitim görür. Kadınıyla, erkeğiyle halkın büyük kısmı zorunlu çalışma süresi dışında kalan serbest zamanlarını öğrenim için ayırır.¹²⁵ Her gün şafak sökmeden önce halka açık dersler verilmektedir. Bu derslere öncelikle özgür sanatlarda (zihni geliştiren alanlar) eğitim alması için seçilen kişilerin katılması şarttır, bunun yanı sıra kadın ve erkek pek çok insan kendi ilgi alanlarına uygun gördükleri dersleri

¹²⁰ Ütopya, s.193.

¹²¹ Ütopya, s.195.

¹²² Ütopya, s.197.

¹²³ Ütopya, s.199.

¹²⁴ Ütopya, s.205.

¹²⁵ Ütopya, s.207.

dinleyebilirler.¹²⁶ Ütopyalılar, müzik, mantık, aritmetik ve geometri alanında eski dünyanın filozoflarının, bilginlerinin keşfettiklerini, onlardan habersiz olarak keşfetmişlerdir. Astronomi biliminde kullanmak üzere, farklı modellerde aletler icat etmişlerdir. Bu aletlerle güneşin ve yıldızların hareketlerini hesaplayabilmektedirler.¹²⁷ Hythlodæus Ütopyadayken, ondan antik yunan edebiyatı ve felsefesiyle ilgili dersler vermesini isterler ve öğrencilerinin bir kısmı öncelikle kendi istekleriyle, bir kısmı da senatolarının kararıyla derslere katılıp kısa zamanda antik yunan dilini öğrenerek, Hythlodæus'un götürdüğü kitaplardan antik yunan edebiyatı, felsefesi ve bilimi üzerine de pek çok bilgi edinirler.¹²⁸ Aynı zamanda, Hythlodæus'un yanında götürdüğü kitaplarının sayfalarını inceleyip, nispeten kısa bir süre içinde kâğıt üretimine ve baskı tekniğine geçişler.¹²⁹

Ütopyanın eğitim sisteminde özellikle çocukların yetiştirilmesinde rahipler önemli rol oynar. Ülkenin eğitim sistemi ahlak, kültür ve sosyal değerlerin telkini üzerine kuruludur. Bu eğitim, tüm yaşama yayılmıştır.¹³⁰

Pavkovic'e göre, Ütopya devleti kamu yararına yönelik iki farklı temel amaca sahiptir: birincisi malların bolluğunu, refahı sağlamak ve ikincisi ise yurttaşlarının zihinsel gelişimlerini sağlayıp, mutlu olabilmeleri için mümkün olduğunca fazla serbest zamanı yurttaşlarına tahsis etmektir. Ortak mülkiyet rejiminin sağladığı koşullarda eşitlik, Ütopyalıların maddesel ihtiyaçlarının sınırlanması ki, bu ihtiyaçların sadece kapsamı değil aynı zamanda çeşitliliği de sıkıca sınırlandırılmakta ve tüm Ütopyalıların maddesel ihtiyaçlarının birbirinin aynı, tek tip olduğu varsayılmakta, yanısıra nüfusun belli bir sınırdaki tutulması sayesinde maddesel bolluk ve her yurttaşın maddesel üretimden eşit ölçüde faydalanabilmesi söz konusu olabilmektedir. Nüfusun belli bir limiti aşacak şekilde büyümesine müsaade edilmediği için, Ütopyalıların maddesel

¹²⁶ Ütopya, s.165. Kautsky, bu birkaç satırın, sosyalizmin en önemli ilkelerinden birini içerdiğini belirtir: Bir zümreye ait olan bilim ayrıcalığının kaldırılması. Toplumdaki tüm yurttaşların, kadın ve erkek, bilime eşit olarak ulaşması sağlanır(Kautsky,s.260).

¹²⁷ Ütopya, s.209.

¹²⁸ Ütopya, s.239-241.

¹²⁹ Ütopya, s.243-245.

¹³⁰ Hertzler, s.139.

ihtiyaçlarının seviyesinin sabit olduğu varsayılmıştır.¹³¹ Buna karşın, Ütopyalıların entelektüel ihtiyaçları ne sınırlandırılmıştır ne de tek biçimlidir, ne de görüldüğü kadarıyla statik olabilirler. Ütopyalıların büyük çoğunluğu yüksek eğitim ihtiyacına sahiptir: derslere akın etmektedirler ve okumaya karşı geniş bir ilgiye sahiptirler. Entelektüel ihtiyaçları tek biçimli değildir. Doğal yatkınlıklarına göre, bazıları bir derse girerken, diğer bazıları başka derslere girerler ve bazıları da yüksek öğrenim için daha fazla eğilime sahiptir.¹³² Ütopyalıların maddesel ihtiyaçları sınırlıdır, tekbiçimlidir ve statiktir; hacim ve kapsamda azalması ya da artmaması gerekir. Hem maddesel ihtiyaçların total hacmi ve hem her yetişkinin maddesel ihtiyacı statik kalmalıdır. Bu durum entelektüel ihtiyaçlar için geçerli değildir: bir yetişkinin entelektüel ihtiyacı zamanla farklılaşabilir ve bu tip ihtiyaçların toplam hacmi de değişebilir. Buna karşın bunların çeşitleri ve hacmi üzerinde hiçbir kontrol öngörülmemiştir. Ütopya toplumunun entelektüel nitelikteki mallar ve hizmetlere olan talebin ani artışı ile nasıl baş edeceği hususu belirsizdir. Varsayalım, belli bir andan itibaren Ütopyanın derslikleri, belli derslere akın eden büyük kalabalıklara artık yetemiyor ve aynı zamanda kamu kütüphanelerinde kitaplara olan talep de çok artıyor. Ütopyalıların yüzleşeceği dilemma şu olacaktır: ya herkesin entelektüel hazlarını (ihtiyaçlarını) tatmin edebilmesinden feragat ya da herkesin maddesel ihtiyaçları ve/veya eşit boş zaman ödülünden feragat etmek. İlk alternatif; onlara ihtiyaç duyan herkesin değil, sadece bazı insanların söz konusu derslerden ya da kitapları ödünç almadan faydalanabileceği anlamına gelir. Her ne kadar, erdem ve entelektüel kabiliyet temelinde bazı seçimler yapmak mümkünse de, hala bu şekilde seçimli olarak tatmin ettirme, Ütopyanın refah konseptinin altında yatan malların ve hizmetlerin eşit dağılımı ilkesini ihlal edecektir. Bu yüzden ilk alternatif, eşit refah amacıyla uyumsuzdur. İkinci alternatif; bazılarından boş zamanından ya da entelektüel hazlarından, diğerlerinin entelektüel ihtiyaçlarını karşılama uğruna feragat etmesini gerektirir.¹³³ Her iki

¹³¹ Aleksandar Pavkovic, "Prosperity, Equality and Intellectual Needs in More's Utopia" in *More's Utopia and the Utopian Inheritance* (Ed: A.D. Cousins/Damian Grace), University Press of America, Inc. Lanham, 1995, s.24-26.

¹³² Pavkovic, s.26.

¹³³ Ülke çapında aniden belli bir zanaatın mensuplarının ürettiği mal ya da hizmet türüne yönelik talep aşırı yükseldiğinde, o zanaat çalışanlarının, aniden artan talebin karşılanabilmesi için diğer zanaatlarla uğraşanlardan daha fazla süre boyun-

alternatif de, herkese eşit muamele ilkesini çiğneme anlamına gelir. Pavkovic'e göre Ütopyadaki sosyal hedeflerin bağdaşmazlığı, More'un Ütopyasındaki bir kavramsal problemi ortaya serer; emek ve ödül arasındaki eksik halka. Her ne kadar; bazılarının, diğerlerinden daha fazla çalışacağı dolayısıyla diğerlerinden daha üretici olacağı kabul edilse de, fazla çalışmaya, daha fazla ödül iliştilmemiştir. Kim ne kadar fazla çalışsa da, ödül aynıdır, eşit miktarda boş zaman.¹³⁴ Pavkovic'in analizine şu hususu da eklemek lazımdır; Ütopyada entelektüel hazlara eğilimi olmayanların boş zamanlarında faydalanabilecekleri maddesel nitelikteki hazlar çeşit olarak sınırlıdır, buna karşın entelektüel hazlara eğilimi olanların yaralanabileceği entelektüel hazların çeşidi sınırsızdır. Bu durumda seçim yapma imkânı, özgürlüğü bakımından bu iki tip insan arasında eşitsizlik söz konusudur. Oysa her iki tipteki insan da eşit süre boyunca çalışmaktadır. Eşitsizlik, entelektüel olanlar lehine, entelektüel olmayanların aleyhine olan bir eşitsizliktir.

4. ÜTOPYADA HUKUK

Ütopyalıların, çok az sayıda yasaları vardır ve bu az sayıdaki yasa onlara yetmektedir. Bu nedenle ciltlerce hukuk kitabına ve bu kitapların içeriği üzerine yazılmış sayısız yorum kitaplarına sahip oldukları halde, bunların bile kendilerine yetmediğini söyleyen öteki halkları çok ayıplarlar. Onlara göre, baştan sona okunmayacak kadar fazla ve herhangi birinin anlayamayacağı kadar da karmaşık olan yasa metinlerine insanların uymalarını beklemenin bariz bir adaletsizlik olduğunu düşünürler. Ütopyada avukatlık mesleği yoktur. Herkesin kendi davasını kendisinin savunmasını ve derdini bir avukata anlatmak yerine doğrudan bir yargıca anlatmasını daha uygun bulurlar. Böylece hakikate daha dolaysızca ulaşılabilir. Davacı, bir avukattan meseleyi çarpıtma dersi almadığı için, yalnızca gerçekleşmiş olayları anlatacak, yargıç da dikkatle anlatılanları dinleyip, zihninde tartarak masum insanları sahtekârların oyunlarına karşı koruyacaktır. Çok az sayıda yasaları olduğu için, Ütopya'da neredeyse her birey hukuk alanında uzmandır.¹³⁵

ca ya da aynı süre içinde ama daha yoğun, daha külfetli çalışmaları gerekecektir. Ülke çapında kendisine olan talebin aniden yükseldiği belli bir dersi öğrenenler için de durum aynı olacaktır.

¹³⁴ Pavkovic, s.31-32.

¹³⁵ Ütopya, s. 261

Onlara göre, bütün yasaların tek amacı, insanlara kendi sorumluluklarını hatırlatmaya yönelik olmalıdır. Yalın ve açık bir biçimde yorumlanamayan yasalarda, ancak birkaç kişi meselenin özünü kavrayabilir, buna karşın sorumlulukların hatırlatılmasına daha fazla ihtiyaç duyan sıradan halk, bu tipte yasaları kavrayamaz, anlayamaz. Sıradan insanlar sahip oldukları sıradan akıllarıyla bu tür yasaları anlamak için kendini zorlamaz, zorlarsa da zaten geçim derdine düşmüş olan insanların böyle yasalarla uğraşmaya ömrü yetmez.¹³⁶ Ütopyalılar, dürüst bir kralın adaleti gözeterek yürürlüğe koyduğu ya da halkın baskı altında kalmadan ve kandırılıp, yanıltılmadan kendi hür iradesiyle onayladığı; yaşamsal huzuru yani hakiki hazzı herkese eşit biçimde paylaştıran yasalarının korunması gerektiğini düşünürler. Buna karşın bir kişi kendi hazzını sağlarken, başkalarını bu hazdan mahrum ederse, bunu adaletsizlik olarak nitelendirirler.¹³⁷

(a) Cezalar

Ütopyada, zina haricinde kalan diğer suçların yasalarla belirlenmiş belli bir cezası yoktur.¹³⁸ Evli olduğu esnada zina eden köleliğin en ağırını yaşamak zorunda kalır. Eğer aldatılan eş, aldatandan boşanmaz ise, onun cezasını paylaşması koşuluyla evlilikleri devam der. Ama aynı şahıs ikinci kez zina suçunu işlerse, ona ölüm cezası verilir.¹³⁹ Diğer suçlarda, suçun derecesine göre affedilip affedilmeyeceğine senato karar vermeye yetkilidir. Eğer işlenen bir suç, herkese ibret olması amacıyla toplum önünde uygulanması gereken bir cezayı gerektirmeyecek kadar hafif bir suç ise; kocalar karılarını, ana babalar da çocuklarını ıslah etme yetkisine sahiptir. Herhangi bir ağır suç için biçilen ceza ise, faili köleliğin zorlu yaşam koşullarıyla yüz yüze bırakmadır. Ütopyalılara göre kölelik suçlular için idam kadar kötü bir cezadır. Hatta suç işleyenleri öldürüp ortadan kaldırmak yerine köle kılmak toplumun daha hayırına olur. Çünkü çalışıp üreten insanlar ölümlerden daha yararlıdır, ayrıca

¹³⁶ Ütopya,s.263

¹³⁷ Ütopya,s.217

¹³⁸ Ütopya,s.257. Ütopya metninde bu şekilde ifade edilmektedir. Buna karşın; aynı metnin bir başka yerinde, yöneticilerin memleket meselelerini senato ya da halk meclisi dışında bir yerde tartışmalarının ölüm cezasını getiren bir suç olduğuda ifade edilmektedir (Ütopya, s. 159).

¹³⁹ Ütopya,s.255

başka insanlara ibret olarak, onları suç işlemekten uzun süre alıkoyarlar. Buna karşın, köle olarak yaşamaya mahkûm edilen kişi, isyan ederek kaçacak olurlarsa, vahşi hayvanlar gibi katledilir. Sabırla cezasına katlananlar içinse her zaman bir umut ışığı söz konusudur. Mahkûm, uzun yıllar köle olarak esarete katlandıktan sonra, suç işlediği için gerçekten pişman olduğunu kanıtlayabilirse, prensin takdiriyle veya halk oylaması yoluyla mahkûmun ağır yaşam koşulları hafifletilebilir ya da tamamen affedilebilir.¹⁴⁰ Ütopyalıların kölelik cezası verdikleri ya Ütopyada yüz kızartıcı suçlar işleyenler ya da yabancı topraklarda işlemiş oldukları ağır suçlar nedeniyle ölüme mahkûm edilmiş olanlardır. Ütopyada, bu ikinci kategoriye giren kölelerin sayısı çoktur. Bunun sebebi, Ütopyalıların bunların çoğunu hayli düşük fiyatlarla, hatta para bile vermeden alabilmeleridir. Bu tip köleler zincire vurulmuş durumda sürekli olarak çalışmak zorundadır. Ütopyalılar, kölelik cezasını hak edecek kadar ağır suç işlemiş olan kendi yurttaşlarına, diğer kölelerden daha fazla şiddet uygularlar. Çünkü bu suçlular; Ütopyada doğumlarından itibaren çok iyi olduğu düşünülen bir ahlaki eğitim ve mükemmel bir öğrenim görmelerine rağmen, suç işlemişlerdir. Ütopyadaki bir başka kölelik kategorisi de, Ütopyalıların kendilerinin taraflarından biri oldukları savaşlarda esir aldıklarıdır. Son olarak da, diğer ülkelerin yoksul işçilerinin oluşturduğu bir kölelik kategorisi vardır. Bunlar, Ütopyada köle olarak çalışmayı kendileri seçmiştir. Ütopyalılar, bu insanlara karşı çok saygılı davranırlar ve neredeyse kendi yurttaşlarına gösterdikleri saygıyı gösterirler ama yine de adetleri gereği, onlara kendi özgür yurttaşlarına yüklediklerine nazaran biraz daha fazla iş yüklerler.¹⁴¹ Ütopyalılar en ağır, kirli, zahmetli işleri kölelere yaptırırlar. Örneğin, hayvanların kesilip, temizlenmesi ve parçalarına ayrılması işini kendi özgür yurttaşlarına değil, kölelere yaptırırlar. Bu tip işleri sürekli yapmanın, en insani duygu olan şefkat duygusunu körelteceğini düşünürler.¹⁴²

(b) Ötanazi

Ütopyalılar, hastaların bakım ve tedavilerine büyük özen gösterirler ama eğer hastalık hem tıbben çaresi olmayan hem de çok ıstırap verici ise, rahipler ve yöneticiler gelip hastaya artık günlük yaşamındaki vazifeleri yerine getiremediğini, başkalarına da yük olduğunu üstelik

¹⁴⁰ Ütopya,s.257.

¹⁴¹ Ütopya,s.247.

¹⁴² Ütopya, s.181.

kendisini de bu eziyeti çekmek zorunda bıraktığını, artık yaşam onun için bir azap olduğundan ölmek hususunda tereddüt etmemesini, bunun kendisi için bir kurtuluş olacağını söylerler. Hasta ikna olup, kabul ederse ya kendi iradesiyle aç kalarak ya da uykusunda ölümü hissetmeden işlem gerçekleştirilir. Eğer hasta buna razı olmazsa, hastaya karşı tıbbi bakım vazifesi devam ettirilir. Buna karşın, yaşamına rahiplerin ve senatonun onayını almaksızın son veren kişiyi ne yakarlar, ne de toprağa verirler. Bedeni, bir cenaze töreni bile yapmadan bir bataklığa atılır.¹⁴³

5. ÜTOPYALILARIN YAŞAM FELSEFESİNİN TEMELİ OLARAK "HAZ"

Ütopyalılara göre esas olan insanın bu dünyada, mutlu bir yaşam sürebilmesidir. İnsan mutluluğunun da, hazza bağlı olduğunu düşünürler.¹⁴⁴ Mutlu bir yaşamı yani hazzı bütün eylemlerin hedefi olarak görürler.¹⁴⁵ Ama mutluluk her türden hazza değil, yalnızca dürüst ve iyi nitelikteki hazlara bağlıdır.¹⁴⁶ Erdem ise doğanın ilkesine göre yaşamaktır ve hem aklın sesini dinleyerek doğaya uygun hakiki hazları, sahte hazlardan ayırmayı sağlar, hem de insanların kendi çıkarlarının peşinden giderken başkalarına zarar vermemeyi buyurur.¹⁴⁷ Hakiki hazzı, doğanın buyrukları doğrultusunda insanın mutlu olmasını sağlayan eylem ya da durumlar oluşturur.¹⁴⁸ Ütopyalıların bu konusundaki ölçütü şudur: bir haz doğaya aykırı olmamalı, eğer bir hazzı deneyimlemek, gelecekte ulaşılabilecek daha büyük hazzın yaşanmasını engelleyecekse, ondan uzak durulmalıdır.¹⁴⁹ Hakiki olmayan, sahte hazlar insanı mutlu etmez ve daha beteri insanın ruhunu ele geçirip, ondaki hakiki hazzı

¹⁴³ Ütopya, s.247-249.

¹⁴⁴ Ütopya, s.211. Engeman, (kurgusal) Ütopya ülkesinin Epikürcülüğü evrensel bir politik prensip olarak geliştiren ilk modern rejim olduğunu ifade eder(Thomas S. Engeman, "Hythloday's Utopia and More's England:an Interpretation of Thomas More's Utopia",The Journal of Politics, Vol.44,1982, s.142).

¹⁴⁵ Ütopya, s.215.

¹⁴⁶ Ütopya, s.213.

¹⁴⁷ Ütopya, s.213-217.

¹⁴⁸ Ütopya, s.219.

¹⁴⁹ Ütopya, s.219,235. Bu ölçüt için Epikür'ün aynı konudaki ölçütü baz olarak alınmıştır (Epikür, Mektuplar ve Maksimler (Çeviren:Hayrettin Örs), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1962, s. 36-37).

yaşama yetisini de yıkar.¹⁵⁰ Bu tür sahte hazlara bazı örnekler olarak; sahip olduğu servetle, üzerine giydikleriyle kendisinin diğerlerinden üstün olduğunu düşünüp kibirlenme, içi boş saygı gösterilerinden, soylu bir aileye mensup olmaktan dolayı gururlanmak, paraya ve mücevherlere düşkünlük, zar atıp kumar oynamak, avcılık sporu¹⁵¹ ifade edilebilir.¹⁵² Ütopyalılar hakiki hazlar olarak gördükleri hazları da kategorilere ayırırlar. Bazı hazlar zihinsel, diğer bazıları da bedene ilişkindir.¹⁵³ Ütopyalılara göre zihinsel haz, diğer hazlardan daha önemlidir.¹⁵⁴ Zihinsel haz, bilgi edinme ve hakikate odaklanmaktan doğan tatmindir.¹⁵⁵ Bedensel hazları da kendi içinde iki kategoriye ayırırlar. Bedenin doğal ihtiyaçlarının giderilmesi, tatmin edilmesi ilk kategoriyi oluşturur; beslenme, dışkılama, cinsel ilişki gibi. Bir de, duyularımıza hitap ederek haz veren şeyler vardır; müzik gibi. İkinci kategori ise bedenin ruhen ve fiziksel olarak dingin ve dengeli olma durumundan ibarettir. Sağlık, yaşamın geri kalan tüm hazlarının, sevinçlerinin temel dayanağıdır.¹⁵⁶ Ütopyalılar, bir insanın kendi sağlığına zarar verecek, doğanın insana sağladığı hazları reddetmesi anlamına gelecek türden çileci davranışlar ancak bu tip davranışlar başka insanların ya da toplumun iyiliği uğruna yapılıyorsa ve bu sıkıntıya girmenin karşılığında tanrı tarafından daha büyük bir haz sağlanacağı umudu varsa yapılmasını uygun görürler. Aksine, hiç kimseye hayrı olmayacak bir erdem gösterisiyle kişinin kendisini cezalandırmasını zırdelilik olarak nitelendirirler.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Ütopya, s.219.

¹⁵¹ Ütopyalılara göre hayvanların zorunluluk nedeniyle öldürülmesi durumu haricinde, bir avcı masum bir hayvanı öldürerek vahşi bir hazı yaşamış olur. Kan dökme arzusu, ruhun vahşete yönelik eğiliminden kaynaklanır. Bu vahşi hazları defalarca tadınca, insanın ruhu vahşileşir (Ütopya, s.225).

¹⁵² Ütopya, s.219-225.

¹⁵³ Ütopya, s.227.

¹⁵⁴ Ütopya, s.233.

¹⁵⁵ Ütopya, s. 227.

¹⁵⁶ Ütopya, s.227-229.

¹⁵⁷ Ütopya,s.237.

6. ÜTOPYANIN SAVAŞ VE DIŞ İLİŞKİLER POLİTİKASI

Ütopyalılar savaşı insanca olmayan, hayvani bir olay olarak görürler. Onlar için savaşta kazanılan onur aslında en büyük onursuzluktur.¹⁵⁸ Ütopyalılar, kadın erkek tüm yurttaşlarına gerektiğinde mücadeleye hazır olabilmek için düzenli ve sıkı bir askeri eğitim verirler. Buna karşın, haklı bir neden olmadıkça kimseyle savaşmazlar.¹⁵⁹ Bu haklı nedenler; kendi topraklarını savunmak, dost ülkelerin topraklarını işgal eden düşmanları söküp atmak yahut bir despot tarafından baskı altında tutulan bir halkı, zorbanın esareti altından kurtarmak için savaş yaparlar. Dostlarının yardımına sadece onları savunmak amacıyla koşmazlar, bazen onlara önceki bir zamanda yapılmış haksızlıkların karşılığını verip, intikamlarını almalarında yardımcı olmaları için de savaşır. Ama böyle bir yola, en son çare olarak başvururlar. Dostları için savaş yapmalarının en önemli nedeni dost halkların tüccarlarının yabancı bir ülkedeyken adil olmayan bir yasa nedeniyle veya adil olduğu halde yanlış biçimde yorumlanan bir yasa nedeniyle haksızlığa uğratılıp, haraca bağlanmalarıdır.¹⁶⁰ Konu para dahi olsa, haksızlığa uğrayan müttefiklerinin intikamını şiddetli biçimde alırlar ama aynı türden bir davranışı kendi tüccarlarının uğradığı haksızlıklarda göstermezler. Kendi tüccarları yabancı bir ülkede dolandırılıp mallarını kaybettiklerinde, yurttaşlarının canına zarar verilmedikçe ihtilafın çözümü için uzlaşma sağlanıncaya kadar o ülkeyle ticari ilişkilerini keserler. Böyle bir politika izlemelerinin nedeni, dost ülke tüccarlarının kendi şahıslarına ait malvarlığından kayıp yaşadıkları için bu durumdan, Ütopyalı tüccarların etkilendiğinden çok daha fazla olumsuz yönde etkilenmeleridir. Oysa Ütopyalı tüccarların kaybı kendi yaşamları, gelecekleri için ciddi bir kayıp teşkil etmez. Ütopyada özel mülkiyet olmadığı için onlar sadece kamuya ait malları kaybetmiş olurlar. Ütopyada kaybedilen mallardan bolca bulunduğu ve hiç kimsenin yaşamı, geçimi söz konusu malların kaybedilmesi nedeniyle zarara uğramayacağı için çok sayıda insanın kanının dökülmesine yol açacak bir intikam savaşı yapmayı vicdansızlık olarak görürler.¹⁶¹ Ütopyalılar çok kan dökülerek kazanılmış olan zaferleri büyük bir utanç ve üzüntüyle karşılarlar. Buna karşın akıl oyun-

¹⁵⁸ Ütopya, s.269.

¹⁵⁹ Ütopya, s.269-271.

¹⁶⁰ Ütopya, s.271.

¹⁶¹ Ütopya, s.273.

larında beceri göstererek düşmanı yenmişlerse bu zaferi kutlarlar ve kahramanlıklarının şerefine taştan bir sütun dikerler. Bunun nedeni, bir savaşı insana özgü bir yolla yani akıl gücüyle kazanabildiklerinde erdemli davrandıklarını düşünüp, gurur duymalarıdır. Ütopyalıların savaştaki yegâne amacı taleplerini elde edebilmektir, şan şöhret peşinde koşmak değil. Bu amaç doğrultusunda davranarak kısa sürede çözüme erişmeye çalışırlar.¹⁶² Savaş ilan edilince düşman ülkenin kralının ve önde gelenlerinin başlarına ödül koyarlar, düşman ülkeyi kendi içinde taht kavgasına düşürmeye çalışırlar. Ütopyalılara göre bu tip yöntemler övgüye değerlidir. Çünkü çok sayıda insanın kanının dökülmesine gerek kalmadan hedefe ulaşılmış olunur. Gerekirse düşmana komşu olan ülkeleri düşmana karşı kıskırtmak gibi yöntemler için bolca para harcarlar. Çünkü bir tek Ütopya yurttaşının kılına dahi zarar gelmesinden, gerekirse biriktirdikleri tüm hazinayı harcamayı tercih ederler.¹⁶³ Ayrıca Ütopyanın yakınında yaşayan ilkel, yabancı Zapoletae halkını yüksek meblağlarda para ödeyerek kiralık asker olarak tutarlar ve kendi yurttaşları yerine öncelikle bunları düşmanla savaştırırlar. Her kim daha fazla para verirse onun adına savaşan, hatta karşı tarafca kiralanan kendi akrabalarına, kardeşlerine karşı savaşıp onları öldürmekten çekinmeyen bu halktan kaç kişinin öldüğü Ütopyalılar için mühim değildir.¹⁶⁴ Kendileri namına savaşacak kiralık askerler bulabildikleri sürece, kendi askerlerini savaşa göndermemek için her türlü yöntemi kullanırlar. Ama kendi askerleriyle savaşa girmek kaçınılmaz hale gelirse, cecurca ve büyük bir azimle savaşırlar.¹⁶⁵ Düşmanlarla anlaşıp, ateşkes ilan edildiğinde buna sadık kalırlar. Ütopyalılar, düşman topraklarını talan etmezler ve yenilen düşman halkın mallarından ganimet olarak asla pay almazlar. Savaş sona erdikten sonra yenilen düşman devletlerden, yaptıkları savaş harcamalarını tazminat olarak talep ederler.¹⁶⁶

Ütopyalıların son çare olarak savaşa başvurduğu bir konu daha vardır. Bu da kolonicilikle ilgilidir. Eğer bir Ütopya kentinde, kent nüfusu belirlenmiş miktarın üzerine çıkarsa, bu nüfus fazlalığı ile öncelikle ülkenin diğer kentlerinin nüfus açığı kapatılır. Eğer tüm adanın nüfusu belli bir seviyeyi aşarsa, bu durumda her kentten yurttaşlar seçilerek,

¹⁶² Ütopya, s.275.

¹⁶³ Ütopya, s.277-279.

¹⁶⁴ Ütopya, s.279- 283.

¹⁶⁵ Ütopya, s.287.

¹⁶⁶ Ütopya, s.293.

anakaranın hemen yakınında bulunan ve yerli halkının işlemediği topraklarda Ütopyanın kendi kanunlarının uygulanacağı bir koloni kurulur. Üzerinde koloni kurulan topraklarda yaşamakta olan bölgenin yerlileri de arzu ederlerse Ütopya kolonisine katılıp, kolonicilerle birlikte yaşayabilirler. Buna karşın yerli halk Ütopya kanunlarına tabi olarak yaşamayı reddederlerse, Ütopyalıların belirlediği sınırın dışına doğru sürülürler. Buna karşı direnmeye kalkarlarsa, Ütopyalılar bunlarla savaşırlar. Ütopyalılara göre bir halkın kendi toprağını ekip biçmemesi, ondan faydalanmaması ve doğa yasası gereği o topraktan beslenmek zorunda olan başkalarına engel olmaları haklı bir savaş gerekçesi oluşturur.¹⁶⁷ Logan'a göre, devleti güvenceye almanın, sakinleri için özgürlüğe erişmenin ve komşularıyla ilişkilerinde tam bir adaleti sağlamanın gereklilikleri arasında kaçınılmaz ödünlemelerde bulunma söz konusudur.¹⁶⁸ Belli bir amacı sağlayabilmek, başka bir amaca erişmekten ödün vermeyi gerekli kılabilmektedir.

Davis, Ütopyalıların kendi ülkelerindeki davranış tarzıyla, savaşta ve dış ilişkiler söz konusu olduğundaki davranışlarının arasındaki görünürdeki tezat ve tuhafılıklara değinir. Ona göre, bu tuhafılıkların cevabı, Ütopya hakkındaki anlatımın en sonundaki pasajda bulunabilir. Söylevinin sonunda, Hythlodæus neden Ütopyanın sadece en iyi devlet değil, ama aynı zamanda devlet ismini gerçekten hak eden tek devlet olduğunu izah eder. Elbette, Ütopya dışında da insanlar kamu refahı üzerine konuşurlar fakat sadece kendi özel menfaatlerini gözetirler. Ütopyada, hiçbir şeyin özel olmadığı bu yerde ise insanlar cidden kendilerini kamu meseleleriyle meşgul ederler. Elbette, her iki durumda da akla uygun hareket etmiş olurlar. Ütopya dışındaki insanların yıkıcı egoizmi tümüyle irrasyonel değildir çünkü hâkimiyeti altında yaşadıkları sosyal düzenlemeler, kamu menfaati ve özel menfaat arasındaki uygunluğu temin etmemektedirler. Özel mülkiyetin verili olduğu durumda, bu ikisi neredeyse karşılıklı olarak birbirinin dışında olmaya mahkûmdur. Ütopya dışında, kendileri için bazı ayrı düzenlemeler yapmadıkça, devletin gelişmesine rağmen, kendilerinin sefalet çekmeyeceğini fark etmeyen kaç kişi vardır? Bu nedenle, zorunluluk onları, diğer insanlardan ziyade kendilerini dikkate almaya zorunlu kılar. More'un,

¹⁶⁷ Ütopya, s.179.

¹⁶⁸ George M. Logan, The Meaning of More's Utopia, Princeton University Press, Princeton, 1983, s.258.

çoğu insanın kendi menfaatinin peşinde koştuğu gerçeğinin farkında olması, onun Ütopyası ve Ütopyacılığının anahtarıdır. Herkes olmasa da, çoğu insan belli bir zamanda hüküm süren koşullarla belirlenen şahsi menfaatlerini gözetecektir ve böyle yapmakla rasyonel davranmış olacaktırlar. Bu, More'un çevre ve hukuki/kurumsal reform üzerine olan vurgusunun nedenini açıklar. More, Ütopyalıları ideal insanlar ya da çok mantıklı insanlar olarak öngörmemiştir. Ütopyalıların altında yaşadığı ebedi denetim, More'un ortalama bir insanoglunun medeni sosyal davranışa olan eğilimi hakkında pek az inancı olduğunu gösterir. Aynı Ütopya adasının kusurlarının özen ve sebatla çalışılarak düzeltilmesi gibi, Ütopyalı kadın ve erkeklerin doğalarının kusurları mümkün olduğunca hukuk, sosyal düzenlemeler, denetim ve eğitimle düzeltilecektir.¹⁶⁹

Strauss, gerçekten adil olabilmesi için sivil toplumun “dünya devleti”ne dönüşmesi gerektiğini ifade eder. Gerçekten bir dünya devletine dönüşmemiş olan her sivil toplum, yurttaş olan ve olmayan arasında bir ayırım yapmak zorundadır. Sivil toplumun kendi içinde sergilendiğinde ahlaksızca ya da gayri adil olarak görülen bir davranış tarzı, sivil toplumun dışında olup, en azından sitenin (Polis) potansiyel düşmanlarına karşı sergilendiğinde haklı ve meşru olarak görülecektir. Bu tür bir adalet anlayışı “yurttaşlık” ahlakıdır ve Strauss'a göre sitenin varlığı bu anlamda bir yurttaş ahlakını gerekli kılar. Buna karşın, bu yurttaş ahlakı kaçınılmaz bir iç çatışmadan da muzdariptir. Savaşta, barışta uygulanandan farklı kurallar uygulandığını kabul eder ama sadece barışta geçerli olduğu ileri sürülen bazı kuralları evrensel olarak geçerli görmekten de kaçamaz. Öte yandan site düşmana karşı kullanılacak ise, ahlaksızca, gayri adil yöntemleri emretmek ve hatta onları övmek zorundadır. Bu iç çatışmadan kaçınabilmek için site kendini bir dünya devletine dönüştürmelidir. Ama yazara göre, hiçbir insan topluluğu, tüm insan ırkını adilce yönetemez.¹⁷⁰

Ütopya devleti hiçbir ülkeyle anlaşma imzalamaz. Ütopyalılara göre eğer doğa insanı insana yeterli ölçüde bağlı kılmamışsa, anlaşma yapmanın anlamı yoktur. Doğaya saygı duymayanların, sözlere saygı duyabileceği nasıl düşünülebilir? Böyle düşünmelerinin nedeni, yaşadıkları coğrafyada kralların kendi aralarında yaptıkları anlaşmalara de-

¹⁶⁹ Davis, s.54-56.

¹⁷⁰ Strauss, s.175-176.

ğer vermemeleridir.¹⁷¹ Anlaşma maddelerinin içeriğine, satır aralarına kurnazlıkla yerleştirilen ifadeler sayesinde sonradan bir açıklık yakalanabilir ve verilen sözler bu açık kullanılarak ihlal edilebilir. Dürüstlük ilkesine aykırı düşen böyle bir davranış, iki şahıs arasında yapılmış bir sözleşmede taraflardan birince sergilense şiddetle kınanacak iken, krallar, ülkeler arasındaki bir anlaşmada aynı dürüstlük ilkesine aykırı davranış bu sefer övgü ile karşlanır. Sanki krallar ve sıradan insanlar için iki farklı adalet yürürlükte, yurttaşlar için olan adaletten farklı olarak kralların istediği her şeyi yapma özgürlüğü vardır.¹⁷² Kaldı ki Ütopyalılar, taraflar yapılan anlaşmalara sadık kalacak olsalar dahi anlaşma yapma uygulamasının kötü bir adet olduğunu düşünürler. Anlaşma yapmak demek, insanların birbirlerinin düşmanı olarak doğduklarını ve bu nedenle aralarında bunu yasaklayan bir anlaşma olmadıkça, birbirlerini boğazlamalarının doğal ve meşru olduğunu kabul etmek anlamına gelir. Ütopyalılara göre, insanları birbirine bağlayan, anlaşmalardan ziyade iyi niyettir.¹⁷³

Komşu devletler, daha sağlıklı ve düzenli bir toplum yapısına kavuşabilmek için Ütopya devletinden yönetici talebinde bulunurlar. Çünkü Ütopyalı bir yöneticinin asla doğru yoldan ayrılmayacağını, ülkesine döndüğünde paraya ihtiyacı olmayacağı için rüşvet almayaacağını, hiçbir zaman kimseyi kayırmayacağını ya da kimseye olumsuz anlamda ayrımcılık yapmayacağını bilirler. İki kötülük; taraf tutma ve açgözlülük yargıya yerleşmeye görsün, toplumu bir arada tutan en güçlü bağ olan adaleti söküp atar.¹⁷⁴

7. ÜTOPYADA DİN

Ütopya ülkesinde ve her bir kentte farklı dinler hüküm sürer.¹⁷⁵ Ütopyalıların büyük çoğunluğu insanın kavrama yetisinin ötesinde olduğuna inandıkları tek bir tanrıya taparlar.¹⁷⁶ Ütopyalılar farklı inançlara sahip olmalarına rağmen hepsi bir tek yüce kudret olduğu

¹⁷¹ Ütopya, s.265.

¹⁷² Ütopya, s.267.

¹⁷³ Ütopya, s.269.

¹⁷⁴ Ütopya, s.265.

¹⁷⁵ Ütopya, s.295.

¹⁷⁶ Ütopya, s.295-297.

ve evrenin onun tarafından yaratıldığı ve yönetildiği hususunda hemfikirdir. Bu tanrıya kendi dillerinde Mithra derler. Ayrıştıkları nokta, her birinin kendi taptığı varlığa Mithra demesidir.¹⁷⁷ Hythlodæus üç arkadaşlarıyla birlikte, Ütopyaya ilk kez vardığında Hıristiyanlık inancıyla da tanışır. Ütopyalıların bir kısmı Hıristiyanlığı kabul ederler. Bunların içinden biri, Hıristiyanlık üzerine uluorta vaaz verip, Hıristiyanlığın diğer dinlerden üstün olduğunu ve bu dinin dışındaki inançların sapkınlık olduğunu, bu inançlara inanların ebediyen cehennem ateşinde yanacağını bağırarak söyleyince, tutuklanır ve kamu düzenini bozmak suçundan ceza verilip, sürgüne gönderilir. Ütopyanın çok eski zamanlardan beri yürürlükte olan bir yasasına göre hiç kimse dininden dolayı suçlanamaz.¹⁷⁸ Kurucu Utopus, insanın doğru olduğuna inandığı bir şeyi, başkalarına tehditle, zorla kabul ettirmeye çalışmasının edepsizlikten, küstahlıktan başka bir şey olmadığını kesinlikle anladığı için bu yasayı koymuştur. Ona göre, belki tanrı birbirinden farklı inanç biçimlerinin var olmasını istiyordur. Ayrıca eğer tek bir hakiki din var ise, günün birinde bu hakikat kendiliğinden gün yüzüne çıkacaktır.¹⁷⁹ Utopus, bu meselenin ucunu açık bırakıp, insanları diledikleri dine inanmakta özgür bırakır. Buna karşın ruhun beden öldükten sonra yaşamadığına veya evrendeki olayların rastlantıyla meydana geldiğine inanılmasını kesin olarak yasaklar.¹⁸⁰ Ütopyalıların dini ilkeleri uyarınca, ruh ölümsüzdür ve tanrının iyiliği sayesinde mutlu olmaya yazgılı olarak doğmuştur. Bu dünyadaki yaşamı takip eden yaşamda insanın erdemleri, iyilikleri ödüllendirilecek ve kötülükleri, günahları ise cezalandırılacaktır. Ütopyalılara göre bunlar dinsel ilkeler olmasına rağmen, bunlara inanmaya ve kabul etmeye yönelten insanın aklıdır.¹⁸¹ Bu inancı benimsemeyenler ise insan olarak dahi kabul edilmez. Böylelerinin ruhunda tanrı korkusu olmadığı için dünyada verilecek bir cezanın korkusu dışında hiçbir şeyden korkmayan ve ölüm sonrası sonsuz yaşam için hiçbir umudu olmayanların yasaları ihlal edeceğine inanırlar. Bu nedenle Ütopya toplumu, bu insanlara saygı göstermez ve bu insanlara güvenilmediği için herhangi bir devlet görevi üstlenmesine müsaade

¹⁷⁷ Ütopya, s.297.

¹⁷⁸ Ütopya, s.301.

¹⁷⁹ Ütopya, s.303.

¹⁸⁰ Ütopya, s.303-305.

¹⁸¹ Ütopya, s.213.

edilmez.¹⁸² Buna karşın Ütopyalılar bu düşüncedeki insanları cezalandırmazlar ya da inancını gizlemesi yönünde tehdit etmezler. Bu kişilerin kendi düşüncelerini savunmalarına halka açık olmayan, rahiplerin ve aklı başında olarak nitelendirilen kişilerin huzurunda gerçekleştirilen özel nitelikte toplantılarda müsaade edilir.¹⁸³

Ütopyalıların rahipleri dini törenlerin yürütülmesinin yanısıra kamu ahlakından da sorumludurlar. Bir kişinin toplum normlarına uygun bir hayat sürdürmediği gerekçesiyle rahiplerin huzuruna çağrılarak, azarlanması toplumun nazarında büyük bir ayıp olarak görülür. Rahipler ahlaka aykırı davrananların dini ayinlere katılmasını yasaklama yetkisine de sahiptir. Ütopyalılar için bu ceza her şeyden önce manevi anlamda çok ağırdır. Ayrıca can güvenlikleri de tehlikeye düşer: Eğer en kısa sürede tövbe edip, rahiplerin gözüne girmezler ise senato tarafından yargılanıp, dinsizlik suçundan cezaya çarptırılırlar.¹⁸⁴ Rahipler çocukların ve gençlerin eğitiminden de sorumludurlar.¹⁸⁵ Ütopyada ahlak ve görgü kurallarının eğitimi, diğer bilim dallarında verilen eğitim kadar önemli görülür. Rahipler, çocukların esnek ve körpe zihinlerine, her türlü yöntemi kullanarak, doğru olduğu kabul gören düşünceleri ve toplumun menfaatlerini korumaya yönelik ilkeleri işlemeye başlarlar. Ütopyada az sayıda olan rahipler, yargılamadan muaftır.¹⁸⁶ Ütopyada çok az sayıda ama çok görkemli ve devasa boyutlarda tapınaklar mevcuttur. Bu tapınaklarda farklı inançlara mensup kişilerin, topluca katıldığı genel ayinler düzenlenir. Bu nedenle bu tapınaklarda herhangi bir dini inanca özgü olan sembollere yer verilmez. Her bir dini inancın mensupları ayrıca kendi aralarında özel ayinler de yapabilirler.¹⁸⁷ Ütopyalıların kutladığı dini bayramlardan “Son Yortu” gününde, tapınaklara gitmeden önce evin hanımları kocalarının ayaklarına ve çocuklar da ebeveynlerinin ayaklarına kapanıp, işledikleri bir suçtan ya da bir

¹⁸² Ütopya, s.305.

¹⁸³ Ütopya, s.305-307.

¹⁸⁴ Ütopya, s.315.

¹⁸⁵ Engeman’a göre Ütopyanın yöneticilerini bulmak için, kendilerini öğretici olarak gizleyen yöneticilere bakmak gerekir. Bu yöneticiler, rahiplerdir. Onlar, tüm Ütopya yöneticileri içinde en güçlü olan ve en çok onurlandırılanlardır (Engeman, s. 144).

¹⁸⁶ Ütopya, s.315-317.

¹⁸⁷ Ütopya, s.321

vazifesini ihmal ettiği için günah işlediğini itiraf ederek, af dilerler.¹⁸⁸ Ütopyalılar, dinsel ayinlerinde asla hayvanları kurban etmezler. Onlar, tüm canlı varlıklara can bahşeden merhametli tanrının kan dökülmesinden ya da katliamlar yapılmasından hoşlanmayacağını düşünürler.¹⁸⁹

SONUÇ

Ütopya, günümüz sosyal devletlerinin dahi sağlayamadığı bir refahı ve sosyal güvenceyi özgür yurttaşlarına sağlar biçimde betimlenmektedir. Bu özellikler çok olumludur ama madalyonun bir de öbür yüzü vardır. Ütopya ilk kurulduğundan itibaren rejimi ikibin yıla yakın bir zamandır değişmemiş ve gelecekte de değişmeyecek olarak tasvir edildiğine göre onu endüstri devrimi sonrası demokrasileriyle karşılaştırarak analiz etmek, mantıksız görünmeyecektir. More, Ütopyada kent devletlerinden oluşan bir tür Cumhuriyetçi Federasyon rejimi öngörmüştür. Bu sayede, merkezin gücünü arttırıp, tiranlaşmasına engel olunur. Öte yandan yine bir federasyon sisteminin her bir kent devletine sağladığı geniş özerklik avantajı Ütopyada fiilen mevcut değildir. Çünkü Ütopyanın yazısız kuralları gereği tüm kentler şehir planlarından kendi içlerinde uygulanan kurallara kadar, birbirinin aynıdır. Dolayısıyla kent devleti modeli daha ziyade kentte yaşayanların daha iyi gözetim ve denetim altında tutulabilmesine hizmet etmektedir. Ütopyada tiranlık engellenmiştir ama zaten toplum düzeninin kendisi totaliter bir yapıdadır. Ütopyada hukuk kuralı ile gelenek kuralı arasındaki sınır silinmiş görünmektedir. Ütopyada erkler ayrılığı da yoktur. Erkler birbiriyle içi içe geçmiştir. Özel mülkiyetin olmadığı, herkes için mal ortaklığının olduğu bir düzende özel hukukun büyük kısmı artık gereksiz hale gelecektir. Özel hukukun mülkiyetle ilgili olmayan kısmı da, kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı olmadığı için, mevcut değildir. Ütopyada zina suçu (ve yöneticilerin toplumun ortak meselelerini senato ya da halk meclisi dışında tartışmaları suçu) dışında, hangi suça hangi cezanın verileceği önceden belli değildir. Bir başka deyişle hukuk güvenliği mevcut değildir. Birey yerine aile toplumun temel birimi olarak kabul edildiği için, ailenin bütünlüğünü bozan bir fiile, bireyin bütünlüğünü bozan fiilden daha ağır ceza öngörülmektedir. Ütopyada bir usul olarak demokrasi vardır ama bugün bildiğimiz anlamda bir demokrasi mevcut değildir. Çünkü Ütopyada, fikir kulüpleri, dernekler gibi yapıları kap-

¹⁸⁸ Ütopya, s.323

¹⁸⁹ Ütopya, s.325

sayan sivil toplum alanı da yoktur. Ütopyada ilk eğitim rahiplerin tekelindedir ve rahipler körpe beyinlere rejim doktrinini enjekte ederler. Ütopyada herkes özgür ve eşit değildir. Köleler mevcuttur, bunun yanı sıra rahiplerin de yargısal dokunulmazlığı vardır. Derebeylerin, feodal patronların hâkimiyeti altında olmama söz konusu olmakla birlikte özgür yurttaşın kişisel özgürlüğü önemli ölçüde sınırlıdır. Ne zaman çalışacağı, ne zaman yemek yiyeceği, ne zaman dinleneceği gibi günlük yaşamın pek çok yönü önceden düzenlenmiştir. Bir kentten başka birine hatta civar köye bile gitmesi izne tabidir. Ütopyada bireyin mahremiyeti, özel hayatı yoktur. Sürekli göz önündedir. Herhangi bir kişinin başkalarına somut bir zararı olmaksızın, kendi mutluluk anlayışını oluşturup, takip edebilmesi mümkün değildir. Farklı “doğru yaşam” ya da “iyi yaşam” anlayışlarının Ütopyada yarışabilmesi söz konusu değildir. Katı ve hiyerarşik, resmi standart haz anlayışı ile insanoğlunun doğası, potansiyeli dar bir kalıba sıkıştırılmaya çalışılmaktadır. Birey, serbest zamanında katı biçimde sınırlanmış eğlence seçeneklerinin dışına çıkamaz, istese de avarelik yapamaz. Serbest zamanda bile bir uğraşla ilgilenmek zorundadır. Ortaklaşa iyilik için uygun görülen, küçük yaştan itibaren şartlandırma ve toplumsal denetimle bireysel mutluluğun tek yolu olarak dayatılır. İnsanların hata yapma, günah işleme imkânı yoktur. Dolayısıyla, bir kişinin özgür iradesiyle ahlaki bir seçim yapabilmesi için en az iki alternatif davranış yolu olması gerektiğine göre, davranışları pek çok yönden düzenlenmiş olan Ütopya yurttaşlarının neredeyse özgür irade ile ahlaki bir seçim yapabilme olanağı yoktur. Bireysellik öylesine yok edilmiştir ki, aynı model ve kumaş giysinin farklı rengini giyebilmek bile mümkün değildir. Mevcut düzenin olağan akışına uymayan her davranış biçimi, her olay otomatik olarak bir olumsuzluk, bozulma olarak algılanmaktadır. Oysa bazen ilerleme bu tesadüfler vasıtasıyla gerçekleşir. Ütopyada zihinsel hazlar, hazlar hiyerarşisinde birinci sırada olduğu için, zihinsel gelişim imkânı öncelikli olarak sağlanmaktadır. Ancak, örneğin belli bir bilim alanında kendini geliştirmek, zihinsel faaliyeti somut bir varlığa; yeni bir icada, bir araç, cihaz ya da makineye dönüştürmek anlamına geliyorsa, bunu talep eden kişinin durumu ne olacaktır? Çünkü böyle bir talep, ortalama bir yurttaş için sağlanan destekten çok daha fazlası anlamına gelecektir. Bu talep için gereken kamu desteğini sağlamak Ütopyada yöneticilerin yetkisindedir. Özel mülkiyetin mevcut olduğu, para ve piyasa ekonomisine sahip ülkelerde, kişi kendisi için devlet harici olan bir kişi ya da kurumdan destek alma şansına sahipken, Ütopyada talebi yöneticilerce reddedilen

için bu mümkün olmayacaktır. Para ve piyasa ekonomisine sahip olan demokratik toplumlarda hangi teknolojinin yaşayıp yaygınlaşabileceği sadece devletin destek olup olmamasına bağlı değilken, Ütopyada bu husus da yöneticilerin iki dudağı arasında olacaktır. Ütopyanın düzeyinde, bilim ve teknoloji alanında kabiliyeti olanları destekleme hatta ödüllendirme uygulaması dahi tek başına yeterli olmayabilir. Çünkü tümü olmasa da, insanların bir kısmı, tamamıyla kendine ait, kendi kontrolü altındaki bir kaynağı dilediği şekilde kullanabilme motivasyonu ile daha verimli çalışabilirler.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali / KÖKER, Levent**, Tanrı Devletinden Kral-Devlete, 3.Baskı, Ankara, 2001
- ARİSTOTELES**, Politika (Çev:Furkan Akderin), Say Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2015
- ARİSTOTELES**, Politika (Çev: Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, 7.Basım, İstanbul, 2004
- CICERO, Marcus Tullius** Yükümlülükler Üzerine, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Basım, İstanbul, 2013
- DAVIS, J. C.** Utopia and the Ideal Society, Cambridge University Press, Cambridge, 1983
- ENGEMAN, Thomas S.**, “Hythloday’s Utopia and More’s England: an Interpretation of Thomas More’s Utopia”, The Journal of Politics, Vol.44, 1982
- HERTZLER, Joyce Oramel**, The History of Utopian Thought, The Macmillian Company, New York, 1926
- KAUTSKY, Karl**, Thomas More ve Ütopyası (Çev: Oğuz Özügül), Pencere Yayınları, İstanbul, 2006
- KUMAR, Krishan**, Ütopyacılık (Çev: Ali Somel), İmge Kitabevi, Ankara, 2005
- LOGAN, George M.**, The Meaning of More’s Utopia, Princeton University Press, Princeton, 1983
- MANUEL, Frank E. / MANUEL, Fritzie P.**, Utopian Thought in the Western World, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1997
- MOORE, Barrington Jr.**, Diktatörlüğün ve Demokrasinin Kökenleri (Çev: Şirin Tekeli/Alaeddin Şenel), 2.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2003
- MORE, Thomas**, Ütopya (Çev: Çiğdem Dürüşken), Kabalcı Kitabevi, 2. Basım, İstanbul, 2012

- PAVKOVIC, Aleksandar**, "Prosperity, Equality and Intellectual Needs in More's Utopia" in *More's Utopia and the Utopian Inheritance* (Ed: A.D.Cousins/Damian Grace), University Press of America, Inc. Lanham, 1995
- PLATON**, Devlet (Çev: Sabahattin Eyüboğlu / M. Ali Cimcoz), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2006
- PLATON**, Yasalar (Çev: Candan Şentuna/Saffet Babür), Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2007
- ROSS, Harry**, *Utopias Old And New*, Nicholson and Watson Limited, London, 1938
- SKINNER, Quentin**, *Visions of Politics, Volume 2: Renaissance Virtues*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- STRAUSS, Leo**, Doğal Hak ve Tarih (Çev: Murat Erşen/Petek Onur), 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2011
- URGAN, Mina**, "Thomas More'un Yaşamı ve Utopia'nın incelenmesi" içinde Thomas More, Utopia (Çev: Sabahattin Eyüboğlu/Vedat Günyol/Mina Urgan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2006
- USTA, Sadık**, "500. Yılında Thomas More ve Ütopya" içinde Thomas More, Ütopya (Çev: Sadık Usta), Kaynak Yayınları, Ankara, 2016
- WHITE, Robert Sommervill**, *Natural Law in English Renaissance Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006
- YOUNG, R.V.**, "Sic Est in Reublica: Utopian Ideology and the Misreading of Thomas More", *Humanitas*, Volume XXVI, Nos1 and 2, 2013

Gelir Vergisi Kanunu Açısından İkale Sözleşmesi

The contrarius actus in Income Tax Law



Yrd. Doç. Dr. A. Selçuk ÖZGENÇ*

ÖZET

Bu çalışmada, ikale sözleşmesinin hukuki niteliği ve sonuçlarına ilişkin tartışmalar vergi hukuku açısından ele alınmaktadır. İkale sözleşmesi sonucu elde edilen maddi edimlere ilişkin vergi idaresi yaklaşımı, söz konusu edimlerin vergilendirilmesi gerektiği yönünde iken vergi yargısının konuya bakışı vergilendirilmemesi gerektiği şeklindedir. Her iki yaklaşımda konunun teorik temellerini ihmal eder izler taşımaktadır. Makalede, söz konusu görüşler gelir vergisinin teorik temellerinden hareketle ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *İkale sözleşmesi, iş hukuku, gelir, Gelir Vergisi Kanunu, kıdem tazminatı*

ABSTRACT

In this article, the author examines the legal character of the contrarius actus in Income Tax Law. In private law practice, there are some arguments about the scope and legal nature of such agreements and those discussions also lead some questions in tax law practise. In general, Turkish tax officers assert that this income which acquired from contrarius actus must be taxed from the point of income tax law whereas the judiciary takes the opposite view. Both of arguments lack theoretic basis, and the author criticises both of approaches.

Keywords: *contrarius actus, labor law, income, income tax law, severance allowance*

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Tarafların, aralarındaki iş akdini karşılıklı anlaşmayla sona erdirmelerini konu alan ikale (bozma) sözleşmeleri, Türk hukuku açısından 1475 sayılı İş Kanunu'nda değişiklik yapan 4773 Sayılı Kanunun iş güvencesine ilişkin getirdiği hükümler sonrası sıklıkla görülmeye başlamıştır. İş akdinin klasik sona erme nedenlerinden farklı olan ikale, kavram veya sözleşme türü olarak 1475 Sayılı İş Kanunu, 818 Sayılı Borçlar Kanunu yahut 6098 Sayılı yeni Borçlar Kanununda tanımlanmamıştır¹. Buna bağlı olarak, hukukta her “yeni” kavram ve/veya kurumun olduğu gibi ikalenin de tartışılması kaçınılmaz olmuştur. İş hukuku öğretisi ve literatüründe geniş zeminde yapılan tartışmaları konunun uzmanlarına bırakarak², bu makalede konu vergi hukuku açısından ele alınmaktadır. Aşağıda detaylı incelenecek olmakla birlikte, işçi ve işverenin karşılıklı anlaşması sonucu işçinin elde ettiği maddi edimlerin

¹ a) ASTARLI, Muhit, İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri, Ankara 2013, s.5.

b) Genel bir tanım olarak; “Bir sözleşmenin ve bu sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların karşılıklı iradelerine dayanan yeni bir sözleşme ile ortadan kaldırılmasına bozma, buna ilişkin sözleşmeye de bozma sözleşmesi (*contrarius actus*) veya ikale” denmektedir. Bu tanım için bkz. ASTARLI, s. 6.

² ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015, s. 295-300; ŞAKAR, Müjdat, “İş Hukukunun Yeni Meselesi: Bozma (İkale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu”, Yaklaşım Dergisi, Yıl:2009, Sayı: 204; TAŞKENT, Savaş, “İş Sözleşmesinin İkale Yoluyla Sona Erdirilmesi”, KAMU-İŞ, Cilt: 11, Sayı:4, Yıl: 2011; ÖZDEMİR, Erdem “İkale ve Alternatif Bir Öneri Olarak “Sulh Sözleşmesi”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, Cilt: 27, Sayı: 3, Mayıs 2013, s. 32-51; İNCE, Ergun, “İkale (Sözleşmeyi Sona Erdirme) Sözleşmesi”, SİCİL, Yıl:5, S: 118, (Haziran 2010) ;GEREK, Hasan Nuvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4; ŞAHİN, Çil, “İbra Sözleşmesi ve İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007; SEVİMLİ, Ahmet K., “İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:14, Haziran 2009; ŞAHLANAN, Fevzi, “İkalede Makul Yarar Ölçüsünün Gabin (Aşırı Yararlanma) Açısından Değerlendirilmesi”, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S.386, Hukuk Eki: 71, Haziran 2012; ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11.Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayınları, No.113, İstanbul, 2008.

gelir niteliği ve buna bağlı olarak nasıl vergilendirileceği hususları vergi hukuku uygulamasında tartışma konusu olmuştur. Bu kapsamda, elde edilen maddi edimlerin gelir vergisi kanunu açısından gelir türü olarak dikkate alınıp alınmayacağı ve nihai olarak verginin konusunu teşkil edip etmeyeceği bu çalışmanın konusu oluşturmaktadır.

1. İkale : Nitelik /İçerik

Kelime anlamı itibariyle “bozma” olan ikalede taraflar yeni bir sözleşme ile mevcut bir iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını sona erdirmektedirler. Buradan hareketle, ikale, TBK. m.1 anlamında iki taraflı bir hukuki işlemdir³. Aynı zamanda, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının iş sözleşmesine doğrudan etki etmesi ve dolayısıyla sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri bir bütün olarak ortadan kaldırması nedeniyle her iki taraf için tasarruf işlemi özelliği gösterir⁴. İkale, kural olarak bir tasarruf işlemi olmakla birlikte temelinde bir tahhüt işlemi yatmaktadır. Sözleşmede işveren bakımından bir tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmüş ise bunun işçinin işinden ve iş ilişkisinin devamından vazgeçmesinin karşılığı olduğu ve dolayısıyla borçların karşılıklı sinallagmatik bir özellik gösterdiği ifade edilebilir. Bununla birlikte, iş verenin makul yarar karşılığı bir tazminat ödeme yükümlülüğü olmadığı hallerde, ikale sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşme olduğundan bahsetmek mümkün değildir⁵.

İkale sözleşmesinin temel içeriği, iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir. Böyle olmakla birlikte, sözleşme, sona erme dışında hükümler de ihtiva edebilmektedir. Bu hükümler, işçinin ikale önerisini kabul etmesinin karşılığı olan tazminat, kullanılmamış yıllık izinler, rekabet yasağı gibi şekillerde örneklenebilir ve esas olarak iş sözleşmesinin tasfiyesini amaçlarlar⁶.

³ ASTARLI, s.29.

⁴ ASTARLI, s. 30.

⁵ ASTARLI, s. 36.

⁶ ASTARLI, s. 7.

2. İkalenin Sonuçları: Vergi Hukuku

2.1. Tespitler

İkale sözleşmesi sonucunda işçi maddi bir edim elde etmektedir. Özel hukuk açısından maddi edim olarak nitelenen bu elde etme, kişinin malvarlığında bir artışa neden olmaktadır. Malvarlığındaki bu artış vergi hukukuna geçtiğimizde teknik anlamıyla “gelir”⁷ olarak nitelenmektedir. Bununla birlikte, teknik karşılığı “gelir” olan bu malvarlığı artışının vergilendirilip vergilendirilmeyeceği sorusu, şekli ve maddi vergi hukukuna⁸ daha yakından bakmayı gerekli kılmaktadır.

2.1.1. Pozitif Hukuk: VUK/GVK

Vergiye doğuran olay kenar başlıklı VUK, m.19 hükmü şöyledir; “*Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Vergi alacağı mükellef bakımından vergi borcunu teşkil eder*”. Hükme göre; vergiyi doğuran olayın temelinde her zaman için hukuki bir olay yahut fiil bulunmaktadır⁹.

Vergi alacağı, mükellef bakımından vergi borcunu teşkil eder ve kamusal bir borç ilişkisi olması nedeniyle her zaman yasa ile düzenlenmek zorundadır¹⁰. VUK’ndaki vergi alacağı, borç ilişkisinin doğumuyla

⁷ a)En genel bakış açısıyla, ekonomik bir kavram olarak gelir “*belli bir zaman kesiti içinde alım gücünde artış şeklinde ortaya çıkan bir akım*”dır. Bkz. ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2015, s.238.

b) Vergi hukukunda gelire ilişkin iki temel teori söz konusudur. Kaynak teorisine göre, belli bir üretim faaliyetine katılma sonucu elde edilen ekonomik değerler gelir olarak kabul edilir. Diğer söyleyişle, üretim faktörlerinin üretim sürecine sokulması karşılığında o dönem hasılatından sağladıkları payı karşılayan kazanç gelir olarak kabul edilmektedir. Safi artış teorisine göre ise hangi kaynaktan doğarsa doğsun satın alma gücünde belli bir dönemde ortaya çıkan artış gelir olarak dikkate alınır. Teoriler hakkında bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 239-240; SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, İstanbul, 2014, s. 194-195; ŞENYÜZ, Doğan/ YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Gerçek, Türk Vergi Sistemi, Bursa, 2016, s.3-4.

⁸ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.2; KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, İstanbul, 1986, s.65 vd.; KIRBAŞ, Sadık, Vergi Hukuku, Ankara, 2015, s.6; KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Ankara, 2014, s.86; ŞENYÜZ, Doğan/ YÜCE, Mehmet/ GERÇEK, Adnan, Vergi Hukuku, Bursa, 2016, s. 15; OKTAR, Ateş, Vergi Hukuku, İstanbul 2016, s.25.

⁹ SABAN, s. 160.

¹⁰ SABAN, s.160.

ilintili olup “vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü” ifadesi maddi vergi kanunlarına göndermede bulunur¹¹.

GVK, m.1 hükmüne göre; “gerçek kişilerin gelirleri gelir vergisine tabidir. Gelir, bir takvim yılı içinde (GVK.m.2);

1. Ticarî kazançlar,
2. Ziraî kazançlar,
3. Ücretler,
4. Serbest meslek kazançları,
5. Gayrimenkul sermaye iratları,
6. Menkul sermaye iratları,
7. Diğer kazanç ve iratlar.

olarak belirtilen kazanç ve iratların gerçek kişiler tarafından elde edilmesidir. Buna bağlı olarak, gelir vergisi kapsamında yukarıda belirtilen gelir türlerinin elde edilmesiyle vergiyi doğuran gerçekleşmiş olur¹².

Gelir Vergisi Kanunu açısından, herhangi bir ekonomik değer in vergilendirilebilmesi için öncelikle kuramsal anlamda gelir olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ancak gelir olarak nitelendirme tek başına yeterli olmayıp söz konusu ekonomik değer in Gelir Vergisi Kanunu’nda sayılı gelir türlerinden birine karşılık gelmesi gerekmektedir. Söz konusu irdeleme, verginin yasallığı ilkesinin¹³ bir sonucudur¹⁴.

2.1.2. Vergi İdaresinin Yaklaşımı

Vergi idaresinin ikale ile ilgili yaklaşımı aşağıda iki özelge ile tespit edilmektedir. Özelgelerden görüleceği üzere, mükellef tereddütüne bağlı olarak ikale sözleşmesinde ödenen tazminatların vergilendirilmesi meselesi kıdem tazminatı çerçevesinde tartışılmış, 2008 ve 2010 yıllarında verilen iki idari görüş konuyu birbirinden farklı değerlendirmiştir.

¹¹ SABAN, s. 201.

¹² SABAN, s.161; ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 242.

¹³ Verginin yasallığı ilkesi hakkında bkz. GÜNEŞ, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul, 2008.

¹⁴ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 242.

05/2008 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK-61 sayılı özelge şöyledir:

“...(V)akfımızla işçiler arasında karşılıklı anlaşmalı olarak yapılacak İkale Sözleşmesi neticesinde ödenen kıdem tazminatının İş Kanunu'nun 14. maddesinde tanımı yapılan kıdem tazminatı kapsamına girmediğinden Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/7. maddesine göre vergiden istisna edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, anlaşmalı olarak yapılan ikale sözleşmesiyle verilen kıdem tazminatlarının ücret olarak değerlendirilerek Gelir Vergisi Kanunu'nun 61,94,103 ve 104. maddeleri gereğince tevkif suretiyle vergilendirilmesi gerekmektedir”.

15/12/2010 tarih ve B.07.1.GİB.4.99.16.02-GVK-94-53 sayılı özelgede ise şöyle denilmiştir:

“.....(U)ygulamada, işçi ve işveren karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle iş sözleşmesini sona erdirebilmekte ve bu sözleşme (bozma sözleşmesi) ile aynı zamanda işçiye kıdem tazminatı, ihbar tazminatı vb. hususlar dikkate alınarak çeşitli şekillerde hesaplanan ödemelerin yapılması kararlaştırılmaktadır.”

Bu açıklamalar çerçevesinde, 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi kapsamında ödenen kıdem tazminatının, çalışanın geçmişte işverene verdiği hizmet karşılığı yıpranmasının bedeli olarak ödenen bir tazminat niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, tarafların iş sözleşmesini karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle sona erdirmesi dolayısıyla, çalışana genellikle o işyerindeki çalışma süresi de dikkate alınarak yapılan ödemenin, aynı mahiyette bir kıdem tazminatını içerdiğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla, iş akdinin taraflarca karşılıklı olarak anlaşılacak suretiyle sona erdirilmesi dolayısıyla çalışana ödenmesi öngörülen tutarın; İş akdinin 1475 sayılı Kanunun 14 üncü maddesi uyarınca fesh edilmesi halinde aynı çalışanın hak edeceği kıdem tazminatına tekabül eden kısmının Gelir Vergisi Kanununun 25 inci maddesinin 7 nci bendi uyarınca kıdem tazminatı olarak dikkate alınması ve bu çerçevede söz konusu tutarın gelir vergisinden istisna edilmesi, bu tutarı aşan kısmının ise hangi ad altında ödenmiş olursa olsun gelir vergisine tabi tutulması gerekmektedir.

Buna göre, iş akitleri ikale sözleşmesi ile sona erdirilen çalışanlarınıza bu sözleşme uyarınca yapılacak ödemenin 1475 sayılı Kanunun 14 üncü maddesine göre hesaplanacak kıdem tazminatına tekabül eden kısmının gelir vergisinden istisna edilmesi mümkün bulunmakta olup, bunu aşan kısmın ise ücret olarak gelir vergisi tevkifatına tabi tutulacağı tabiidir”.

2.2. Değerlendirme

Yukarıda yer verildiği üzere, ikale sözleşmesi sonucunda ödenen maddi edimler, vergi idaresince kıdem tazminatı çerçevesinde tartışılmıştır. Bu noktada, ikale sözleşmesinin kapsamından hareketle ikili bir ayırım yapılması konunun içeriğini tespit açısından önem taşımaktadır. Daha önce belirtildiği üzere, ikale sözleşmeleri, içerik olarak çeşitli edimlerden oluşabilmektedir. Bu maddi edimlerin bir kısmı, daha önce yürütülen iş ilişkisine bağlı olarak çeşitli işçilik alacaklarından oluşmaktadır. Örnekleme gerekir ise, yıllık izin, hak kazanılmış prim, kıdem tazminatı bu işçilik alacaklarındandır. Diğer bir kısım maddi edim ise bu işçilik alacaklarından bağımsız ve iş hukuku açısından makul yarar çerçevesinde yapılan tazminat ödemelerinden oluşmaktadır.

Vergi hukuku açısından meselenin bu ikili ayrıma koşt biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu ikili ayrıma konu maddi edimlerin, yukarıda temelleri ortaya konan teorik çerçeveden hareketle, önce gelir olarak nitelenip nitelenmeyeceği ve ardından Gelir Vergisi Kanunu kapsamında ki gelir türlerinden birini oluşturup oluşturmadığının tespiti yapılmalıdır.

2.2.1. İşçilik Alacakları Bakımından

İkale sözleşmesi ile ödenen işçilik alacakları, ekonomik anlamda kişinin satın alma gücünü artırırken, hukuken malvarlığında bir artışa neden olmaktadır¹⁵. Ekonomik olarak “gelir” niteliği taşıyan alacaklara ilişkin bu tespit tek başına yeterli olmayıp tespitin Gelir Vergisi Kanunu tamamlanmalıdır. İşçilik alacaklarının GVK kapsamındaki gelir türlerinden herhangi birine girip girmediği de tespit edilmek durumundadır. Buna göre, temel özellikleri esas alındığında, Gelir Vergisi Kanunu’nda sayılan yedi gelir türü dört şekilde kategorize edilmektedir. Bunlar;

- 1- Teşebbüs Gelirleri (Ticari Kazanç ve Zirai Kazanç)
- 2- Emek Gelirleri (Ücret ve Serbest Meslek Kazancı)
- 3- Servet Gelirleri (Gayrimenkul Sermaye İratları ve Menkul Sermaye İratları)
- 4- Sui Generis (Diğer kazanç ve iratlar)

¹⁵ GVK kapsamında elde etme ve vergiyi doğuran olay ilişkisi hakkında bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 251 vd.; KANETİ, s. 108; SABAN, s.201-206.

şeklindedir. İkinci kategoride yer alan gelir türlerinin özelliği, emek karşılığı elde edilmeleri yahut emek ağırlıklı olarak yürütülen faaliyetlerden doğmalarıdır. Faaliyetin temelinde iş görme akitleri yer almaktadır. Üretime katılan emek, fiziksel yahut zihinsel bir özellik gösterebilmektedir¹⁶. Ücret gelirleri, bağımlı bir emeğin karşılığını oluşturmaktadır¹⁷.

“Ücretin Tarifi” kenar başlıklı GVK, m.61 hükmü şöyledir:

(2361 sayılı Kanunun 43’üncü maddesiyle değiştirilen madde) Ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir.

Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez.

Bu kanunun uygulanmasında, aşağıda yazılı ödemeler de ücret sayılır:

1. 23’üncü maddenin 11 numaralı bendine göre istisna dışında kalan emeklilik, malüliyet, dul ve yetim aylıkları;
2. Evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatler;
3. Türkiye Büyük Millet Meclisi, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile özel kanunlarına veya idari kararlara göre kurulan daimi veya geçici bütün komisyonların üyelerine ve yukarıda sayılanlara benzeyen diğer kimselere bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;
4. Yönetim ve denetim kurulları başkanı ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;

¹⁶ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 243.

¹⁷ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 287; BİLİCİ, Türk Vergi Sistemi, s. 39-41.

5. (3239 sayılı Kanununun 53'üncü maddesiyle **değişen bent**) Bilirkişilere, resmî arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;
6. Sporculara transfer ücreti veya sair adlarla yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler”.

Yukarıdaki hükümden açıkça görüleceği üzere, yasa koyucu, bağımlı emeğin karşılığı verilen her türlü ödemeyi ücret olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan, genel olarak işçilik alacaklarının ücret olarak vergilendirileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte, ikale sözleşmesinin içeriği burada ayrıca önem kazanmaktadır. Vergi Kanunlarının Uygulanması ve İspat kenar başlıklı VUK, m.3 hükmü şöyledir:

“A) Vergi kanunlarının uygulanması: Bu kanunda kullanılan “Vergi Kanunu” tabiri işbu kanun ile bu kanun hükümlerine tabi vergi, resim ve harç kanunlarını ifade eder.

Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır.

B) İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.

Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.

İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir”.

İşçilik alacaklarının, ikale sözleşmesinde ayrıntılı biçimde belirtildiği durumlarda, bağımlı emeğin karşılığı olmaları nedeniyle GVK, m.61 kapsamında ücret olarak vergilendirilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, sözleşmede işçilik alacaklarının ayrıntılı biçimde belirtilmediği hallerde, VUK m.3 gereği vergi idaresinin yapacağı tespite bağlı olarak söz konusu alacakların ücret olarak vergilendirileceği görüşü ileri sürülebilir. Bu halde, idari işlemin sakatlığı ve edimin işçi-

lik alacağını kapsayıp kapsamadığı hususları mükellef tarafından ispat olunmalıdır.

Teorik temeli itibariyle işçilik alacaklarından olan ve ikale sözleşmesi ile ödenen kıdem tazminatının, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde¹⁸ belirtilen kıdem tazminatı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve dolayısıyla GVK, m.25(7)¹⁹ kapsamında vergi istisnasına tabi olup olmayacağı ayrıca tartışma konusu olmuştur. İş hukuku öğretisinde de kabul edildiği üzere²⁰, ikale sözleşmesinde belirtilmiş olan kıdem tazminatı 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesinde belirtilen kıdem tazminatı kapsamında değildir. Bununla birlikte, vergi idaresi 2010 tarihli özeldesinde, ikale sözleşmesi ile ödenen kıdem tazminatlarının bu kapsamda olduğu değerlendirmesini paylaşmıştır. İş hukuku teorisinde kıdem tazminatı olarak nitelendirilmeyen bu ödemelere vergi hukuku açısından doğrudan kıdem tazminatı niteliği atfetmek hukuken yerinde bir yaklaşım olmamıştır. Bununla birlikte, kanaatimizce söz konusu ödemelerin işçilik alacağı ile ilgili olduğu tes-

¹⁸ Yasa hükmü şöyledir: “Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:

1. İşveren tarafından bu Kanunun 17. maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,
2. İşçi tarafından bu Kanunun 16. maddesi uyarınca,
3. Muvazaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
4. Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;
5. (Ek: 25/8/1999 - 4447/45 md.) 506 Sayılı Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmalari nedeniyle,

Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiyeye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.”

¹⁹ GVK, 25(7) hükmü şöyledir; “(2320 sayılı Kanunun 2’nci maddesiyle değişen bent) 1475 ve 854 sayılı Kanun’lara göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 5953 sayılı Kanun’a göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz)

²⁰ ÖZDEMİR, s.40; GEREK, s.55; ŞAKAR, <https://msakar.wordpress.com/2010/11/21/is-hukukunun-yeni-meselesi-bozma-ikale-sozlesmelerinin-hukuki-durumu/>

pit edilebildiği oranda-ki bu tespit için sözleşmenin yorumu ve elde edilen gelire ilişkin temeldeki baskın unsurun belirlenmesi gerekir- VUK m.3'den hareketle önce ücret olarak nitelendirilmesi ve devamında yasanın lafzı ve ruhunu ön planda tutarak GVK, 25(1) kapsamında²¹ “yardım” olduğundan bahisle vergiden istisna edilmesi hem iş hukuku hem vergi hukuku tekniğine daha uygun bir yaklaşım olacaktır²².

2.2.2. Tazminat Ödemeleri Bakımından

İşçinin, iş ilişkisi devam ederken, kendisi bakımından hiç bir makul neden olmaksızın işverenin ikale önerisini kabul etmesi olağan bir durum değildir. Çünkü, işveren feshini beklemek yerine ikale ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesini kabul eden işçinin feshe bağlı haklardan yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, işverenler işçiye, ikaleyi kabul etmesi için bir kısım yararlar sağlamayı taahhüt etmektedirler. İş hukuku uygulamasında bu yarar çoğunlukla, işçinin ikaleyi kabul etmesi ve işinden vazgeçmesinden doğacak zararların ve yoksun kaldığı tazminatların karşılığı olacak bir paranın ödenmesi şeklinde belirlenmektedir²³.

Söz konusu tazminatların “gelir” olduğunda bir kuşku bulunmamaktadır. Yukarıda teorik çerçevesi ortaya konulduğu üzere, bir gelirin vergilendirilebilmesi için kanunda sayılı yedi gelir türünden birinin kapsamına girmesi gerekmektedir. Söz konusu tazminat ödemeleri herhangi bir gelir türü kapsamına girmediğinden verginin yasallığı ilkesi uyarınca vergilendirilmesi hukuken mümkün değildir. Ödemenin bağımlı bir emeğe dayanmaması nedeniyle “ücret” olarak nitelendirilmesine de imkan bulunmamaktadır.

²¹ GVK 25(1)'ın istisnalara ilişkin “Tazminat ve Yardımlarda” kenar başlıklı hükmü şöyledir; “ 1. Ölüm, (6462 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle değişen ibare. Yürürlük; 03.05.2013) engellilik(****), hastalık (5904 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle değişen ibare. Yürürlük; 03.07.2009)ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dahil) verilen tazminat (***) ve yapılan yardımlar;...”

²² Farklı görüş için bkz. YİĞİT ŞAKAR, AYŞE, İş Sözleşmelerinin İ kale Sözleşmesi ile Sona Erdirilmesinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:16, 2009, s.225-229.

²³ ASTARLI, s. 332.

3. İ kale Sözleşmesine Vergi Yargısının Bakışı

İ kale sözleşmesi sonucu ödenen edimlerin vergilendirilmesine ilişkin ilk derece ve Bölge İdare Mahkemesi kararı aşağıda ele alınmaktadır.

3.1. Tespit

İstanbul 9. Vergi Mahkemesi, E. 2014/2682, K. 2015/1512 ve 23.06.2015 tarihli kararı şu şekildedir:

“...Dava dosyasının incelenmesinden, davacının X A.Ş’de iş sözleşmesine istinaden çalışmakta iken iş akdinin 4857 sayılı Kanun’un 17. Maddesi uyarınca 16.05.2014 tarihinde düzenlenen protokol ile karşılıklı anlaşma sonucu 01.06.2014 tarihinde sona erdirildiği, davacıya kıdem ve ihbar tazminatı dışında iş güvencesi tazminatı adı altında ödeme yapılmasının kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır...Gelir Vergisi Kanunu 61. Maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği çalışanın iş verene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan para yahut para ile temsil edilen ödemeler olmasıdır. Yine yasal düzenlemeye göre ancak ücret veya ücret sayılan ödemelerden tevkifat yapılabilir. Dava konusu kesintinin yapıldığı tazminat, davacının iş akdinin ikale sözleşmesi sözleşmesi uyarınca sona erdirilmesi nedeniyle yasal bir zorunluluk olmaksızın davacıya işsiz kalması sebebiyle yardım amaçlı yapılan bir ödeme olduğundan bu ödemenin iş verene bağlı olarak ve hizmet karşılığı yapıldığından ve dolayısıyla ücret sayılan ödemelerin ortak özelliğini taşıdığından bahsedilemez. Bu itibarla, iş güvencesi tazminatı adı altında yapılan söz konusu ödemeden GVK, 61 ve 94(1) uyarınca vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, çalışma ilişkisini sona erdiren iş veren tarafından davacıya yasal bir zorunluluk olmaksızın yapılan ödemenin ücret niteliğinde olmaması ve 193 sayılı Kanun’un yukarıda yer verilen 25(1) maddesi uyarınca gelir vergisinden müstesna tutulması karşısında söz konusu ek ödemeden gelir vergisi tevkifatı yapılması açık bir vergilendirme hatası olduğundan tevkif edilen verginin iadesi istemiyle yapılan düzeltme ve şikayet başvurusunun zımnen reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. ...”

Benzer olay örgüsüne ve aynı hukuki sonuca sahip ancak davacısı farklı olan başka bir uyuşmazlıkta, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin E. 2014/9100, K.2014/13480 sayılı kararı kesinleşmiştir²⁴.

3.2. Değerlendirme

Yukarıda yer verilen yargı kararları ile ilgili olarak bir değerlendirme cümlesinin kurulabilmesi, ikale ile birlikte verilen tazminatın hukuki niteliği ve amacının saptanması ile mümkündür. İş sözleşmesini ikale ile sona erdirirken verilen tazminatın amacı, işçinin bu sözleşmeyi kabulünü sağlamak ve işini kaybetmek dolayısıyla karşılaşılabilecek olumsuz sonuçları telafi etmektir. Söz konusu tazminat, işçinin işini kaybetmek nedeniyle gelecekte oluşacak zararları denkleştirmeyi amaçladığından bir geçiş ve önleme fonksiyonu da bulunmaktadır²⁵.

Yukarıda açıklandığı üzere, söz konusu tazminat ödemeleri herhangi bir gelir türü kapsamına girmediğinden ve işçilik alacağı niteliği de göstermediğinden vergilendirilmesi verginin yasallığı ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Gelir Vergisi Kanunu kapsamındaki istisnaların temel amacı, gelir türü olarak belirtilmiş bir vergi konusunu sosyal devlet, eşitlik ve benzeri nedenlerle vergilendirme dışında bırakmaktır²⁶. Gelir türü olarak kanunda belirtilmemiş bir gelirin istisnaya tabi tutulması bu teorik temelde hukuken mümkün değildir. Öte yandan, GVK m. 25 ücret sayılan tazminat ve yardımlara ilişkin istisnaları düzenlemektedir. Yargı kararlarında tespit edildiği üzere, ikale ile ödenen tazminatın ücret olarak nitelenmesi mümkün değildir. Ücret olarak nitelenmeyecek bir gelirin, ücretin istisnası kapsamında ele alınması da hukuka aykırılık oluşturur.

Bu bakımdan, ücret konusuna girmediği tespit edilen bir gelirin istisnası ile birlikte değerlendirmesi hukuka uygun bir yaklaşım olmamıştır. Bu nedenle, yargı kararları verginin yasallığı ilkesi gereği mükellef lehine olmakla birlikte, söz konusu tazminatların GVK 25(1) kapsamında "yardım" olarak değerlendirilemeyeceği görüşündeyiz²⁷.

²⁴ Yargı kararları için İstanbul Barosu Vergi Merkezi Başkanı Av.Mehmet Kaya'ya teşekkürü borç biliyorum.

²⁵ ASTARLI, s.334.

²⁶ ULUATAM, Özhan/METHİBAY, Yaşar, Vergi Hukuku, Ankara 2001, s.271.

²⁷ İş hukukunda aksi görüş için bkz. ASTARLI, s. 344.

Sonuç

Çalışmada ikale sonucu elde edilen maddi edimlerin vergi hukuku karşısındaki hukuki durumu tartışılmıştır. Bu kapsamda, ikale sözleşmesinin içeriği ile bağlantılı olarak ikili bir ayrıma gidilmesi vergisel sonuçları tartışmak açısından daha yerinde bir yaklaşımdır. Elde edilen maddi edimlerin işçilik alacağı ile bağlantısı kurulabildiği oranda VUK, m.3 gereği önce ücret olarak nitelendirilmesi- *ki bu nitelendirme her vaka özelinde sözleşmenin yorumu ve elde edilen gelire ilişkin olarak baskın unsurun tespitini gerektirir-*, buna bağlı olarak yapılan kıdem tazminatı ödemelerinin GVK 25(1) kapsamında vergiden istisna edilmesi, tazminat ödemelerinin ise verginin yasallığı ilkesi uyarınca verginin konusuna girmemesi nedeniyle vergilendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

- ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11.Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayınları, No.113, İstanbul, 2008.
- ASTARLI, Muhit, İş Hukukunda İ kale (Bozma) Sözleşmeleri, Ankara, 2013.
- BİLİCİ, Nurettin, Türk Vergi Sistemi, Ankara, 2016.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015.
- GEREK, Hasan Nuvit, “İş Sözleşmesinin İ kale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4.
- GÜNEŞ, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul, 2008.
- İNCE, Ergun, “İ kale (Sözleşmeyi Sona Erdirme) Sözleşmesi”, SİCİL, Yıl: 5, S: 118, (Haziran 2010)
- KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, İstanbul, 1986.
- KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Ankara, 2014.
- KIRBAŞ, Sadık, Vergi Hukuku, Ankara, 2015.
- OKTAR, Ateş, Vergi Hukuku, İstanbul 2016.
- ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2015.
- SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, İstanbul, 2014.
- SEVİMLİ, Ahmet K., “İş Hukukunda İ bra ve İ kale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:14, Haziran 2009.
- ŞAHİN, Çil, “İ bra Sözleşmesi ve İ kale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007.
- ŞAHLANAN, Fevzi, “İ kalede Makul Yarar Ölçüsünün Gabin (Aşırı Yararlanma) Açısından Değerlendirilmesi”, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S.386, Hukuk Eki: 71, Haziran 2012.
- ŞAKAR, Müjdat, “İş Hukukunun Yeni Meselesi: Bozma (İ kale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu”, Yaklaşım Dergisi, Yıl: 2009, Sayı: 204.
- ŞENYÜZ, Doğan/ YÜCE, Mehmet/ GERÇEK, Adnan, Vergi Hukuku, Bursa, 2016.
- ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Gerçek, Türk Vergi Sistemi, Bursa, 2016.
- TAŞKENT, Savaş, “İş Sözleşmesinin İ kale Yoluyla Sona Erdirilmesi”, KAMU-İŞ, Cilt: 11, Sayı: 4, Yıl: 2011; ÖZDEMİR, Erdem “İ kale ve Alternatif Bir Öneri

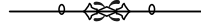
Olarak “Sulh Sözleşmesi”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, Cilt: 27, Sayı: 3, Mayıs 2013.

ULUATAM, Özhan/METHİBAY, Yaşar, Vergi Hukuku, Ankara, 2001.

YİĞİT ŞAKAR, AYŞE, İş Sözleşmelerinin İkale Sözleşmesi ile Sona Erdirilmesinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:16, 2009.

1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi Işığında İkili Andlaşmalara Halefiyet: Teorik Bir Değerlendirme

State Succession To Bilateral Agreements in Light of the 1978 Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A Theoretical Assessment



Yrd. Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM*

ÖZET

Halefiyet hukuku, belli bir ülke üzerindeki egemenlik yetkisinin bir devletten bir başka devlete intikali sonrasında, ülke üzerinde kurulmuş olan hukukî ilişkilerin akıbetinin ne olacağı sorusuna cevap vermeye çalışan kurallar bütünüdür. Bu çerçevede, selef devletin taraf olduğu uluslararası andlaşmaların halef devlete intikal edip etmeyeceği meselesi modern uluslararası hukukun en tartışmalı meselelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesele üzerindeki en kapsamlı çalışma Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun öncülüğünde 1978 yılında akdedilen Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesidir. Sözleşme, bütün uluslararası andlaşmalar için yeknesak kurallar öngörmemekte, çok taraflı uluslararası andlaşmalara halefiyet ve ikili uluslararası andlaşmalara halefiyet alanlarında farklı düzenlemeler ihtiva etmektedir. Sözleşme'nin çok taraflı uluslararası andlaşmalar için öngördüğü düzenlemelerin bugüne kadar pek çok akademik çalışmanın konusunu teşkil ettiği, ikili andlaşmalara halefiyet meselesinin ise uluslararası hukukçular tarafından yeterince incelenmediği görülmektedir. Buradan hareketle, elinizdeki çalışma 1978 Sözleşmesi'nin devletlerin ikili andlaşmalara halefiyeti alanında öngördüğü düzenlemeleri incelemektedir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, [cerenzeynep.pirim@law.bau.edu.tr]

Anahtar Kelimeler: Halefiyet, İkili Uluslararası Andlaşmalar, 1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi.

ABSTRACT

The law of State Succession deals with the replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of a territory. In this context, the issue of State Succession to treaties is one of the most controversial ones in modern international law. The 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, prepared by the International Law Commission, is the most comprehensive work on the subject. The Convention does not provide a unique framework for State Succession to all treaties, but foresees different rules for multilateral and bilateral treaties. While the provisions of the Convention concerning succession to multilateral treaties have been subject of numerous studies, internationalists have not paid sufficient attention to succession to bilateral treaties. In this context, this paper strives to analyze the principles provided under the 1978 Convention for State Succession on bilateral treaties.

Keywords: *Bilateral Agreements, State Succession, 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties.*

GİRİŞ

Uluslararası hukukta halefiyet, belli bir ülke üzerinde kullanılan egemenlik yetkisinin devletler arasında el değiştirmesi¹ yani bir ülke üzerinde uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükleri ileri sürebilme kabiliyetinin bir devletten başka bir devlete geçmesini ifade

¹ DAILLIER, Patrick / FORTEAU, Mathias / PELLET, Alain / DINH, Nguyen Quoc, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, s. 600; CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, ss. 52-53; PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 359; COMBACAU, Jean / SUR, Serge, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2010, s. 435; ZEMANEK, Karl, "State Succession After Decolonization", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 116, 1965, ss. 181-300, s. 189; HERSHEY, Amos S., "The Succession of States", *American Journal of International Law*, Vol. 5, n°: 2, 1911, ss. 285-297, s. 285; BEATO, Andrew M., "Newly Independent and Separating States' Succession to Treaties: Considerations on the Hybrid Dependency of the Republics of the Former Soviet Union", *American University International Law Review*, Vol. 9, Issue 2, 1994, ss. 525-558, s. 528.

etmektedir². Bu çerçevede halefiyet hukuku, egemenlik yetkisinin bir devletten bir başka devlete intikali sonrasında, ülke üzerinde kurulmuş olan hukukî ilişkilerin akıbetinin ne olacağı sorusuna cevap vermeye çalışan kurallar bütünüdür³. Daha açık bir ifade ile, halefiyet hukuku halef devletin, selef devletin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar ile bağlı olup olmayacağı, üye olduğu uluslararası örgütlerin üyesi sayılıp sayılmayacağı, mallarını ve borçlarını üstlenip üstlenmeyeceği veya işlemiş olduğu haksız fiiller nedeni ile sorumlu tutulup tutulmayacağı meseleleri ile ilgilenmektedir⁴.

Halefiyet hukuku, doğası gereği klâsik devletler hukukunun bir parçasını teşkil etmesine rağmen⁵, aynı zamanda bu hukuk dalının en az gelişmiş, en bulanık ve en zor alanlarından biridir⁶. Zira bu hukuk

² PİRİM, Ceren Zeynep, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 1.

³ PİRİM, s. 3.

⁴ PİRİM, s. 6.

⁵ SHAW, Malcolm, “State Succession Revisited”, *Finnish Yearbook of International Law*, 1994, Vol. 5, ss. 34-98, ss. 34-35. Uluslararası hukukta halefiyet teorisinin oluşumuna katkıda bulunan düşünürlerin görüşlerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. O’CONNELL, Daniel Patrick, “Recent Problems of State Succession in Relation to New States”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 130, 1970, ss. 95-206, ss. 101-116; VOLKOVITSCH, Michael John, “Righting Wrongs: Toward a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts”, *Columbia Law Review*, Vol. 92, 1992, n°: 8, ss. 2162-2214, s. 2169.

⁶ “Halefiyet hukukunun devreye girmesini sağlayacak vak’aların çok sık aralıklarla yaşanmıyor olması ve her vak’anın kendine has özelliklerinin bulunması bu alanda teamül hukukunun gelişimini önlemekte ve halefiyet ilkeleri üzerinde devletlerin geniş katılımının olduğu uluslararası andlaşmaların akdedilmesine engel olmaktadır”. PİRİM, ss. 3-4. Bkz. CZAPLINSKI, Wladyslaw, “Equity and Equitable Principles in the Law of State Succession”, in MRAK, Mojmir (ed.), *Succession of States*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, ss. 61-73, s. 61; MULLERSON, Rein, “Law and Politics in Succession of States: International Law on Succession of States”, in BURDEAU, Geneviève / STERN, Brigitte (ed.), *Dissolution, continuation et succession en Europe de l’Est*, Paris, Cedin-Paris I, 1994, ss. 15-47, s. 17; ABI-SAAB, Georges, “Cours général de droit international public”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 207, 1987, ss. 9-463, s. 420; VOLKOVITSCH, s. 2162; HAFNER, Gerhard, “Austria and Slovenia: Succession to Bilateral Treaties and the State Treaty of 1955”, in MRAK, Mojmir (ed.),

dalı, halef devletlerin ve uluslararası toplumun menfaatlerinin uzlaştırılmasını gerektirdiği gibi⁷, uluslararası hukukun farklı ilke ve kurallarının birbiri ile etkileşimine ve çatışmasına da sahne olmaktadır⁸.

Bu tespit devletlerin halef olabileceği birbirinden farklı pek çok unsur için geçerlidir; ancak uluslararası hukukçular halefiyet sürecinden geçen devletlerin taraf oldukları uluslararası andlaşmaların akıbetine ayrı bir önem atfetmekte ve bu husus modern uluslararası hukukun en tartışmalı konularından birini teşkil etmektedir⁹. Hâlbuki devletlerin uluslararası andlaşmalara halefiyeti, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun öncülüğünde 1978 yılında akdedilen Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi ile düzenlenmiş ve böylece halefiyet hukuku alanında bir uluslararası andlaşmaya konu olabilmüş nadir meselelerdendir¹⁰.

Succession of States, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, ss. 127-142, s. 130; DEGAN, Vladimir-Djuro, "La succession d'Etats en matière de traités et les Etats nouveaux (issus de l'ex-Yougoslavie)", *Annuaire français de droit international*, Vol. 42, 1996, ss. 206-227, s. 215.

- ⁷ CAGGIANO, Giandonato, "The ILC Draft on the Succession of States in Respect of Treaties: A Critical Appraisal", *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 1, Issue 1, 1975, ss. 69-98, s. 70; SZAFARZ, Renata, "Succession of States in Respect of Treaties in Contemporary International Law", *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1983, ss. 119-139, s. 127.
- ⁸ MENON, P. K., "The newly independent States and succession in respect of treaties", *Korean Journal of Comparative Law*, Vol. 18, 1990, ss. 139-173, s. 140.
- ⁹ DUMBERRY, Patrick, "An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, n°: 1, 2015, ss. 74-96, s. 74; DUMBERRY, Patrick, "State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, 2015, ss. 13-30, s. 13.
- ¹⁰ Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, conclue à Vienne le 23 août 1978, UNTS, Vol. 1946, ss. 3-189. Sözleşme 22 Ağustos 1978 tarihinde BM çatısı altında düzenlenen Devletlerin Andlaşmalara Halefiyeti Konferansı'nda kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletlerin uluslararası andlaşmalara halefiyetinin yanı sıra 1983 yılında imzaya açılan bir diğer Sözleşme ile devletlerin devlet mallarına, arşivlerine ve borçlarına halefiyetini de düzenlemiştir. Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat, Vienne, 8 avril 1983, Nati-

6 Kasım 1996 tarihinde yürürlüğe giren ve Ağustos 2016 îtibâriyle yalnızca yirmi iki tarafı bulunan¹¹ 1978 Sözleşmesi'nin teamül hukukunu yansıtmadığı ve henüz teamüle dönüşmediği doktrin ve içtihatteki ağırlıklı görüştür. Ayrıca pek çok yazar Sözleşme'nin pozitif hukuku düzenlemekten uzak ve hâtâta pozitif hukuku ihlâl eden ve yeni bağımsız olan devletlerin taleplerinin baskın olduğu bir metin olduğunu ifade etmektedir¹².

ons Unies, *Recueil des Traités*, Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'Etat, Vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.6). Yedi devlet (Hırvatistan, Estonya, Makedonya, Gürcistan, Liberya, Slovenya, Ukrayna) tarafından onaylanan 1983 Sözleşmesi henüz yürürlükte değildir. 1983 Sözleşmesi'nin 50. maddesine göre, Sözleşme on beş devletin onay veya katılım belgelerini tevdi etmelerinden otuz gün sonra yürürlüğe girecektir.

- ¹¹ Bosna-Hersek, Kıbrıs, Hırvatistan, Dominik Cumhuriyeti, Mısır, Ekvador, Estonya, Etiyopya, Makedonya, Irak, Liberya, Fas, Karadağ, Moldova, Çek Cumhuriyeti, Saint Vincent ve Grenadinler, Sırbistan, Seyşeller Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, Tunus, Ukrayna.
- ¹² EISEMANN, Pierre Michel, "Rapport du Directeur de la section de langue française du Centre", in EISEMANN, Pierre Michel / KOSKENNIEMI, Martti (dir.), *La succession d'Etats: la codification à l'épreuve des faits / State Succession: Codification Tested Against the Facts*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, ss. 3-65, s. 51. Benzer bir görüş için bkz. STERN, Brigitte, "General Concluding Remarks", in STERN, Brigitte (ed.), *Dissolution, continuation and succession in Eastern Europe*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, ss. 197-210, s. 202; CZAPLINSKI, Wladyslaw, "La continuité, l'identité et la succession d'États-Evaluation de cas récents", *Revue belge de droit international*, 1993, Vol. 26, n°: 2, ss. 374-392, ss. 374-375; QERIMI, Querim / KRASNIQI, Suzana, "Theories and Practice of State Succession to Bilateral Treaties: The Recent Experience of Kosovo", *German Law Journal*, Vol. 14, n°: 9, 2013, ss. 1639-1660, s. 1648; MAJZUB, Diba B., "Does Secession Mean Succession? The International Law of Treaty Succession and an Independent Quebec", *Queen's Law Journal*, Vol. 24, 1998-1999, ss. 411-450, s. 425. "Doktrindeki ağırlıklı görüşün aksine, 1978 Sözleşmesi'nin bazı hükümlerinin uluslararası teamül hukukunu yansıttığını ileri süren yazarların bulunduğu da belirtilmesi gerekir. Örneğin Renata Szafarz Sözleşme'nin 9, 11, 12, 15, 16, 17/1, 23/1, 24, 25, 31/2, 34/1 ve 35. maddelerinin var olan teamül kurallarını yazılı hale getirdiği, 8 ve 31/1. maddelerinin ise zaman içinde teamüle dönüştüğü görüşündedir [...] Aynı şekilde, Avrupa Konseyi'nin uluslararası hukuk alanında uzman hukukçulardan oluşan komitesi, 16 Ocak 1992 tarihindeki olağanüstü toplantısında, 1978 Sözleşmesi'nin halefiyet hukukunda var olan kuralların tamamını yazılı hale getirmediklerini ancak bazı teamül kurallarını yansıttıklarını ifade etmiştir".

Halefiyet meselelerine her zaman ihtiyatlı yaklaşan Uluslararası Adalet Divanı da bugüne kadar 1978 Sözleşmesi'ne doğrudan atıf yapmaktan kaçınmıştır. Örneğin Divan, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması* kararında 1978 Sözleşmesi yerine “devlet halefiyeti mekanizması”na atıfta bulunmuştur¹³. 1978 Sözleşmesi, Badinter Komisyonu olarak bilinen Yugoslavya Barış Konferansı Tahkim Komisyonu tarafından da yalnızca “ilham kaynağı” telâkki edilmiş, Komisyon hazırladığı raporların ilkinde “*devletlerin halefiyeti meselesi 23 Ağustos 1978 ve 8 Nisan 1983 Viyana Sözleşmeleri'nden ilham alan uluslararası hukukun ilkeleri tarafından düzenlenmektedir*” ifadelerini kullanmıştır¹⁴.

Bununla birlikte, 1978 Sözleşmesi, devletlerin uluslararası anlaşmalara halefiyeti alanında bugüne kadar hazırlanmış en kapsamlı çalışmadır ve bu alandaki boşlukların doldurulması bakımından önemlidir¹⁵.

Sözleşme, bütün uluslararası anlaşmalar için yeknesak kurallar benimsememektedir. Şöyle ki; Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletlerin uluslararası anlaşmalara halefiyetine ilişkin yürüttüğü çalışmalar sırasında uluslararası anlaşmaları üç temel başlık altında sınıflandırmıştır. Söz konusu sınıflandırmayı benimseyen 1978 Sözleşmesi de bu çerçevede “çok taraflı uluslararası anlaşmalar”, “sınırlandırılmış çok taraflı uluslararası anlaşmalar” ve “ikili uluslararası anlaşmalar” için farklı düzenlemeler öngörmüştür.

PİRİM, s. 8, dipnot 38. Bkz. SZAFARZ, “Succession of States in Respect of Treaties in Contemporary International Law”, s. 130. Bkz. STERN, Brigitte, “La succession d'Etats”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 262, 1996, ss. 9-437, s. 150.

¹³ *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires*, CJI, 11 juillet 1996, Rec. 1996, s. 595, par. 20. Divan, *Gabčikovo-Nagymaros* kararında ise, 1978 Sözleşmesi'nin 34. maddesinin uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline gelip gelmediğini tartışmaya gerek görmediğini belirtmiştir. *Affaire relative au projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, CJI, 25 septembre 1997, Rec. 1997, s. 7, par. 123.

¹⁴ PELLET, Alain, “The Opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples”, *European Journal of International Law*, Vol. 178, 1992, ss. 178-185, s. 182. PİRİM, ss. 7-8.

¹⁵ DEGAN, s. 213; MAJZUB, s. 425.

Çok taraflı uluslararası andlaşmalar, genel olarak tedvin andlaşmalarını ve belli koşullar altında da olsa bütün devletlere açık olan andlaşmaları kapsamaktadır¹⁶. Sınırlandırılmış çok taraflı andlaşmalardan kasıt ise 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 20. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen andlaşmalardır. İlgili maddeye göre bu tür andlaşmalar “görüşmeci devletlerin sınırlı sayısından ve bir andlaşmanın konu ve amacından andlaşmanın bütün taraflar arasında bir bütün olarak uygulanmasının tarafların andlaşmayla bağlanma rızasının esaslı bir şartı olduğu [...]” andlaşmalardır. İkili andlaşmalar ise, iki âkit devletin karşılıklı hak ve yükümlülükleri arasında belli bir denge kurulmasını gözeten andlaşmaları ifade etmektedir¹⁷.

1978 Sözleşmesi'nin çok taraflı uluslararası andlaşmalar için öngördüğü düzenlemelerin bugüne kadar pek çok akademik çalışmanın konusunu teşkil ettiği ancak ikili andlaşmalara halefiyet meselesinin uluslararası hukukçular tarafından yeterince incelenmediği görülmektedir¹⁸.

Bu çerçevede, elinizdeki çalışma, 1978 Sözleşmesi'nin halefiyet anında yürürlükte olan “ikili andlaşmalar” için öngördüğü düzenlemeleri değerlendirmekte ve söz konusu düzenlemelerin yerindeliliğini tartışmaktadır.

1978 Sözleşmesi'nin devletlerin ikili andlaşmalara halefiyeti alanında öngördüğü kuralların, halefiyet hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi “halefiyet” ve “adem-i halefiyet (*tabula rasa*)” doktrinleri arasındaki çatışma çerçevesinde şekillendiği görülmektedir¹⁹. Şöyle ki; halefiyet hukukuna ilişkin kurallar uluslararası hukukun erken dönemlerinde iki farklı bakış açısının, “küllî halefiyet” (ing. *universal succession*; fr. *succession universelle*) ve *tabula rasa* (ing. *clean slate*; fr. *table rase*) doktrinlerinin çatışması ışığında ortaya çıkmıştır. “Külli halefiyet tezi,

¹⁶ DEGAN, s. 216.

¹⁷ DEGAN, s. 217.

¹⁸ DUMBERRY, “An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?”, s. 75.

¹⁹ Bkz. DUMBERRY, Patrick / TURP, Daniel, “State Succession with respect to Multilateral Treaties in the Context of Secession: From the Principle of Tabula Rasa to the Emergence of a Presumption of Continuity of Treaties”, *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 13, 2013, ss. 27-65, s. 28.

halefin yalnızca tek bir eşyaya (res) değil, tüm malvarlığına (iuris universitas) halef olacağını öngören Roma Hukuku kökenlidir. Grotius tarafından devletler hukukuna aktarılan ve halef devletin hak ve yükümlülüklerinin tamamının ipso iure selef devlete intikal edeceğini savunan bu tez 19. yüzyıla kadar doktrinde hâkim görüş olmuştur. Ancak 19. yüzyılda, iradeci görüşün de etkisi ile, tabula rasa doktrini olarak adlandırılan yeni bir tez ortaya atılmış ve sona eren devletin hak ve yükümlülüklerinin de sona ereceği zira ‘alacaklıların borçluyu yitirdiği’ ileri sürülmüştür. Halef devletin selefının hak ve yükümlülüklerini ancak ve ancak kendi iradesi ile üstleneceğini savunan tabula rasa doktrini 19. yüzyıl sonrasında klâsikleşmiş ve adem-i halefiyet teorisi (ing. theory of non-succession; fr. théorie de la non-succession) olarak anılmaya başlanmıştır. Bununla birlikte, 20. yüzyılda doktrinde bir kırılma yaşanmış ve bazı yazarlar küllî halefiyet tezini kabul etmedikleri gibi klâsik teoriyi de reddetmeye başlamışlardır. Halefiyet hukukunda hukuk genel ilkelere ve devlet uygulamalarının temel alınması gerektiğini savunan ve bazı yazarların ‘kısmî halefiyet’ olarak adlandırdıkları²⁰ bu üçüncü ekole göre bazı hak ve yükümlülükler halefiyetin konusunu teşkil edebilecek iken, diğer bazı hak ve yükümlülükler selef devletten halef devlete intikal edebilir nitelikte değildir²¹.

İşte, halefiyet hukukuna ilişkin hemen hemen bütün alanlara damgasını vuran bu doktriner çatışma, devletlerin uluslararası anlaşmalara halefiyeti alanında da mevcuttur. Gerçekten de, genel uluslararası hukuk kitaplarının yeterince üzerinde durmadığı bu alan eski dönem hukukçularının neredeyse hiç ilgisini çekmemiş, günümüz hukukçularını ise tabula rasa ilkesinden yana olanlar ve halefiyet doktrinini savunanlar olarak ikiye bölmüştür.

Örneğin, Max Huber’e göre, selef devletin uluslararası anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükleri halef devlete olduğu gibi intikal etmeli iken, Berridale Keith’e göre bir devletin, selefının uluslararası

²⁰ SZAFARZ, “Succession of States in Respect of Treaties in Contemporary International Law”, s. 128.

²¹ PİRİM, ss. 17-18. (Dipnotlar çıkarılmış ve kullanılan ifadelerde küçük değişiklikler yapılmıştır). Küllî halefiyet ve adem-i halefiyet teorilerinin uluslararası hukuk tarihindeki seyri hususunda benzer tespitler için bkz. SZAFARZ, “Succession of States in Respect of Treaties in Contemporary International Law”, s. 128; HAFNER, ss. 130-131; MAJZUB, ss. 423-424.

sı andlaşmalarına halef olabilmesi mümkün değildir²². Sosyalist yazar Korovin'e göre ise her uluslararası andlaşma yerleşik bir sosyal düzenin ifadesidir ve ortak menfaatleri dengelemektedir. Bu sosyal düzen var olmaya devam ettikçe, uluslararası andlaşmalar da, *pacta sunt servanda* ilkesi uyarınca, yürürlükte kalmaya devam edecektir. Ancak bir sosyal sınıf, yalnızca ekonomik değil, iç ve dış siyaseti düzenleyen ilkeleri de yeniden düzenlemek maksadı ile bir diğerini ikame ederse, daha önce var olan ve devrim ile ortadan kalkan düzeni yansıtan eski andlaşma da hükümsüz hale gelecektir²³.

Genel bir değerlendirme yapıldığında, halefiyet teorisini savunan hukukçuların uluslararası ilişkilerin akıbetini ve istikrarını ön planda tuttuklarını söylemek yanlış olmayacaktır; zira uluslararası yükümlülüklerin devamlılığı, uluslararası ilişkilerdeki muhtemel bir hukukî boşluğu engelleyecek, uluslararası değerleri koruyacak ve uluslararası toplumun menfaatlerine hizmet edecektir²⁴. *Tabula rasa* ilkesinden yana tavır alan yazarlar ise halef devletin egemenliği ve halkların kendi kaderini tayin ilkelerini temel almaktadır²⁵.

İşte, söz konusu hukukî çerçeve ve tartışmalar ışığında ve 1960'larda yaşanan sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinin etkisi ile²⁶ 1961 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından devletlerin uluslararası andlaşmalara halefiyeti alanındaki kuralları düzenlemeye davet edilen Uluslararası Hukuk Komisyonu²⁷ meseleyi 1963 yılında önce-

²² Bkz. WILKINSON, H. A., *The American Doctrine of State Succession*, Baltimore, 1934, s. 14, aktaran: MENON, s. 142.

²³ Aktaran: MENON, s. 143.

²⁴ MAJZUB, s. 424; DEGAN, s. 217.

²⁵ MAJZUB, s. 424; DEGAN, s. 217.

²⁶ 1978 Sözleşmesi'nin, sömürgeciliğin tasfiyesi sürecine verilmiş bir yanıt olduğu kabul edilmekte ve dolayısıyla ilk kaygısının yeni bağımsız olan devletlerin halefiyet kurallarını düzenlemek olduğu ifade edilmektedir. Bkz. MAJZUB, s. 448; HAFNER, Gerhard / KORNFEIND, Elisabeth, "The Recent Austrian Practice of State Succession: Does the Clean Slate Still Exist?", *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 1, 1996, ss. 1-49, s. 2.

²⁷ First Report on Succession of States and Governments in Respect of Treaties, by the Special Rapporteur Sir Humphrey Waldock, UN Doc. A/CN.4/202, *Yearbook of the International Law Commission*, 1968, Vol. II, ss. 87-93, s. 87. Bkz. HAFNER, s. 131.

likli olarak ele almış ve on yıldan fazla bir süre üzerinde çalışarak taslak bir metin kabul etmiştir. Söz konusu metnin kabulünün ardından Genel Kurul, 3496 sayılı ve 15 Aralık 1975 tarihli karar ile bir konferans toplanmasını kararlaştırmış²⁸ ve konferans, 1978 yılındaki ikinci oturumunda elli maddeden oluşan Viyana Devletlerin Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi'ni kabul etmiştir²⁹.

1978 yılında kabul edilen Sözleşme tek bir halefiyet teorisinden yana tavır almayacak, halefiyet ve adem-i halefiyet doktrinlerini uzlaştırmaya çalışarak birbirinden farklı halefiyet türleri için farklı ilkeler benimseyecektir³⁰. Şöyle ki; Sözleşme, sömürgeciliğin tasfiyesi sonrasında ortaya çıkan yeni bağımsız olan devlet vak'aları ve diğer halefiyet türleri arasında keskin bir ayrım yapmaktadır. Bu çerçevede, 16-30. maddeler arasında düzenlenen "yeni bağımsız olan devletlerin uluslararası andlaşmalara halefiyeti" alanında *tabula rasa* ilkesini kabul etmekte ve böylece yeni bağımsız olan devletlerin, seleflerinin taraf olduğu ikili uluslararası andlaşmalara halef olma yükümlülüğü altında bulunmadıkları kuralını benimsemektedir (I). 1978 Sözleşmesi'nin 31. madde ve devamında düzenlediği ve diğer halefiyet vak'aları için benimsediği ilke ise halefiyet ilkesidir: sömürgeciliğin tasfiyesine ilişkin olmayan halefiyet vak'alarında, yani ayrılma, dağılma ve birleşme hallerinde kural, selef devletin ikili andlaşmalarının halef devlete intikal edeceği yönündedir (II)³¹.

²⁸ Resolution 3496 (XXX) of 15 December 1975 concerning Succession of States in Respect of Treaties.

²⁹ Bkz. MENON, s. 144.

³⁰ MAJZUB, s. 426.

³¹ Devletin ülkesinin bir parçasının bir başka devlete intikali vak'aları, ülke parçasının bir devletin egemenliğinden çıkıp bir başka devletin egemenliği altına girdiği vak'alardır. Dolayısıyla bu vak'alarda selef devletin taraf olduğu uluslararası andlaşmaların sona ereceği ve ülke üzerinde halef devletin andlaşmalarının uygulanmaya başlayacağı kabul edilmektedir. 1978 Sözleşmesi'nin 15. maddesinde kabul edilen bu ilke devlet uygulamaları ile de tutarlı gözükmektedir. CAHIER, Philippe, "Quelques aspects de la Convention de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités", in DUTOIT, Bernard / GRISEL, Etienne (ed.), *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, ss. 63-76, s. 73. Ülke parçasının halefiyet anından sonra kendine ait bir egemenlik tesis etmediği ve başka bir egemenin yetkisi altına girdiği bu vak'alar elinizdeki çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. Yeni Bağımsız Olan Devletlerin İkili Andlaşmalara Halefiyeti

1978 Halefiyet Sözleşmesi'nin 2. maddesinin f bendi yeni bağımsız olan devleti, “*halefiyet tarihinden hemen önce ülkesi uluslararası ilişkilerinin sorumluluğuna sahip selef devlete bağlı bir ülke olan halef devlet*” şeklinde tanımlamaktadır. Bu çerçevede, yeni bağımsız olan devlet kavramı sömürgeciliğin tasfiyesi sürecine ait bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve ırkçılık ve sömürgecilikle mücadele ederek İkinci Dünya Savaşı sonrasında bağımsızlıklarını kazanan devletleri ifade etmektedir³².

Sömürgeciliğin tasfiyesi süreci, iki ulus arasındaki boyunduruk ilişkisinin ve her alanda var olan adaletsizliklerin ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir süreç telâkki edilmektedir³³. Ve Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletlerin uluslararası andlaşmalara halefiyetini ele aldığı andan itibaren yeni bağımsız olan devletlere ayrı bir önem atfetmiş ve andlaşmalara halefiyet alanında ortaya konulacak hukukî çerçevenin bu devletlerin kendilerine has özelliklerini göz önünde bulundurması gerektiğini ifade etmiştir³⁴. Bu çerçevede, “*yeni bağımsız olan devletler selef devletten ayrılarak kurulmalarına rağmen, 1978 Sözleşmesi'nde ayrılma vak'alarından farklı düzenlemelere tâbi tutulmuşlardır. Zira BM Genel Kurulu'nun 1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı kararında da ifade edildiği üzere, sömürge altında yaşayan topraklar sömürgeci devletin ülkesi addedil-*

³² FALK, Richard A., “The New States and International Legal Order”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1966, Vol. 118, ss. 1-104, ss. 10-11, PİRİM, s. 57.

³³ BEDJAOUİ, Mohammed, “Problèmes récents de succession d'Etats dans les Etats nouveaux”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 130, 1970, ss. 455-586, ss. 490-491.

³⁴ Bkz. Second Report on Succession in Respect of Treaties, by the Special Rapporteur Sir Humphrey Waldock, UN Doc. A/CN.4/214 and Adds. 1 & 2, *Yearbook of the International Law Commission*, 1969, Vol. II, ss. 45-68, ss. 46-47; Fifth Report on Succession in Respect of Treaties, by the Special Rapporteur Sir Humphrey Waldock, UN Doc. A/CN.4/256 and Adds. 1-4, *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, Vol. II, ss. 1-60; Report of the International Law Commission on the Work of its twenty-fourth session, 2 May-7 July 1972, UN Doc. A/8710/Rev.1, *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, Vol. II, ss. 219-347, ss. 250-286; First Report on Succession of States in Respect of Treaties, by the Special Rapporteur Sir Francis Vallat, UN Doc. A/CN.4/278 and Adds. 1-6, *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, Vol. II, ss. 1-91, ss. 40-65.

memektedir. Dolayısıyla sömürgeci devletten bağımsızlığını kazanan topraklar üzerinde kurulan devletler, teknik açıdan selef devletten ‘ayrılarak’ kurulan devletler kabul edilemeyecektir”³⁵. 1978 Sözleşmesi’nin, söz konusu tespitlerden hareketle yeni bağımsız olan devletlerin uluslararası andlaşmalara halefiyetini ayrı bir başlık altında, 16-30. maddeler arasında düzenlediği görülmektedir.

Yeni bağımsız olan devletlerin gerek ikili, gerek çok taraflı andlaşmalara halefiyeti alanındaki genel kural 16. maddede hükme bağlanmıştır. Buna göre; yeni bağımsız olan devlet, selef sömürgeci devletin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara halef olma veya katılma yükümlülüğü altında değildir. Başka bir ifade ile, genel kural *tabula rasa* kuralıdır.

Tabula rasa ilkesinin kabulü, yeni bağımsız olan devletlerin, geçmişte başka bir devlete bağımlı olmaları ve uluslararası ilişkileri üzerinde kontrol sahibi olmamaları ile açıklanmaktadır. Bu devletler ancak bağımsız olduktan sonra ülkeleri ve uluslararası ilişkileri üzerinde egemenlik tesis etmekte ve yepyeni bir uluslararası kimlik ile ortaya çıkmaktadır³⁶.

Bu noktada *tabula rasa* ilkesinin halefiyet öncesi dönem ile tamamen bağları koparmak ve selef devletin bütün uluslararası andlaşmalarını reddetmek anlamına gelmediğinin altının çizilmesi gerekir. Zira yeni bağımsız olan devletin, istediği takdirde, selefinin taraf olduğu uluslararası andlaşmaların yürürlükte kalmasına karar verebilmesi veya selefinin imzaladığı andlaşmaları onaylayabilmesi mümkündür³⁷.

Şöyle ki; yeni bağımsız olan devletlerin çok taraflı andlaşmalara halefiyetini 17-23. maddeler arasında düzenleyen Sözleşme, ikili andlaşmalara halefiyete ilişkin kuralları 24-29. maddeler arasında hükme bağlamıştır. Çok taraflı andlaşmalara halefiyeti düzenleyen hükümlerin

³⁵ PİRİM, s. 58. (Dipnotlar çıkarılmıştır).

³⁶ BEATO, ss. 534-535.

³⁷ Bazı yazarlar, *tabula rasa* teorisinin halef devletin, selefinin tüm yükümlülüklerinden muaf olmasını gerektirdiğinin ve dolayısıyla tüm hak ve yükümlülüklerin halefiyet anından sonra sona ermesini ifade ettiğinin altını çizmektedir. Bu yazarlara göre 1978 Sözleşmesi’nin yeni bağımsız olan devletlerin uluslararası andlaşmalara halefiyeti alanında benimsediği teori *tabula rasa* teorisi olarak değil, “ihtiyarî teori” (ing. *optional theory*) olarak adlandırılmalıdır. HAFNER / KORNFEIND, s. 3.

yeni bağımsız olan devletlerin hayli lehine olduğu görülmektedir³⁸. Zira ilgili hükümler uyarınca, yeni bağımsız olan devlet, selef devletin taraf olduğu çok taraflı andlaşmalardan hangilerine halef olacağını kendi belirleme hakkını haizdir. Başka bir ifade ile, çok taraflı andlaşmalara halef olma yükümlülüğü bulunmadığı gibi, istenildiği takdirde halef olma tercihinde bulunulabilmesi de mümkündür³⁹.

İkili andlaşmalara halefiyete ilişkin hükümlerin ise yeni bağımsız olan devletler için daha az avantajlı olduğu görülmektedir⁴⁰. Şöyle ki; 24. madde uyarınca;

“1. halefiyet anında, halefiyetin gerçekleştiği ülke üzerinde yürürlükte olan bir ikili andlaşma, yeni bağımsız olan devlet ve andlaşmanın diğer tarafı arasında şu koşullarda yürürlükte sayılır:

a) Taraflar açıkça anlaşmışlar ise; veya

b) Tarafların tutumu, anlaşıklarının kabulünü gerektiriyor ise.

2. 1. fıkra uyarınca yürürlükte olduğu kabul edilen bir andlaşma, taraflar aksini kararlaştırmadığı veya tutumlarından aksi anlaşılmadığı müddetçe, yeni bağımsız olan devlet ve diğer devlet arasında halefiyet anından itibaren uygulanır”.

Görüldüğü üzere, yeni bağımsız olan devletler selef devletin çok taraflı andlaşmaları ile bağılı olmadıkları gibi ikili andlaşmaları ile de bağılı değildir. Ancak çok taraflı andlaşmaların aksine, yeni bağımsız

³⁸ DUMBERRY, “State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention”, s. 18 ve s. 23.

³⁹ Uluslararası Hukuk Komisyonu, yeni bağımsız olan devletlerin, istedikleri takdirde, selef devletin çok taraflı uluslararası andlaşmalarına halef olabilecekleri ilkesinin kabulünün temelinde yatan gerekçeyi şu ifadeler ile açıklamaktadır: “bağımsızlık öncesinde selef devletin çok taraflı bir andlaşma ile bağılı olma iradesi sergilemiş olması ve iradenin hâlihazırda yeni bağımsız olan devletin egemenliği altında bulunan ülkeye ilişkin olması, söz konusu ülke ve yeni bağımsız olan devletin istediği takdirde katılma hakkının bulunduğu andlaşma arasında hukukî bir bağ kurmaktadır”. Report of the International Law Commission on the Work of its Twenty-Sixth Session, 6 May to 26 July 1974, UN Doc.A/9610/Rev.1, 1974, s. 237.

⁴⁰ DUMBERRY, “State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention”, s. 19.

olan devletin, selef devletin ikili andlaşmalarına yalnızca kendi iradeleri ile halef olabilmeleri de mümkün değildir; yeni bağımsız olan devletin yanı sıra, ikili andlaşmanın diğer tarafının da halefiyete rıza göstermesi gerekmektedir⁴¹.

1978 Sözleşmesi'nin yeni bağımsız olan devletlerin çok taraflı andlaşmalara halefiyeti ile ikili andlaşmalara halefiyeti alanlarında farklı ilkeler benimsemiş olması, bu iki tür andlaşmanın farklı niteliklere sahip olmaları ile açıklanmaktadır. Şöyle ki; yeni bağımsız olan devletlerin çok taraflı uluslararası andlaşmalara halefiyeti alanında teatmül kuralına dönüştüğü kabul edilen *tabula rasa* ilkesinin benimsenmiş olmasının temelinde sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinin kendine özgü nitelikleri bulunmaktadır; ki bu husus pek çok uluslararası hukukçu tarafından ifade edilmektedir. Örneğin Patrick Dumberry, yeni bağımsız olan devletlerin çok taraflı uluslararası andlaşmalara halefiyeti alanında *tabula rasa* ilkesinin kabul edilmiş olmasını, bu devletlerin durumunun diğer halefiyet vak'alarında ortaya çıkan halef devletlerin durumundan farklı olması ile açıklamaktadır⁴². Renata Szafarz'a göre ise *tabula rasa* ilkesinin benimsenmesi, 1978 Sözleşmesi'nin "andlaşmalara halefiyet sisteminin halkların kendi kaderini tayin hakkı ile uyum içinde olması gerektiğini" kabul ettiğini göstermektedir⁴³. Yazara göre, çok taraflı andlaşmalara halefiyet alanındaki ilkelerin tespitinde belirleyici unsur üçüncü devletlerin ve uluslararası toplumun menfaatleridir; ancak halkların kendi kaderini tayin hakkı temelinde bağımsızlıklarına kavuşan devletlerin varlığında bu devletlerin menfaatleri ön planda tutulmalıdır⁴⁴. Mustafa Kamil Yasseen de aynı görüştedir. Yasseen'e göre de halkların kendi kaderini tayin hakkı, yeni bağımsız olan devletlerin uluslararası alandaki çok taraflı akdî ilişkilerinde tam bir serbestîye sahip olmasını gerektirmektedir⁴⁵. Benzer şekilde, Vladimir-Djuro De-

⁴¹ YASSEEN, Mustafa Kamil, "La Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités", *Annuaire français de droit international*, Vol. 24, 1978, ss. 107-108.

⁴² DUMBERRY, "State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention", ss. 18-19.

⁴³ SZAFARZ, "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis", s. 124.

⁴⁴ SZAFARZ, "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis", s. 110.

⁴⁵ YASSEEN, s. 105.

gan ve P. K. Menon da diğer halefiyet türlerinde uluslararası andlaşmalara halefiyet ilkesi kabul edilmiş iken, yeni bağımsız olan devletler için *tabula rasa* ilkesinin kabul edilmiş olmasının nedenini, söz konusu ilkenin halkların kendi kaderini tayin hakkı ile daha uyumlu olduğu gerekçesi ile açıklamaktadır⁴⁶. Diba Majzub'a göre ise, yeni bağımsız olan devletlerin çok taraflı uluslararası andlaşmalara halefiyeti alanında *tabula rasa* ilkesinin kabul edilme nedeni, söz konusu devletlerin, seleflerinin taraf oldukları andlaşmaların siyâsî oluşum sürecine katılmamış olmalarıdır⁴⁷; ki Majzub'un muhakemesi zımnen de olsa halkların kendi kaderini tayin hakkını temel almaktadır.

İkili andlaşmaların varlığında ise durum farklıdır. Çok taraflı uluslararası andlaşmalar uluslararası toplumun genel menfaatini korumayı amaçlarken ve çok taraflı bir andlaşmaya halef olan devlet normatif bir duruma katılmakta iken, ikili andlaşmalarda, andlaşmanın tarafları arasındaki “kişisel denge” ön plandadır⁴⁸. İkili andlaşma, selef devlet ve üçüncü bir devlet arasında, bu iki devletin menfaatleri ve aralarındaki özel ilişki göz önünde bulundurularak akdedilmiştir ve dolayısıyla kişisel bir nitelik arz etmektedir; bir halef devletin ortaya çıkması ile birlikte söz konusu menfaatlerin radikal değişikliklere uğraması mümkündür⁴⁹.

Başka bir ifade ile, “*tarafların kimliği, bütün uluslararası andlaşmalarda önemlidir; ancak ikili akdî ilişkilerde daha önemli bir rol oynar. Söz konusu olan sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinde yeni bağımsız olan bir devlet ise, andlaşmayı akdetmiş olan birim sonradan ikiye ayrılan bir birim değildir; birbirine yapay olarak bağlanmış ve sonradan birbirinden ayrılan iki farklı birimdir: sömürgeci devlet ve sömürge*”⁵⁰. Dolayısıyla, bir ikili andlaşmanın akıbeti yalnızca yeni bağımsız olan devleti değil, andlaşmanın diğer

⁴⁶ DEGAN, s. 213; MENON, s. 145.

⁴⁷ MAJZUB, s. 427.

⁴⁸ DUMBERRY, “State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention”, s. 25; DUMBERRY, “An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?”, s. 79; MENON, s. 156.

⁴⁹ CAHIER, s. 72.

⁵⁰ YASSEEN, s. 108.

tarafını da ilgilendirmektedir⁵¹; hiçbir ikili andlaşmanın, andlaşmanın her iki tarafının da rızası olmadan halefiyete konu olabilmesi mümkün değildir⁵².

24. maddenin düzenlemesi Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından da benzer gerekçeler ile açıklanmaktadır. Komisyon'a göre, "çok taraflı uluslararası andlaşmalarda da önem arz eden 'kişisel denklem', yani tarafların kimliği, ikili akdî ilişkilerde çok daha önemli bir rol oynamaktadır; ikili andlaşmaların büyük çoğunluğunun amacı, kişisel menfaatler ve aralarındaki ilişkiler dikkate alınarak tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir. [...] Sonuç olarak, ikili uluslararası andlaşmaların varlığında, yeni bağımsız olan devletlerin hangi haklara sahip olduğunun tespitinde dikkate alınması gereken hukukî unsurlar, bazı temel noktalarda, çok taraflı uluslararası andlaşmaların varlığında dikkate alınması gerekenlerden farklıdır"⁵³.

Bunun yanı sıra, Uluslararası Hukuk Komisyonu'na göre, 1978 Sözleşmesi'nin 24. maddesinde benimsenen ilke devlet uygulamalarını yansıtmaktadır. Komisyon'a göre uygulama, yeni bağımsız olan devletlerin, seleflerinin ikili andlaşmalarının yürürlükte kalmaya devam etmesine, andlaşmaların diğer tarafının rızasını almadan tek taraflı olarak karar veremeyeceklerini göstermektedir⁵⁴. Uluslararası hukuk doktrininin büyük bir bölümü de bu görüştedir ve 16 ve 24. maddelerin düzenlemelerinin teamül kuralı olduğunu kabul etmektedir⁵⁵.

⁵¹ DUMBERRY, "An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?", s. 79.

⁵² Sözleşme'nin 24. maddesi uyarınca, söz konusu rıza sarîh veya zımnî olarak gösterilebilir. MENON, s. 156 ve s. 159.

⁵³ Report of the International Law Commission on the Work of its twenty-sixth session, 6 May-26 July 1974, UN Doc. A/9610/Rev.1, 1974, s. 245.

⁵⁴ Report of the International Law Commission on the Work of its twenty-sixth session, 6 May-26 July 1974, UN Doc. A/9610/Rev.1, 1974, s. 246. Bkz. DUMBERRY, "An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?", s. 78.

⁵⁵ Bkz. YASSEEN, ss. 59-113, s. 105 ve s. 108; CAGGIANO, ss. 74-75; MENON, s. 145 ve s. 156; CAHIER, s. 66 ve s. 72; SZAFARZ, "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis", s. 97 ve 108; DUMBERRY, "State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on

Bu noktada, 1978 Sözleşmesi'nin genel olarak öngördüğü ve dolayısıyla yeni bağımsız olan devletlerin ikili uluslararası andlaşmalara halefiyeti alanında da geçerli olan korunma tedbirlerinin de altının çizilmesi gerekir⁵⁶. Zira teamül kuralına dönüştükleri kabul edilen söz konusu korunma tedbirleri uyarınca Sözleşme'de öngörülen kuralların uygulanmayacağı istisnaî haller bulunmaktadır⁵⁷: Sözleşme'nin 11 ve 12. maddeleri uyarınca selef devletin taraf olduğu bütün sınır andlaşmaları ve ülkesel nitelikli andlaşmalar yeni bağımsız olan devlete intikal edecektir⁵⁸. Zira bu andlaşmalara ilişkin uyumsuzlukların uluslararası barışı tehdit edebilecek nitelikte oldukları kabul edilmektedir⁵⁹.

the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention”, s. 26. İzzettin Doğan'ın 1978 Sözleşmesi'nin kabulünden önce kaleme aldığı eserinde yaptığı tespitler de bu yöndedir. Yazara göre, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yeni bağımsız olan devletlerin tümü selef devletin ikili andlaşmaları ile iradeleri dışında bağlanmayı reddetmiş, ancak her devlet kendi çıkarları ve dünya görüşü açısından bu düşüncüyü farklı bir biçimde temellendirmiştir. Örneğin “[...] eski İngiliz sömürgelerinden Tanganika, Kenya, Uganda, Malavi, Botsvana, Lesotoho ve Burundi, İngiltere ile İntikal Andlaşmaları akdetmeyi reddederek kendi kendilerine tanıdıkları farklı süreler zarfında imzacı üçüncü devletleri, önceki andlaşmaları karşılıklı irade ile yenilemeye, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya davet etmişler; bu süre zarfında üzerinde anlaşmaya varılmayan andlaşmaları 'hükümsüz' sayacaklarını Birleşmiş Milletler Sekreterliği'ne yolladıkları bildirimlerde açıkça ilân etmişlerdir. [...] Yeni devletlerden Zambiya, Guyana, Barbados ise milletlerarası hukuka göre andlaşmalardan bir kısmının sona ereceğini, bir kısmının ise kendilerini bağladıklarını kabul ettiklerini; ancak sona erenleri tespit edinceye kadar andlaşmaların süresiz olarak yürürlükte kalacaklarını söylemek suretiyle önceki devletin andlaşmalarından doğan hak ve borçlara otomatikman halef olmayı reddetmişlerdir”. DOĞAN, İzzettin, *Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, ss. 181-182.

⁵⁶ YASSEEN, s. 80.

⁵⁷ CAHIER, s. 66; DEGAN, s. 220.

⁵⁸ Bkz. SZAFARZ, “Succession of States in Respect of Treaties in Contemporary International Law”, s. 120; QERIMI / KRASNIQI, s. 1649; SZAFARZ, “Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis”, s. 92; MENON, s. 145.

⁵⁹ CAHIER, s. 66.

II. Ayrılma, Dağılma ve Birleşme Vak'alarında İkili Andlaşmalara Halefîyet

Ayrılma, halefîyet hukuku üzerinde çalışan yazarlar tarafından “devletin ülkesinin bir bölümünün, söz konusu ülke halkı tarafından, bağımsız bir devlet kurmak veya başka bir devlete katılmak için ayrılması” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁰. Dağılma ise devletin parçalanması sonrasında söz konusu devletin hukuk kişiliğini devam ettirmeyen yeni devletlerin kurulduğu halefîyet vak'alarını ifade etmektedir⁶¹. Başka bir ifade ile, ayrılma, devletin ülkesinin bir bölümünün yeni bir devlet kurması ve fakat ülkesinin bir bölümünü kaybeden devletin varlığını devam ettirmesi hali iken, dağılma, selef devletin sona ermesini ve selef devletin ülkesi üzerinde iki veya daha fazla devletin ortaya çıkmasıdır⁶².

Dolayısıyla dağılma vak'aları ayrılma vak'alarından farklı hukukî sonuçlar doğurmaktadır. Bir devletin dağılması sonucunda kurulan devletlerin tamamı yeni birer uluslararası hukuk kişileri olarak uluslararası toplumdaki yerlerini almakta ve söz konusu devletlerin tamamı halef devlet kabul edilmektedir. Oysa ayrılma vak'alarında, hem yeni bir uluslararası hukuk kişisi olarak halef devlet(ler)den, hem de selef devletin hukuk kişiliğini devam ettiren bir devam eden devletten söz edilmektedir⁶³; ki devam eden devlet, hukuk kişiliğini devam ettirdiği devletin bütün hak ve yükümlülüklerini üstlenme ve dolayısıyla bütün

⁶⁰ PFIRTER, Frida Armas / NAPOLITANO, Silvina González, “Secession and International Law: Latin American Practice”, in KOHEN, Marcelo Gustavo (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, ss. 374-415, s. 375; CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 2011, s. 375. Bkz. PİRİM, s. 32.

⁶¹ DUMBERRY, Patrick, *State Succession to International Responsibility*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 18; ZEMANEK, s. 210.

⁶² DUMBERRY, *State Succession to International Responsibility*, s. 18; KOHEN, Marcelo Gustavo, “Le problème des frontières en cas de dissolution et de séparation d'États: quelles alternatives?”, in CORTEN, Olivier / DELCOURT, Barbara / KLEIN, Pierre / LEVRAT, Nicolas (dir.), *Démembrement d'États et délimitations territoriales: L'uti possidetis en question(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, ss. 365-401, s. 368; CZAPLINSKI, “La continuité, l'identité et la succession d'États-Evaluation de cas récents”, s. 375; SHAW, s. 45; YASSEEN, s. 100.

⁶³ TRIFKOVIC, Milos, “Fundamental Controversies in Succession to the Former SFR Yugoslavia”, in MRAK, Mojmir, (ed.), *Succession of States*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, ss. 187-205, s. 188; PİRİM, s. 63.

uluslararası andlaşmalarını uygulamaya devam etme yükümlülüğü altındadır.

Ayrılma ve dağılma vak'aları arasındaki bu farklılıklara rağmen, 1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi'nin her iki halefiyet vak'asına aynı hukukî sonuçları bağladığı görülmektedir. Şöyle ki; Sözleşme'nin hem ikili, hem de çok taraflı uluslararası andlaşmalara halefiyeti düzenleyen 34. maddesinde öngörülen kuralların, devletlerin hem ayrılmaları, hem de dağılmaları hallerinde uygulanacağı kabul edilmiştir. 34. maddeye göre, halefiyet anında yürürlükte bulunan ve selef devletin ülkesinin tamamını ilgilendiren uluslararası andlaşmalar halef devletlerin tamamı için yürürlükte kalmaya devam edecek, selef devletin ülkesinin yalnızca bir bölümünü ilgilendiren uluslararası andlaşmalar ise sadece söz konusu ülke üzerinde kurulan halef devleti bağlayacaktır. Daha açık bir ifade ile 34. madde, ayrılma ve dağılma vak'alarında halef devletin, selefinin uluslararası andlaşmalarına halef olacağı ilkesini benimsemektedir.

Devletlerin ayrılması ve dağılması vak'alarında ikili uluslararası andlaşmalara halefiyet ilkesinin uluslararası ilişkilerde belli bir istikrar sağlanması amacı ile kabul edildiği belirtilmekte ve ilke *pacta sunt servanda* kuralı ile temellendirilmektedir⁶⁴. Başka bir ifade ile, bu tür vak'alara ilişkin düzenlemeler devletlerin egemen eşitliği ilkesine uygun olarak akdedilen uluslararası andlaşmaların istikrarını gözetmek amacı ile benimsenmiştir⁶⁵. Zira yeni bağımsız olan devletlerin aksine, selef devletten kopan devletler hiçbir zaman "bağımlı" devletler olmamıştır; halef devletin uluslararası kimliği halefiyet anından sonra da sabit kalmaktadır. Kısacası, selef devletten ayrılan devlet, uluslararası ilişkileri üzerindeki egemenliğe yeni kavuşmuş değildir⁶⁶. Dolayısıyla, yeni bağımsız olan devletlerin varlığı halindeki halefiyet kurallarının temelinde bulunan halkların kendi kaderini tayin hakkı, ayrılma ve dağılma vak'alarında yerini uluslararası ilişkilerin istikrarı kaygısına bırakılmaktadır⁶⁷. Sonuç olarak, yeni bağımsız olan devlet vak'alarındaki halefiyet kuralları yeni bağımsız olan devletlerin menfaatlerini korur

⁶⁴ YASSEEN, s. 101; BEATO, s. 537.

⁶⁵ SZAFARZ, "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis", s. 100.

⁶⁶ BEATO, ss. 536-537.

⁶⁷ BEATO, s. 538; MAJZUB, s. 428.

nitelikte iken, diğer halefiyet vak'alarında bütün uluslararası toplumun menfaati göz önünde bulundurulmaktadır⁶⁸.

Ancak söz konusu ilke mutlak bir ilke değildir ve 1978 Sözleşmesi'nin 34. maddesinin ikinci maddesinde, uygulanmayacağı haller düzenlenmektedir. Buna göre; tarafların aksini kararlaştırmaları ve halefiyetin andlaşmanın konu ve amacına uygun olmaması veya andlaşmanın uygulanmasının koşullarını esaslı bir biçimde değiştirmesi hallerinde, ilke uygulanmayacaktır⁶⁹.

Ayrılma ve dağılma vak'alarına ilişkin devlet uygulamalarına gelince; her ne kadar bir ikili andlaşmanın halefiyete konu olmaması için, taraflardan birinin iradesi yeterli olsa da, 1990'lı yıllarda, hukukî boşluk olmaması için, tarafların ikili andlaşmaları genellikle devam ettirdikleri yani son dönem devlet uygulamalarının halefiyet teorisini desteklediği görülmektedir.

Örneğin, bir ayrılma vak'ası telâkki edilen SSCB'nin parçalanması sürecinin ardından ortaya çıkan halef devletlerin, selef SSCB'nin uluslararası andlaşmalarına halef olacakları kabul edilmiştir. 21 Aralık 1991 tarihinde kabul edilen Alma Ata Bildirgesi'nin 12. maddesinin "Bağımsız Devletler Topluluğu'na katılan devletler, anayasal usûlleri çerçevesinde, selef SSCB'nin taraf olduğu andlaşmalardan doğan uluslararası yükümlülüklerin ifa edileceğini temin ederler" ifadelerini kullandığı görülmektedir. Benzer şekilde, Bağımsız Devletler Topluluğu'na üye olan devletler arasında 30 Aralık 1991 tarihinde akdedilen Minsk Andlaşması'nın 2. maddesi, üye devletlerin selef SSCB'nin uluslararası andlaşmalarına saygı göstereceklerini hükme bağlamaktadır⁷⁰.

⁶⁸ SZAFARZ, "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis", s. 100.

⁶⁹ Bkz. DEGAN, s. 219.

⁷⁰ Bkz. DEGAN, s. 222; BEATO, s. 552; KOSKENNIEMI, Martti / LEHTO, Marja, "Succession d'États de l'ex-U.R.S.S., avec examen particulier des relations avec la Finlande", *Annuaire français de droit international*, Vol. 38, 1992, ss. 179-219, s. 180. SSCB'nin taraf olduğu uluslararası andlaşmaların Baltık Devletleri'ne intikal etmediğinin belirtilmesi gerekir. Zira bu devletler SSCB'nin halef devletleri telâkki edilmemişlerdir. Şöyle ki; "SSCB, 30 Aralık 1922 tarihinde Sovyet Rusya, Ukrayna, Belarus ve Güney Kafkasya Cumhuriyeti (Gürcistan, Azerbaycan ve Ermenistan) tarafından akdedilen bir uluslararası andlaşma ile kurulmuş, zaman içinde ülkesini genişleterek on beş cumhuriyetten müteşekkil bir devlet haline gelmiştir. Baltık Devletleri olarak

Yugoslavya'nın dağılması sonrası ortaya çıkan halef devletler de aynı tutumu benimsemişlerdir⁷¹. Örneğin Hırvatistan, 25 Haziran 1991 tarihli bağımsızlık bildirisinde şu ifadeleri kullanmaktadır: “Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti tarafından akdedilen veya Cumhuriyet'in katıldığı uluslararası andlaşmalar, Anayasasına ve hukuk düzenine aykırı olmadığı müddetçe, Hırvatistan Cumhuriyeti tarafından uluslararası hukukun devletlerin andlaşmalara halefiyetine ilişkin ilkeleri takip edilerek uygulanacaktır”⁷².

Benzer şekilde, Çekoslovakya'nın dağılmasından halef devletler olarak çıkan Çek Cumhuriyeti ve Slovakya, Aralık 1992'de Çekoslovakya'nın taraf olduğu uluslararası andlaşmalara halef olacaklarını beyan eden bildirgeler yayınlamışlardır. Çek Cumhuriyeti'nin bildirisine göre “Çek Cumhuriyeti, pozitif uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak, 1 Ocak 1993 tarihinden itibaren selef devletin hem Çek hem Slovak tarafında uygulanan ikili ve çok taraflı andlaşmalarına halef olacaktır”⁷³.

1990'lı yıllarda üç Komünist Federasyonun dağılması sürecinde uygulanmış olmasına rağmen, 1978 Sözleşmesi'nin 34. maddesinin te-

adlandırılan Litvanya, Estonya ve Letonya da 1940 yılında SSCB'nin Hitler iktidarı ile akdettiği gizli bir andlaşma ile Sovyet idaresi altına girmişler ancak bu tarihten itibaren söz konusu idarenin ve işlemlerinin uluslararası hukuka aykırı ve dolayısıyla geçersiz olduğunu iddia etmişlerdir. Nitekim Baltık ülkesi üzerindeki Sovyet idaresi uluslararası toplumun büyük çoğunluğu tarafından da tanınmamış ve pek çok devlet tarafından işgal telâkki edilmiştir. Bu çerçevede, 1989 yılında bağımsızlık için birleşen Litvanya, Estonya ve Letonya, sırasıyla 11 Mart 1990, 20 Ağustos 1991 ve 21 Ağustos 1991 tarihlerinde bağımsızlıklarını ilân etmişler ve söz konusu ilânlar Moskova tarafından, SSCB'nin yıkılmasından üç ay önce, 6 Eylül 1991 tarihinde tanınmıştır. 12 Eylül 1991'de BM'ye üye olan Baltık Devletleri'nin SSCB'nin işgalinden önce var olan devletlerin devam eden devletleri oldukları kabul edilmiş yani Litvanya, Estonya ve Letonya devlet olarak tarih sahnesinden hiç silinmemiş telâkki edilmişlerdir. Başka bir ifade ile Baltık Devletleri'nin bağımsızlıkları gerek uluslararası hukuk doktrini gerek ise uluslararası toplum tarafından 'ayrılma' addedilmemiş, söz konusu devletlerin 1940 öncesindeki egemenliklerini yeniden tesis ettikleri kabul edilmiştir”. PİRİM, ss. 34-35. (Dipnotlar çıkarılmıştır).

⁷¹ DUMBERRY / TURP, s. 31.

⁷² Bkz. DEGAN, s. 223.

⁷³ Bkz. DEGAN, s. 223; DUMBERRY / TURP, s. 31; DUMBERRY, “State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention”, s. 29.

amül kuralı olup olmadığı tartışmalıdır. Örneğin, Rex Zedalis devlet uygulamalarının yeknesak olmadığını ifade etmekte, Mustafa Kamil Yasseen de 1918 yılında Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun parçalanması veya 1961 yılında Birleşik Arap Cumhuriyeti'nin dağılması süreçlerindeki uygulamaların bu tespiti teyit ettiğini ileri sürmektedir⁷⁴.

Diba Majzub'a göre ise dağılma vak'alarındaki devlet uygulamaları 34. maddenin düzenlemesini desteklerken, maddeyi destekleyen herhangi bir ayrılma vak'ası bulunmamaktadır⁷⁵. Nitekim yazar, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun, 1978 Sözleşmesi'nin 1972 tarihli taslak metninde bu iki halefiyet türünü ayrı ayrı değerlendirdiğini, ancak daha sonra muhtelif sebeplerle bu iki vak'ayı aynı düzenlemeye tâbi tuttuğunu hatırlatmaktadır: “ilk olarak, *Uluslararası Hukuk Komisyonu*, ‘mümkün olduğu ölçüde akdî ilişkilerin devamlılığını ve istikrarını sağlamayı istemiştir. İkinci olarak, ayrılma ve dağılma arasındaki farklılıklar üzerine yürütülen ciddi tartışmalardan sonra, *Uluslararası Hukuk Komisyonu*, her ne kadar iki süreç arasında farklılıklar bulunsa da, devletlerin halefiyetinin yeni kurulan devletler üzerindeki etkilerinin bu iki halefiyet türünde her zaman farklı olmayabileceğine karar vermiştir”⁷⁶.

Benzer bir görüş Giandonato Caggiano tarafından da ileri sürülmüştür. Yazara göre dağılma vak'alarında devlet uygulamaları 1978 Sözleşmesi'ne uygundur; ancak ayrılma vak'alarında devlet uygulamaları *tabula rasa* ilkesini desteklemektedir. Dolayısıyla, yazar, var olan hukuk göz önünde bulundurulduğunda Sözleşme'nin dağılma vak'alarına ilişkin düzenlemelerinin yenilikçi olmadığı ancak ayrılma vak'alarına ilişkin hükümlerinin devrimci bir nitelik arz ettiği kanaatinde⁷⁷.

Birleşme vak'alarına gelince; uluslararası andlaşmaların *ipso iure* halef devlete intikal edeceği yönündeki ilkenin bu tür vak'alarda da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁸. 1978 Sözleşmesi'nin 31.

⁷⁴ Bkz. ZEDALIS, Rex, “An Independent Quebec: State Succession to NAFTA”, *NAFTA: Law & Business Review of the Americas*, Vol. 2, 1996, ss. 3-27, s. 8 vd; YASSEEN, s. 101.

⁷⁵ MAJZUB, ss. 430-431.

⁷⁶ MAJZUB, s. 432.

⁷⁷ CAGGIANO, s. 76. Kanaatimiz bu yönde değildir. Zira geçtiğimiz yüzyılın en önemli ayrılma vak'alarından SSCB'nin parçalanması sürecinde halefiyet ilkesi uygulanmıştır. Bkz. *supra*.

⁷⁸ HERSHEY, s. 287.

maddesi “iki veya daha fazla devletin kendi uluslararası hukuk kişiliklerinden vazgeçerek yeni bir uluslararası hukuk kişiliği oluşturmalarını”⁷⁹ ifade eden birleşme hallerinde, yine uluslararası ilişkilerde belli bir istikrarın sağlanması amacıyla hareketle, halefiyet anında yürürlükte olan andlaşmaların halef devleti bağlamaya devam edeceği ilkesini kabul etmektedir⁸⁰. Madde, birleşme halinde, birleşen devletlerin taraf olduğu andlaşmaların kendi bölgeleri için yürürlükte kalmaya devam edeceğini ancak bunun için, halefiyetin andlaşmanın konu ve amacına uygun olması gerektiğini hükme bağlamaktadır⁸¹. Bunun yanı sıra, 31. maddeye göre, selef devletin ikili uluslararası andlaşmaları, halef devlet, veya andlaşmanın tarafı olan diğer devletin aksi yönde bir iradeleri olmadığı takdirde halefiyete konu olacaktır. Başka bir ifade ile, selef devletin ikili uluslararası andlaşmalarını üstlenmek zorunda olmayan halef devlet, ancak andlaşmanın diğer tarafının rıza göstermesi halinde ikili andlaşmaya halef olabilecektir⁸². Ayrıca, genel halefiyet hukuku ilkeleri uyarınca, selef devletlerin siyasî nitelikteki andlaşmaları sona erecek, sınır andlaşmaları ve ülkesel nitelikteki andlaşmalar ise devam edecektir⁸³.

SONUÇ

1978 Sözleşmesi’nin, yeni bağımsız olan devletlerin, seleflerinin ikili uluslararası andlaşmalarına halef olmayacakları ilkesini benimsediği, buna karşılık ayrılma, dağılma ve birleşme vak’alarında halefiyet ilkesinden yana tavır aldığı yukarıdaki satırlarda ayrıntılı bir biçimde açıklanmıştır.

Kanaatimizce, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun birbirinden farklı halefiyet türleri için farklı kurallar öngörmüş olmasının temelinde “[...] bir yandan yeni egemen devletin, diğer yandan uluslararası toplumun yani diğer devletlerin gereksinimleri arasındaki gerilim ve denge ihtiyacı”⁸⁴ bulunmaktadır ve 1978 Sözleşmesi’nin ortaya koyduğu hukukî çerçeve tutarlı ve yerindedir.

⁷⁹ ZEMANEK, s. 211.

⁸⁰ YASSEEN, s. 95.

⁸¹ Bkz. CAHIER, s. 74.

⁸² YASSEEN, s. 97.

⁸³ HERSHEY, s. 287.

⁸⁴ BROSSARD, Jacques, *L’accession à la souveraineté et le cas du Québec*, Montréal, Presse de l’Université de Montréal, 1976, ss. 388-389.

Ancak Komisyon'un ve 1978 Sözleşmesi'nin çizdiği çerçevenin pek çok yazar tarafından eleştirildiği bilinmektedir. Eleştirilerden ilki, Sözleşme'nin yeni bağımsız olan devlet vak'alarına fazla yer ayırmış olmasına ilişkindir. Profesör Degan'a göre Sözleşme, sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinin etkilerine gereğinden fazla önem atfetmiş ve yeni bağımsız olan devletlerin, seleflerinin uluslararası anlaşmalarına halefiyeti alanında gereksiz uzunlukta düzenlemeler öngörmüştür⁸⁵. Benzer bir tespitten yola çıkan Philippe Cahier de sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinin sona ermiş olması nedeni ile Sözleşme'nin sonuçlarının sınırlı olduğunu kanaatindedir⁸⁶.

Sözleşme'ye getirilen bir diğer ve daha önemli eleştiri, ikili anlaşmalara halefiyet alanında yeni bağımsız olan devletler için *tabula rasa* ilkesinin, diğer halef devletler için ise halefiyet ilkesinin benimsenmiş olmasına ilişkindir. Örneğin Giandonato Caggiano, her ne kadar devlet uygulamalarını yansıtan tutarlı bir çerçeve ortaya koysa da, Sözleşme'nin yalnızca yeni bağımsız olan devlet vak'alarında değil, ayrılma ve dağılma vak'alarında da *tabula rasa* ilkesini benimsenmiş olması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁷. Patrick Dumberry de aynı fikirdedir. Yazara göre, 1978 Sözleşmesi, her halefiyet türüne göre farklı ilkeler benimseyerek ve ayrılma ve dağılma vak'alarında ikili anlaşmaların halef devlete intikal edeceğine hükmederek yanlış ve tutarsız bir tercihte bulunmuştur. Zira her şeyden önce, ikili anlaşmaların doğası ve özellikle ihtiyarî niteliği bu anlaşmaların halefiyete konu olabilmelelerinin önünde engeldir. Ardından, yazara göre, ikili anlaşmalarda bulunan "anlaşmanın iki tarafı arasındaki kişisel denklem", bütün ikili anlaşmalar için geçerlidir; dolayısıyla selef devletin ikili uluslararası anlaşmalarının diğer tarafının ve üçüncü devletlerin menfaatlerinin, yalnızca yeni bağımsız olan devletlerin varlığında değil, bütün halefiyet vak'alarında korunması gerekir. Daha açık bir ifade ile Dumberry, ikili uluslararası anlaşmaların hiçbir vak'ada halefiyete konu olmaması ve bu alanda her daim *tabula rasa* ilkesinin uygulanması gerektiği kanaatindedir⁸⁸.

⁸⁵ DEGAN, s. 219.

⁸⁶ CAHIER, s. 76.

⁸⁷ CAGGIANO, s. 76. Bkz. SZAFARZ, "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis", s. 109.

⁸⁸ DUMBERRY, "State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolu-

Sözleşme'nin ortaya koyduğu hukukî mantık Andrew Beato tarafından farklı bir gerekçe ile eleştirilmektedir. Şöyle ki; yeni bağımsız olan devletler için *tabula rasa* ilkesinin kabul edilmiş olmasının en temel nedeni, söz konusu devletlerin halefiyet anından önceki dönemde uluslararası ilişkileri üzerinde egemenliklerinin bulunmuyor olmasıdır. Hâlbuki yazara göre söz konusu gerekçe bütün halefiyet vak'aları için geçerli olabilir. Dolayısıyla Beato, uluslararası hukukun halefiyet alanında daha az kategorik bir yaklaşım benimsemesi gerektiğini ifade etmekte ve üstü kapalı bir biçimde, ayrılma ve dağılma vak'alarında da *tabula rasa* ilkesinin benimsemesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁹.

Kanaatimiz ise, 1978 Sözleşmesi'nin düzenlemelerinin tutarlı olduğu yönündedir. Her şeyden önce, yeni bağımsız olan devletler için, diğer halefiyet vak'alarından farklı olarak, *tabula rasa* ilkesinin benimsenmiş olması yerinde ve halkların kendi kaderini tayin hakkına uygun bir tercihtir. Zira bir başka çalışmamızda ifade ettiğimiz üzere, “yeni bağımsız olan devletlerin ayrılma vak'alarından farklı düzenlemelere tâbi tutulmalarının temelinde yeni bağımsız olan devlet kavramının yalnızca sömürgeciliğin tasfiyesi sürecine ait olması ve bu sürecin kendine has özellikleri bulunmaktadır. Uluslararası toplum BM Şartı'nın sömürgeciliğin tasfiyesi sürecine ilişkin öngördüğü ilkeler ve özellikle halkların kendi kaderlerini tayin ilkesi ışığında, sömürge yönetimi altındaki ülkelerin, bağlı oldukları sömürgeci devletten farklı bir kimlik ve farklı bir uluslararası statü taşıdıklarını kabul etmiştir; ki söz konusu farklılıklar sömürge yönetimi altındaki ülkeleri sömürgeci devletlerin anavatanlarından ayırmaktadır. Bunun yanı sıra, sömürge altındaki pek çok ülkenin sömürgeci devletin hükümetinden farklı ve özerk yönetim birimlerine sahip olduğu bilinmektedir. Ayrıca klâsik halefiyet vak'alarının aksine, sömürgeciliğin tasfiyesi sürecine ait halefiyet vak'aları eski egemenin ülke üzerindeki izlerini tamamen silerek bağımsız bir devlet kurmayı hedefleyen vak'alardır ve taraflar arasında önemli bir güç dengesizliği bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, yeni bağımsız olan devlet vak'alarında halefiyet çok güçlü bir selef devlet ve çok zayıf bir halef devlet arasında ger-

tion of States under the 1978 Vienna Convention”, s. 15; DUMBERRY, “An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?”, s. 76 ve ss. 80-81. Yazar, ayrılma ve dağılma vak'alarındaki devlet uygulamalarının 1978 Sözleşmesi'nin öngördüğü düzenlemeleri desteklemediğini de ifade etmektedir.

⁸⁹ BEATO, ss. 557-558.

çekleşmektedir. Ve son olarak, klâsik halefîyet vak'alarının aksine, yeni bağımsız olan devletler coğrâfî ve kültürel olarak selef devletlerden kopuktur"⁹⁰.

Ayrılma, dağılma ve birleşme gibi klâsik halefîyet türlerinde ikili uluslararası andlaşmalara halefîyet ilkesinin benimsenmiş olmasına gelince; kanaatimiz bu tercihte de yerinde olduğu yönündedir. Zira *tabula rasa* ilkesinin uluslararası andlaşmalara halefîyet hukukunda çok yaygın ve katı bir biçimde uygulanması, yalnızca uluslararası ilişkilerin istikrarını tehlikeye atmakla kalmayacak, halef devletlerin, kendi lehlerine olan bazı düzenlemelerden de faydalanamamaları sonucunu doğuracaktır⁹¹.

Elinizdeki çalışmada varılan bu sonuç, devletlerin uluslararası sorumluluğa halefîyeti alanında kaleme aldığımız çalışmada varılan sonuç ile çelişiyor gözükabilir. Nitekim, söz konusu eserde klâsik adem-i halefîyet teorisinden yana tavır alınmıştır. Ancak, devletlerin uluslararası sorumluluğa halefîyeti ile uluslararası andlaşmalara ve özellikle ikili uluslararası andlaşmalara halefîyeti farklı iki muhakeme gerektirir. Zira "devletlerin yalnızca kendilerine atfedilebilen yani egemenliklerinin kullanımı sırasında gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin sonuçlarına katlanmakla yükümlü oldukları ilkesi uluslararası sorumluluk hukukunun temel ilkelerindedir. Daha basit bir ifade ile, uluslararası haksız fiil kişisel niteliktedir. Hâlbuki bir halefîyet vak'ası yaşandığında, devletin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli olan koşullardan "atfedilebilirlik" koşulu gerçekleşmemektedir. Uluslararası haksız fiil, halef devletin organları tarafından gerçekleştirilmediği gibi, söz konusu devletin kontrolü veya idaresi altında işlenmiş de değildir"⁹².

Oysa uluslararası andlaşmalara halefîyet, haksız fiil gibi kişisel nitelik arz eden bir eyleme ve sonuçlarına ilişkin değildir; üçüncü devletleri de yakından ilgilendiren bir akitten doğan hak ve yükümlülüklerin akıbetine ilişkindir. Dolayısıyla, uluslararası sorumluluğa halefîyet alanında, özellikle sorumluluğu doğuran haksız fiilin kişisel niteliği gerekçesi ile benimsediğimiz adem-i halefîyet ilkesinin, uluslararası hukuk düzeninin istikrarının korunmasının ön plana çıktığı bir alanda uygulanabilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

⁹⁰ PİRİM, ss. 58-59. (Dipnotlar çıkarılmıştır).

⁹¹ Bkz. MENON, s. 173. Yazara göre *tabula rasa* ilkesinin yeni bağımsız olan devletlerin varlığında katı bir şekilde uygulanması dahi bu sonuçları doğuracaktır.

⁹² PİRİM, s. 285.

KAYNAKÇA

1. Doktrin

- ABI-SAAB, Georges, “Cours général de droit international public”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 207, 1987, ss. 9-463.
- BEATO, Andrew M., “Newly Independent and Separating States’ Succession to Treaties: Considerations on the Hybrid Dependency of the Republics of the Former Soviet Union”, *American University International Law Review*, Vol. 9, Issue 2, 1994, ss. 525-558.
- BEDJAOUI, Mohammed, “Problèmes récents de succession d’Etats dans les Etats nouveaux”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 130, 1970, ss. 455-586.
- BROSSARD, Jacques, *L’accession à la souveraineté et le cas du Québec*, Montréal, Presse de l’Université de Montréal, 1976.
- CAGGIANO, Giandonato, “The ILC Draft on the Succession of States in Respect of Treaties: A Critical Appraisal”, *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 1, Issue 1, 1975, ss. 69-98.
- CAHIER, Philippe, “Quelques aspects de la Convention de 1978 sur la succession d’Etats en matière de traités”, in DUTOIT, Bernard / GRISEL, Etienne (ed.), *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, ss. 63-76.
- CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 2011.
- COMBACAU, Jean / SUR, Serge, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2010.
- CZAPLINSKI, Wladyslaw, “Equity and Equitable Principles in the Law of State Succession”, in MRAK, Mojmir (ed.), *Succession of States*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, ss. 61-73.
- CZAPLINSKI, Wladyslaw, “La continuité, l’identité et la succession d’États-Evaluation de cas récents”, *Revue belge de droit international*, 1993, Vol. 26, n°: 2, ss. 374-392.
- DAILLIER, Patrick / FORTEAU, Mathias / PELLET, Alain / DINH, Nguyen Quoc, *Droit International Public*, Paris, LGDJ, 2009.
- DEGAN, Vladimir-Djuro, “La succession d’Etats en matière de traités et les Etats nouveaux (issus de l’ex-Yougoslavie)”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 42, 1996, ss. 206-227.
- DOĞAN, İzzettin, *Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.

- DUMBERRY, Patrick, "State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, 2015, ss. 13-30.
- DUMBERRY, Patrick, *State Succession to International Responsibility*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- DUMBERRY, Patrick, "An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, n°: 1, 2015, ss. 74-96.
- DUMBERRY, Patrick / TURP, Daniel, "State Succession with respect to Multilateral Treaties in the Context of Secession: From the Principle of Tabula Rasa to the Emergence of a Presumption of Continuity of Treaties", *Baltic Yearbook of International Law*, Vol. 13, 2013, ss. 27-65.
- EISEMANN, Pierre Michel, "Rapport du Directeur de la section de langue française du Centre", in EISEMANN, Pierre Michel / KOSKENNIEMI, Martti (dir.), *La succession d'Etats: la codification à l'épreuve des faits / State Succession: Codification Tested Against the Facts*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, ss. 3-65.
- FALK, Richard A., "The New States and International Legal Order", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1966, Vol. 118, ss. 1-104.
- HAFNER, Gerhard / KORNFEIND, Elisabeth, "The Recent Austrian Practice of State Succession: Does the Clean Slate Still Exist?", *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 1, 1996, ss. 1-49.
- HAFNER, Gerhard, "Austria and Slovenia: Succession to Bilateral Treaties and the State Treaty of 1955", in MRAK, Mojmir (ed.), *Succession of States*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, ss. 127-142.
- HERSHEY, Amos S., "The Succession of States", *American Journal of International Law*, Vol. 5, n°: 2, 1911, ss. 285-297.
- KOHEN, Marcelo Gustavo, "Le problème des frontières en cas de dissolution et de séparation d'Etats: quelles alternatives?", in CORTEN, Olivier / DELCOURT, Barbara / KLEIN, Pierre / LEVRAT, Nicolas (dir.), *Démembrement d'États et délimitations territoriales: L'uti possidetis en question(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, ss. 365-401.
- KOSKENNIEMI, Martti / LEHTO, Marja, "Succession d'États de l'ex-U.R.S.S., avec examen particulier des relations avec la Finlande", *Annuaire français de droit international*, Vol. 38, 1992, ss. 179-219.
- MAJZUB, Diba B., "Does Secession Mean Succession? The International Law of Treaty Succession and an Independent Quebec", *Queen's Law Journal*, Vol. 24, 1998-1999, ss. 411-450.
- MENON, P. K., "The newly independent States and succession in respect of treaties", *Korean Journal of Comparative Law*, Vol. 18, 1990, ss. 139-173.

- MULLERSON, Rein, "Law and Politics in Succession of States: International Law on Succession of States", in BURDEAU, Geneviève / STERN, Brigitte (ed.), *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, Paris, Cedin-Paris I, 1994, ss. 15-47.
- O'CONNELL, Daniel Patrick, "Recent Problems of State Succession in Relation to New States", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 130, 1970, ss. 95-206.
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- PFIRTER, Frida Armas / NAPOLITANO, Silvina González, "Secession and International Law: Latin American Practice", in KOHEN, Marcelo Gustavo (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, ss. 374-415.
- PİRİM, Ceren Zeynep, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- PELLET, Alain, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples", *European Journal of International Law*, Vol. 178, 1992, ss. 178-185.
- SHAW, Malcolm, "State Succession Revisited", *Finnish Yearbook of International Law*, 1994, Vol. 5, ss. 34-98.
- STERN, Brigitte, "La succession d'Etats", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 262, 1996, ss. 9-437.
- STERN, Brigitte, "General Concluding Remarks", in STERN, Brigitte (ed.), *Dissolution, continuation and succession in Eastern Europe*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, ss. 197-210.
- SZAFARZ, Renata, "Succession of States in Respect of Treaties in Contemporary International Law", *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1983, ss. 119-139.
- SZAFARZ, Renata, "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis", *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 10, 1979-1980, ss. 77-113.
- TRIFKOVIC, Milos, "Fundamental Controversies in Succession to the Former SFR Yugoslavia", in MRAK, Mojmir, (ed.), *Succession of States*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, ss. 187-205.
- QERIMI, Querim / KRASNIQI, Suzana, "Theories and Practice of State Succession to Bilateral Treaties: The Recent Experience of Kosovo", *German Law Journal*, Vol. 14, n°: 9, 2013, ss. 1639-1660.
- VOLKOVITSCH, Michael John, "Righting Wrongs: Toward a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts", *Columbia Law Review*, Vol. 92, 1992, n°: 8, ss. 2162-2214.

YASSEEN, Mustafa Kamil, “La Convention de Vienne sur la succession d’États en matière de traités”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 24, 1978, ss. 59-113.

ZEDALIS, Rex, “An Independent Quebec: State Succession to NAFTA”, *NAFTA: Law & Business Review of the Americas*, Vol. 2, 1996, ss. 3-27.

ZEMANEK, Karl, “State Succession After Decolonization”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 116, 1965, ss. 181-300.

2. İçtihat

Affaire relative à l’application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, CJI, 11 juillet 1996, Rec. 1996, s. 595.

Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), CJI, 25 septembre 1997, Rec. 1997, s. 7.

3. Resmî Belgeler

Convention de Vienne sur la succession d’États en matière de traités, conclue à Vienne le 23 août 1978, *UNTS*, Vol. 1946, ss. 3-189.

Convention de Vienne sur la succession d’États en matière de biens, archives et dettes d’État, Vienne, 8 avril 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités, Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la succession d’États en matière de biens, archives et dettes d’État*, Vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.6).

Report of the International Law Commission on the Work of its twenty-sixth session, 6 May-26 July 1974, UN Doc. A/9610/Rev.1, 1974.

First Report on Succession of States and Governments in Respect of Treaties, by the Special Rapporteur Sir Humphrey Waldock, UN Doc. A/CN.4/202, *Yearbook of the International Law Commission*, 1968, Vol. II, ss. 87-93.

Second Report on Succession in Respect of Treaties, by the Special Rapporteur Sir Humphrey Waldock, UN Doc. A/CN.4/214 and Add.1 & 2, *Yearbook of the International Law Commission*, 1969, Vol. II, ss. 45-68.

Fifth Report on Succession in Respect of Treaties, by the Special Rapporteur Sir Humphrey Waldock, UN Doc. A/CN.4/256 and Add.1-4, *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, Vol. II, ss. 1-60.

Report of the International Law Commission on the Work of its twenty-fourth session, 2 May-7 July 1972, UN Doc. A/8710/Rev.1, *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, Vol. II, ss. 219-347.

First Report on Succession of States in Respect of Treaties, by the Special Rapporteur Sir Francis Vallat, UN Doc. A/CN.4/278 and Add.1-6, *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, Vol. II, ss. 1-91.

Parlamerter Hükümet Sistemi Olarak
“Westminster Modeli”
Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme

The “Westminster Model” as a
Parliamentary System
A Study based on a British Example



Sezen KAMA*

ÖZET

Adını, başkent Londra’da bulunan Westminster Sarayı’ndan alan Westminster Modeli, parlamenter sistemin doğuşu ve gelişimini ortaya koymaktadır. 8. Yüzyılda anılan topraklarda ortaya çıkan bu yapı, tüm idari kurumları ile birlikte, bir monarşik düzenin demokratikleşme sürecinde meydana gelmiştir.

Bu çalışma, 1215 *Magna Carta Libertatum*, 1295 *Model Parlamento*, *Stuartlar Dönemi*, 1628 İngiliz Haklar Bildirisi, *Hanover Hanedanı*’nın tahta gelişi, 1688 *Muhteşem Devrim* ve 1689 *Haklar Beyannamesi* gibi tarihsel düzlemde oldukça önem arz eden olaylar neticesinde, monarşik olan bir yapının, yasama sisteminde yarattığı farklılıkları ve bunun sonucunda ortaya çıkan parlamenter hükümet sistemini, Birleşik Krallık özelinde ve günümüzde oldukça tartışmalı ve değişken hale gelen yapısı ile ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Westminster Sistemi, Parlamenter Sistem, Lordlar ve Avam Kamaraları, Brexit Referandumu, İskoç Bağımsızlık Referandumu

ABSTRACT

Westminster Model, coming from the Palace of Westminster in the capital London, reveals the birth and development of parliamen-

* Ar. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, sezenkama@hotmail.com.

tary system. This structure shaped in 8th century in this land has arisen in the process of democratization of a monarchy.

This paper aims to show how a monarchic system has turned into a parliamentary system via discrepancies in legislative power after significant historical events, as 1215 Magna Carta Libertatum, 1295 Model Parliament, The Realm of Stuarts, 1628 Petition of Rights, The Realm of Hannover, 1688 Glorious Revolution and 1689 Bill of Rights. In addition, it tries to explain today's complex and controversial Westminster System by considering United Kingdom's current problems.

Keywords: *Westminster System, Parliamentary System, Houses of Lords and Commons, "Brexit" Referendum, Scottish Independence Referendum.*

I. Giriş

Westminster Modeli, en kısa ve ilk akla gelen tanımı ile bir parlamenter hükümet sistemi olarak nitelenmektedir. Fakat kavram yalnızca bir hükümet sistemi olmaktan öte, kendine özgü geleneksel kurumları ile bir çoğunlukçu sistemi karşılamaktadır.

Bu sistem köklerini Birleşik Krallık monarşisinde bulmaktadır. Buna göre tarihi izleri 8. Yüzyıla kadar götürülebilecek İngiliz Parlamentosu (*Witan ve Moot*), Westminster Modeli'nin en mühim müessesesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kurum, Magna Carta'dan başlayarak günümüze dek devam eden bir dönüşüm sürecinde ve birçok değişkeni de olan biçimiyle varlığını korumaktadır.

Sorumsuz bir devlet başkanı, kabinenin oluşumu ve bakanların sorumluluğu, başbakanlık kurumu ve fesih hakkı gibi temel parlamenter özellikler İngiliz Parlamentosu'nun ilk halini ve dolayısıyla parlamenter hükümet sisteminin temel özelliklerini oluşturmuştur. Ancak Britanya'da ortaya çıkmış bu sistemin zamanla Kanada'dan Pakistan'a dek geniş bir coğrafyaya yayılması neticesinde, temel özellikleri aynı kalmakla beraber ülkeler bazında farklılaşmalar görülmeye başlanmıştır.

Bu bağlamda Westminster Modeli de hem bir parlamenter sistem, hem de tüm Birleşik Krallık idari kurumlarından oluşan bütünsel bir yapı olarak farklılıkları haizdir. Özellikle "Devlet" yerine, "Kraliyet ve Parlamento"ya daha büyük bir mana yüklenmesi nedeniyle, "Parla-

mento Egemenliği” ve “Güçler Ayrılığı” ilkeleri kendine özgü bir anlam kazanmıştır.

Ayrıca egemenlik kavramında küreselleşme sürecinde görülen değişimin etkisi ile ortaya çıkan AB'ye üyelik, adem-i merkeziyet ve atanmışlar yerine seçilmişlerin demokrasiyi gerçekleştirmedeki öneminin artması sonucu Lordlar Kamarası'nın zayıflaması gibi yeni durumlar da söz konusu sistemin yapısında değişikliklerin gerçekleşmesine sebep olmuştur.

Bu çerçevede çalışmamızda, ilk ortaya çıkış anından günümüze parlamenter rejimin temeli olan parlamento ve başbakanlık, kabine gibi kurumlar ele alınarak parlamenter hükümet sisteminin olmazlarının neler olduğu, bu temel özelliklerden hareketle Westminster Modeli'nin hangi noktalarda farklılaştığı ve günümüzdeki anlamları ile bu yapıdaki temel kurumların nasıl bir sistem yarattığı ele alınacaktır. Ayrıca, küreselleşme neticesinde ortaya çıkan ulusal üstü kurumsallaşma ve demokrasi kavramındaki değişimlerin ülkesel bazda etkilerinden kaçamayan Britanya'da Westminster Modeli'nin şu anki görüntüsü ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. Parlamenter Hükümet Sisteminin Tarihsel Kökeni ve Gelişmesi

Hükümet sistemleri genel olarak ilk planda kuramsal altyapıları belirlenerek uygulamaya konulmamıştır. Parlamenter sistem de kurulduğunda teorik olarak alt yapısı hazırlanmamıştır. Dolayısıyla söz konusu sistem, tarih boyunca monarşi ve tebaa arasındaki uyumsuzlukların süregeldiği Birleşik Krallık'ın¹ kendi tarihsel sürecinde gerçekleşen bazı

¹ Çalışmamızda Birleşik Krallık, Britanya ve İngiltere kavramları kontekst bağlamında genel olarak birbirlerinin muadili olarak kullanılacaktır.

Birleşik Krallık, kısaca Britanya olarak anılan ülke, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı'dır ve Kanal Adaları (Channel Islands) ile Man Adası'nı (Isle of Man) kapsamamaktadır. (*The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*).

Anthony Wilfred BRADLEY, Keith D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, Ondördüncü Baskı, 2007, Essex, s. 35.

Birleşik Krallık, dört ayrı ülkenin birleşiminden meydana gelmektedir. Bunlar; İngiltere (*England*), Galler (*Wales*), İskoçya (*Scotland*) ve Kuzey İrlanda (*Northern Ireland*)dir.

olayların doğurduğu bir hükümet sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır². Bu nedenle parlamenter hükümet sisteminin anavatanı İngiltere'dir³. Özellikle 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*, 1295 tarihli *Model Parlamento*, 17. Yüzyıldaki *Stuartlar Dönemi* ve 1628 tarihli İngiliz Haklar Bildirisi (Petition of Rights), *Hanover Hanedanı*'nın tahta gelişi, 1688 *Muhteşem Devrim* (*Glorious Revolution*) ve 1689 *Haklar Beyannamesi* (*Bill of Rights*) parlamenter rejimin ana hatlarıyla doğumuna neden olan mihenk taşı olaylar olmuşlardır⁴.

Bu bağlamda modern İngiliz Parlamentosu'nun kökleri *Witan* ve *Moot* olarak adlandırılan iki Anglosakson kurum ile 8. ve 11. yüzyıla dek uzanmaktadır. Anglosaksonlar hukukun kaynağı olarak örf ve adetleri görmekteydi. Bu nedenle kralın kanun koyucu olarak geçerliliğini kabul ettirebilmesi, ancak etrafında bulunan ve bilge kişilerden (*Witan*) oluşan "*Witenagemot*" meclisinin rızası ile mümkün olabilmekteydi⁵. Parlamantonun anglosakson kimliğini bütünüyle ortaya koyan bu iki temel taştan *Witan* müessesesi monarkın danışma meclisi gibi görev yapmıştır. *Moot* ise, yerel sorunların ve yargılamaların gerçekleştiği düzenli toplantılar olarak karşımıza çıkmaktadır. 1066 yılındaki *Norman İstilasası* sonrasında ise Normanlar, *Anglosakson Krallığı*'nı sona erdirmelerine rağmen *Witenagemot* geleneğini devam ettirdiler ve bu meclise feodal derebeyleri, soylular ve din adamlarını dahil ederek *Magnum Concilium* (*Büyük Şura*)'u oluşturdular⁶. Ortaya çıktığı dönemde *Magnum Concilium*'un toplantı yapması anlamında kullanılan bir kavram

Mark A. KISHLANSKY, "United Kingdom", *Encyclopedia Britannica*, <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/615557/United-Kingdom>, Erişim Tarihi: 02.06.2016.

² "Birth of the English Parliament", Living Heritage, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/>, Erişim Tarihi: 29.12.2014.

³ Hüseyin Nail KUBALI, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, Ersa Matbaacılık Koll. Şti., 1965, İstanbul, s. 506; Kemal GÖZLER, "İngiltere'de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı?", *Prof. Dr. Mualla ÖNCEL Armağanı*, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2009, s. 366.

⁴ Turan GÜNEŞ, *Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*, İÜHF Yayını, 1956, İstanbul, s. 30- 31.

⁵ GÖZLER, s. 366.

⁶ İlhan ARSEL, *Anayasa Hukuku- Demokrasi*, Doğu Matbaacılık, 1964, Ankara, s. 91- 93; aktaran: GÖZLER, s. 366.

olarak “*Parlamento*” (*Parliament*) kelimesinin ilk kez kullanılması ise 1230 yılında olmuştur⁷. Sürecin devamında ise *Witan* ile *Moot*, *Model Parlamento*’ya ve ardından *Lordlar Kamarası* ile *Avam Kamarası*’nı içeren günümüz şekline dönüşmüştür⁸.

15 Haziran 1215 tarihinde, baronların Kral *Yurtsuz John*’a (*John the Lackland*) karşı ayaklanmaları neticesinde monark ve baronlar arasında *Magna Carta Libertatum* (*Büyük Özgürlük Fermanı*) imzalanmıştır⁹. Monarkın yönetiminin hukuktan üstün olamayacağını belirten *Magna Carta*, parlamenter rejimin ortaya çıkışı bakımından ilk önemli tarih olarak kabul edilebilir. *Magna Carta*, monarkın otoritesine meydan okuyan bazı düzenlemeleri haizdir. Adı geçen fermanla vergilerin artırılması hususunda, monarkın baronlara danışması şartı getirilmiştir¹⁰. Özellikle belgenin 61. Maddesi, *Magna Carta*’nın varlığının teminatı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre monarkın ilgili belgeyi uygulamasından sorumlu yirmi beş barondan oluşan bir konsey kurulmuştur. Eğer monark belgeye uygun davranmazsa, bu baronlar arzu ettikleri değişiklikler yapılabilecek kalelere, arazilere ve mallara el koyma hakkına sahiptir¹¹. Böylece monark ilk kez kendi mutlak ve sınırsız yetkisinden feragat etmek durumunda kalmıştır. Bu olay, sonradan gelen “*Verginin Kanuniliği*” (vatandaşların temsil yoluyla iradelerini parlamentoya devretmeleri sonucu vergi salınmasına yasama erki tarafından karar verilebilmesi) ilkesinin de temelini oluşturmaktadır¹². Söz konusu bu olay ile İngiltere 13. Yüzyılda, mutlak monarşiden meşruti monarşiye evrilmiştir¹³.

⁷ Bülent Nuri ESEN, *Anayasa Hukuku- Genel Esaslar*, Ayyıldız Matbaası, 1970, s. 494; aktaran: GÖZLER, s. 367- 368.

⁸ "Birth of the English Parliament", Living Heritage, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionof-parliament/originsofparliament/birthofparliament/>, Erişim Tarihi: 29.12.2014.

⁹ GÖZLER, s. 367.

¹⁰ Mehmet AKAD, Bihterin DİNÇKOL, Nihat BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, 2015, İstanbul, s. 226.

¹¹ Daron ACEMOGLU & James A. ROBINSON, *Why Nations Fail – The Origins of Power Prosperity and Poverty*, Profile Books, 2013, s. 185.

¹² Bülent YÜCEL, *Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, 2009, Ankara, s. 53.

¹³ KUBALI, s. 506.

Kral Yurtsuz John'un parlamento ve anayasa hukuku tarihine bu önemli katkısının devamında tahta III. Henry (1216- 1272) geçmiştir. 1265 yılında İlk Seçilmiş Parlamento'nun ortaya çıkışı ile monarkın gücü biraz daha sınırlanmaya devam etmiştir¹⁴. 1264'te *Simon de Monfort*'un, III. Henry'i yenerek hapsedmesinin ardından *Magnum Concilium*'a her kontluktan iki şövalye ve her şehirden iki temsilci gönderilmesi istenmiştir¹⁵. Dolayısıyla parlamentonun üyeleri, şövalye ve varlıklı aristokratlar gibi soylulardan oluşmaktaydı. Ancak bu parlamentonun önemli özelliği elitlerin temsil edilmişinden ziyade, ilk kez birçok farklı çıkarın temsil edildiği bir kuruluşun ortaya çıkışıdır. Bu sebeple parlamentonun çoğunluğu, monarşinin güç tekeline eline alma savaşında monarkın karşısında yer alan bir grup olmuştur¹⁶.

İngiliz anayasal tarihinin en önemli belgesi olarak anılan *Magna Carta*'nın ardından, senyörler ile monark arasındaki anlaşmazlık nihayete ermemiş, aksine daha da derinleşerek devam etmiştir¹⁷. Bu nedenle 1295 tarihinde yasama organı, modern parlamentonun temeli de olan "Model Parlamento" adı altında kalıcı bir hale gelerek, *Kral I. Edward* 'in İngiliz Parlamentosu oluşmuştur¹⁸. Bu parlamento ile İngiltere'de kalıcılığa kavuşan parlamento günümüze değin varlığını sürdürmektedir¹⁹. Ardından *Kral III. Edward*'ın (1312- 1377) tahta geçmesi ile ise, halk tabakasından olan kimseler (Avam) parlamentoda daimi hale gelmiştir²⁰. 1381 yılında *Kara Ölüm (Black Death- Veba)* salgınının etkisiyle meydana gelen Çiftçi/ Köylü Ayaklanması (*Peasants' Revolt- Wat Tyler's Rebellion*)²¹ ile siyasi güç, monarktan soylulara dağılmasının yanı sıra, soylulardan halka da yayılım göstermeye başlamıştır. Dolayısıyla

¹⁴ ACEMOGLU, ROBINSON, s. 185- 186.

¹⁵ GÖZLER, s. 368.

¹⁶ ACEMOGLU, ROBINSON, s. 185- 186.

¹⁷ Gencay ŞAYLAN, *Çağdaş Siyasal Sistemler*, TODAİE, 1981, Ankara, s. 38- 39.

¹⁸ "Changes Under Edward I- Birth of English Parliament", Living Heritage, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/edward/>, Erişim Tarihi: 17.06.2016.

¹⁹ GÖZLER, s. 368.

²⁰ Alfred Lawson BROWN, *The Governance of Late Medieval England 1272- 1461*, Edward Arnold, 1989, Londra, s. 67- 69.

²¹ Christopher DYER, *Everyday Life in Medieval England, Hambledon and London*, 2000, s. 214- 218.

tüm bu değişiklikler çoğulcu siyasi kurumların ortaya çıkmasını sağlamıştır²².

Parlamentoda toplantıya katılanlar açısından ruhban sınıfı, 1300'lerin başından itibaren toplantılara katılmayarak kendi ödeyecekleri vergiyi tespit edip monarka ödeme yolunu tercih etmişlerdir²³. Baron ve kont gibi senyörler ise kendileri gibi soyluluk unvanlarına sahip olamayan şehir ve kasaba temsilcileri ile aynı ortamda bulunmak istememişler ve “Üst Meclis” (*Upper Chamber*) ile “Alt Meclis” (*Lower Chamber*)’ın ortaya çıkmasına sebep olmuşlardır. İlk meclis daha sonra “*Lordlar Kamarası*” (*House of Lords*); ikinci meclis ise “*Avam Kamarası*” (*House of Commons*) olarak anılmaya başlanmış ve öncelikle tek meclis halinde çalışan İngiliz Parlamentosu, çift meclisli hale gelmiştir²⁴. *Lordlar Kamarası* bakımından monark meclis başkanlığını sürdürmekle beraber, *Avam Kamarası*’nın toplantılarına monarkın katılmaması sebebiyle bu toplantılarda alınan kararları monarka bildiren “*Sözcü*” (*Speaker*), bu meclisin başkanı haline gelmiştir (1377)²⁵.

Buraya kadar parlamenter serüvende her ne kadar kraliyet ve elitler arasındaki güç savaşında soylular önemli haklar elde etse de, 1455-1485 tarihleri arasında *Lancaster Hanesi* ile *York Hanesi* arasında meydana gelen *Güllerin Savaşı*’nı (*War of Roses*) *Lancaster Hanesi* ve onların kral namzetleri *Henry Tudor* (VII. *Henry*) kazanarak 1485 yılında tahta geçmiştir²⁶. VII. *Henry* ilk olarak aristokrat sınıfını silahsızlandırmış ve merkezin gücünü artırmıştır. Bu eğilim oğlu VIII. *Henry*’nin *Katolik Kilisesi* ile yollarını ayırarak *Anglikan Kilisesi*’ni kurması ile güçlenmiştir. Hem VII. *Henry*, hem de VIII. *Henry* yalnızca merkezi kurumların güçlenmesini sağlamamış; ayrıca daha geniş siyasi temsile ihtiyacı da artırmıştır²⁷. Bu tarihle birlikte 1603 yılına dek devam eden *Tudorlar Dönemi* başlamış ve monark yeniden güç kazanarak mutlakiyetini hâkim kılmış ve böylece yasama organı güçsüzleşerek kazanımlarından taviz vermiştir.

²² ACEMOGLU, ROBINSON, s. 99- 100, 187.

²³ ARSEL, s. 96; aktaran: GÖZLER, s. 369.

²⁴ GÖZLER, s. 369.

²⁵ ARSEL, s. 97; aktaran: GÖZLER, s. 369.

²⁶ ACEMOGLU, ROBINSON, s. 186.

²⁷ ACEMOGLU, ROBINSON, s. 186.

1558 yılında VIII. Henry'nin kız kardeşi olan I. Elizabeth'in çocuğu olmaksızın ölmesi neticesinde 1603 yılında Stuart Hanedanı tahta geçmiştir²⁸. Bu dönemde (1603- 1714) özellikle I. James'in parlamento tarafından onaylanmayan vergiler koymaya çalışması ve devamında I. Charles'in özgürlüklere ciddi müdahalelerde bulunması, yargı bağımsızlığını ortadan kaldırarak süregelen davalara etkide bulunması ve parlamentonun düzenli olarak toplanamayışı nedeniyle monark ile yasama organı arasındaki çatışma yeniden kendini göstermiş ve nihayetinde Kral I. Charles'in döneminde 1628 tarihli İngiliz Haklar Bildirisi (*Petition of Rights*) ilan edilmiştir²⁹. Bu belge ile sebepsiz hapis cezası yasağı, parlamentonun onayı olmaksızın vergi salınım yasağı, askerlerin barış zamanında vatandaşların evlerinde konumlandırılması yasağı gibi belli bazı özgürlükler getirilmiş ve monarkın müdahalesi yasaklanmıştır³⁰. Ancak bu da yeterli olmamış ve 1642 yılında parlamento ve I. Charles arasında İç Savaş (*Civil War*) vuku bulmuş ve parlamento taraftarlarının galibiyeti ile sonuçlanarak 1649'da I. Charles'in yargılanması ve idamı ile sonuçlanmıştır³¹.

Söz konusu İngiliz Haklar Bildirisi de iç karışıklıkları önlemeye yetmemiş ve 1688 İhtilali olarak da anılan Muhteşem Devrim (*Glorious Revolution – Bloodless Revolution*) gerçekleşmiştir. Söz konusu tarih ile birlikte artık Britanya'da parlamentonun gücü hissedilmeye başlanmıştır çünkü devrim ile parlamento, Kral II. James'e tahtı bırakarak ülkeyi terketmesine sebep olmuş ve yerine kız kardeşi II. Mary'nin eşi William of Orange'ı, yetkilerini kısıtlayarak, tahta çıkartmıştır³². Muhteşem Devrim'in parlamenter tarihteki önemi, otorite ve karar alma yetkisinin artık monarktan parlamentoya resmen geçişini simgelemesidir çünkü sonrasında parlamento ile William yeni bir anayasa üzerinde anlaşma sağlayarak 1689 tarihinde *Haklar Beyannamesi (Bill of Rights)*'ni

²⁸ John A. WAGNER, Susan Walters SCHMID, *Encyclopedia of Tudor England*, Vol. 1, ABC- CLIO, 2012, s. 1061.

²⁹ John PATTERSON, *The Bill of Rights Politics Religion and the Quest for Justice*, Universe Inc., 2004, s. 21- 22; ACEMOGLU, ROBINSON, s. 188- 189; AKAD, DİNÇKOL, BULUT, s. 228.

³⁰ PATTERSON, s. 23- 24; YÜCEL, s. 54.

³¹ ACEMOGLU, ROBINSON, s. 189- 190.

³² "Glorious Revolution", *Encyclopedia Britannica*, <http://global.britannica.com/event/Glorious-Revolution>, Erişim Tarihi: 09.06.2016.

kabul etmiştir³³. *Haklar Beyannamesi*, parlamenter hükümet sistemi açısından çok önemli bir niteliği haizdir çünkü bir yandan monarkın gücünü kısıtlayıp öte yandan parlamentonun yetkilerini artırmakta ve parlamentodaki ifade özgürlüğünü koruma altına almaktadır³⁴. *Haklar Beyannamesi* sonrası 1693 yılında ise monark ilk kez, *Avam Kamarası*'ndaki çoğunluk olan *Whigs* kanadından bir hükümet oluşturmuştur³⁵.

İlgili sürecin ardından 18. yüzyılda tahta geçen *Hanover Hanedanı*, *Tudors Hanedanı*'nın aksine genel itibarıyla barışçıl bir süreç arzu etmiş ve bu nedenle kabinede *Avam Kamarası*'ndan da üyelerin bulunabilmesi gerçekleşmiştir. Parlamenter rejimdeki bir diğer önemli kurum olan başbakanlık da, yine tarihsel bir tesadüfün gerçekleşmesiyle, *Hanover Hanedanı* (1714- 1901) döneminde meydana gelmiştir³⁶. *Kral I. George*, İngilizce bilmediği için kabine toplantılarına katılamamış ve kendisine söz konusu toplantılardaki bilgileri aktarması için birine gereksinim duymuştur. Bu sebeple monarkın yerine kabine toplantılarına katılan ve de facto olarak ilk başbakan olan *Robert Walpole* ile İngiliz ve hatta dünya tarihinde ilk kez başbakanlık müessesesi oluşmuştur³⁷. 1784 tarihinde *William Pitt*'in başbakan oluşu ile birlikte, söz konusu kurum artık kabine ile parlamento arasındaki iletişimi sağlayan kabine liderliği görevine evrilmiştir³⁸.

Parlamenter sistemin tarihsel bu girizgâhının devamında *Avam Kamarası* (*House of Commons*) ve *Lordlar Kamarası*'nın (*House of Lords*) birleşiminden oluşan yasama organı gittikçe güçlenmiştir. Bu bağlamda parlamentarizmin klasik unsurları arasında yer alan monarkın siyasi olarak sorumsuzluğu ortaya çıkmış, dolayısıyla yetkileri de olabildiğince azalmıştır. Ayrıca 18. yüzyılın sonlarına gelindiğinde şekillenmiş "*impeachment*" kurumu neticesinde bakanlar, yasama organına karşı sorumlu hale gelmiş ve *Avam Kamarası* tarafından suçlandıklarında *Lordlar*

³³ ACEMOGLU, ROBINSON, s. 191.

³⁴ AKAD, DİNÇKOL, BULUT, s. 228.; YÜCEL, s. 54.

³⁵ Şule ÖZSOY BOYUNSUZ, *Başkanlı Parlamenter Sistem - Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği*, XII Levha Yayıncılık, 2014, İstanbul, s. 10.

³⁶ YÜCEL, s. 55.

³⁷ GÜNEŞ, s. 39.

³⁸ ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 11.

Kamarası tarafından yargılanır olmuşlardır³⁹. Devlet başkanının sorumsuz oluşu ve ikinci plana geçişi, kabinenin oluşumu ve parlamentodaki mahiyeti, başbakanlık müessesesi, bakanların sorumlulukları ve fesih hakkı gibi İngiliz tarihinin kendi özelliklerini yansıtan bu unsurlarla parlamenter hükümet şeklinin klasik görünümü de ana hatları itibarıyla ortaya çıkmıştır⁴⁰.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 13. Yüzyılda mutlak monarşiden meşrutî monarşiye evrilen hükümet şekli, 19. Yüzyılda nihai şekil olan parlamenter demokrasiyi oluşturmuştur⁴¹. Bu yüzyılda *Sanayi Devrimi* neticesinde kalabalık nüfuslu şehirler oluşmuş ve toplumsal baskı nedeniyle seçim çevreleri yeniden düzenlenmiş ve 20. yüzyıla genel oy sistemine geçilmesiyle güç dengesi bütünüyle el değiştirmiştir⁴². İlgili yüzyıllarla beraber parlamenter sistem, birçok ülkeye yayılmış ve farklı uygulamaları da beraberinde getirmiştir.

III. Parlamenter Hükümet Sisteminin Genel Unsurları

Ortaya çıkış serüveni yukarıda anlatıldığı gibi olan parlamenter hükümet sistemi, sonraki süreçte farklı ülkelerin kendine özgü koşulları nedeniyle birden fazla çeşide bürünmüştür. Ancak tüm farklı uygulamaların özünde parlamenter sistem bazı temel özellikleri haizdir. Bu bağlamda akla ilk gelen, özellikle yasama ve yürütme arasındaki eşitlik ve ayrılık; ancak bu ayrılığın ılımlı bir biçimde tezahürüdür. Bu yumuşak ayrılık, denge ve güven ilişkisi bağlamında gerçekleşir⁴³. Daha açık bir ifadeyle, yasama ve yürütme erkleri eşittir; ancak bu erkler birbirine müdahale bulunamaz, işbirlikleri söz konusudur. Ayrıca birbirlerinden bağımsız değil, aksine birbirlerine bağımlıdır ve etkileşimleri söz konusudur. Yasama ve yürütme birbirleri ile “fonksiyonel işbirliği” dâhilinde ve “karşılıklı organik tesirler” aracılığıyla çalışmaktadır⁴⁴. Fonksiyonel iş-

³⁹ YÜCEL, s. 55.

⁴⁰ KUBALI, s. 506.

⁴¹ KUBALI, s. 506.

⁴² Kaare STRØM, Wolfgang C. MÜLLER, and Torbjörn BERGMAN, "Parliamentary Democracy: Promise and Problems", Kaare Strøm, Wolfgang C. Müller, and Torbjörn Bergman (eds.) in *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2003, Oxford, s. 7.

⁴³ YÜCEL, s. 57.

⁴⁴ Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 2004, İstanbul, s. 405.

birliği, yasama ve yürütmenin önemli bazı devlet tasarruflarını (kanun, antlaşma veya bütçe gibi.) ortaklaşa yapabilmelerini ifade etmektedir. Karşılıklı organik tesirler ise yasama ve yürütmenin birbirlerini denetlemek için kullandığı kurumları işaret etmektedir⁴⁵. Bazı teorisyenlere göre söz konusu “*karşılıklı bağımlılık*”, var olan tüm parlamenter sistemlerin en temel özelliğidir. Bu durumu özellikle hükümetin görevde kalabilmesi için yasamanın rızası ve yasamanın seçimlerinin yürütme tarafından yenilenebilir olması arasındaki dengeye bağlamaktadırlar⁴⁶. Anılan bu karşılıklı etkileşim sayesinde parlamenter sistem daha dengeli ve tutarlı olmaktadır⁴⁷. Yasama yürütmeyi, yürütmenin oluşumuna katılarak ve yürütmeyi faaliyetlerinde kontrol ederek; gerektiği hallerde yürütmenin ceza ve siyasi sorumluluğunu ortaya koyarak denetlemektedir. Diğer yandan yürütme ise yasama denetimini meclis müzakerelerine katılarak ya da belli şartlar dâhilinde yasama meclisini feshederek ve seçimleri yenileyerek yapmaktadır⁴⁸.

Belirtildiği üzere tarihsel olaylar bağlamında ortaya çıkan bu hükümet sistemi, pratikten teoriye dökülmüştür. Bu nedenle sistemin devinimi günümüzde de oldukça hızlı devam etmektedir. Temelinde erkler ayrılığına dayanan ve bu denli yaşayan bir organizma olan rejim, esas itibarıyla yasama ve yürütmenin kendi aralarındaki ilişkiye ve yürütmenin kendi konumlanmasına göre vücut bulur⁴⁹.

Yukarıda anlatılanlardan yola çıkıldığında, parlamenter hükümet şeklinin klasik unsurları⁵⁰;

1. Bağımsız ve sorumsuz bir devlet başkanının olması
2. Parlamento karşısında sorumlu olan bakanların bulunması (Kişisel sorumluluk ve kolektif sorumluluk)

⁴⁵ KUBALI, s. 509.

⁴⁶ Alfred STEPHAN, Cindy SKACH, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism", *World Politics*, Vol: 46, No: 1, October 1993, s. 3-4.

⁴⁷ Kaare STRØM, "Parliamentary Democracy and Delegation", Kaare Strøm, Wolfgang C. Müller, and Torbjörn Bergman (eds.) in *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2003, Oxford, s. 93.

⁴⁸ KUBALI, s. 509.

⁴⁹ YÜCEL, s. 58.

⁵⁰ KUBALI, s. 510- 515.

3. Bir birlik olarak kabinenin varlığı
4. Yürütmenin yasamayı fesih yetkisi

akla gelmektedir.

Tarihsel bir döngüde ortaya çıkmış olan parlamenter sistem, bu özelliğinin de etkisiyle, ülkelerin içyapılarından ayrı düşünülemez. Dolayısıyla parlamenter rejimi izleyen ülkeler miktarınca farklı parlamenter yapı vardır demek çok da yanlış bir ifade olmayacaktır. Temel itibarıyla kabine her ne kadar yasamanın rızası neticesinde görevde kalıyorsa da, ülkelerin siyasi sistemleri, sosyokültürel özellikleri, seçim sistemleri vb. parlamenter yapı üzerinde etkili olmaktadır⁵¹. Bu bağlamda genel özellikleri biraz önce değinildiği biçimde şekillenen sistem, annesi sayılacak topraklardaki uygulamasında ise tarihsel dönüşümle ortaya çıkan farklılıkları haizdir. Şimdi bu özelliklere değinilecektir.

IV. Bir Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak Westminster Modeli

Parlamenter hükümet sisteminin genel özellikleri yukarıda belirtildiği biçimde karşımıza çıkarken, Westminster modelinin farklılık gösterdiği bazı hususlar bulunmaktadır.

İlk etapta Birleşik Krallık, federalist bir yapısı bulunmaması sebebiyle, çoğunlukla üniter devlet olarak değerlendirilmektedir. Fakat bünyesindeki devletler arasında politik ve ekonomik bağlamda anayasal farklılıklar bulunmaktadır. Westminster Paramentosu'nun yasama yetkisi tüm Birleşik Krallık'ı kapsamına alsa da, ülkede kendi mahkemeleri de bulunan üç ayrı hukuk sistemi mevcuttur. Bunlar sırasıyla; 1) İngiltere ve Galler, 2) İskoçya ve 3) Kuzey İrlanda'dır⁵². Bununla birlikte İngiltere'nin tarihsel sürecinin yansıması neticesi ortaya çıkmış olan siyasal gelenekleri, kendine özgü bir güçler ayrılığı anlayışı doğurmuştur ve ilk görünüm şekliyle parlamento egemenliğine dayanmaktadır. Bu bağlamda Britanya, parlamenter demokrasi olarak bilinen Westminster modeli ile yönetilen anayasal bir krallıktır. Westminster modeli terimi, genel anlamda çoğunlukçu modeli betimlemek amaçlı tercih edilmek-

⁵¹ ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 21.

⁵² BRADLEY, EWING, s. 42.

tedir. Bu çalışmada incelendiği üzere ise, daha spesifik olarak İngiliz Parlamentosu ve idari kurumlarını belirtmek için kullanılmıştır⁵³.

İngiliz parlamenter rejimi, Taç (Kraliyet), Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası'ndan oluşmaktadır⁵⁴. Kara Avrupası ülkelerine özgü bir gelenek olan “devlet” kavramına odaklanılması yerine, İngiliz sisteminde “Kraliyet ve Parlamento”ya daha büyük önem atfedilmesi de “Parlamento Egemenliği İlkesi” ile doğrudan ilgilidir⁵⁵.

Bu doğrultuda Westminster modelinde disiplinli parti yapısı söz konusudur. İktidar partisinin lideri, hükümetin de lideri olan başbakanıdır. Gündemi belirlemede başbakanın liderliğindeki bu hükümet başat role sahiptir. Anayasal yapı, yasamanın üstünlüğüne dayanmaktadır; ancak siyasal yapıyı esas biçimlendiren başbakan ve kabinedir⁵⁶. Ayrıca bu sistemde tek parti hükümetleri mevcuttur. Siyasal yarış, çoğunluk demokrasisine dayanan ve iki güçlü parti arasında mütemedi değişen iktidar ve zıtlık biçiminde şekillenmektedir. Dolayısıyla bu iktidar yarışı ve çekişme siyasal partilerin sistemi kontrol edebilmelerini de sağlamaktadır⁵⁷.

Westminster modelinin niteliklere baktığımızda genel olarak, çoğunluk hükümetinin bulunduğu ve yürütme yetkisinin tek partinin elinde toplandığı görülmektedir. Ayrıca siyasal sisteme kabine hakim bulunmaktadır. Bunun haricinde son yıllarda bir miktar değişime uğrasa da iki partili sistem ile çoğunlukçu ve orantısız bir seçim sistemi mevcuttur. Bu sistemde menfaat gruplarının, birbirinden bağımsız ve rekabetçi biçimde hükümeti etkileme çabalarının mevcuttur. Westminster modelinde göze çarpan başka bir özellik de üniter ve merkezi bir devlet yapısının varlığıdır. Bu devlette yasama yetkisi adeta tek meclisli parlamentoda toplanmıştır. Yazısız anayasa geleneğinden kaynaklı olarak da anayasal esneklik söz konusudur. Bu niteliğin bir diğer sonucu da

⁵³ Arend LIJPHART, *Patterns of Democracy Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press Yale Üniversitesi Yayınları), 2012, Second Edition (İkinci Bastı), New Haven & London, s. 9.

⁵⁴ Hülya EŞKİ, "Düzenleyici Kurumlara İngiltere Örneği Üzerinden Bakmak", *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 72, Yıl: 2009, s. 68.

⁵⁵ Koray KARASU, "İngiltere", *Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara Üniversitesi KAYAUM Yayınları, 2004, Ankara, s. 88.

⁵⁶ ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 23- 28.

⁵⁷ ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 23- 27- 29.

sistemde anayasa yargısının bulunmayışıdır. Son olarak anılan sistemde yürütmenin kontrolünde olan bir merkez bankası vardır⁵⁸.

Görüldüğü üzere Westminster modelinde hükümet oldukça ön planda ve sınırlandırılmamış şekilde karşımıza çıkmaktadır. Ancak 70'li yıllarda ve özellikle Thatcher Dönemi ile günümüze daha yakın bir süreçte Avrupa Birliği entegrasyonu sebebiyle hükümetin sınırlandırılmamış bu yapısı değişime uğramaya başlamıştır. Günümüzde de söz konusu bu değişim devam etmekte ve Westminster modeli farklı ülkelerdeki kendine özgü uygulamalarının dışında İngiltere'de de farklı bir yöne ilerlemektedir⁵⁹. Bu hususa "*Westminster Modeli'nin Dönüşümü*" bölümünde yeniden değinilecektir. Şimdi ise ana hatları ele alınmış olan sistem özelliklerinin daha detaylı incelenmesine geçilecektir.

V. Westminster Modelinin Genel Özellikleri

A. Yürütme Yetkisinin Bir Partide ve Dar Çoğunluk Hükümetlerinde Toplanması

Olağan şartlarda Westminster sisteminde hükümet, parlamentoda çoğunlukta olan parti üyelerinden oluşmaktadır. Bu bağlamda anılan modelde en güçlü organ hükümet olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁰.

İngiltere'de iki partili sistem bulunmaktadır. Bu nedenle seçimi kazanan parti çok az bir farkla çoğunluğa sahip olur ve geniş bir çoğunluk muhalefet rolü üstlenir. Dolayısıyla tek partili ve dar çoğunluklu hükümet sistemi mevcut olmakta ve koalisyon veya azınlık hükümetlerine nadiren rastlanmaktadır⁶¹. Bir azınlık hükümeti örneği olarak 1974 yılındaki İşçi Partisi hükümetinden söz edilebilir. Savaş sonrası dönemde İşçi Partisi, seçimlerde en çok oyu almış olmasına rağmen parlamentoda sandalyelerin çoğunluğunu elde edememiştir. Devamında ise, kendisine karşı birleşemeyen partilerin desteğini alması neticesinde bir azınlık hükümeti kurabilmiştir. Aynı sene seçimlerin yenilenmesi

⁵⁸ LIJPHART, s. 10- 20.

⁵⁹ Thomas SAALFELD, "The United Kingdom: Still a Single 'Chain of Command'? The Hollowing Out of the 'Westminster Model'", in Kaare STRØM, and Wolfgang C. MÜLLER and Torbjörn BERGMAN (eds.) *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2003, Oxford, s. 620 - 621.

⁶⁰ LIJPHART, s. 10.

⁶¹ LIJPHART, s. 10- 11.

sonucundaydı az bir sandalye farkı ile İşçi Partisi seçimleri kazanmıştır⁶². Fakat bir süre sonra partiden ayrılanlar ve ara seçim yenilgileri nedeniyle yeniden bir azınlık hükümeti haline gelmiştir. Buna çözüm olarak ise, 1977 yılında on üç Liberal Parti temsilcisiyle, yasama önergeleri parlamentoya sunulmadan önce kendilerine danışılması şartı ile “*Lab-Lib Pact*” yapıldı. Bu durum, 1979’da İşçi Partisi’nden Başbakan James Callaghan’ın azınlık hükümeti Avam Kamarası’ndan güvenoyu alamayana dek devam etti. Bir koalisyon hükümeti olarak ise, Mayıs 2010’daki seçimlerde en çok oyu almalarına karşın, parlamentodaki sandalyelerin çoğunluğunu elde edemeyen Muhafazakâr Parti’nin küçük Liberal Demokrat Parti ile oluşturduğu işbirliği örnek gösterilebilir. Burada Başbakan, Muhafazakâr Parti’nin lideri David Cameron, Başbakan Yardımcısı ise Liberal Demokrat Nick Clegg olmuştur⁶³.

B. Kabinenin Hâkimiyeti

Westminster sistemi, bilindiği üzere parlamenter bir sistemdir. Bu ise, hükümetin parlamentonun güvenine dayanarak çalışması anlamına gelmektedir. Teorik olarak Avam Kamarası, hükümeti oyları ile görevden uzaklaştırabilir. Ancak pratikte durum böyle değildir çünkü hükümet, Avam Kamarası’ndaki çoğunluk partisinden oluşmakta olduğundan zaten parlamentodaki çoğunluk desteğine sahiptir. Daha açık bir ifadeyle hükümet, parlamento karşısında üstün konumdadır. Ancak hükümetin parlamentoya karşı güçlü olabilmesi için dikkat edilmesi gereken husus, parlamentodaki çoğunluk desteğidir. Ayrıca söz konusu çoğunluk partisinin disiplin ve bütünleşme düzeyinin de yüksek olması hükümetin hakimiyeti için önem arz eder⁶⁴.

C. İki Partili Sistem

Westminster sisteminin en karakteristik özelliklerinden birisi de iki büyük partinin mevcudiyetidir. Bu partiler, Muhafazakâr Parti ve İşçi Partisi’dir. Ancak genel kanının aksine, bu demek değildir ki başka partilere yer verilmemektedir. Başka partiler de seçimlere katılarak

⁶² Hasan TUNÇ, Murat ERDOĞAN, “Demokrasilerde Seçim Sisteminin Parti Sistemi Üzerindeki Etkisi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, Ombudsman Akademik Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Aralık- Temmuz 2016, s. 35.

⁶³ TUNÇ, ERDOĞAN, s. 36.

⁶⁴ LIJPHART, s. 12.

Avam Kamarası'nda yer elde edebilirler. Bu nedenle anılan sisteme kimi yazarlarca "İki Buçuk Parti Sistemi" de denmektedir⁶⁵.

Bu sistemde parlamentodaki sandalyelerin büyük çoğunluğu, söz konusu iki büyük parti tarafından elde edilir ve hükümetler hemen her dönem bu iki parti arasında el değiştirir. 1950- 1997 dönemine bakıldığında bu iki partinin aldığı oylar %86'nın altına düşmemiştir. Liberaler bakımından ise durum özellikle 1997- 2010 arasında oyların yaklaşık olarak %20'sine ulaşabilmek biçiminde olsa da, hiçbir zaman Avam Kamarası'nda %10'dan fazla yer elde edememişlerdir⁶⁶. Bu nedenle iki buçuk parti sistemi nitelemesinde buçuk adlandırması genel olarak Liberal Parti'yi temsil etmektedir.

D. Çoğunlukçu ve Gayri-Nispi Seçim Sistemi

Avam Kamarası, Westminster Parlamentosu'nun en önemli kanadıdır, çünkü yasama yetkisinin hemen hemen tamamı Avam Kamarası'na aittir⁶⁷. 2010 Seçimleri sonrasında parlamentoda Avam Kamarası'nın şu anki sayılarına bakılacak olursa; 302 üye Muhafazakâr Parti'den, 256 üye İşçi Partisi'nden, 56 üye Liberal Demokrat Parti'den ve geriye kalan 36 üye çeşitli partilerden veya bağımsız olmak üzere toplamda 650 üye bulunmaktadır⁶⁸.

Anılan üyeler, tek adaylı dar seçim bölgelerinde, çoğunluk yöntemi ile seçilirler. Bu sisteme genel olarak "çizgiyi ilk geçen/ yarışmayı ilk kazanan sistemi" denmektedir. Ancak bu sistem oldukça adaletsiz sonuçlara yol açabilmesi bakımından eleştirilmektedir. Örneğin, 2005 yılındaki seçimlerde İşçi Partisi %35 oy almasına karşın Parlamento'daki 646 üyelikten 355'ini elde etmiştir. Bu bakımdan sistem yapay çoğunluklar yaratmaktadır. Dolayısıyla sistemi gayri-nispi çoğunlukçu demokrasi olarak adlandırmak yerinde olacaktır⁶⁹.

Bu sistem, özellikle buçukuncu parti olarak adlandırılan üçüncü parti açısından negatif sonuçlar doğurabilmektedir. Şu anki konjonk-

⁶⁵ ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 31.

⁶⁶ LIJPHART, s. 13- 14.

⁶⁷ LIJPHART, s. 17.

⁶⁸ "Current State of the Parties", <http://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/mps/current-state-of-the-parties/>, Erişim Tarihi: 10.06.2016.

⁶⁹ LIJPHART, s. 14.

türde, Liberaller ve Liberal Demokratlar özellikle daha dezavantajlı durumdadır; ancak Muhafazakâr Parti ve İşçi Partisi açısından çok daha pozitif bir sonuç doğurması dolayısıyla var olan bu iki büyük parti gayri-nispi seçim sistemini desteklemektedir⁷⁰.

E. Menfaat Grubu Çoğulculuğu

Westminster sisteminde, daha evvel belirtildiği üzere iktidar, çoğunluğu elinde bulundurmakta ve muhalefet ise iki partili sistemin de etkisiyle iktidara yakın bir oranda temsil edilmektedir. Bu ise, rekabetçi ve çatışmacı bir iktidar- muhalefet ilişkisi doğurmaktadır. Söz konusu ilişki, çoğunlukçu bir model olan Westminster sisteminde var olan çıkar gruplarının ortamına da hâkim olmaktadır. Dolayısıyla çıkar grupları bakımından da hükümet ile koordineli hareket edemeyen, rekabetçi bir çoğulculuk ortaya çıkar. Bu ise, politika oluşturma süreçlerine genel olarak entegre olamayan sendikalar ve yönetimlerin ortaya çıkmasına ve bunların problem çözümünde çatışmacı usuller tercih etmelerine sebep olmaktadır⁷¹.

F. Üniter ve Merkezi Devlet

Birleşik Krallık, yukarıda anıldığı üzere, üniter ve merkezîyetçi devlettir. Her ne kadar yerel yönetimler mevcut ve önemli işlevleri de olsa, federal sistemdeki gibi anayasal bağlamda güvence altına alınmış değildirler ve merkezi hükümetin oluşturmuş olduğu, finansal olarak merkeze bağlı olan kurumlardır⁷².

Zamanla üniter ve merkezi yapıda bazı istisnalar ortaya çıkmıştır. Öncelikle Kuzey İrlanda'nın, İrlanda Cumhuriyeti'nden bağımsızlığını kazandığı 1921'den, Britanya egemenliğine girdiği 1972 yılına kadarki, kendi parlamentosu ve hükümeti tarafından yönetildiği otonomi döneminden bahsedilebilir. Bunun dışında, İskoçya ve Galler'de 1997 ve İrlanda'nın her iki bölümünde 1998 yıllarında referandumlar yoluyla kendi özerk ve doğrudan seçilen parlamentoların kurulması ile Westminster Sistemi'nde desantralizasyon gerçekleşmiştir. 18 Eylül 2014'te ise, "İskoçya bağımsız bir ülke olmalı mıdır?" sorusu ile vücut bulan "Ba-

⁷⁰ TUNÇ, ERDOĞAN, s. 36.

⁷¹ LIJPHART, s. 15- 16.

⁷² LIJPHART, s. 16- 17.

ğimsızlık Referandumu” yapılmıştır. İskoçya, bu referandum sonucunda % 55.3 ile Birleşik Krallık bünyesinde kalmayı tercih etmiştir⁷³. Söz konusu durum, İskoçya’nın Birleşik Krallık’ın bütünleyici bir parçası olarak kalacağını ve merkeziyetçiliğin yok olmadığını gösteriyor olsa da, Birleşik Krallık hükümetinin İskoç Parlamentosu’na daha fazla özerk yetkiler vererek sistemin gelecekte daha komplike bir yapıya bürüneceği yeni bir sisteme gebe olduğunu göstermektedir. Son olarak, 23 Haziran 2016 tarihinde Birleşik Krallık’ın AB ile geleceğini belirleyen “*Brexit Referandumu*” gerçekleştirilmiştir. Bu referandum ile %51.9 oranında AB’den ayrılma yönünde bir sonuç ortaya çıkmıştır. Buna karşın İskoçya’nın büyük çoğunluğu kalma yönünde oy kullanmıştır⁷⁴. Bu neticenin yol açtığı olaylar ise “*Westminster Modelinin Dönüşümü*” bölümünde ele alınacaktır.

G. Yasama Gücününün (adeta) Tek Meclisli Parlamentoda Toplanması

Westminster Parlamentosu, daha evvel de belirtildiği üzere iki kanattan oluşmaktadır. Avam Kamarası, halk tarafından seçilen; Lordlar Kamarası ise soy esasına göre atanan üyelerden meydana gelmektedir. Ancak günlük konuşmada parlamento adeta Avam Kamarası ile özdeşleşmiştir. Bu bakımdan denilebilir ki, hemen hemen tek meclislilik söz konusudur. Yasama yetkisi, Lordlar Kamarası’nın kanunların yapılmasını geciktirebilme yetkisi dışında bütünüyle Avam Kamarası’na aittir. Bu bakımdan Westminster sisteminde yasama gücü, tek bir yasama meclisinde toplanmıştır⁷⁵.

H. Anayasal Esneklik

Bilindiği üzere İngiliz sisteminde matbu bir döküman olarak anayasa mevcut değildir. Yerinde bir söylemle, idari kurumların oluşumu, yetkileri, vatandaşların hakları gibi konuları içeren kurallar yazılı ve tek bir metinde toplanmamıştır. Bu konular, birden fazla kanun veya

⁷³ "Scotland votes 'No' to independence", <http://www.bbc.com/news/events/scotland-decides>, Erişim Tarihi: 12.06.2016.

⁷⁴ "Scotland seeks independence again after U.K. 'Brexit' vote", <http://www.nbcnews.com/storyline/brexit-referendum/scotland-could-see-independence-again-after-u-k-brexit-vote-n598166>, Erişim Tarihi: 04.08.2016.

⁷⁵ LIJPHART, s. 16- 17- 18.

anayasal metinlerde (1215 *Magna Carta*, 1628 *Petition of Rights*, 1689 *Bill of Rights* gibi.), genel hukuk kurallarında ve örf- adetlerin bünyesinde toplanmıştır. Yazısız olan bu anayasa, Westminster sistemi bakımından önemli bir duruma sebep olur; esnek bir anayasanın mevcut olması hali. Şöyle ki anayasa, adeta bir yasanın değiştirilmesi gibi değiştirilebilmekte, normal çoğunluklar kâfi olmaktadır⁷⁶.

I. Anayasa Yargısının Bulunmaması

Yazılı bir anayasanın olmayışının bir diğer önemli sonucu da mahkemelerin çıkan kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyememesidir. Elbette parlamento teamülen kendini anayasaya bağlı hissetmektedir; ancak hukuken böyle bir zorunluluğu yoktur. Hatta parlamento, anayasayı değiştirme ve yorumlama hususunda egemen otoritedir. Bu durumun başat istisnası olarak ise Avrupa Birliği üyeliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olma dolayısıyla parlamentodan üstün bir egemenliğin tanınması karşımıza çıkmaktadır⁷⁷. Ancak son zamanlarda gerek Avrupa Birliği üyeliğinden⁷⁸, gerekse İHAS mekanizmasından⁷⁹ ayrılmak ihtimalleri, İngiliz kamuoyunda yer alabilmektedir.

⁷⁶ LIJPHART, s. 18.

⁷⁷ LIJPHART, s. 19.

⁷⁸ Başbakan David Cameron, 2015 yılındaki genel seçimlerde çoğunluğu elde ederlerse, 2017 yılında AB'den ayrılıp ayrılmamaya dair bir referandum yapılacağı sözünü vermiştir.

"EU Referendum: In- out choice by end of 2017, Cameron promises", <http://www.theguardian.com/politics/2013/jan/22/eu-referendum-2017-david-cameron>, Erişim Tarihi: 10.06.2016.

Bu sözüne binayen, tasarlanandan daha önce olacak şekilde, 23 Haziran 2016 tarihinde "Brexit Referandumu" yapılmıştır.

"The Brexit vote reveals a country split down in the middle", <http://www.economist.com/news/britain/21701257-results-paint-picture-angry-country-divided-class-age-and-region-country-divided>, Erişim Tarihi: 09.08.2016.

⁷⁹ Başbakan David Cameron, özellikle "yabancı suçluları" sınırdışı etmek için gerekirse İHAS sisteminden kopma seçeneğini gündeme getirmiştir.

"Britain may need to withdraw from European Convention on Human Rights, says Cameron", <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/conservative/10342403/Britain-may-need-to-withdraw-from-European-Convention-on-Human-Rights-says-Cameron.html>, Erişim Tarihi: 14.06.2016.

J. Yürütmenin Kontrolünde Olan Merkez Bankası

1694 yılında kurulan İngiltere Merkez Bankası (*The Bank of England*) bütünüyle hükümetin sahip olduğu bir tüzel kişilik olarak ortaya çıkmaktaydı. Parlamento ve halka karşı ise işlerin yürütümünden sorumludur⁸⁰. Dolayısıyla “Merkez Bankası’nın Bağımsızlığı İlkesi”, bu durum ile örtüşmemektedir. Hatta belirtilmelidir ki, bağımsız olarak faiz belirleme yetkisi dahi Merkez Bankası’na 1997 yılında verilmiştir⁸¹.

VI. Westminster Modelindeki Kurumlar

A. Kraliyet

Birçok gelişmiş liberal cumhuriyette seçilmiş bir cumhurbaşkanı, devletin başı olarak karşımıza çıkmaktadır. Britanya’da ise monark (*kral/kraliçe*) olan ve tarihsel döngü içinde değişime uğrayan bu devlet başkanı, günümüzde yalnızca soya bağlı olma vasfını taşımaz, aynı zamanda birçok AB ülkesinde yer alan bir kurum niteliğini haizdir⁸². Ülkedeki tüm devlete ilişkin işlemler monark adına yapılır. Monarkın (günümüzde *kraliçe*) rolü genellikle sembolik ve resmidir (Parlamento’nun açılış konuşmasını yapmak, yabancı devlet başkanlarını ağırlamak v.b.). Ancak devletin devamı ve istikrarı için temsili ve pratik görevleri de mevcuttur. Söz gelimi bir anayasal monarşi olan Britanya’da monark, yasama, yürütme ve yargının sembolik başıdır⁸³.

Tahtın hâlefîyet hususuna bakıldığında tacın yapılanması, geleneksel bir kural olarak karşımıza çıkan “*babanın ölümünden sonra mirasın en büyük çocuğa devrolması hakkı*” (*primogeniture*) bağlamında şekillenmektedir. Buna göre erkek mirasçı ve onun, cinsiyeti fark etmeksizin, çocukları kadın mirasçıların önüne geçmektedir. Ayrıca söz gelimi monarkın, kendinden sonraki mirasçının erken görev başına gelmesi adına tahttan feragat etmesi halinde, tüm dominyonların parlamen-

⁸⁰ “How we are governed”, <http://www.bankofengland.co.uk/about/Pages/governance/default.aspx>, Erişim Tarihi: 09.08.2016.

⁸¹ LIJPHART, s. 20.

⁸² BRADLEY, EWING, s. 243.

⁸³ Hilaire BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish Publishing (Yayıncılık), Fifth Edition (Beşinci Baskı), 2004, London, s. 267.

tolarının bu hususta anlaşmaya varmaları gerekmektedir⁸⁴. Bunun dışında monarkın ölüm ya da daha nadiren tahttan feragat veya anayasal görevlerini yerine getiremeyecek kadar büyük bir hastalık sebebiyle ve mirasçının gerekli yaşa ulaşmamış olduğu durumlarda, Monark Vekilliği Kanunu 1937- 1953'e göre tahtın sorumluluklarını yürütebilmek için yetişkin birinin, halefin yaş küçüklüğü süresince görevlendirilmesi gerekmektedir⁸⁵. Ayrıca monark, ülke dışında olduğu veya geçici biçimde fiziksel veya mental bir hastalığı olduğu durumlarda, yine Monark Vekilliği Kanunu 1937'ye göre, yerine kendi sorumluluklarına sahip olacak bir Devlet Danışmanı (*Counsellors of State*) atayabilmektedir. Buna göre vekil atanmasına ihtiyaç olduğunda, tahtın varisi 18 yaşına varana dek, görevleri vekil devam ettirir⁸⁶.

Monarkın tüm görevleri için kesin bir liste yapılması pratikte pek mümkün görünmemektedir. Birçok resmi iş ve işlem monarkın katılımını, birçok resmi belge monarkın imzasını gerektirmektedir. Westminster anayasal demokrasisi bağlamında monarkın “uyarma, teşvik etme ve danışılma” hakları bulunmaktadır. Monark, mutlak surette tüm devlet işlemlerinden haberdar edilmelidir ve görüşlerini açıklamak konusunda uygun imkânlar sağlanmalıdır⁸⁷. Bununla birlikte monark, başbakan ya da ilgili bakanın tavsiyeleri doğrultusunda davranmaya mecburdur (örneğin, af konusunda içişleri bakanına danışılması gibi)⁸⁸.

Her politik görüşten hükümetlerce saygıdeğer bir konumda addedilen monark, politik farklılıklardan bağımsızdır ve görevini bağımsız biçimde sürdürür. Kraliçe Elizabeth II'nin 1952'de tahtı devralmasından beri 35 yıl Muhafazakâr Parti hükümeti, 19 yıl İşçi Partisi hükümeti ile çalışmıştır. Bu ise kendisine siyasi meselelere dair oldukça önemli bir tecrübe katmıştır. Öte yandan bu durum monarkın hükümet politikalarına ilişkin fikri olmaması ya da bu fikirleri Başbakan ile paylaşa-

⁸⁴ BARNETT, s. 267- 268.

⁸⁵ Regency Act 1937, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw8and1Geo6/1/16/contents>, Erişim Tarihi: 12.05.2016; Regency Act 1953, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/2-3/1/section/1>, Erişim Tarihi: 13.05.2016.

⁸⁶ Regency Act 1937, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw8and1Geo6/1/16/contents>, Erişim Tarihi: 12.05.2016

⁸⁷ BARNETT, s. 270.

⁸⁸ BRADLEY, EWING, s. 243- 244.

maması değildir. Ancak monark ile Başbakan arasında gerçekleşen bu konuşmaların mutlak mahremiyeti esastır⁸⁹.

B. Kraliyet ve Hükümet Arasındaki İletişim Kanalları

Westminster sisteminde taht ile hükümet arasındaki iletişim kanallarının ilki *devlet tutanakları*dır. Buna göre monark tüm önemli devlet tutanaklarının birer kopyasını bulundurur. Ayrıca yurtdışındaki büyükelçiler ve Commonwealth Yüksek Komiserleri'nin raporlarının da muhafaza eder. Son olarak tüm kabine tutanakları ve Kabine toplantılarının zabıtları da Kraliçe tarafından alınmaktadır⁹⁰.

İkinci bir iletişim kanalı olarak, *Başbakan'ın Kraliçe'nin haftalık olarak huzuruna bir saatlik kabulü* anılmalıdır. Bu toplantılarda hükümetin gündemine dair meseleler tartışılmakta ve bu hususlara dair Kraliçe'nin fikri alınmaktadır⁹¹.

Anılan iletişim kanallarının idaresi, Kraliçe tarafından atanan ve bu atama ile Kraliyet Danışma Meclisi'nin üyesi olan Kraliçe'nin Özel Sekreteri tarafından yürütülür⁹². Son olarak söz konusu Özel Sekreter herhangi bir siyasi parti mensubu da değildir⁹³.

C. Kraliyet Danışma Meclisi

1066 yılından beri monark, kralın yönetiminin başı ve Büyük Mührün muhafızı olarak şansölye atamaktadır. Bu şansölye, Kral'ın Konseyi'nin (*King's Council- Curia Regis*) daimi üyesidir. Kraliyet Danışma Meclisi, anılan en üst yasama, yürütme ve yargılama organı olan Kral Konseyi'nin devamı niteliğindedir⁹⁴.

Söz konusu Kraliyet Danışma Meclisi, 400'den fazla üyeden oluşmaktadır. Tüm eski ve var olan Kabine üyeleri de Danışma Meclisi'nin üyesidirler. Bu üyelerin ataması, başbakanın tavsiyesi ile monark ta-

⁸⁹ BARNETT, s. 270.

⁹⁰ BARNETT, s. 271.

⁹¹ "Audiences", <https://www.royal.uk/audiences>, Erişim Tarihi: 27.07. 2016.

⁹² "Privy Council members", <https://privycouncil.independent.gov.uk/privy-council/>, Erişim Tarihi: 28.07.2016.

⁹³ BARNETT, s. 270.

⁹⁴ BARNETT, s. 271, 273.

rafından yapılır. Kraliyet Ailesi mensupları, kıdemli yargıçlar, iki başpiskopos, Britanya büyükelçileri, Avam Kamarası'nın Sözcüsü, eski ve var olan muhalefet liderleri, önde gelen Commonwealth sözcüleri ve yargıçlar da bu üyeler arasında olabilmektedir. Kraliyet Danışma Meclisi, kraliçe ile onun istediği herhangi bir yerde toplanabiliyorsa da, ana kural olarak Buckingham Sarayı'nda buluşmaktadır⁹⁵.

Anılan meclisin fonksiyonlarına bakıldığında, *bildiri* ve *emirler* yoluyla işlem yapıldığı görülmektedir. Bildiriler; davet, meclisi tatil etme, parlamentonun dağıtılması ve savaş ile barış ilanı için kullanılır. Emirler ise yasama, yürütme ve yargıya dair olabilir. Kraliyet Danışma Meclisi'nde bilimsel araştırma, üniversiteler ya da yargısal meselelere ilişkin komiteler kurulmaktadır. 1833 tarihli Yargısal Komite Kanunu tarafından kurulan Yargısal Komite ise özellikle ayrı bir önem taşımaktadır. Bu Komite, telefon dinleme, devlet güvenliği, Falkland Adaları'na ilişkin olarak Britanya politikası gibi anayasal önemi olan meseleleri inceleyip raporlar yazabilme yetkisini de haizdir⁹⁶.

D. Başbakan

Lord Morley'nin de belirttiği üzere, başbakan kabinenin temel taşıdır. Tüm kabine üyeleri eşit addedilse de özgün ve istisnai bir konum sahibi olan kabinenin başı başbakan, eşitler arası birincidir (*primus inter pares*)⁹⁷. Zaten birçok kıdemli devlet görevlisinin atanması için de başbakanın rızası gerekmektedir⁹⁸.

Westminster sisteminde başbakanın konumu daha ziyade karakteri ile ilgilidir. Ayrıca, başbakanın gücü en nihayetinde kabine, parti, parlamento ve genel seçimlerdeki desteğe bağlıdır. Seçimler yoluyla olan destek, sınırları belirsiz olan “insanların halet-i ruhiyesi” olarak da adlandırılabilir. Burada üç genel seçimde başarı sağlamış olan Margaret

⁹⁵ Privy Council members”, <https://privycouncil.independent.gov.uk/privy-council/>, Erişim Tarihi: 28.07.2016; “Privy Councillors”, <https://privycouncil.independent.gov.uk/privy-council/privy-council-members/privy-councillors/>, Erişim Tarihi: 29.07.2016.

⁹⁶ BARNETT, s. 273- 274.

⁹⁷ “How government works”, <https://www.gov.uk/government/how-government-works>, 25.07.2016.

⁹⁸ BARNETT, s. 294 ve 278.

Thatcher'ın kabinenin oldukça önemli desteğini kaybetmesiyle başarısız oluşu örneği verilebilir⁹⁹.

Başbakanın başka bir sorumluluğu ise, her ne kadar Maliye Bakanı bulunmasına rağmen hazineden sorumlu lord olmasıdır. Ayrıca 1968'den beri kamu hizmetinden sorumlu bakanlık görevini yürütmektedir. Son olarak genel manasıyla bazı durumlarda başbakan başka bakanlıkları ve görevleri de üstlenebilmektedir¹⁰⁰. Örneğin Winston Churchill ayrıca Savunma Bakanlığı da yapmıştır¹⁰¹.

Başbakanın Westminster Parlamentosu çatısı altında hesap verme mecburiyeti de bulunmaktadır. 1960 ile 1999 yılları arasında, başbakanlar soruları salı ve perşembe öğleden sonraları 15 dakikalık periyotlarda almaktaydılar. Günümüzde ise başbakan ve muhalefet lideri arasındaki “münakaşa” (soru- cevap seansı), genel usulü oluşturmaktadır ve bu evrede muhalefet lideri başbakana karşı arka arkaya üç soru sorabilmektedir¹⁰².

Başbakanın değişikliği ise, istifa, ölüm ya da nadiren de olsa ihraç gibi hallerde söz konusu olur. İstifa çok çeşitli hallerde gerçekleşebilir. Buna göre genel seçimlerde yenilgi, hükümetteki anlaşmazlık, partinin desteğini kaybetmek, parlamentodan güvenoyu alamamak, parti liderliğinin değişmesi, hastalık, yaş, ölüm, gönüllü emeklilik veya kabinenin desteğini kaybetme durumlarından herhangi birinde başbakanın görevi sona erer. Değişiklik şekli ne olursa olsun, başbakanı monark atamaktadır. Bu durum kralın (kraliçe) kraliyet imtiyazlarından kaynaklanmakta ve monark istediği kişiyi atayabilmektedir. Ancak teamülen gelişen duruma göre monark, Avam Kamarası'nda çoğunluğa sahip olan partinin liderini atamaktadır¹⁰³. Hatta 2010 yılında herhangi bir parti çoğunluğu elde edemedi; fakat Kraliçe Elizabeth, en çok sandalyeye sahip partinin liderini başbakan olarak atadı¹⁰⁴.

⁹⁹ BARNETT, s. 275.

¹⁰⁰ BARNETT, s. 275.

¹⁰¹ “Past Prime Ministers: Sir Winston Churchill”, <https://www.gov.uk/government/history/past-prime-ministers/winston-churchill>, Erişim Tarihi: 25.07.2016.

¹⁰² Ian LOVELAND, *Constitutional Law – Administrative Law and Human Rights – A Critical Introduction*, 6th Ed., Oxford University Press, 2012, s. 143- 144.

¹⁰³ BARNETT, s. 276.

¹⁰⁴ “The Monarch and Parliament”, <http://www.parliament.uk/education/about-your-parliament/mps-lords-monarch/the-monarch-and-parliament/>, Erişim Tarihi:

E. Kabine

Hükümetin çekirdeğini oluşturan kabine, teorik manada hükümetin politikalarını formüle eder, başlatır ve uygular. Britanya’da yazılı bir anayasa mevcut olmadığı için kabinenin çalışma biçimi de tanımlayan ve kontrol eden belirli ve kesin bir kural mevcut değildir. Dolayısıyla farklı hükümet ve farklı karakterdeki başbakanlarla ortaya değişik çalışma sistemlerine sahip kabineler çıkacaktır. Anılan parlamenter hükümetin bir kabine hükümeti mi yoksa bir başbakanlı hükümet mi olduğu da başbakan ve aynı şekilde bakanların gücüne bağlı olacaktır¹⁰⁵.

Kabinede resmi bir hiyerarşi bulunmamaktadır; fakat resmi olmayan bir hiyerarşi söz konusudur. Bu bağlamda kabine üyelerinden özellikle üç tanesi en önemliler olarak karşımıza çıkmaktadırlar; İçişleri Bakanlığı (*Home Secretary*), Dışişleri Bakanlığı (*Foreign Secretary*) ve Maliye Bakanlığı (*Chancellor of the Exchequer*). Bunun dışında belirli bir sayıları bulunmamaktadır. Günümüzde ise yirmi bir kabine üyesini geçmeyecek biçimde bir oluşum söz konusudur. Ayrıca kabine üyelerinin parlamento içinden seçilmesine dair hukuken bağlayıcı bir kural bulunmasa da parlamento dışından seçilmiş bir kabine üyesi görülmemiştir¹⁰⁶.

Kabineye şeklini vermek başbakanın görevidir. Anayasal olarak tüm bakanların atanması monarkın ihtiyarındadır; ancak pratikte bu durum başbakanın kararı ile olmaktadır. Bunun dışında kabinede hangi devlet departmanlarının temsil edileceğine de başbakan karar verir. Fakat teamülen Maliye Bakanlığı, Yabancı ve Commonwealth İlişkilerine dair Bakanlık, İçişleri Bakanlığı, Savunma Bakanlığı gibi departmanlar her daim kabinede yer bulur. Bunun yanı sıra etkinliği sağlayabilmek adına kabine, genel itibarıyla Başbakan tarafından kararlaştırılan “Komiteler Sistemi” ile yürütülmektedir¹⁰⁷.

Kabine üyelerinin görevde kalıp kalmamalarına başbakan karar verir. Eğer bakan başbakanın, kendisinden görevden ayrılmasını ta-

28.07.2016.

¹⁰⁵ BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish Publishing (Yayıncılık), Fifth Edition (Beşinci Baskı), 2004, London, s. 279.

¹⁰⁶ LOVELAND, s. 123.

¹⁰⁷ BARNETT, s. 277 ve 279.

lep etmesine karşın talebini reddederse, başbakan monarktan bakanın azletmesini ister. Buradan da anlaşılacağı üzere başbakan, kabinenin yönetimi üzerinde tam bir hâkimiyete sahiptir. Kabine toplantılarını bekletme veya yürütme yetkileri de ondadır. Genellikle iki haftada bir gerçekleşen bu toplantılarda tartışılacak konulara da başbakan karar vermektedir. Ancak bu demek değildir ki başbakan ile kabine ilişkisinde tek güç noktası başbakandır. Hiçbir başbakanın, kabine ve parti desteği olmaksızın ayakta kalamayacağı da aşikârdır¹⁰⁸.

F. Bakanların Sorumluluğu (Bakansal Sorumluluk)

Başlangıçta monarşinin doğası gereği monarkın sorumlu olduğu bir devlet sistemi kurmak mümkün görünmemekteydi. Ortaçağa gelindiğinde ise monark tarafından krallık mührünü içeren evrakların uygulanmasından monarkın bakanlarının sorumlu olması geleneği baş göstermeye başlamıştır. “*Kral yanlış yapmaz!*” söylemi ile kendini gösteren “Bakanların Sorumluluğu” ortaya çıkmış ve 1688 Muhteşem Devrim sonrası bakanların sorumluluğu müessesesi kabine sisteminin var olma-ya başlaması ile gelişme göstermiştir¹⁰⁹.

Bakanların sorumluluğu, yürütme ve parlamento arasındaki ilişkide ana rolü üstlenmektedir. Devlet teorisinde hükümet, hem parlamentoya hem seçmen kitlesine karşı sorumludur. Bakanlar, hükümetin genel yürütümünden sorumludur. Bu sorumluluk hem bireysel hem de kolektif bağlamda ortaya çıkmaktadır. Birbirleri için tamamlayıcı da addedilen bu iki sorumluluk şeklinin birbirlerinden ayrılması da oldukça flu bir alana tekabül eder¹¹⁰. Özellikle 90’lı yıllarda “hesap verebilen hükümet” kavramındaki hesap verilebilirliğin kapsamının belirsiz oluşu nedeniyle, kavramı belirli hale getirebilmek için bazı girişimlerde bulunulmuştur¹¹¹.

Günümüzde, Westminster sisteminde bakanların sorumluluğu müessesesi her ne kadar kesinlik ve değişmezlik özelliği göstermese de ortaya çıkardığı bazı özellikler bulunmaktadır¹¹²;

¹⁰⁸ BARNETT, s. 278- 279.

¹⁰⁹ BRADLEY, EWING, s. 108- 109.

¹¹⁰ BARNETT, s. 289.

¹¹¹ BRADLEY, EWING, s. 107.

¹¹² BRADLEY, EWING, s. 110- 111.

- a. Başbakan ve diğer bakanlar, ulusal işlerin idaresinde, parlamentoya ve özellikle Avam Kamarası'na karşı sorumludurlar.
- b. Başbakan öldüğünde ya da görevinden ayrıldığı- görevinin bittiği dönemlerde, mensubu olduğu parti hala iktidarda olsa bile tüm bakanlıklar yeni başbakanın tasarrufundadır.
- c. Her ne kadar tüm bakanlar kendi bakanlıklarındaki iş ve işlemlerden sorumlu olsalar da, eğer Avam Kamarası mensupları bir bakanı bireysel olarak suçlandırır, hükümet onu savunacaktır çünkü bakanların kolektif sorumluluğunun temel anlamı, gözden düşen, yetersiz olan bakanı savunmaktır.
- d. Kabine tarafından verilen tüm kararlar hükümetin tüm üyelerini bağlar. Herhangi bir bakanın farklı fikirde olduğu ihtimalde dahi parlamentodaki toplantıda hükümeti desteklemek adına olumlu oy kullanması beklenmektedir.
- e. Kabine üyeleri arasında farklılıklar bulunsa dahi, bakanlar dışa yönelik olarak tek ses olarak görünmelidir.
- f. Bakanların kolektif sorumluluğu müessesesi, yürütmenin bölünmezliği ilkesini de beraberinde getirmektedir. Ayrıca aynı kabinede yer alan bakanlıkların, sır tutma prensibinin (*concealment*) varlığı dolayısıyla, bakanlıkların da birbirleri ile hem-fikir olmaları beklenmektedir.
- g. Gereken hallerde kabine, başbakan adına ya da onun vasıtasıyla monark ile iletişime geçmektedir. Ancak bakanların kolektif sorumluluğu prensibinde, kabine tarafından monarka danışmanlık yapıldığı hallerde istisnalar olabilmektedir. Örneğin İçişleri Bakanı'nın monarka af yetkisi hususunda danışmanlık yaptığı hallerde kendi sorumluluğundan söz edilmektedir.

1. Kolektif Sorumluluk

Kabinenin bütün olarak sorumluluğu, hükümetin tümünden parlamentoya karşı hesap verebilirliği ile ilgilidir. Kabinenin her bir üyesi, kesin ve değişmez şekilde bütün olarak sorumludur. Hatta belirtilmeli-

dir ki anılan kollektif sorumluluk, hükümette var olan bakanlardan başlayarak Özel Bakanlık Sekreterleri dâhil herkese uygulanmaktadır¹¹³.

Yukarıda dile getirildiği üzere bu sorumluluk türünde tüm bakanlar, kendileri oturumlarda olumsuz oy kullanmış olsalar dahi bunu açığa çıkarmadan, kabine tarafından alınan tüm kararları kamuoyu önünde desteklemelidir. Eğer bir bakan, herhangi bir kabine kararını açıkça eleştirir ya da katılmak istemezse istifa etmelidir. Bunun yanı sıra şayet hükümet güvenoyu alamazsa, bu noktada da kolektif sorumluluk gereği tüm hükümet görevden çekilir¹¹⁴.

Başbakan 22 kabine bakanını, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası'ndan seçer. Bu aşamadan sonra, haftada dört gün olacak biçimde parlamentodan gelecek soruları yanıtlamakla görevlidirler. Bu nedenle kabine bakanları, başbakan ile birlikte, ortak politikaları belirlemek adına haftalık toplantılar yaparlar. Muhalefet partileri ise kabinenin bu dayanışma ruhunu bozarak aralarındaki çelişkileri ortaya çıkarmaya çalışır¹¹⁵.

2. Bireysel Sorumluluk

Öte yandan bakanların bireysel sorumluluğu, kendi bakanlıkları bünyesinde gerçekleşen tüm işlem ve eylemlerden sorumlu olmalarına ilişkindir. Bunun anlamı, söz gelimi bir yolsuzluk vb. durum olduğunda, ilgili bakanın haberi yoksa dahi, durumdan sorumlu olmasıdır. Eğer bakanlık bünyesinde herhangi bir uygunsuz davranış mevcutsa bakanın istifa etmesi beklenir¹¹⁶.

Bu ilke, hem seçilen hükümetin hesap verilebilirliği açısından, hem de bakanların bünyelerindeki bakanlıklarla yakın ilişki kurmalarını sağlaması açısından önem arz etmektedir. Kural her ne kadar bir anayasal gelenek olsa da, uygulanması açısından zorlayıcı bir kural bulunmamaktadır.

¹¹³ BARNETT, s. 289.

¹¹⁴ BRADLEY, EWING, s. 111.

¹¹⁵ Eric PETERSEN, "Congress: A Brief Comparison of the British House of Commons and the U.S. House of Representatives", Congressional Research Service Report for Congress, 2005, s. 3- 15.

¹¹⁶ LOVELAND, s. 278- 280.

G. Parlamento

1. Avam Kamarası

1270 yılında içerisinde aristokratların yanı sıra sıradan halk tabakasından olan kimseleri de barındıran çeşitli ulusal meclisler, siyasi meselelerin çözümüne yardımcı olmak için monarkın otoritesi altında toplanmaya başlamışlardır. Halktan gelen bu üyeler her kontluk ve kasabanın temsilcilerinden oluşmaktadır¹¹⁷.

İngiliz Avam Kamarası, 14. yüzyılda oluşmaya başlamış; 1707 yılında İskoçya ile siyasi birleşme sonucu Birleşik Krallık Avam Kamarası halini almış ve 19. yüzyılda İrlanda'nın durumunun netleşmesi ile son şekline bürünmüştür¹¹⁸.

İlk başlarda avamlar yasamaya ilişkin özellikle iki tür belirgin görev yürütmekteydi. Bunlardan ilki kendi varlık sebebi olan, elit olmayanların lordlara ve taca karşı çıkarlarını gözetmekti. Avamların ikinci görevi ise, yerel çıkarları ulusal düzeyde temsil etmektir. Bu doğrultuda seçilen yerel temsilciler kendi bölgelerinin adeta avukatları olarak görülmekteydiler¹¹⁹.

Günümüzde Avam Kamarası, “Çizgiyi İlk Geçen/ Yarışı İlk Kazanan İlkesi” bağlamında, dar bölgelerden seçilen 650 üyeden oluşur¹²⁰. Seçilen bu parlamenterler, Westminster çatısı altında kendi partilerini desteklemeye hukuken zorunlu değillerdir. Bu gönüllülük usulünden kaynaklı olarak Westminster Sistemi’nde Avam Kamarası’ndaki büyük partiler bakımından çok yönlü bir kontrol sistemi olan “Whipping Sistemi- Kamçı Sistemi” getirilmiştir. Bu sisteme göre her partide çeşitli parlamenterler “whip” olarak görevlendirilmekte ve bu kişiler partideki parlamenterlerin partinin objektifleri doğrultusunda davranıp davranmadıklarını kontrol eden; bu doğrultuda davranmaya ikna ya da tehdit eden “parti menejerleri” gibi davranmaktadır¹²¹.

¹¹⁷ LOVELAND, s. 119.

¹¹⁸ "House of Commons", <http://www.parliament.uk/business/commons/>, Erişim Tarihi: 08.07.2016.

¹¹⁹ LOVELAND, s. 119- 120.

¹²⁰ "House of Commons", <http://www.parliament.uk/business/commons/>, Erişim Tarihi: 08.07.2016.

¹²¹ LOVELAND, s. 122.

Hükümet öncelikli olarak Avam Kamarası'na karşı sorumludur ve başbakan çoğunluğun desteğini alabildiği ölçüde görevi başında kabildir. Monark, genel itibarıyla Avam Kamarası'nda çoğunluğu elde eden partinin liderini başbakan olarak atamaktadır. Ayrıca başbakan 1963'ten beri teamülen Lordlar Kamarası değil, Avam Kamarası mensubudur¹²².

Modern Avam Kamarası'na ilişkin olarak, nadiren bir kanun yapan organ olarak karşımıza çıktığı söylenmektedir. Bununla kastedilen, bir kanunun içeriğine tam anlamıyla kabinede karar verildiğidir. Buna göre, hükümetler yürütülecek politikalara öncelikle karar vermekte, devamında ise Avam Kamarası'nda yer alan parti üyeleri, tasarılar da herhangi bir değişiklik yapmaksızın, kabinenin arzusu doğrultusunda desteklerini vermektedirler. Avam Kamarası'nın rolü, en kısa biçimiyle "yasamadan ziyade meşrulaştırma" olarak özetlenebilir¹²³. Dolayısıyla Avam Kamarası'nın kanun yapım sürecindeki etkisi için, tasarıları reddedebilme ve tasarılar da değişiklik yapma güçleri bulunduğu takdirde anlamlı olacaktır denilebilir.

2. Lordlar Kamarası

Kökeni "Büyük Konsey"e (*Great Council*) götürülebilen Lordlar Kamarası, modern biçimine 15. Yüzyılda ulaşmıştır. Buna karşın 17. Yüzyılda dahi demokratik hale gelememiş, yalnızca kilise mensubu bazı görevliler ve toprak sahipliğine dayanan bir aristokrasinin dahil olduğu bir kamara şekline bürünmüştür¹²⁴. 1688 yılındaki Muhteşem Devrim'e kadar lordlar, İngiliz anayasasının temel unsuru olarak görülmekteyken, devrim sonrası parlamentonun üstünlüğünün gelmesiyle, yasama sürecindeki güçleri bakımından avamlar ile eşit olarak değerlendirilmeye başlamışlardır¹²⁵. Bu bağlamda 19. Yüzyılın sonlarına kadar kabineye

¹²² "House of Commons", <http://www.parliament.uk/business/commons/>, Erişim Tarihi: 08.06.2016.

¹²³ LOVELAND, s. 129, 133.

¹²⁴ Ancak belirtilmelidir ki ilgili dönemde Avam Kamarası da demokratik olmaktan uzaktır. Şöyle ki, Avam Kamarası'nın üyeleri de oldukça küçük bir nüfus içerisinde yalnızca erkek arasından seçilmekteydi. LOVELAND, s. 156-157.

¹²⁵ LOVELAND, s. 156.

katılım bakımından lordlar ve avamlar eşit sayıdaydı. 20. Yüzyılla beraber de başbakanın avamlar arasından seçilmesi geleneği başlamıştır¹²⁶.

İlk biçimi ile Lordlar Kamarası, kilise ve toprak malikliğine dayalı bir aristokrasiden oluşmaktaydı¹²⁷. Şu anda ise, Avam Kamarası üyelerinin seçilmesi usulünden farklı olarak Lordlar Kamarası'na mensup birçok yeni üye genelde atanma yolu görev alırlar. Başbakanın tavsiyesi üzerine monark tarafından (şu anda Kraliçe) atanmaktadırlar. Ayrıca bağımsız bir organ olan “*Lordlar Kamarası Atama Komitesi*” (*House of Lords Appointments Commission*) tarafından atananlar da bulunmaktadır. Bir de soya dayalı olarak Lordlar Kamarası üyesi olunmaktadır¹²⁸.

1958 yılında “Soya Dayalı Olmayan Lordluk Kanunu” ile yeni bir tür lordluk tahsis edilmiştir. Buna göre anılan lordlar, monark tarafından başbakana tavsiye vermek üzere atanmaktadır ve görev süreleri kendi yaşam süreleri ile sınırlıdır; dolayısıyla kendilerinden sonra aile üyelerine devredilemez.¹²⁹ Lordlar Kamarası'ndaki bu değişiklikten sonraki süreçte hükümet tarafından 1969 ile 1999 yılları arasında Üst Meclis'te değişikliğe yönelik herhangi bir kanuni düzenleme önerilmemiş olsa dahi, lordların konuları tartışılmaya devam etmiştir. 1999 yılında ise, Lordlar Kamarası'na dair o zamana kadar gerçekleşmiş en önemli kanuni düzenleme yapılmıştır. 1999 Lordlar Kamarası Kanunu'na göre, soya bağlı lordluk müessesesinin tamamıyla yürürlükten kaldırılması için gereken ilk adım atılmış, 1330 olan üye sayısı 669'a çekilmiş ve yalnızca geçici süreliğine 92 adet soya dayalı olan Lordlar Kamarası'na atanmış lordun görevleri devam etmiştir.¹³⁰ 2005 yılında ise Lordlar Kamarası'na ilişkin bir diğer önemli adım atılarak

¹²⁶ “How members are appointed”, <http://www.parliament.uk/business/lords/whos-in-the-house-of-lords/members-and-their-roles/how-members-are-appointed/>, Erişim Tarihi: 22.06.2016.

¹²⁷ LOVELAND, s. 157.

¹²⁸ “How members are appointed”, <http://www.parliament.uk/business/lords/whos-in-the-house-of-lords/members-and-their-roles/how-members-are-appointed/>, Erişim Tarihi: 22.06.2016.

¹²⁹ LOVELAND, s. 168.

¹³⁰ “House of Lords Reform”, <http://www.parliament.uk/about/livingheritage/evolutionofparliament/houseoflords/house-of-lords-reform/from-the-collections/from-the-parliamentary-collections-lords-reform/lords-reform-1963-1999/house-oflordsact1999/>, Erişim Tarihi: 11.07.2016.

Anayasal Reform Kanunu ile Üst Meclis'in yargısal rolü elinden alınmış, Ekim 2009'dan itibaren görev yapmak üzere bağımsız bir Yüksek Mahkeme kurulmuştur¹³¹. Bu tarihe kadar Britanya hukuk sisteminde Lordlar Kamarası, hukukçu lordlar aracılığıyla en yüksek yargı organı vazifesi görmekteydi¹³².

Lordlar Kamarası'nın günümüzdeki rolüne bakılacak olursa, kanunların yapım sürecinde bünyesinde yer alan birçok uzmanın da sayesinde kanun tasarı ve tekliflerini öneren, gözden geçiren bir mercii konumuna gelmiştir. Bunun dışında zamanla gerek kadın ve erkek sayısı, gerekse etnik ve dinsel azınlıklar bakımından büyük bir çeşitliliği barındıran Lordlar Kamarası, 2014 ve 2015 yıllarında yapılan yeni kanunlarla birlikte üyelerine emeklilik ve istifa hakkını tanımış ve ayrıca bünyesindeki üyelerin görevini askıya alma ya da üyelikten ihraç haklarını elde etmiştir¹³³.

VII. Westminster Modeli'nin Dönüşümü

Westminster sistemi, her ne kadar parlamenter sistemin doğuşu olsa da yıllar içerisinde zamana ve koşullara adapte olabilmek kaygısıyla dönüşüme uğramıştır. Lordlar Kamarası'nın zayıflaması, adem-i merkezîyet ve AB'ye üyelik neticesinde egemenlik yetkisinin sınırlanması gibi ana olaylar sistemi farklılaştırmıştır¹³⁴.

Öncelikle Lordlar Kamarası'nın gücünün gün geçtikçe zayıfladığı söylenebilecektir. Mayıs 1997'de Tony Blair liderliğindeki İşçi Partisi büyük bir başarı ile yönetime gelmiştir. Söz konusu partinin manifestosundaki önemli bir vaat de, Lordlar Kamarası'ndaki soya dayalı üyeliğin sonlandırılması idi. Her ne kadar Muhafazakâr Parti'nin karşılıklı

¹³¹ "Key Dates- House of Lords Reform", <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseoflords/house-of-lords-reform/keydates/>, Erişim Tarihi: 13.07.2016.

¹³² "House of Lords", <http://www.parliament.uk/business/lords/>, Erişim Tarihi: 08.06.2016.

¹³³ "Contemporary Context- House of Lords Reform", <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseoflords/house-of-lords-reform/contemporarycontext/>, Erişim Tarihi: 13.07.2016.

¹³⁴ "The Development of Westminster System", http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Research_and_Education/hamer/chap02, Erişim Tarihi: 25.05.2016.

pazarlıkları sonucu bir miktar kesintiler olsa da, söz konusu üyelik sayısı 758'den 92'ye indirilerek yasalaşmıştır¹³⁵. 2000 yılına gelindiğinde, Lordlar Kamarası Bağımsız Atama Komisyonu, üyelik teklifi ve kabulü amacı ile kurulmuştur ve devamındaki yıl, Kraliçe 15 adet parti dışı üye seçilmesi isteğini ortaya koymuştur¹³⁶. Ardından Lordlar Kamarası Reform Kanun Teklifine dair Birleşik Komite 2012 yılında büyük bir adım atar ve raporunda %80 üyenin seçim yolu ile %20 üyenin ise atama yolu ile kabul edilmesini tavsiye eder ve 27 Haziran 2012'de Lordlar Kamarası Reform Kanun Teklifi, Avam Kamarası'na sunulur¹³⁷. Fakat 3 Eylül 2012'de anılan kanun teklifinin geri çekildiği Başbakan Yardımcısı tarafından ilan edilir¹³⁸. Ancak 14 Mayıs 2014'te Lordlar Kamarası Reform Kanunu, kraliyet onayı ile yürürlüğe girer. Bu kanun ile Lordlar Kamarası'nda görevden çekilme prensibi ve belli hallerde üyelikten ihraça ilişkin hükümler yürürlüğe girer¹³⁹.

1997 yılı ile birlikte ise, İskoçya ve Galler'de; 1998 yılında İrlanda'nın her iki bölümünde referandumlar yapılarak Galler, Kuzey İrlanda ve İskoçya parlamentoları kurulması ile Westminster Sistemi'nde desantralizasyon hareketi başlamıştır. Bu durum ile Westminster Parlamentosu'nun bazı yetkilerinin¹⁴⁰ Cardiff, Belfast ve Edin-

¹³⁵ "The Development of Westminster System", http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Research_and_Education/hamer/chap02, Erişim Tarihi: 25.05.2016.

¹³⁶ "House of Lords Reform", <http://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/lords-reform/>, 26.05.2016.

¹³⁷ "House of Lords Reform Bill 2012-13", <http://services.parliament.uk/bills/2012-13/houseoflordsreform.html>, 26.05.2016.

¹³⁸ "House of Lords Reform", <http://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/lords-reform/>, 26.05.2016.

¹³⁹ "House of Lords Reform", <http://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/lords-reform/>, 26.05.2016.

¹⁴⁰ Devredilen ana yetkiler; **Galler:** Tarım- Ormançılık- Balıkçılık, Eğitim, Çevre, Sağlık- Sosyal Yardım, Konut, Yerel Yönetim, İtfaiye- Kurtarma Servisleri, Tren Yolları ve Ulaşım, Ekonomik Kalkınma. **Kuzey İrlanda:** Tarım, Eğitim, Çevre, Sağlık, Teşebbüsçülük- Ticaret- Yatırım, Sosyal Servisler, Adalet- Polis Hizmetleri. **İskoçya:** Tarım- Ormançılık- Balıkçılık, Eğitim, Çevre, Sağlık, Konut, Adalet- Polis Hizmetleri- Mahkemeler (Belirtilmelidir ki, İskoçya en başından beri kendi yargı sistemine sahipti.), Yerel Yönetim, İtfaiye Servisi, Ekonomik Kalkınma, Bazı Ulaşım Hizmetleri.

burgh'daki Galler, Kuzey İrlanda ve İskoçya parlamentolarına devri gerçekleşmiştir¹⁴¹. Bununla her ne kadar Birleşik Krallık'ın dağılması gerçekleşmemiş olsa da, idari sistem ve yazılı hukuk yapmak karmaşık bir hale gelmiştir. Ayrıca Avrupa ile olan entegrasyon sürecinde yeni güç odaklarının da sahneye çıkmasına neden olmuştur¹⁴². 2012 yılında ise İskoçya Kanunu, kraliyet onayını alarak Birleşik Krallık Parlamentosu'ndan geçer. Bu kanun ile İskoçya Parlamentosu'na, kanun yapılabilecek konuların kapsamının genişletilmesi ya da gelir vergisinin oranının artırılması gibi yetkiler verilmiştir¹⁴³. 18 Eylül 2014'te İskoçya'nın bağımsız olup olmamasının oylandığı referandum ise bu süreçteki en önemli gelişme olarak ortaya çıkmıştır. Anılan referandumda bağımsızlık yönünde olan oylar fazla çıkmıştır. Durumun kritik önemi nedeniyle, referandumun gerçekleşmesinden üç gün önce, İngiltere'nin en büyük üç partisi (*Muhafazakâr Parti, İşçi Partisi ve Liberal Demokrat Parti*), İskoçya Parlamentosu için "genişletilmiş yeni yetkiler" verilmesi gereğini dile getirmeye başlamıştır¹⁴⁴. Referandum sonrasında ise Başbakan David Cameron, başta vergi, harcamalar ve refah hususları olmak üzere daha fazla güç devrinin gerçekleşeceğini ve bunları içeren İskoçya Kanun taslağının ortaya çıkış tarihinin 25 Ocak 2015 olacağını belirtmiştir¹⁴⁵.

"Devolution: A Beginner's Guide", http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/election_2010/first_time_voter/8589835.stm, Erişim Tarihi: 20.07.2016.

¹⁴¹ "Devolution: A Beginner's Guide", http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/election_2010/first_time_voter/8589835.stm, Erişim Tarihi: 20.07.2016.

"The Development of Westminster System", http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Research_and_Education/hamer/chap02, Erişim Tarihi: 25.05.2016.

¹⁴² BRADLEY, EWING, s. 136.

¹⁴³ "The Scottish Parliament- Past and Present", http://www.scottish.parliament.uk/EducationandCommunityPartnershipsresources/TimelineEnglishSept_2013.pdf, 27.05.2016.

¹⁴⁴ "What now for 'the vow'?", <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-29443603>, Erişim Tarihi: 28.05.2016.

¹⁴⁵ "Scotland votes 'No': What happens now?", <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-29252899>, Erişim Tarihi: 28.05.2016; "Scottish Referendum: Party Leaders Back Timetable for Devolution", <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/scottish-independence/11085288/Scottish-referendum-party-leaders-back-timetable-for-devolution.html>, Erişim Tarihi: 28.05.2016.

Söz konusu adem-i merkezîyet (desantralizasyon) sürecini yakından ilgilendiren bir diğer gelişme ise, Westminster sisteminde mühim değişikliklere yol açan bir diğer husus olan Avrupa Birliği ve Birleşik Krallık ilişkileridir. Bilindiği üzere, Avrupa Birliği'ne üye olunması ile, hukuki bir çatışma durumunda AB hukuku iç hukuktan üstün olabilmektedir. Bu ise, geleneksel Britanya egemenlik sistemi ile çelişmektedir. Westminster Paramentosu'nun önerilen AB hukuki metinleri ve politikaları üzerinde bir yetkisi bulunmamaktadır. Birleşik Krallık'ın egemenlik yetkisinin birçok bakımdan sınırlandırıldığı AB sistemi, iç gündemde de oldukça tartışmalıdır. Hatta 7 Mayıs 2015 Birleşik Krallık genel seçimleri öncesi iktidarda olan ve seçimlerde yine çoğunluğu elde eden Muhafazakâr Parti'nin seçim vaatlerinden biri, AB ile ilişkilerin akıbetinin belirlenmesini sağlayacak, 31 Aralık 2017'den önce gerçekleşecek bir referandum sözü olmuştur¹⁴⁶. Aslında Birleşik Krallık'ın AB'den ayrılmasına yönelik bu tarz talepler ilk olarak, 1973'te AB'nin çekirdeği de teşkil eden Avrupa Ekonomik Topluluğu'na (AET) katılması ile ortaya çıkmaya başlamıştır. Birleşik Krallık'ın AB ile geleceğini ise doğrudan belirleyen ve Muhafazakâr Parti tarafından sözü verilen referandum ise ("*Brexit*") 23 Haziran 2016 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Bu referandum ile %51.9 oranında AB'den ayrılma yönünde bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bu sonuç her ne kadar bağlayıcılık taşımasa da¹⁴⁷ Westminster sistemine ilişkin olarak potansiyel bir tehdit olarak değerlendirilebilecektir. Şöyle ki, oylamanın dağılımına bakıldığında İngiltere ve Galler'de ayrılma yönündeki oyların oranı fazla iken, İskoçya ve Kuzey İrlanda'nın büyük çoğunluğu kalma yönünde oy kullanmıştır. Referandumdan sonra İskoçya Birinci Bakanı olan Nicola Sturgeon, İskoçya'nın geleceğini AB'den ayrı düşünmediğini ve oylama sonucunun İskoçya için güçlü ve kesin biçimde AB'de kalmak olarak yorumlanması gerektiğini dile getirmiştir¹⁴⁸. Bu bağlamda 24 Haziran 2016'da

¹⁴⁶ European Union Referendum Bill, http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2015-2016/0002/cbill_2015-20160002_en_2.htm#pb1-11g5, Erişim Tarihi: 01.06.2016.

¹⁴⁷ "Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU", <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>, Erişim Tarihi: 02.08.2016.

¹⁴⁸ Robert HAZELL, Alan RENWICK, "Brexit: Its Consequences for Devolution and the Union", UCL Constitution Unit Briefing Paper, The Constitution Unit, 19 Mayıs 2016, s. 4, <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/europe/briefing-papers/briefing-paper-3>, Erişim Tarihi: 02.08.2016.

bazı yetkililer İskoçya'nın Birleşik Krallık'tan ayrılmasını oylamak için ikinci bir referandum yapılacağını duyurmuştur¹⁴⁹.

Bu gelişmeler sonrası görülmektedir ki Brexit, hem Birleşik Krallık bünyesindeki ülkelerin, hem de AB ile ilişkilerin geleceği açısından uzun soluklu neticelere gebe dir. Bu değişiklikler yalnızca Westminster sisteminde farklılıklar yaratacak olmayıp aynı zamanda mali birçok farklılaşmayı da beraberinde getirme ihtimalini taşımaktadır. İlâveten Birleşik Krallık bünyesindeki ülkelerin de AB ile birebir münasebetleri gelişecek ve bu doğrultuda ülkeler, Birleşik Krallık'tan ortak pazarda kalınması ve AB bünyesinde serbest dolaşım hakkının devam etmesi gibi isteklerde bulunacaktır¹⁵⁰. Hatta muhtemeldir ki bu ülkeler, AB'nin dışında kalsalar dahi, AB ile ilişkilerini devam ettirmek için yeni yollar bulmaya çalışacaklardır. Örneğin, 1982 yılında Danimarka'da yapılan bir referandum sonucunda AB üyesi Danimarka'ya bağlı olan Greenland AB'den ayrılmıştır.

VIII. Sonuç

Köklerini İngiliz monarşisinde bulan parlamenter hükümet sistemi, 1215 *Magna Carta Libertatum*, 1295 *Model Parlamento*, 1628 İngiliz Haklar Bildirisi (Petition of Rights), 1688 *Muhteşem Devrim (Glorious Revolution)* ve 1689 *Haklar Beyannamesi (Bill of Rights)* gibi temel olaylar sonucunda ana hatlarına kavuşmuştur.

Westminster Modeli, tarihsel örüntüde parlamenter hükümet sistemini ortaya çıkarmış olsa da, zamanla sistemin girdileri farklılaştığı için modelin de değişimi söz konusu olmuştur. Değişen bu haliyle Westminster Sistemi, yürütme yetkisinin bir partide ve dar çoğunluk hükümetlerinde toplandığı, dolayısıyla kabinenin hâkim durumda olduğu, temel olarak iki partili bir yapıyı doğuran çoğunlukçu ve gayri-nispi bir seçim sistemi ve anayasal esnekliğe sahip, merkezi ve üniter bir devlet yapısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca anılan modeldeki

"Scots' backing for remain raises threat of union's demise", https://next.ft.com/content/06a90f8c-39c0-11e6-a780-b48ed7b6126f?ftcamp=published_links%2Frss%2Fhome_asia%2Ffeed%2F%2Fproduct, Erişim Tarihi: 18.07.2016.

¹⁴⁹ "Scotland seeks independence again after U.K. 'Brexit' vote", <http://www.nbcnews.com/storyline/brexit-referendum/scotland-could-look-for-independence-again-after-u-k-brexit-vote-n598166>, Erişim Tarihi: 04.08.2016.

¹⁵⁰ HAZELL, RENWICK, s. 5.

Kraliyet, Kraliyet Danışma Meclisi, başbakanlık, kabine ve parlamento oluşturan Avam ve Lordlar Kamarası gibi kurumlar ve bunların aralarındaki ilişkiler neticesinde fazlasıyla kendine özgü bir yapıya kavuşmuştur.

Günümüzde ise küreselleşme ile dönüşüme uğrayan egemenlik kavramının da bir yansıması olarak görülen tartışmalı AB üyeliği, adem-i merkezîyet hareketi ve seçilmişlerin iktidarı neticesinde Lordlar Kamarası v.b. monarşik kurumların popülerliğini yitirmesi gibi meseleler, Westminster Sistemi'nde önemli bir farklılaşmaya sebep olmaktadır. Özellikle İskoçya'nın "*Bağımsızlık Referandumu*" (18 Eylül 2014) ve AB üyeliğinden ayrılıp ayrılmamaya ilişkin "*Brexit Referandumu*" (23 Haziran 2016) sonrasında sistemin canlı oluşu hasebiyle dönüşüm süreci daha da hareketlenmiştir. Bu ise, geleceği belirsiz bir Westminster Modeli'ne evrimi işaret etmektedir.

KAYNAKÇA

- ACEMOGLU, Daron, James A. ROBINSON, *Why Nations Fail – The Origins of Power Prosperity and Poverty*, Profile Books, 2013, Londra.
- AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, Bihterin, BULUT, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınevi, İstanbul, 2015.
- ARSEL, İlhan, *Anayasa Hukuku- Demokrasi*, Doğu Matbaacılık, 1964, Ankara.
- BARNETT, Hilaire, *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish Publishing (Yayıncılık), Fifth Edition (Beşinci Baskı), 2004, London.
- BRADLEY, Anthony Wilfred, Keith D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, Ondördüncü Baskı, 2007, Essex.
- BROWN, Alfred Lawson, *The Governace of Late Medieval England 1272- 1461*, Edward Arnold, 1989, Londra.
- DYER, Christopher, *Everyday Life in Medieval England*, Hambledon and London, 2000, Londra.
- ESEN, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku- Genel Esaslar*, Ayyıldız Matbaası, 1970, Ankara.
- EŞKİ, Hülya, “Düzenleyici Kurumlara İngiltere Örneği Üzerinden Bakmak”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 72, Yıl: 2009.
- GÖZLER, Kemal, “İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı?”, *Prof. Dr. Mualla ÖNCEL Armağanı*, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2009, Ankara.
- GÜNEŞ, Turan, *Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*, İÜHF Yayını, 1956, İstanbul.
- HAZELL, Robert, Alan RENWICK, “Brexit: Its Consequences for Devolution and the Union”, UCL Constitution Unit Briefing Paper, The Constitution Unit, 19 Mayıs 2016, s. 4, <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/europe/briefing-papers/briefing-paper-3>, Erişim Tarihi: 02.08.2016.
- KARASU, Koray, “İngiltere”, *Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, Ankara Üniversitesi KAYAUM Yayınları, 2004, Ankara.
- KISHLANSKY, Mark A., “United Kingdom”, *Encyclopedia Britannica*, <http://global.britannica.com/EBchecked /topic/615557/United-Kingdom>, Erişim Tarihi: 02.06.2016.
- KUBALI, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, Ersa Matbaacılık Koll. Şti., 1965, İstanbul.
- LIJPHART, Arend, *Patterns of Democracy Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press Yale Üniversitesi Yayınları), 2012, Second Edition (İkinci Bası), New Haven & London.
- LOVELAND, Ian, *Constitutional Law – Administrative Law and Human Rights – A Critical Introduction*, 6th Ed., Oxford University Press, 2012, Oxford.

- ÖZSOY BOYUNSUZ, Şule, *Başkanlı Parlamenter Sistem - Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği*, XII Levha Yayıncılık, 2014, İstanbul.
- PATTERSON, John, *The Bill of Rights Politics Religion and the Quest for Justice*, iUniverse Inc., 2004, Lincoln.
- PETERSEN, Eric, “Congress: A Brief Comparison of the British House of Commons and the U.S. House of Representatives”, Congressional Research Service Report for Congress, 2005, Washington.
- SAALFELD, Thomas, “The United Kingdom: Still a Single ‘Chain of Command’? The Hollowing Out of the ‘Westminster Model’”, in Kaare STRØM, and Wolfgang C. MÜLLER and Torbjörn BERGMAN (eds.) *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2003, Oxford.
- STEPHAN, Alfred, Cindy SKACH, “Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism”, *World Politics*, Vol: 46, No: 1, October 1993.
- STRØM, Kaare, “Parliamentary Democracy and Delegation”, Kaare Strøm, Wolfgang C. Müller, and Torbjörn Bergman (eds.) in *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2003, Oxford.
- STRØM, Kaare, Wolfgang C. MÜLLER, and Torbjörn BERGMAN, “Parliamentary Democracy: Promise and Problems”, Kaare Strøm, Wolfgang C. Müller, and Torbjörn Bergman (eds.) in *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2003, Oxford.
- ŞAYLAN, Gencay, *Çağdaş Siyasal Sistemler*, TODAİE, 1981, Ankara.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 2004, İstanbul.
- TUNÇ, Hasan, Murat ERDOĞAN, “Demokrasilerde Seçim Sisteminin Parti Sistemi Üzerindeki Etkisi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 4, Aralık- Temmuz 2016.
- WAGNER, John A., Susan Walters SCHMID, *Encyclopedia of Tudor England*, Vol. 1, ABC- CLIO, 2012, Londra.
- YÜCEL, Bülent, *Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, 2009, Ankara.
- “Audiences”, <https://www.royal.uk/audiences>, Erişim Tarihi: 27.07. 2016.
- “Birth of the English Parliament”, Living Heritage, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionof-parliament/originsofparliament/birthofparliament/>, Erişim Tarihi: 29.12.2014.
- “Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU”, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>, Erişim Tarihi: 02.08.2016.
- “Britain may need to withdraw from European Convention on Human Rights, says Cameron”, <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/conservative/10342403/>

- Britain-may-need-to-withdraw-from-European-Convention-on-Human-Rights-says-Cameron.html, Erişim Tarihi: 14.06.2016.
- “Changes Under Edward I- Birth of English Parliament”, *Living Heritage*, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/edward/> Erişim Tarihi: 17.06.2016.
- “Contemporary Context- House of Lords Reform”, http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolution_ofparliament/houseoflords/house-of-lords-reform/contemporarycontext/, Erişim Tarihi: 13.07.2016.
- “Current State of the Parties”, <http://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/mps/current-state-of-the-parties/>, Erişim Tarihi: 10.06.2016.
- “Devolution: A Beginner’s Guide”, http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/election_2010/first_time_voter/8589835.stm, Erişim Tarihi: 20.07.2016.
- “EU Referendum: In- out choice by end of 2017, Cameron promises”, <http://www.theguardian.com/politics/2013/jan/22/eu-referendum-2017-david-cameron>, Erişim Tarihi: 10.06.2016.
- European Union Referendum Bill, http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2015-2016/0002/cbill_2015-20160002_en_2.htm#pb1-11g5, Erişim Tarihi: 01.06.2016.
- “Glorious Revolution”, *Encyclopedia Britannica*, <http://global.britannica.com/event/Glorious-Revolution>, Erişim Tarihi: 09.06.2016.
- “House of Commons”, <http://www.parliament.uk/business/commons/>, Erişim Tarihi: 08.07.2016.
- “House of Lords”, <http://www.parliament.uk/business/lords/>, Erişim Tarihi: 08.06.2016.
- “House of Lords Reform”, <http://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/lords-reform/>, 26.05.2016.
- “House of Lords Reform Bill 2012-13”, <http://services.parliament.uk/bills/2012-13/houseoflordsreform.html>, 26.05.2016.
- “How government works”, <https://www.gov.uk/government/how-government-works>, 25.07.2016.
- “How members are appointed”, <http://www.parliament.uk/business/lords/whos-in-the-house-of-lords/members-and-their-roles/how-members-are-appointed/>, Erişim Tarihi: 22.06.2016.
- “How we are governed”, <http://www.bankofengland.co.uk/about/Pages/governance/default.aspx>, Erişim Tarihi: 09.08.2016.
- “Key Dates- House of Lords Reform”, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseoflords/house-of-lords-reform/keydates/>, Erişim Tarihi: 13.07.2016.
- “Past Prime Ministers: Sir Winston Churchill”, <https://www.gov.uk/government/history/past-prime-ministers/winston-churchill>, Erişim Tarihi: 25.07.2016.

- “Privy Council members”, <https://privycouncil.independent.gov.uk/privy-council/>, Erişim Tarihi: 28.07.2016.
- “Privy Councillors”, <https://privycouncil.independent.gov.uk/privy-council/privy-council-members/privy-counsellors/>, Erişim Tarihi: 29.07.2016.
- Regency Act 1937, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw8and1Geo6/1/16/contents>, Erişim Tarihi: 12.05.2016;
- Regency Act 1953, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/2-3/1/section/1>, Erişim Tarihi: 13.05.2016.
- “Scots’ backing for remain raises threat of union’s demise”, https://next.ft.com/content/06a90f8c-39c0-11e6-a780b48ed7b6126f?ftcamp=published_links%2Ffrss%2Fhome_asia%2Ffeed%2F%2Fproduct, Erişim Tarihi: 18.07.2016.
- “Scotland seeks independence again after U.K. ‘Brexit’ vote”, <http://www.nbcnews.com/storyline/brexit-referendum/scotland-could-look-for-independence-again-after-u-k-brexit-vote-n598166>, Erişim Tarihi: 04.08.2016.
- “Scotland votes ‘No’ to independence”, <http://www.bbc.com/news/events/scotland-decides>, Erişim Tarihi: 12.06.2016.
- “Scotland votes ‘No’: What happens now?”, <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-29252899>, Erişim Tarihi: 28.05.2016;
- “Scottish Referendum: Party Leaders Back Timetable for Devolution”, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/scottish-independence/11085288/Scottish-referendum-party-leaders-back-timetable-for-devolution.html>, Erişim Tarihi: 28.05.2016.
- “The Brexit vote reveals a country split down in the middle”, <http://www.economist.com/news/britain/21701257-results-paint-picture-angry-country-divided-class-age-and-region-country-divided>, Erişim Tarihi: 09.08.2016.
- “The Development of Westminster System”, http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Research_and_Education/hamer/chap02, Erişim Tarihi: 25.05.2016.
- “The Monarch and Parliament”, <http://www.parliament.uk/education/about-your-parliament/mps-lords-monarch/the-monarch-and-parliament/>, Erişim Tarihi: 28.07.2016.
- “The Scottish Parliament- Past and Present”, http://www.scottish.parliament.uk/EducationandCommunityPartnershipsresources/TimelineEnglishSept_2013.pdf, 27.05.2016.
- “What now for ‘the vow’?”, <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-29443603>, Erişim Tarihi: 28.05.2016.



ÖZEL HUKUK

York Anvers Kuralları 2016 (Çeviri)

York Antwerp Rules 2016



Prof. Dr. Didem ALGANTÜRK LIGHT*

ÖZET

CMI, Uluslararası Müşterek Avarya Çalışma Grubu'nun York Anvers Kuralları'nın revize edilmesi kararı üzerine, donatanların, yük ilgililerinin ve sigortacıların ihtiyacını karşılayacak bir metin üzerinde çalışmalarını tamamlamıştır. Nihai taslak metin CMI York Konferansının 6 Mayıs 2016 tarihinde gerçekleşen genel kurulda kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Çalışmamızda 1994, 2004 ve 2016 York Anvers kuralları karşılaştırmalı olarak Türkçe tercüme edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *York Anvers Kuralları 2016, Türkçe çeviri*

ABSTRACT

Comité Maritime International (CMI) Working Group on general average was revised the Rules and prepared a framework that will meet the needs of the ship owners, cargo owners and insurers. The final text was submitted to the CMI General Assembly which hold on 6 May 2016 at New York Conference and York-Antwerp Rules 2016 were adopted by the Comité Maritime International (CMI). Our study, is about comperative translation of the York Antwerp Rules 1994, 2004 and 2016.

Keywords: *York Antwerp Rules 2016, Turkish Translation*

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Misafir Öğretim Üyesi, York University Osgoode Hall Law School (Kanada)

1994 ¹	2004 ²	2016
YORUM KURALI	YORUM KURALI	YORUM KURALI
Müşterek avarya paylaşımında aşağıdaki kurallar, kendileri ile bağdaşmayan kanun hükümleri ve uygulamadan etkilenmeksizin uygulanırlar.	Müşterek avarya paylaşımında aşağıdaki Kurallar, kendileriyle bağdaşmayan mevzuat ve uygulama dikkate alınmaksızın uygulanacaktır.	Müşterek avarya paylaşımında aşağıdaki Kurallar, kendileriyle bağdaşmayan mevzuat ve uygulama dikkate alınmaksızın uygulanacaktır.
Üstün Kural ve numaralı kurallarda aksi öngörülmedikçe, müşterek avarya Harfli Kurallar gereğince paylaşılacaktır.	Üstün Kural ve numaralı Kurallarda aksi öngörülmedikçe, müşterek avarya paylaşımını harfli Kurallara göre yapılacaktır.	Üstün Kural ve numaralı Kurallarda aksi öngörülmedikçe, müşterek avarya paylaşımını harfli Kurallara göre yapılacaktır.
ÜSTÜN KURAL	ÜSTÜN KURAL	ÜSTÜN KURAL
Makul surette yapılmayan veya katlanılmayan bir fedakârlık ve masraf için hiç bir halde paylaşım yapılamayacaktır.	Makul ölçüler içinde yapılmayan fedakârlık ve masraflar için hiçbir halde paylaşım yapılamayacaktır.	Makul ölçüler içinde yapılmayan fedakârlık ve masraflar için hiçbir halde paylaşım yapılamayacaktır.
KURAL A	KURAL A	KURAL A
Bir müşterek avarya hareketi ancak olağanüstü bir fedakârlık veya olağanüstü bir masrafın müşterek deniz sergüzeştine atılmış mal varlıklarını bir tehlikeden korumak gayesiyle müşterek selamet için bilerek ve makul surette yapılması halinde vardır.	1. Bir müşterek avarya hareketi, ancak ve yalnız ortak deniz sergüzeştine katılmış olan malvarlığı unsurlarını (değerleri) karşılaştıkları bir tehlikeden korumak amacı ile müşterek selamet için bilerek ve makul bir şekilde olağanüstü bir fedakârlık veya harcama yapılması halinde vardır.	1. Bir müşterek avarya hareketi, ancak ve yalnız ortak deniz sergüzeştine katılmış olan malvarlığı unsurlarını (değerleri) karşılaştıkları bir tehlikeden korumak amacı ile müşterek selamet için bilerek ve makul bir şekilde olağanüstü bir fedakârlık veya harcama yapılması halinde vardır.

¹ York Anvers Kuralları 1994 metninin Türkçe tercümesi yapılırken, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in "*Türk Hukukunda Müşterek Avarya*" adlı eserindeki 1950 metin tercümesi ve Prof. Dr. Ergon Çetingil'in "*Müşterek Avaryada Yeni Düzenleme 1974 York-Anvers Kuralları*" başlıklı makalesinden, Prof. Dr. Selim Ataer'in "*Genel Avarya ve York Antwerp Kuralları 1994 Değişiklikleri*" adlı tercümesinden ve Gündüz Aybay, Erdem Erginel, Hülya Kartal, Esra Biçer, Işıl Güler'in "*York Anvers Kuralları 1994 (Türkçe ve İngilizce metinler)*", Dr. Oğuz Caner'in "*York-Anvers Kurallarında Çevre Kirlenmesi ve 1994 Yılında Bu Konuda Yapılan Yeni Düzenlemeler*", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, 2003, ss. 93-11 adlı çalışmaları karşılaştırmalı olarak nazara alınmıştır.

² York Anvers Kuralları 2004 metninin Türkçe tercümesi Prof. Dr. Didem Algantürk Light'in "*York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya, İstanbul, 2.b., 2006*" yararlanılmıştır. Karşılaştırma için Prof. Dr. Ergon Çetingil Prof. Dr. Samim Ünan ve Prof. Dr. Rayegan Kender'in "*Müşterek Avarya Hukuku, İstanbul 2011*" tarihli eseri ve resmi tercüme RG. 13.1.2014/28881.

Müşterek avaryaya fedakârlık ve masrafları aşağıda temin edilen esas üzerinden farklı katılımcı ilgililer arasında paylaşılacaktır.	2. Müşterek avaryaya fedakârlık ve masrafları aşağıdaki hükümlerde öngörülen esaslar üzerinden farklı katılımcı ilgililer arasında paylaşılacaktır.	2. Müşterek avaryaya fedakârlık ve masrafları aşağıdaki hükümlerde öngörülen esaslar üzerinden farklı katılımcı ilgililer arasında paylaşılacaktır.
KURAL B	KURAL B	KURAL B
Hepsi ticari faaliyette bulunmak ve kurtarma hizmeti vermemek şartıyla bir veya daha çok gemi yedekte çekildiğinde veya başka gemi veya gemileri ittiğinde bir deniz sergüzeşti vardır.	1. Ticari bir faaliyet kapsamında olmak kaydıyla, bir veya daha çok gemi, bir veya birden fazla gemi tarafından, kurtarma olmaksızın çekiliyor veya itiliyorsa, bu durumda müşterek bir deniz sergüzeşti vardır.	1. Hepsi bir ticari faaliyette bulunmak ve kurtarma hizmeti vermemek şartıyla bir veya daha çok gemi yedekte çekildiğinde veya başka gemi veya gemileri ittiğinde bir deniz sergüzeşti vardır.
Müşterek bir tehlikeden gemileri ve eğer varsa yüklerini korumak amacıyla önlemler alınması durumunda bu Kurallar uygulanacaktır.	Müşterek bir tehlikeden gemileri ve eğer varsa yüklerini korumak amacı ile önlem alınması halinde bu Kurallar uygulanacaktır.	Müşterek bir tehlikeden gemileri ve eğer varsa yüklerini korumak amacıyla önlemler alınması durumunda bu Kurallar uygulanacaktır.
Eğer bir gemi, diğer bir gemi veya gemilerden basit bir ayrılma işlemi sonucunda emniyette kalabiliyorsa, bu gemi müşterek bir tehlike altında değildir, fakat bu ayrılma kendi başına bir müşterek avaryaya hareketi ise, bu durumda müşterek deniz sergüzeşti devam eder.	2. Sadece diğer bir gemi veya gemilerle olan bağlantısının sonlandırılmasıyla güvende olabilecek bir gemi, o diğer gemi veya gemilerle müşterek bir tehlikeye maruz değildir; fakat bağlantının sonlandırılması bir müşterek avaryaya hareketi ise, bu takdirde müşterek deniz sergüzeşti devam eder.	2. Eğer gemiler müşterek bir tehlike altında ise ve birinin ayrılması ayrılan geminin tek başına emniyetini arttırmıyorsa veya müşterek deniz sergüzeştine katılan bütün gemilerin emniyetini arttırmıyorsa, bu ayrılma müşterek avaryaya hareketi olacaktır.
		3. Müşterek deniz sergüzeştine katılan gemilerin bir barınma limanına veya yerine uğraması halinde, her bir gemi ile bağlantılı olan harcamalar bu Kurallar kapsamında yapılabilecektir. Kural G' nin 3. ve 4. paragrafları saklı kalmak üzere, müşterek avaryaya harcamaları, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesiyle birlikte sona erecektir.
KURAL C	KURAL C	KURAL C
Müşterek avaryaya hareketinin ancak doğrudan sonucu olan zarar, hasar ve masraflar Müşterek Avaryaya olarak kabul edilecektir.	1. Müşterek avaryaya hareketinin ancak doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve masraflar müşterek avaryaya kabul edilir.	1. Müşterek avaryaya hareketinin ancak doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve masraflar müşterek avaryaya kabul edilecektir.

Çevre zararı veya müşterek deniz sergüzeştine katılmış malvarlığından kirletici maddenin sızması veya bırakılması sonucu maruz kalınan zarar, hasar ve masraflar hiç bir halde Müşterek Avarya paylaşımına katılmayacaktır.	2. Çevreye verilen zararlarla ilgili olarak veya müşterek deniz sergüzeştine katılan mallardan sızan veya bırakılan kirletici maddeler dolayısıyla uğranılan zarar ve yapılan masraflar hiçbir halde müşterek avarya paylaşımına katılmayacaktır.	2. Çevre zararı veya müşterek deniz sergüzeştine katılmış malvarlığından kirletici maddenin sızması veya bırakılması sonucu maruz kalınan zarar, hasar ve masraflar hiç bir halde Müşterek Avarya paylaşımına katılmayacaktır.
Yolculuk sırasında veya sonrasında meydana gelen sürastarya, piyasa değerindeki düşmeler ve gecikme nedeniyle uğranılan zarar veya hasar veya masraflar ile diğer dolaylı zarar müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir.	3. Yolculuk sırasında veya sonrasında meydana gelen sürastarya, pazar kaybı veya gecikmeden doğan zarar ve masraflar ile diğer dolaylı kayıplar müşterek avarya olarak kabul edilmez.	3. Yolculuk sırasında veya sonrasında meydana gelen sürastarya, pazar kaybı veya gecikme nedeniyle doğan zarar ve masraflar ile diğer dolaylı zarar müşterek avarya olarak kabul edilmez.
KURAL D	KURAL D	KURAL D
Fedakârlık veya masrafa neden olan olay, deniz sergüzeştine atılmış taraflardan birinin kusurundan doğmuş olsa dahi, müşterek avarya paylaşımı yapılacaktır. Ancak bu kural, kusurlu tarafa karşı ileri sürülebilecek savunma veya talep haklarını veyahut kusurlu tarafın kendi savunma veya talep haklarını etkilemeyecektir.	Fedakârlık veya masrafa yol açan olay deniz sergüzeştine katılan taraflardan birinin kusuru sonucu doğmuş olsa bile, müşterek avarya paylaşımı yapılır. Ancak bu kural kusurlu tarafa karşı ileri sürülebilecek talep ve savunma haklarını veyahut kusurlu tarafın talep veya savunma haklarını etkilemeyecektir.	Fedakârlık veya masrafa neden olan olay, deniz sergüzeştine atılmış taraflardan birinin kusurundan doğmuş olsa dahi, müşterek avarya paylaşımı yapılacaktır. Ancak bu kural, kusurlu tarafa karşı ileri sürülebilecek savunma veya talep haklarını veyahut kusurlu tarafın kendi savunma veya talep haklarını etkilemeyecektir.
KURAL E	KURAL E	KURAL E
Zarar veya masrafın müşterek avarya olduğunu ispat yükü, bunu iddia eden tarafa aittir.	1. Müşterek avarya dolayısıyla talepte bulunan taraf, talep ettiği zarar veya masrafın müşterek avaryaya kabul edilebileceğini ispatla yükümlüdür.	1. Müşterek avarya dolayısıyla talepte bulunan taraf, talep ettiği zarar veya masrafın müşterek avaryaya kabul edilebileceğini ispatla yükümlüdür.
Müşterek avarya talebinde bulunan tüm taraflar, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden itibaren 12 ay içinde paylaşım gerektiren zarar ve masrafları dispeçiyeye yazılı olarak bildirecektir.	2. Müşterek avarya dolayısıyla talepte bulunan tüm taraflar, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden itibaren 12 ay içinde paylaşımını talep ettikleri zarar ve masrafları dispeçiyeye yazılı olarak bildirecektir.	2. Deniz sergüzeştinin tüm tarafları, en kısa sürede kendi taraflarına düşen katılım değerini destekleyen kanıtlarını sunacaktır. Eğer müşterek avarya talebinde bulunuluyorsa, paylaşım gerektiren zarar ve masraflar, dispeçiyeye yazılı olarak bildirilecek ve iddialarını destekler deliller sunulacaktır.

<p>Böyle bir bildirimde bulunulmaz veya bildirimden sonraki 12 ay içinde bildirimde buldukları iddialarını destekler nitelikte deliller sunulmaz veya ilgili tarafa düşen katılım miktarı bildirilmez ise, dispeççi, paylaşımın veya katılımın kapsamını, kendisine bildirilen verilere dayanarak serbestçe takdir hakkına sahip olacaktır ki, bu takdire ancak açıkça yanlış olduğunda itiraz edilebilecektir.</p>	<p>3. Böyle bir bildirimde bulunulmaz veya bildirimden sonraki 12 ay içinde bildirimde buldukları iddialarını destekler nitelikte deliller sunulmaz veya ilgili tarafa düşen katılım miktarı bildirilmez ise dispeççi, müşterek avarya paylaşım ve katılımın kapsamını kendisine ulaştıran bilgilere dayanarak serbestçe takdir hakkına sahip olacaktır ki, bu takdire ancak açıkça yanlış olduğunda itiraz edilebilecektir.</p>	<p>3. Böyle bir bildirimde bulunulmaz, veya müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden veya masrafın ödenmesinden itibaren 12 ay içinde bildirimde buldukları iddialarını destekler nitelikte deliller sunulmaz ise, dispeççi katılım değerini, kendisine bildirilen bilgilere dayanarak belirlemekte serbesttir. Katılım değeri, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden itibaren 12 ay içinde sağlanmalıdır, yapılmadığı takdirde dispeççi katılım değerinin aynı şartlarda serbestçe takdir hakkına sahip olacaktır. Bu takdir, taraflara yazılı olarak bildirilecektir. Bu takdire, ancak bildirimden tebliğinden sonraki iki ay içinde ve sadece açıkça yanlış olduğunda itiraz edilebilecektir.</p>
		<p>4. Deniz sergüzeştini taraflardan biri müşterek avarya olarak talep edilen fedakârlık ve masrafı üçüncü bir şahıstan tazmin etme prosedürü içindeyse, bu durumu dispeççiye bildirecektir. Bir tazminatın elde edilmesinin başarılması halinde bu tazminat ile ilgili bütün ayrıntıları tazminatın elde edilmesi tarihinden itibaren iki ay içinde dispeççiye sunacaktır.</p>
KURAL F	KURAL F	KURAL F
<p>Müşterek avarya olarak kabul edilecek bir masrafın yerine yapılacak her ilave masraf, varsa diğer ilgililerce elde edilebilecek tasarrufa bakılmaksızın, kaçınılan müşterek avarya tutarından fazla olmamak üzere müşterek avarya kabul edilecektir.</p>	<p>Müşterek avarya olarak kabul edilecek bir masrafın yerine yapılacak her ilave masraf, varsa diğer ilgililerce elde edilebilecek tasarrufa bakılmaksızın, kaçınılan müşterek avarya tutarından fazla olmamak üzere müşterek avarya kabul edilecektir.</p>	<p>Müşterek avarya olarak kabul edilecek bir masrafın yerine yapılacak her ilave masraf, varsa diğer ilgililerce elde edilebilecek tasarrufa bakılmaksızın, kaçınılan müşterek avarya tutarından fazla olmamak üzere müşterek avarya kabul edilecektir.</p>
G KURALI	G KURALI	G KURALI
<p>Müşterek avarya zarar ve katılımına ilişkin paylaşım, yolculuğun sona erdiği yer ve zamandaki değerler esas alınarak yapılacaktır.</p>	<p>1. Müşterek avarya zarar ve katılımına ilişkin paylaşım, yolculuğun sona erdiği yer ve zamandaki değerler esas alınarak yapılacaktır.</p>	<p>1. Müşterek avarya zarar ve katılımına ilişkin paylaşım, yolculuğun sona erdiği yer ve zamandaki değerler esas alınarak yapılacaktır.</p>

Bu kural, avarya hesap raporunun yapılacağı yerin tespit edilmesini etkilemeyecektir.	2. Bu kural, dispecin yapılacağı yerin tespit edilmesini etkilemeyecektir.	2. Bu kural, dispeç raporunun hazırlanacağı yerin tespitini etkilemeyecektir.
Bir gemi, Kural X ve XI uyarınca, müşterek avarya kabul edilebilecek bir durumda herhangi bir liman veya yerde bulunduğu ve yükün tamamı veya bir kısmı diğer vasıtalarla varma yerine sevk edildiğinde, yükle ilgililer mümkün olduğu kadar ihbar edilmek şartıyla, müşterek avaryaya ilişkin haklar ve yükümlülükler sanki böyle bir sevkiyat yapılmamış ve deniz sergüzeşti önceki gemiyle yapılmış gibi, navlun sözleşme şartları ve ege-men hukuka uygun olduğu ölçüde devam edecektir.	3. Bir gemi, Kural X ve XI uyarınca, müşterek avarya kabul edilebilecek bir durumda herhangi bir liman veya yerde bulunduğu ve yükün tamamı veya bir kısmı diğer vasıtalarla varma yerine sevk edildiğinde, yükle ilgililer mümkün olduğu kadar ihbar edilmek şartıyla, müşterek avaryaya ilişkin haklar ve yükümlülükler sanki böyle bir sevkiyat yapılmamış ve deniz sergüzeşti önceki gemiyle yapılmış gibi, navlun sözleşme şartları ve uygulanacak hukuka uygun ölçüde devam eder.	3. Bir gemi, Kural X ve XI uyarınca, müşterek avarya kabul edilebilecek bir durumda herhangi bir liman veya yerde bulunduğu ve yükün tamamı veya bir kısmı diğer vasıtalarla varma yerine sevk edildiğinde, yükle ilgililer mümkün olduğu kadar ihbar edilmek şartıyla, müşterek avaryaya ilişkin haklar ve yükümlülükler sanki böyle bir sevkiyat yapılmamış ve müşterek deniz sergüzeşti önceki gemiyle yapılmış gibi, taşıma sözleşmesi şartları ve uygulanacak hukuka uygun olduğu ölçüde devam eder.
Bu Kuralın 3. paragrafının uygulanmasıyla doğan yüke ait müşterek avarya katılma payı, yük sahibi tarafından kendi hesabına sevk edilmiş olsaydı doğacak masrafı aşamayacaktır.	4. Bu Kural'ın üçüncü paragrafının uygulanmasıyla doğan yüke düşecek müşterek avarya payı, yük sahibi tarafından kendi hesabına sevk edilmiş olsaydı doğacak masrafı aşamayacaktır.	4. Bu Kural'ın üçüncü paragrafının uygulanmasıyla doğan yüke düşecek müşterek avarya payı, yük sahibi tarafından kendi hesabına sevk edilmiş olsaydı doğacak masraf ile sınırlıdır. Kural F kapsamında kabul edilen masraflara bu sınır uygulanmaz.
KURAL I. DENİZE YÜK ATILMASI	KURAL I. DENİZE YÜK ATILMASI	KURAL I. DENİZE YÜK ATILMASI
Ticari teamüllere uygun bir şekilde taşınmayan denize atılan yük müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir.	Ticari teamüllere uygun olarak taşınmayan yükün denize atılması müşterek avarya kabul edilmez	Ticari teamüllere uygun olarak taşınmayan yükün denize atılması müşterek avarya kabul edilmez.
KURAL II. MÜŞTEREK SELAMET UĞRUNA YAPILAN FEDAKÂRLIK SONUCU DOĞAN ZARAR VE HASAR	KURAL II. MÜŞTEREK SELAMET UĞRUNA YAPILAN FEDAKÂRLIK SONUCU DOĞAN ZIYA VEYA HASAR	KURAL II. MÜŞTEREK SELAMET UĞRUNA YAPILAN FEDAKÂRLIK SONUCU DOĞAN ZIYA VEYA HASAR
Müşterek deniz sergüzeştine katılmış malvarlığına müşterek selamet uğruna yapılan fedakârlık sonucunda doğan zarar ve hasar ile yükün denize atılması için açılan ambar kapağı veya diğer bir açıklıktan suyun girmesi sonucunda doğan zarar ve hasar müşterek avarya olarak kabul edilecektir.	Müşterek deniz sergüzeştine katılmış malvarlığına müşterek selâmet uğruna yapılan fedakârlık sonucunda doğan zarar ve hasar ile yükün denize atılması için açılan ambar kapağı veya diğer bir açıklıktan suyun girmesi sonucunda doğan zarar ve hasar müşterek avarya olarak kabul edilir.	Müşterek deniz sergüzeştine katılmış olan varlıkların müşterek selâmeti için yapılan fedakârlık suretiyle veya bunun sonucu olarak doğan ve müşterek selamet uğruna yüklerin atılması amacıyla açılan ambar kapaklarından veya başka yerlerden giren suların sebep olduğu ziya veya hasar müşterek avarya olarak kabul edilir.

KURAL III. GEMİDE YANGIN SÖNDÜRME	KURAL III. GEMİDE ÇIKAN YANGININ SÖNDÜRÜLMESİ	KURAL III. GEMİDE ÇIKAN YANGININ SÖNDÜRÜLMESİ
<p>Gemide çıkan bir yangını söndürmek için yanmakta olan bir gemiyi karaya çekmek veya batırmak için oluşan zararlar da dâhil olmak üzere suyla veya diğer bir şekilde gemi ve yük veya herhangi birine gelen zarar müşterek avarya olarak kabul edilecektir. Her nasıl kaynaklanırsa kaynaklansın dumandan veya ateşin parçalarının ısıdan doğan zarar müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir.</p>	<p>Gemide çıkan bir yangını söndürmek için yanmakta olan bir gemiyi karaya çekmek veya batırmak için oluşan zararlar da dâhil olmak üzere suyla veya diğer bir şekilde gemi ve yük veya herhangi birine gelen zarar müşterek avarya olarak kabul edilecektir. Her nasıl kaynaklanırsa kaynaklansın dumandan veya ateşin yarattığı ısıdan doğan zarar müşterek avarya olarak kabul edilmez.</p>	<p>Gemide çıkan bir yangını söndürmek için yanmakta olan bir gemiyi karaya çekmek veya batırmak için oluşan zararlar da dâhil olmak üzere suyla veya diğer bir şekilde gemi ve yük veya herhangi birine gelen zarar müşterek avarya olarak kabul edilecektir. Her nasıl kaynaklanırsa kaynaklansın dumandan veya ateşin yarattığı ısıdan doğan zarar müşterek avarya olarak kabul edilmez.</p>
KURAL IV. ENKAZIN KESİLMESİ	KURAL IV. ENKAZIN KESİLMESİ	KURAL IV. ENKAZIN KESİLMESİ
<p>Bir kaza sonucu önceden tamamen yok olmuş veya sürüklenmiş bir enkazın veya gemi parçalarının kesilip atılmasından doğan zarar ve hasar müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir.</p>	<p>Bir kaza sonucu önceden tamamen yok olmuş veya sürüklenmiş bir enkazın veya gemi parçalarının kesilip atılmasından doğan zarar ve hasar müşterek avarya olarak kabul edilmez.</p>	<p>Bir kaza sonucu önceden tamamen yok olmuş veya sürüklenmiş bir enkazın veya gemi parçalarının kesilip atılmasından doğan zarar ve hasar müşterek avarya olarak kabul edilmez.</p>
KURAL V. BİLEREK KARAYA OTURTMA	KURAL V. BİLEREK KARAYA OTURTMA	KURAL V. BİLEREK KARAYA OTURTMA
<p>Bir gemi, müşterek selamet uğruna bilerek karaya oturtulduğunda, karaya kendiliğinden oturacak olsun veya olmasın, bunun sonucunda müşterek deniz sergüzeştine katılan malvarlığına gelen zarar ve hasar müşterek avarya kabul edilecektir.</p>	<p>Bir gemi, müşterek selamet uğruna bilerek karaya oturtulduğunda, karaya kendiliğinden oturacak olsun veya olmasın, bunun sonucunda müşterek deniz sergüzeştine katılan malvarlığına gelen zarar ve hasar müşterek avarya kabul edilir.</p>	<p>Bir gemi, müşterek selamet uğruna bilerek karaya oturtulduğunda, karaya kendiliğinden oturacak olsun veya olmasın, bunun sonucunda müşterek deniz sergüzeştine katılan malvarlığına gelen zarar ve hasar müşterek avarya kabul edilir.</p>
KURAL VI. KURTARMA ÜCRETİ	KURAL VI. KURTARMA ÜCRETİ	KURAL VI. KURTARMA ÜCRETİ
<p>a) Müşterek bir deniz sergüzeştine girmiş tarafların sözleşmeye dayalı veya sözleşme dışı olsun, kurtarmayla ilgili olarak yaptıkları harcamalar, kurtarma faaliyetlerinin müşterek deniz sergüzeştine katılan malvarlıklarını tehlikeden korumak amacıyla yapılmış olması halinde müşterek avarya kabul edilecektir.</p>	<p>a. Kanunen caiz olarak doğan faiz ve ilgili avukatlık ücretleri gibi ödemelerde dahil olmak üzere yapılan kurtarma ödemeleri müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir. Ancak, kurtarma taraflarından biri, diğer tarafın ödemesi gereken kurtarma katılım payının tamamını veya bir kısmını faiz ve avukatlık ücretleri dâhil olmak üzere ödemiş (kurtarılan değerler üzerinden hesaplanan ve müşterek avarya katılım değerleriyle değil) ise, bu diğer tarafın ödemesi gerekli olup da ödenmemiş olan bu kurtarma katılım payı, paylaşırma sırasında bunu ödemiş olan taraf hesabına alacak ve adına ödeme yapılan tarafa borç olarak kaydedilecektir.</p>	<p>(a) Müşterek bir deniz sergüzeştine girmiş tarafların sözleşmeye dayalı veya sözleşme dışı olsun, kurtarmayla ilgili olarak yaptıkları harcamalar, kurtarma faaliyetlerinin müşterek deniz sergüzeştine katılan malvarlıklarını tehlikeden korumak amacıyla yapılmış ve b, c, d, e paragraflarına dahil olması halinde müşterek avarya kabul edilecektir.</p>

		<p>(b) Yukarıdaki (a) paragrafına rağmen, deniz sergüzeştine girmiş tarafların kurtarıcılara karşı ayrı bir sözleşmesel veya yasal sorumluluğu olduğu takdirde kurtarma sadece aşağıdaki hallerden birinin doğması halinde müşterek avaryaya kabul edilecektir;</p> <p>(i) yolculuk süresince sonraki bir kaza veya malvarlığının zıya ve hasara uğraması sonucunu doğuran şartların var olması ve bunun sonucunda kurtarılmış ve katılan malvarlıkları arasında önemli bir farklılık doğmuş ise,</p> <p>(ii) önemli müşterek avaryaya fedakarlıklarının bulunması,</p> <p>(iii) kurtarılmış değerlerin açıkça hatalı olması ve kurtarma masraflarının paylaşılmasında önemli hatanın bulunması.</p> <p>(iv) kurtarma taraflarından birinin, diğer tarafa ait önemli bir miktardaki paylaşılma payını ödemiş olması halinde,</p>
		<p>(v) önemli orandaki tarafların kurtarma talebinin farklı terimler üzerinde karşılanmış olması faiz, döviz düzeltme ve kurtarıcının veya katılan ilgilinin yasal masraflarının hiç bir şekilde nazara alınmamış olması.</p>
<p>Müşterek avaryaya kabul edilen harcamalara, 1989 Milletlerarası Kurtarma Konvansiyonunun 13. maddesinin 1(b) paragrafında belirtilen kurtarıcıların çevreye gelebilecek zararı önlemeye veya azaltmaya yönelik beceri ve çabalarını kapsayan kurtarma ücreti de dahildir.</p>	<p>b. Paragraf (a) da belirtilen kurtarma ödemelerine, 1989 Milletlerarası Kurtarma Sözleşmesi'nin 13'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen çevreye gelebilecek zararları önlemeye veya azaltmaya yönelik beceri ve çabalarını kapsayan kurtarma ücreti de dahildir.</p>	<p>(c) Paragraf (a) da belirtilen kurtarma ödemelerine, 1989 Milletlerarası Kurtarma Sözleşmesi'nin 13'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen çevreye gelebilecek zararları önlemeye veya azaltmaya yönelik beceri ve çabalarını kapsayan kurtarma ücreti de dahildir.</p>
<p>b) Adı geçen Konvansiyonun 14. maddesi gereğince, kurtarıcıya bu maddenin 4. paragrafı kapsamında veya buna benzer kurallara göre ödenmesi gereken özel tazminat müşterek avaryaya kabul edilmeyecektir.</p>	<p>c. Yukarıda adı geçen Sözleşme'nin 14'üncü maddesi gereğince, kurtarıcıya bu maddenin 4. Paragrafı kapsamında veya buna benzer kurallara göre (örneğin SCOPIC) ödenmesi gereken özel tazminat müşterek avaryaya kabul edilmeyecektir ve paragraf (a) da belirtilen bir kurtarma ödemesi olarak değerlendirilmeyecektir.</p>	<p>(d) Yukarıda adı geçen Sözleşme'nin 14'üncü maddesi gereğince, kurtarıcıya bu maddenin 4. paragrafı kapsamında veya buna benzer kurallara göre (örneğin SCOPIC) ödenmesi gereken özel tazminat müşterek avaryaya kabul edilmeyecektir ve paragraf (a) da belirtilen bir kurtarma ödemesi olarak değerlendirilmeyecektir.</p>

KURAL VII. MAKİNA VE KAZANLARA GELEN HASAR	KURAL VII. MAKİNE VE KAZANLARA VERİLEN HASAR	KURAL VII. MAKİNE VE KAZANLARA VERİLEN HASAR
<p>Karaya oturmuş ve tehlike içinde yeniden yüzmeye çalışan bir geminin herhangi bir makinasının veya kazanlarının hasara uğraması halinde, bu hasar riskinin göz önüne alınarak müşterek selamet uğruna geminin yüzdürülmesi amacından doğduğu gösterildiği takdirde, müşterek avarya kabul edilecektir. Ancak, gemi yüzer haldeyken ana makinasının ve kazanların çalışmasının her türlü şartlar altında neden olduğu zarar ve hasar müşterek avarya olarak kabul edilemez.</p>	<p>Karaya oturmuş ve tehlike içinde yeniden yüzmeye çalışan bir geminin herhangi bir makinasının veya kazanlarının hasara uğraması halinde, bu hasar riskinin göz önüne alınarak müşterek selamet uğruna geminin yüzdürülmesi amacından doğduğu gösterildiği takdirde, müşterek avarya kabul edilecektir. Ancak, gemi yüzer haldeyken pervaneyi harekete geçiren makinesinin ve kazanların çalışmasının neden olduğu zarar ve hasar müşterek avarya kabul edilemez.</p>	<p>Karaya oturmuş ve tehlike içinde yeniden yüzmeye çalışan bir geminin herhangi bir makinasının veya kazanlarının hasara uğraması halinde, bu hasar riskinin göz önüne alınarak müşterek selamet uğruna geminin yüzdürülmesi amacından doğduğu gösterildiği takdirde, müşterek avarya kabul edilecektir. Ancak, gemi yüzer haldeyken pervaneyi harekete geçiren makinesinin ve kazanların çalışmasının neden olduğu zarar ve hasar müşterek avarya kabul edilemez.</p>
KURAL VIII. KARAYA OTURMUŞ GEMİNİN HAFİFLETİLMESİ GİDERLERİ VE BUNUN SONUCU OLAN HASAR	KURAL VIII. KARAYA OTURMUŞ GEMİNİN HAFİFLETİLMESİ GİDERLERİ VE BUNUN SONUCU OLAN HASAR	KURAL VIII. KARAYA OTURMUŞ GEMİNİN HAFİFLETİLMESİ GİDERLERİ VE BUNUN SONUCU OLAN HASAR
<p>Karaya oturmuş bir geminin yük, yakıt ve kumanyaları veya bunlardan herhangi biri müşterek avarya hareketi olarak boşaltılmışsa, hafifletmenin olağandışı masrafları, layter kirası ve eğer yapılmış ise yeniden yükleme masrafları ve bunlardan doğan ve müşterek deniz sergüzeştine katılan malvarlığına gelen zarar ve hasar müşterek avarya kabul edilecektir</p>	<p>Karaya oturmuş bir geminin yük, yakıt ve kumanyası veya bunlardan herhangi biri müşterek avarya hareketi olarak boşaltılmışsa, hafifletmenin olağan dışı masrafları, layter kirası ve eğer yapılmışsa yeniden yükleme masrafları ve bunlardan doğan müşterek deniz sergüzeştine katılan varlıkların uğradıkları zarar veya hasar müşterek avarya sayılır.</p>	<p>Karaya oturmuş bir geminin yük, yakıt ve kumanyası veya bunlardan herhangi biri müşterek avarya hareketi olarak boşaltılmışsa, hafifletmenin olağan dışı masrafları, layter kirası ve eğer yapılmışsa yeniden yükleme masrafları ve bunlardan doğan müşterek deniz sergüzeştine katılan varlıkların uğradıkları zarar veya hasar müşterek avarya sayılır.</p>
KURAL IX. YÜK, GEMİ MALZEMELERİ VE KUMANYALARIN YAKIT OLARAK KULLANILMASI	KURAL IX. YÜK, GEMİ MALZEMELERİ VE KUMANYALARIN YAKIT OLARAK KULLANILMASI	KURAL IX. YÜK, GEMİ MALZEMELERİ VE KUMANYALARIN YAKIT OLARAK KULLANILMASI
<p>Yük, geminin malzemeleri ve kumanyaları veya bunlardan biri tehlike anında müşterek selamet uğruna zorunlu olarak yakıt amacıyla kullanıldığında müşterek avarya kabul edilecektir. Ancak, gemi malzemesinin ve kumanyalarının bedeli bu şekilde müşterek avarya olarak kabul edildiğinde amaçlanan yolculuğun tamamlanması için kullanılacak olan yakıtın tahmini değeri müşterek avaryadan mahsup edilecektir.</p>	<p>Yük, geminin malzemeleri ve kumanyaları veya bunlardan biri tehlike anında müşterek selamet uğruna zorunlu olarak yakıt amacıyla kullanıldığında müşterek avarya kabul edilecektir. Ancak, gemi malzemesinin ve kumanyalarının bedeli bu şekilde müşterek avarya olarak kabul edildiğinde amaçlanan yolculuğun tamamlanması için kullanılacak olan yakıtın tahmini değeri müşterek avaryadan mahsup edilecektir.</p>	<p>Yük, geminin malzemeleri ve kumanyaları veya bunlardan biri tehlike anında müşterek selamet uğruna zorunlu olarak yakıt amacıyla kullanıldığında müşterek avarya kabul edilecektir. Ancak, gemi malzemesinin ve kumanyalarının bedeli bu şekilde müşterek avarya olarak kabul edildiğinde amaçlanan yolculuğun tamamlanması için kullanılacak olan yakıtın tahmini değeri müşterek avaryadan mahsup edilecektir.</p>

KURAL X. BARINMA LİMANINDAKİ MASRAFLAR vs	KURAL X. BARINMA LİMANINDAKİ MASRAFLAR vs	KURAL X. BARINMA LİMANINDAKİ MASRAFLAR vs.
<p>a) Bir gemi, kaza, fedakârlık veya diğer olağanüstü durumlar nedeniyle bir barınma yerine veya limanına girer veya yükleme yerine veya limanına dönerse bu barınma veya dönme müşterek selamet uğruna gerekli önlem olması koşuluyla bu liman veya yere giriş masrafları müşterek avaryaya kabul edilecektir. Bir geminin bu liman veya yerden ilk yükünün tümü ya da bir kısmı ile hareketinde çıkış masrafları da barınma limanına girme veya dönme neticesi sayılabilmek şartıyla müşterek avaryaya kabul edilecektir.</p>	<p>a. (i) Bir gemi, kaza, fedakârlık veya diğer olağanüstü haller nedeniyle müşterek sela-met uğruna zorunlu olduğunda, bir barınma liman veya yerine girmiş veya yükleme limanı veya yerine dönmüşse, bu liman veya yere giriş masrafları müşterek avaryaya kabul edilir. Geminin bu liman veya yerden ilk yükünün tamamı veya bir kısmı ile sefere çıkması halinde bu yere girmenin veya dönmenin sonucu olan çıkış masrafları benzer şekilde müşterek avaryaya kabul olunur.</p>	<p>(a) (i) Bir gemi, kaza, fedakârlık veya diğer olağanüstü haller nedeniyle müşterek selamet uğruna zorunlu olduğunda, bir barınma liman veya yerine girmiş veya yükleme limanı veya yerine dönmüşse, bu liman veya yere giriş masrafları müşterek avaryaya kabul edilir. Geminin bu liman veya yerden ilk yükünün tamamı veya bir kısmı ile sefere çıkması halinde bu yere girmenin veya dönmenin sonucu olan çıkış masrafları benzer şekilde müşterek avaryaya kabul olunur.</p>
<p>Bir gemi herhangi bir barınma limanı veya yerinde bulunur ve bu liman veya yerde tamirin yapılması mümkün olmadığından başka bir liman veya yere gitmesi gerektiğinde bu Kural hükmü ikinci liman veya yer için de barınma liman veya yeriymiş gibi aynen uygulanacaktır. Geçici tamir ve çekmeden ileri gelenler de dahil olmak üzere, böyle bir yer değiştirmenin masrafları müşterek avaryaya dahil kabul edilecektir. Bu yer değişim nedeniyle uzayan yolculuğa Kural XI hükümleri uygulanacaktır.</p>	<p>(ii) Bir gemi herhangi bir barınma limanı veya yerinde bulunur ve bu liman veya yerde tamirin yapılması mümkün olmadığından başka bir barınma limanına veya yerine gitmesi gerektiğinde bu Kural hükmü ikinci barınma limanı veya yeri için de barınma liman veya yeriymiş gibi aynen uygulanacak ve geçici tamir ve çekmeden ileri gelenler de dahil olmak üzere, böyle bir yer değiştirmenin neden olduğu masraflar müşterek avaryaya kabul edilecektir. Bu yer değişim nedeniyle uzayan yolculuğa Kural XI hükümleri uygulanacaktır.</p>	<p>(ii) Bir gemi herhangi bir barınma limanı veya yerinde bulunur ve bu liman veya yerde tamirin yapılması mümkün olmadığından başka bir liman veya yere gitmesi gerektiğinde bu Kural hükmü ikinci liman veya yer için de barınma liman veya yeriymiş gibi aynen uygulanacak ve geçici tamir ve çekmeden ileri gelenler de dahil olmak üzere, böyle bir yer değiştirmenin neden olduğu masraflar müşterek avaryaya kabul edilecektir. Bu yer değişim nedeniyle uzayan yolculuğa Kural XI hükümleri uygulanacaktır.</p>
	<p>b. (i) Yükleme, ara veya barınma liman veya yerinde, yük, yakıt veya kumanyayı boşaltmak veya gemi içinde elden geçirmek için yapılan masraflar, bu elden geçirmenin veya boşaltmanın müşterek selametini temini veya fedakarlık veya kaza sonucu gemide doğmuş hasarın tamiri için gerekli olmak ve ayrıca yolculuğa güvenlik içinde devam, tamirin yapılmasına bağlı bulunmak koşulu ile müşterek avaryaya kabul edilir. Ancak yükleme ya da uğrama yeri ya da limanında ortaya çıkan hasar yolculuk sırasındaki bir kaza veya olağanüstü bir durum ile ilgili bulunmazsa, elden geçirme ve boşaltmanın giderleri müşterek avaryaya olarak kabul edilmeyecektir.</p>	<p>(b) (i) Yükleme, ara veya barınma liman veya yerinde, yük, yakıt veya kumanyayı boşaltmak veya gemi içinde elden geçirmek için yapılan masraflar, bu elden geçirmenin veya boşaltmanın müşterek selametini temini veya fedakarlık veya kaza sonucu gemide doğmuş hasarın tamiri için gerekli olmak ve ayrıca yolculuğa güvenlik içinde devam, tamirin yapılmasına bağlı bulunmak koşulu ile müşterek avaryaya kabul edilir. Ancak yükleme ya da uğrama yeri ya da limanında ortaya çıkan hasar yolculuk sırasındaki bir kaza veya olağanüstü bir durum ile ilgili bulunmazsa, elden geçirme ve boşaltmanın giderleri müşterek avaryaya olarak kabul edilmeyecektir.</p>

<p>Yük, yakıt ya da kumanyanın yolculuk sırasında meydana gelen istif bozukluğunu düzeltmek amacıyla gemi içinde elden geçirilme ve boşaltılma masrafları bu işlemin müşterek selamet için gerekli olmadıkça, müşterek avaryaya olarak kabul edilemeyecektir.</p>	<p>(ii) Yük, yakıt ya da kumanyanın yolculuk sırasında meydana gelen istif bozukluğunu düzeltmek amacıyla gemi içinde elden geçirilme ve boşaltılma masrafları bu işlemin müşterek selamet için gerekli olmadıkça, müşterek avaryaya olarak kabul edilemeyecektir.</p>	<p>(ii) Yük, yakıt ya da kumanyanın yolculuk sırasında meydana gelen istif bozukluğunu düzeltmek amacıyla gemi içinde elden geçirilme ve boşaltılma masrafları bu işlemin müşterek selamet için gerekli olmadıkça, müşterek avaryaya olarak kabul edilemeyecektir.</p>
<p>c) Yük, yakıt ve kumanyaların elden geçirilmesi ve boşaltılma masraflarının müşterek avaryaya kabul edildiği hallerde bunların yeniden yükleme ve gemide istifleme masrafları ile depolama giderleri ve makul şekilde yapılmak şartıyla sigorta masrafları da dahil müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir. Yeniden yükleme ve istifleme için harcanan fazla zaman için Kural XI'in hükümleri uygulanacaktır.</p>	<p>c. Yük, yakıt ve kumanyanın elden geçirme ve boşaltılma masraflarının müşterek avaryaya kabul edildiği hallerde, bunların yeniden yükleme ve gemide istifleme masrafları ile depolama giderleri ve makul şekilde yapılmak şartıyla sigorta masrafları da dahil müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir. Yeniden yükleme ve istifleme için harcanan fazla zaman için Kural XI'in hükümleri uygulanacaktır.</p>	<p>(c) Yük, yakıt ve kumanyanın elden geçirme ve boşaltılma masraflarının müşterek avaryaya kabul edildiği hallerde, bunların yeniden yükleme ve gemide istifleme masrafları ile depolama giderleri ve makul şekilde yapılmak şartıyla sigorta masrafları da dahil müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir. Yeniden yükleme ve istifleme için harcanan fazla zaman için Kural XI'in hükümleri uygulanır.</p>
<p>Ancak, gemi mahkum edilmiş veya ilk yolculuğuna devam etmezse, geminin mahkum edildiği ya da yolculuğun bırakıldığı tarihe kadar olan depolama masrafları, ya da geminin mahkum edilmesi ya da yolculuğun bırakılması yük boşaltmanın tamamlanmasından önceki bir tarihte meydana gelmişse bu boşaltmanın tamamlandığı tarihe kadar olan depolama masrafları müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>Ancak, gemi mahkum edilmiş veya ilk yolculuğuna devam etmezse, geminin mahkum edildiği ya da yolculuğun bırakıldığı tarihe kadar olan depolama masrafları, ya da geminin mahkum edilmesi ya da yolculuğun bırakılması yük boşaltmanın tamamlanmasından önceki bir tarihte meydana gelmişse bu boşaltmanın tamamlandığı tarihe kadar olan depolama masrafları müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>(d) Ancak, gemi mahkum edilmiş veya ilk yolculuğuna devam etmezse, geminin mahkum edildiği ya da yolculuğun bırakıldığı tarihe kadar olan depolama masrafları, ya da geminin mahkum edilmesi ya da yolculuğun bırakılması yük boşaltmanın tamamlanmasından önceki bir tarihte meydana gelmişse bu boşaltmanın tamamlandığı tarihe kadar olan depolama masrafları müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>
<p>KURAL XI. GEMİ ADAMLARININ ÜCRET VE BAKIM MASRAFLARI İLE BARINMA LİMANINA GİRME VE BU LİMANDAKİ DİĞER MASRAFLAR</p>	<p>KURAL XI. GEMİ ADAMLARININ ÜCRET VE BAKIM MASRAFLARI İLE BARINMA LİMANINA GİRME VE BU LİMANDAKİ DİĞER MASRAFLAR</p>	<p>KURAL XI. GEMİ ADAMLARININ ÜCRET VE BAKIM MASRAFLARI İLE BARINMA LİMANINA GİRME VE BU LİMANDAKİ DİĞER MASRAFLAR</p>
<p>a) Bir geminin bir barınma limanı ya da yerine girmesi veya yükleme limanı veya yerine dönmesi masrafları Kural X (a) uyarınca müşterek avaryaya olarak kabul ediliyorsa, bu barınma veya dönme dolayısıyla yolculuğun uzaması süresi içinde kaptan, zabitan ve mürettebat için makul ölçüde yapılmış ücret ve bakım giderleri ile yakıt ve kumanyalar için yapılan masraflar müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>a. Geminin bir barınma limanına yerine girmesi veya yükleme limanı veya yerine dönmesi nedeniyle uzayan yolculukta, kaptan, zabitan ve mürettebatın makul ölçüler içindeki ücret ve bakım giderleriyle tüketilen yakıt ve kumanya Kural X (a) hükmüne göre böyle bir veya yere girme masraflarının müşterek avaryaya sayılması halinde, müşterek avaryaya kabul edilir.</p>	<p>(a) Geminin bir barınma limanına yerine girmesi veya yükleme limanı veya yerine dönmesi nedeniyle uzayan yolculukta, kaptan, zabitan ve mürettebatın makul ölçüler içindeki ücret ve bakım giderleriyle tüketilen yakıt ve kumanya Kural X (a) hükmüne göre böyle bir veya yere girme masraflarının müşterek avaryaya sayılması halinde, müşterek avaryaya kabul edilir.</p>

<p>b) Bir gemi, kaza, fedakârlık ya da diğer olağanüstü durumlar sonucu olarak müşterek selamet için ya da fedakârlık ya da kaza sonucu gemide doğan hasarın yolculuğu güven içinde devam yönünden gerektirdiği onarım zorunluluğu karşısında, herhangi bir liman ya da yere girer veya orada alıkonulursa, bu liman ya da yerde geminin yolculuğa devam edebilecek duruma geldiği ve ya gelmesi gerektiği ana kadar geçen ek bekleme süresi içinde makul ölçüde sarfedilmiş kaptan, zabitan ve gemi adamlarına ait ücret ve bakım masrafları müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>b. Bu ve diğer kuralların uygulanmasında, kaptan, zabitan ve gemi adamlarına veya onlar yararına yapılan bütün ödemeler, ister gemi malikinin yasal yükümlülüklerinden isterse iş sözleşmesinden doğmuş olsunlar, ücret sayılır.</p> <p>c. (i) Bir gemi, kaza, fedakarlık veya diğer olağanüstü haller sonucu müşterek selamet uğruna veya fedakârlık veya kaza ile geminin uğradığı hasarların yolculuğun emniyet içinde devamı yönünden tamir zorunluluğu karşısında, herhangi bir liman veya yere girer veya orada kalırsa, bu liman veya yerde geminin yola devamı için hazır hale getirildiği veya getirilmesi gerektiği ana kadar geçen ek durma devresinde tüketilen kumanya ve yakıt müşterek avaryaya girmeyen tamirlerin yapılması sebebiyle tüketilenler hariç olmak üzere, müşterek avaryaya kabul edilir.</p>	<p>(b) (i) Bir gemi, kaza, fedakârlık ya da diğer olağanüstü durumlar sonucu olarak müşterek selamet için ya da fedakârlık ya da kaza sonucu gemide doğan hasarın yolculuğu güven içinde devam yönünden gerektirdiği onarım zorunluluğu karşısında, herhangi bir liman ya da yere girer veya orada alıkonulursa, bu liman ya da yerde geminin yolculuğa devam edebilecek duruma geldiği veya gelmesi gerektiği ana kadar geçen ek bekleme süresi içinde makul ölçüde sarfedilmiş kaptan, zabitan ve gemi adamlarına ait ücret ve bakım masrafları müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>
<p>Müşterek avaryaya kabul edilmeyen tamir yapılması süresince harcanan yakıt ve kumanyalar hariç, ilave zamanda harcanan yakıt ve kumanyalar müşterek avaryaya kabul edilecektir.</p>		<p>(ii) Müşterek avaryaya kabul edilmeyen tamir yapılması süresince harcanan yakıt ve kumanyalar hariç, ilave zamanda harcanan yakıt ve kumanyalar müşterek avaryaya kabul edilecektir.</p>
<p>Müşterek avaryaya kabul edilmeyen tamir süresince harcanan liman masrafları hariç, ek bekleme süresi içinde doğan liman masrafları benzer şekilde müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>(ii) Müşterek avaryaya kabul edilmeyen tamir süresince harcanan liman masrafları hariç, ek bekleme süresi içinde doğan liman masrafları benzer şekilde müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>(iii) Müşterek avaryaya kabul edilmeyen tamir süresince harcanan liman masrafları hariç, ek bekleme süresi içinde doğan liman masrafları benzer şekilde müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.</p>
<p>Yükleme veya uğrama yer ve limanında tesbit edilen gemi hasarının yolculuk sırasında meydana gelmiş bir kaza veya diğer olağanüstü durumla ilgili olmadığı halde, bu hasarın tamir edilmesi geminin yolculuğuna güven içinde devam edebilmesi yönünden gerekli de olsa, tespit edilen hasarın onarımı için geçen ek bekleme süresi içinde kaptan, gemi zabitanları ve gemi adamlarının ücret ve bakım masrafları ve yakıt, kumanya ve liman masrafları müşterek avaryaya olarak kabul edilmeyecektir.</p>	<p>(iii) Yükleme veya uğrama yer ve limanında tesbit edilen gemi hasarının yolculuk sırasında meydana gelmiş bir kaza veya diğer olağanüstü durumla ilgili olmadığı halde, bu hasarın tamir edilmesi geminin yolculuğuna güven içinde devam edebilmesi yönünden gerekli de olsa, tespit edilen hasarın onarımı için geçen ek bekleme süresi içinde kaptan, gemi zabitanları ve gemi adamlarının ücret ve bakım masrafları ve yakıt, kumanya ve liman masrafları müşterek avaryaya olarak kabul edilmeyecektir.</p>	<p>(iv) Yükleme veya uğrama yer ve limanında tesbit edilen gemi hasarının yolculuk sırasında meydana gelmiş bir kaza veya diğer olağanüstü durumla ilgili olmadığı halde, bu hasarın tamir edilmesi geminin yolculuğuna güven içinde devam edebilmesi yönünden gerekli de olsa, tespit edilen hasarın onarımı için geçen ek bekleme süresi içinde kaptan, gemi zabitanları ve gemi adamlarının ücret ve bakım masrafları ve yakıt, kumanya ve liman masrafları müşterek avaryaya olarak kabul edilmeyecektir.</p>

<p>Gemi mahkûm edilir veya tasarlanan yolculuğuna devam etmeyecekse, geminin mahkûm olduğu veya tasarlanan yolculuktan vazgeçilen tarihe kadar veya bu tarih yükün boşaltılmasından önceki bir tarihe rastlıyorsa boşaltmanın tamamlanması tarihine kadar olan, kaptan, gemi zabitanları ve gemi adamlarının ücret ve bakım masrafları ve yakıt ve kumanya ve <i>liman masrafları</i> müşterek avarya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>(iv) Gemi mahkûm edilir veya tasarlanan yolculuğuna devam etmeyecekse, geminin mahkûm olduğu veya tasarlanan yolculuktan vazgeçilen tarihe kadar veya bu tarih yükün boşaltılmasından önceki bir tarihe rastlıyorsa boşaltmanın tamamlanması tarihine kadar olan, kaptan, gemi zabitanları ve gemi adamlarının ücret ve bakım masrafları ve yakıt ve kumanya ve <i>liman masrafları</i> müşterek avarya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>(v) Gemi mahkûm edilir veya tasarlanan yolculuğuna devam etmeyecekse, geminin mahkûm olduğu veya tasarlanan yolculuktan vazgeçilen tarihe kadar veya bu tarih yükün boşaltılmasından önceki bir tarihe rastlıyorsa boşaltmanın tamamlanması tarihine kadar olan, kaptan, gemi zabitanları ve gemi adamlarının ücret ve bakım masrafları ve yakıt ve kumanya ve <i>liman masrafları</i> müşterek avarya olarak kabul edilecektir.</p>
<p>c) Gerek bu Kuralın gerekse diğer Kuralların uygulanması yönünden ister donatanın akdi yükümlülüğünden doğmuş olsun, ister hizmet sözleşmesi ve şartlarından doğmuş olsun, kaptan, gemi zabitleri ve gemi adamlarına veya onların yararına yapılan bütün ödemeler ücret sayılır.</p>		<p>(c) (i) Bu Kuralların uygulanması yönünden ister donatanın akdi yükümlülüğünden doğmuş olsun, ister hizmet sözleşmesi ve şartlarından doğmuş olsun, kaptan, gemi zabitleri ve gemi adamlarına veya onların yararına yapılan bütün ödemeler ücret sayılır.</p> <p>(ii) Bu Kuralların uygulanması yönünden liman masrafları, müşterek emniyet için yapılan veya bir geminin barınma limanına girmesinin veya kalmasının sağlanması veya Kural XI (b) (i)'de belirtilen koşullar altında yapılan tüm olağan ve ilave masrafları kapsar.</p>
<p>d) Çevre zararlarını önlemek ve azaltmak için alınan tedbirlerin masrafları aşağıdaki şartların hepsinin veya bir kısmının mevcut olması halinde müşterek avaryaya girer:</p>	<p>d. Çevre zararlarını önlemek ve azaltmak için alınan tedbirlerin masrafları aşağıdaki şartların hepsinin veya bir kısmının mevcut olması halinde müşterek avaryaya girer:</p>	<p>(d) Çevre zararlarını önlemek ve azaltmak için alınan tedbirlerin masrafları aşağıdaki şartların hepsinin veya bir kısmının mevcut olması halinde müşterek avaryaya girer:</p>
<p>i) Müşterek deniz sergüzeştine katılan taraflar dışında bir kişi tarafından, bu tarafı kurtarma ücretine hak kazandıracak, müşterek selamet uğruna yapılmış bir hareketin masrafları</p>	<p>(i) Müşterek deniz sergüzeştine katılan ilgililer dışındaki bir kimse tarafından bu kimseyi kurtarma ücretine hak kazandıracak nitelikteki müşterek selamet uğruna yapılmış bir hareketin masrafları,</p>	<p>(i) Müşterek deniz sergüzeştine katılan ilgililer dışındaki bir kimse tarafından bu kimseyi kurtarma ücretine hak kazandıracak nitelikteki müşterek selamet uğruna yapılmış bir hareketin masrafları,</p>
<p>ii) Kural X (a)'da belirlenen şartlar içinde, bir liman veya yere giriş veya çıkış masrafları</p>	<p>(ii) Kural X(a)'da belirlenen şartlar gereğince bir liman veya yere giriş veya çıkış masrafları,</p>	<p>(ii) Kural X(a)'da belirlenen şartlar gereğince bir liman veya yere giriş veya çıkış masrafları</p>

<p>iii) Kural XI (b)'de belirlenen şartlar içinde, bir liman veya yerde kalma masrafları. Ancak kirletici maddelerin boşaltılması veya sızması halinde kirlenmeyi ve çevre zararını azaltacak veya önleyecek ilave önlemlere ilişkin masraflar müşterek avaryaya olarak kabul edilmeyecektir.</p>	<p>(iii) Kural XI(c)'de belirlenen şartlar içinde bir liman veya yerde kalma masrafları: Ancak kirletici maddelerin sızması veya bırakılması durumlarında, kirliliği veya çevreye zararı önlemek veya azaltmak için gereken ek masraflar müşterek avaryaya sayılmaz.</p>	<p>(iii) Kural XI(c)'de belirlenen şartlar içinde bir liman veya yerde kalma masrafları: Ancak kirletici maddelerin sızması veya bırakılması durumlarında, kirliliği veya çevreye zararı önlemek veya azaltmak için gereken ek masraflar müşterek avaryaya sayılmaz.</p>
<p>iv) Müşterek avaryaya sayılan boşaltma, depolama veya tekrar yükleme işlemleriyle ilgili masraflar</p>	<p>(iv) Müşterek avaryaya sayılan boşaltma, depolama veya tekrar yükleme işlemleri ile ilgili masraflar.</p>	<p>(iv) Müşterek avaryaya sayılan gemide elden geçirme, boşaltma, depolama veya yükün, yakıtın ve kumanyanın tekrar yükleme işlemleri ile ilgili masraflar.</p>
<p>KURAL XII. BOŞALTMADA YÜKE GELEN ZARAR vs</p>	<p>KURAL XII. BOŞALTMADA YÜKE GELEN ZARAR vs</p>	<p>KURAL XII. BOŞALTMADA YÜKE GELEN ZARAR vs</p>
<p>Yük, yakıt ve kumanyaların elden geçirilmesi, boşaltılması, depolanması, yeniden yüklenmesi ve istif sonucunda oluşan zarar veya hasar ancak ve sadece bu önlemlerin bedeli müşterek avaryaya sayıldığı takdirde müşterek avaryaya olarak kabul edilir.</p>	<p>Yük, yakıt veya kumanyanın elden geçirilmesi, boşaltılması, depolanması, yeniden yüklenmesi ve istif sonucunda oluşan zarar veya hasar, ancak ve sadece bu önlemlerin bedeli müşterek avaryaya kabul edildiği takdirde müşterek avaryaya olarak kabul edilir.</p>	<p>Yük, yakıt veya kumanyanın elden geçirilmesi, boşaltılması, depolanması, yeniden yüklenmesi ve istif sonucunda oluşan zarar veya hasar, ancak ve sadece bu önlemlerin bedeli müşterek avaryaya kabul edildiği takdirde müşterek avaryaya olarak kabul edilir.</p>
<p>KURAL XIII. TAMİR MASRAFINDAN İNDİRİM</p>	<p>KURAL XIII. TAMİR MASRAFINDAN İNDİRİM</p>	<p>KURAL XIII. TAMİR MASRAFINDAN İNDİRİM</p>
<p>Müşterek avaryadan kabul edilen tamir masrafları eski alet ve parçaların yenileri ile değiştirilmesi durumunda eski- yeni farkına tabi değildir, meğer ki, gemi on beş yaşından büyük olsun, bu durumda üçte bir oranında indirim yapılacaktır. Yapının tamamlandığı yılın Aralık ayının otuz birinden müşterek avaryaya hareketinin meydana geldiği tarihe kadar geçen süre, geminin yaşı olarak kabul edilip indirimler ona göre düzenlenir. Ancak yalıtım kaplamaları, can filikalari ve benzeri botlar, haberleşme ve seyir cihazları, makina ve kazanlar için indirim her bir her parçanın yaşına göre yapılır.</p>	<p>a. Müşterek avaryadan kabul edilen tamir masrafları eski malzeme ve parçaların yenileri ile değiştirilmesi durumunda eski-yeni farkına tabi değildir, meğer ki, gemi on beş yaşından büyük olsun, bu durumda üçte bir oranında indirim yapılacaktır. Yapının tamamlandığı yılın Aralık ayının otuz birinden müşterek avaryaya hareketinin meydana geldiği tarihe kadar geçen süre, geminin yaşı olarak kabul edilip indirimler ona göre düzenlenir.</p>	<p>(a) Müşterek avaryadan kabul edilen tamir masrafları eski malzeme ve parçaların yenileri ile değiştirilmesi durumunda eski-yeni farkına tabi değildir, meğer ki, gemi on beş yaşından büyük olsun, bu durumda üçte bir oranında indirim yapılacaktır. Yapının tamamlandığı yılın Aralık ayının otuz birinden müşterek avaryaya hareketinin meydana geldiği tarihe kadar geçen süre, geminin yaşı olarak kabul edilip indirimler ona göre düzenlenir.</p>

<p>İndirimler yalnız yeni alet veya parçaların monte edilir haldeki değerinden yapılacaktır. Kumanya, demir ve zincirler hakkında indirim uygulanamayacaktır. Havuzlama ve kızaklama ücretleri ile geminin yer değiştirme masrafları tam olarak kabul edilecektir.</p>	<p>b. İndirimler yeni alet ve parçaların monte edilir haldeki değeri üzerinden yapılır. Kumanya, yedek parça, çapa ve zincirli kablolar için indirim yapılmaz. Havuz ve kızak ücretleri ile geminin yer değiştirme giderleri tam olarak kabul olunur.</p>	<p>(b) İndirimler yeni alet ve parçaların monte edilir haldeki değeri üzerinden yapılır. Kumanya, yedek parça, çapa ve zincirli kablolar için indirim yapılmaz. Havuz ve kızak ücretleri ile geminin yer değiştirme giderleri tam olarak kabul olunur.</p>
<p>Geminin karinesinin temizlenmesi, boyanması veya kaplanması masrafları müşterek avarya olarak kabul edilmez, meğer ki, boyama ve kaplama müşterek avarya hareket tarihinden önceki 12 ay içinde olsun. Bu halde masrafların yarısı müşterek avarya kabul edilir.</p>	<p>c. Geminin karinesinin temizlenmesi, boyanması veya kaplanması masrafları müşterek avarya olarak kabul edilmez, meğer ki, boyama ve kaplama müşterek avarya hareket tarihinden önceki 12 ay içinde olsun. Bu halde masrafların yarısı müşterek avarya kabul edilir.</p>	<p>(c) Geminin karinesinin temizlenmesi, boyanması veya kaplanması masrafları müşterek avarya olarak kabul edilmez, meğer ki, boyama ve kaplama müşterek avarya hareket tarihinden önceki 12 ay içinde olsun. Bu halde masrafların yarısı müşterek avarya kabul edilir.</p>
<p>KURAL XIV. GEÇİCİ TAMİRLER</p>	<p>KURAL XIV. GEÇİCİ TAMİRLER</p>	<p>KURAL XIV. GEÇİCİ TAMİRLER</p>
<p>Müşterek selamet uğruna, yükleme, uğrama veya barınma limanında gemiye geçici tamir yapıldığında veya müşterek avarya fedakârlığından doğan gemi hasarı geçici şekilde tamir edilirse, bu tamir masrafı müşterek avarya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>a. Müşterek selamet uğruna, yükleme, uğrama veya barınma limanında gemiye geçici tamir yapıldığında veya müşterek avarya fedakârlığından doğan gemi hasarı geçici şekilde tamir edilirse, bu tamir masrafı müşterek avarya olarak kabul edilecektir.</p>	<p>(a) Müşterek selamet uğruna, yükleme, uğrama veya barınma limanında gemiye geçici tamir yapıldığında veya müşterek avarya fedakârlığından doğan gemi hasarı geçici şekilde tamir edilirse, bu tamir masrafı müşterek avarya olarak kabul edilecektir.</p>
<p>Yolculuğun tamamlanmasının sağlanması için kazadan doğan hasar geçici olarak tamir edilmişse yapılan bu tamir masrafları, bu tamir yapılmıyaydı müşterek avaryaya dâhil olacak masraflardan sağlanacak tasarruf ölçüsünde ve ilgililerin tasarrufları değerlendirilmeksizin müşterek avarya kabul edilecektir.</p>	<p>b. Yolculuğun tamamlanmasının sağlanması için kazadan doğan hasar geçici olarak tamir edilmişse yapılan bu tamir masrafları, bu tamir yapılmıyaydı müşterek avaryaya dâhil olacak masraflardan sağlanacak tasarruf ölçüsünde ve ilgililerin tasarrufları değerlendirilmeksizin müşterek avarya kabul edilecektir. Sadece bu paragraf açısından nazara alınan geçici tamir masraflarının kapsamı; yükleme, uğrama veya barınma limanında yapılan geçici tamir masraflarına, ya sonunda yapılan daimi tamir masraflarının ya da paylaşma sırasında tamir olmamışsa yolculuk sona erdiğinde geminin makul oranda kaybettiği değer eklenerek bulunacak toplam miktarın, geminin daimi tamirinin yükleme, uğrama veya barınma limanında yapılmış olsaydı doğacak tamir masraflarını aşması halinde aşan bu miktar ile sınırlı olmak üzere kabul edilecektir.</p>	<p>(b) Yolculuğun tamamlanmasının sağlanması için kazadan doğan hasar geçici olarak tamir edilmişse yapılan bu tamir masrafları, bu tamir yapılmıyaydı müşterek avaryaya dâhil olacak masraflardan sağlanacak tasarruf ölçüsünde ve ilgililerin tasarrufları değerlendirilmeksizin müşterek avarya kabul edilecektir.</p>

Müşterek avaryaya dâhil olan geçici tamir masraflarına eski-yeni farkı için indirim yapılmaz.	c. Müşterek avaryaya dahil olan geçici tamir masraflarına eski-yeni farkı için indirim yapılmaz.	(c) Müşterek avaryaya dâhil olan geçici tamir masraflarına eski-yeni farkı için indirim yapılmaz.
KURAL XV. NAVLUN KAYBI	KURAL XV. NAVLUN KAYBI	KURAL XV. NAVLUN KAYBI
Yükün, müşterek avarya hareketi neticesi doğmuş ya da müşterek avarya sayılan hasar ve zararın neden olduğu navlun kaybı müşterek avarya kabul edilecektir.	Yükün, müşterek avarya hareketi neticesi doğmuş ya da müşterek avarya sayılan hasar ve zararın neden olduğu navlun kaybı müşterek avarya kabul edilecektir.	Yükün, müşterek avarya hareketi neticesi doğmuş ya da müşterek avarya sayılan hasar ve zararın neden olduğu navlun kaybı müşterek avarya kabul edilecektir.
Donatanın bu navlunu kazanmak için yapacağı, fakat fedakârlık sonucu olarak yapmadığı masraflar, kaybedilen brüt navlun ücret de esas alınarak indirimde değerlendirilir.	Donatanın bu navlunu kazanmak için yapacağı, fakat fedakârlık sonucu olarak yapmadığı masraflar, kaybedilen brüt navlun ücret de esas alınarak indirimde değerlendirilir.	Donatanın bu navlunu kazanmak için yapacağı, fakat fedakârlık sonucu olarak yapmadığı masraflar, kaybedilen brüt navlun ücret de esas alınarak indirimde değerlendirilir.
KURAL XVI. FEDAKÂRLIK SONUCU YÜKE GELEN ZARAR VE HASAR KARŞILIĞI ÖDENECEK TAZMİNAT MİKTARI	KURAL XVI. FEDAKÂRLIK SONUCU YÜKE GELEN ZARAR VE HASAR KARŞILIĞI ÖDENECEK TAZMİNAT MİKTARI	KURAL XVI. FEDAKÂRLIK SONUCU YÜKE GELEN ZARAR VE HASAR KARŞILIĞI ÖDENECEK TAZMİNAT MİKTARI
Fedakârlık sonucu yüke gelen zarar ve hasar karşılığı ödenecek tazminat miktarı boşaltma zamanındaki değere göre belirlenecek, alıcıya verilen ticari faturaya bakılacak veya eğer böyle bir fatura mevcut değilse, yükleme zamanındaki değerine bakılarak saptanacaktır. Boşaltma zamanındaki değer, sigorta ve navlun bedelini de kapsayacaktır. Meğer ki, bu navlun yük dışındaki menfaatler için tehlikede olsun.	a. Fedakârlık sonucu yüke gelen zarar ve hasar karşılığı ödenecek tazminat miktarı boşaltma zamanındaki değere göre belirlenecek, alıcıya verilen ticari faturaya bakılacak veya eğer böyle bir fatura mevcut değilse, yükleme zamanındaki değerine bakılarak saptanacaktır. Boşaltma zamanındaki değer, sigorta ve navlun bedelini de kapsayacaktır. Meğer ki, bu navlun yük dışındaki menfaatler için tehlikede olsun.	a (i) Fedakârlık sonucu yüke gelen zarar ve hasar karşılığı ödenecek tazminat miktarı boşaltma zamanındaki değere göre belirlenecek, alıcıya verilen ticari faturaya bakılacak veya eğer böyle bir fatura mevcut değilse, yükleme zamanındaki değerine bakılarak saptanacaktır. Dispeççi tarafından taşıma sözleşmesi kapsamında son teslim yeri neresi olursa olsun, bu ticari fatturaların boşaltma yerindeki değeri yansıttığı kabul edilebilir.
		(ii) Boşaltma zamanındaki değer, sigorta ve navlun bedelini de kapsayacaktır. Meğer ki, bu navlun yük dışındaki menfaatler için tehlikede olsun.
Hasarlı yük satıldığında ve hasar değeri hakkında başka türlü anlaşma olmadığı takdirde, müşterek avarya olarak kabul edilecek değer, net satış tutarı ile bu Kural'ın 1. paragrafında öngörülen şekilde hesaplanacak sağlam haldeki net değeri arasındaki fark olacaktır.	b. Hasarlı yük satıldığında ve hasar değeri hakkında başka türlü anlaşma olmadığı takdirde, müşterek avarya olarak kabul edilecek değer, net satış tutarı ile bu Kural'ın 1. paragrafında öngörülen şekilde hesaplanacak sağlam haldeki net değeri arasındaki fark olacaktır.	(b) Hasarlı yük satıldığında ve hasar değeri hakkında başka türlü anlaşma olmadığı takdirde, müşterek avarya olarak kabul edilecek değer, net satış tutarı ile bu Kural'ın 1. paragrafında öngörülen şekilde hesaplanacak sağlam haldeki net değeri arasındaki fark olacaktır.

KURAL XVII. KATILIM DEĞERLERİ	KURAL XVII. KATILIM DEĞERLERİ	KURAL XVII. KATILIM DEĞERLERİ
<p>Malvarlıkları, müşterek avaryaya yolculuk sonundaki gerçek değerleri üzerinden katılacaktır. Ancak yükün değeri alıcıya verilen ticari fatura ile ya da böyle bir fatura yoksa yükleme yerindeki değerine göre saptanacak boşaltma zamanındaki değer esas alınır.</p>	<p>a (i) Malvarlıkları, müşterek avaryaya yolculuk sonundaki gerçek değerleri üzerinden katılacaktır. Ancak yükün değeri alıcıya verilen ticari fatura ile ya da böyle bir fatura yoksa yükleme yerindeki değerine göre saptanacak boşaltma zamanındaki değer esas alınır.</p>	<p>(a) (i) Malvarlıkları, müşterek avaryaya yolculuk sonundaki gerçek değerleri üzerinden katılacaktır. Ancak yükün değeri alıcıya verilen ticari fatura ile ya da böyle bir fatura yoksa yükleme yerindeki değerine göre saptanacak boşaltma zamanındaki değer esas alınır. Avarya dispeççisi tarafından taşıma sözleşmesi kapsamında son teslim yeri neresi olursa olsun, bu ticari fattaların boşaltma yerindeki değeri yansıtığı kabul edilebilir.</p>
<p>Yükün değerine sigorta masrafı ve navlun da dâhil edilmelidir; meğer ki navlunun rizikosu yük ile ilgili dışındaki bir kimseye ait olsun. Bu şekilde belirlenen değerden, yükün yolculukta veya boşaltma sırasındaki ziya veya hasarlarının indirilmesi gerekir.</p>	<p>(ii) Yükün değerine sigorta masrafı ve navlun da dâhil edilmelidir; meğer ki navlunun rizikosu yük ile ilgili dışındaki bir kimseye ait olsun. Bu şekilde belirlenen değerden, yükün yolculukta veya boşaltma sırasındaki ziya veya hasarlarının indirilmesi gerekir.</p>	<p>(ii) Yükün değerine sigorta masrafı ve navlun da dâhil edilmelidir; meğer ki navlunun rizikosu yük ile ilgili dışındaki bir kimseye ait olsun. Bu şekilde belirlenen değerden, yükün yolculukta veya boşaltma sırasındaki ziya veya hasarlarının indirilmesi gerekir. Avarya dispeççisi yükün dâhil edilmesinin nihai katılıma orantsız olacağını öngördüğü takdirde yükü müşterek avarya paylaşımı dışında tutabilir.</p>
<p>Gemiye değer biçilirken, geminin kira ya da zaman çarteri sözleşmelerinin faydalı ya da faydasız etkisine bakılmayacaktır.</p>	<p>(iii) Gemiye ilişkin kira veya zaman çarteri sözleşmelerinin faydalı ya da faydasız etkisine bakılmayacaktır.</p>	<p>(iii) Gemiye ilişkin kira veya zaman çarteri sözleşmelerinin faydalı ya da faydasız etkisine bakılmayacaktır.</p>
<p>Bu değerlere, daha önce eklenmemişse, fedakârlığa katılan malvarlıkları için müşterek avarya katılım miktarı eklenecektir. Gemi ve yük müşterek avarya hareketi anında tamamen ziyaa uğramış olsaydı, navluna hak kazanmak için yapılmasına gerek kalmayacak olan masraflarla ödenmesine gerek olmayacak gemi adamları ücretleri tehlikedeki navlun ve yolcu taşıma ücretinden indirilmelidir. 1989 Konvansiyonun 14. maddesi veya aynı esasa dayanan benzer diğer maddeler gereği özel tazminata hak kazanılması sonucunda gemiye düşen masraflar dışında kalmak şartıyla müşterek avarya hareketinden sonra yapılmış tüm ek giderler değerden indirilecektir.</p>	<p>b. Bu değerlere, daha önce eklenmemişse, fedakârlığa katılan malvarlıkları için müşterek avarya katılım miktarı eklenecektir. Gemi ve yük müşterek avarya hareketi anında tamamen ziyaa uğramış olsaydı, navluna hak kazanmak için yapılmasına gerek kalmayacak olan masraflarla ödenmesine gerek olmayacak gemi adamları ücretleri tehlikedeki navlun ve yolcu taşıma ücretinden indirilmelidir. 1989 Konvansiyonun 14. maddesi veya aynı esasa dayanan benzer diğer maddeler gereği özel tazminata hak kazanılması sonucunda gemiye düşen masraflar dışında kalmak şartıyla müşterek avarya hareketinden sonra yapılmış tüm ek giderler değerden indirilecektir.</p>	<p>(b) Bu değerlere, daha önce eklenmemişse, fedakârlığa katılan malvarlıkları için müşterek avarya katılım miktarı eklenecektir. Gemi ve yük müşterek avarya hareketi anında tamamen ziyaa uğramış olsaydı, navluna hak kazanmak için yapılmasına gerek kalmayacak olan masraflarla ödenmesine gerek olmayacak gemi adamları ücretleri tehlikedeki navlun ve yolcu taşıma ücretinden indirilmelidir. Kural VI (b) paragrafı uyarınca, kurtarma hizmeti ödemeleri müşterek avarya kabul edilmediği durumda, kesintiler kurtarıcılara ödenen tutar, faiz ve kurtarıcı masrafları da dâhil olmak üzere sınırlı olacaktır.</p>

Kural G'nin 3. paragrafında belirtilen durumlarda, yük ve diğer malvarlığı, satılmış ve eksik getirilmiş olmadığı takdirde asıl varma limanındaki değerleri üzerinden katılımda bulunacaktır. Gemi ise, boşaltmanın tamamlandığı zamandaki gerçek değeri üzerinden katkıda bulunacaktır.	c. Kural G'nin 3. paragrafında belirtilen durumlarda, yük ve diğer malvarlığı, satılmış ve eksik getirilmiş olmadığı takdirde asıl varma limanındaki değerleri üzerinden katılımda bulunacaktır. Gemi ise, boşaltmanın tamamlandığı zamandaki gerçek değeri üzerinden katkıda bulunacaktır.	c. Kural G'nin 3. paragrafında belirtilen durumlarda, yük ve diğer malvarlığı, satılmış ve eksik getirilmiş olmadığı takdirde asıl varma limanındaki değerleri üzerinden katılımda bulunacaktır. Gemi ise, boşaltmanın tamamlandığı zamandaki gerçek değeri üzerinden katkıda bulunacaktır.
Yük, varma limanından önce satılması halinde ise, satışın net gelirine müşterek avaryaya olarak kabul edilecek herhangi bir tutarın eklenmesiyle bulunan değerler girecektir.	d. Yük, varma limanından önce satılması halinde ise, satışın net gelirine müşterek avaryaya olarak kabul edilecek herhangi bir tutarın eklenmesiyle bulunan değerler girecektir.	(d) Yük, varma limanından önce satılması halinde ise, satışın net gelirine müşterek avaryaya olarak kabul edilecek herhangi bir tutarın eklenmesiyle bulunan değerler girecektir.
Posta, yolcu bagajları, şahsi eşya ve özel motorlu araçlar müşterek avaryaya kapsamına dâhil edilmeyecektir.	e. Posta, yolcuların bagaj ve zati eşyaları ve yolcu beraberindeki özel motorlu araçlar müşterek avaryaya katılmazlar.	(e) Posta, yolcuların bagaj ve yolcu beraberindeki şahsi eşyaları ve yolcu beraberindeki özel motorlu araçlar müşterek avaryaya katılmazlar.
KURAL. XVIII GEMİ HASARI	KURAL XVIII. GEMİ HASARI	KURAL XVIII. GEMİ HASARI
Müşterek avaryaya hareketi sonucunda gemiye, makina ve/veya donanımına gelebilecek zarar ve hasarlar aşağıdaki hallerde müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.	Müşterek avaryaya hareketi sonucunda gemiye, makina ve/veya donanımına gelebilecek zarar ve hasarlar aşağıdaki hallerde müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.	Müşterek avaryaya hareketi sonucunda gemiye, makina ve/veya donanımına gelebilecek zarar ve hasarlar aşağıdaki hallerde müşterek avaryaya olarak kabul edilecektir.
a. Tamir ve yenileme durumunda, Kural XIII deki indirimlere bağlı olarak, makul surette yapılmış tamir veya değiştiriminin gerçek makul değeri	a. Tamir ve yenileme durumunda, Kural XIII deki indirimlere bağlı olarak, makul surette yapılmış tamir veya değiştiriminin gerçek makul değeri	(a) Tamir ve yenileme durumunda, Kural XIII deki indirimlere bağlı olarak, makul surette yapılmış tamir veya değiştiriminin gerçek makul değeri
b. Tamir ve yenileme yapılmadığı durumda,	b. Tamir ve yenileme yapılmadığı durumda,	(b) Tamir ve yenileme yapılmadığı durumda,
Tazminat miktarı tamir gerekliliğinin tahmini değerini aşmamak üzere, böyle bir ziya veya hasarın sebep olduğu makul bir değerden düşme bedelidir.	Tazminat miktarı tamir gerekliliğinin tahmini değerini aşmamak üzere, böyle bir ziya veya hasarın sebep olduğu makul bir değerden düşme bedelidir.	Tazminat miktarı tamir gerekliliğinin tahmini değerini aşmamak üzere, böyle bir ziya veya hasarın sebep olduğu makul bir değerden düşme bedelidir.
Ancak geminin tam ziyaa uğramış olması veya tamir masraflarının geminin değerini aşması halinde müşterek avaryaya tazminat tutarı, geminin tahmini tamir masrafı düşülerek ve varsa geminin satışından elde edilen net gelirle belirlenen geminin hasarlı değeri ile tayin edilir.	Ancak geminin tam ziyaa uğramış olması veya tamir masraflarının geminin değerini aşması halinde müşterek avaryaya tazminat tutarı, geminin tahmini tamir masrafı düşülerek ve varsa geminin satışından elde edilen net gelirle belirlenen geminin hasarlı değeri ile tayin edilir.	Ancak geminin tam ziyaa uğramış olması veya tamir masraflarının geminin değerini aşması halinde müşterek avaryaya tazminat tutarı, geminin tahmini tamir masrafı düşülerek ve varsa geminin satışından elde edilen net gelirle belirlenen geminin hasarlı değeri ile tayin edilir.

KURAL XIX. BİLDİRİLMEMİŞ VEYA YANLIŞ BİLDİRİLMİŞ YÜKLER	KURAL XIX. BİLDİRİLMEMİŞ VEYA YANLIŞ BİLDİRİLMİŞ YÜKLER	KURAL XIX. BİLDİRİLMEMİŞ VEYA YANLIŞ BİLDİRİLMİŞ YÜKLER
Donatan veya acentasının haberi olmaksızın yükleme limanında gemiye alınmış olan veya yükleme sırasında kasıtlı olarak yanlış tariflerle gemiye yüklenen mala gelen hasar ve zarar müşterek avarya olarak kabul edilemeyecektir.	a. Donatan veya acentasının haberi olmaksızın yükleme limanında gemiye alınmış olan veya yükleme sırasında kasıtlı olarak yanlış tariflerle gemiye yüklenen mala gelen hasar ve zarar müşterek avarya olarak kabul edilemeyecektir.	(a) Donatan veya acentasının haberi olmaksızın yükleme limanında gemiye alınmış olan veya yükleme sırasında kasıtlı olarak yanlış tariflerle gemiye yüklenen mala gelen hasar ve zarar müşterek avarya olarak kabul edilemeyecektir.
Yanlış bildirimle gerçek değerinden düşük gösterilerek gemiye yüklenen mala gelen hasar ve zarar için katılım, bildirilen değer üzerinden yapılacaktır, ancak bu mallar gerçek değerleri üzerinden katılımda bulunacaktır.	b. Yanlış bildirimle gerçek değerinden düşük gösterilerek gemiye yüklenen mala gelen hasar ve zarar için katılım, bildirilen değer üzerinden yapılacaktır, ancak bu mallar gerçek değerleri üzerinden katılımda bulunacaktır.	(b) Yanlış bildirimle gerçek değerinden düşük gösterilerek gemiye yüklenen mala gelen hasar ve zarar için katılım, bildirilen değer üzerinden yapılacaktır, ancak bu mallar gerçek değerleri üzerinden katılımda bulunacaktır.
KURAL XX. PARANIN TEDARİK EDİLMESİ	KURAL XX. PARANIN TEDARİK EDİLMESİ	KURAL XX. PARANIN TEDARİK EDİLMESİ
Kaptan, gemi zabıtları ve gemi adamları ücret ve bakım masrafları ile yolculuk sırasında değiştirilmemiş yakıt ve kumanya için yapılan harcamalar hariç, müşterek avarya sebebiyle yapılan harcamalar için % 2 oranında bir komisyon müşterek avarya olarak kabul edilecektir.		
Müşterek avarya harcamalarını karşılayacak kaynağın yaratılması için satılan malların sahiplerinin uğradıkları sermaye kaybı müşterek avarya olarak kabul edilecektir.	a. Müşterek avarya harcamalarını karşılayacak kaynağın yaratılması için satılan malların sahiplerinin uğradıkları sermaye kaybı müşterek avarya olarak kabul edilecektir.	(a) Müşterek avarya harcamalarını karşılayacak kaynağın yaratılması için satılan malların sahiplerinin uğradıkları sermaye kaybı müşterek avarya olarak kabul edilecektir.
Müşterek avarya harcamalarını sigortalama masrafları da müşterek avarya olarak kabul edilecektir.	b. Müşterek avarya harcamalarını sigortalama masrafları da müşterek avarya olarak kabul edilecektir.	(b) Müşterek avarya harcamalarını sigortalama masrafları da müşterek avarya olarak kabul edilecektir.
KURAL XXI. MÜŞTEREK AVARYA KABUL EDİLEN ZARARLARI İÇİN FAİZ	KURAL XXI. MÜŞTEREK AVARYA KABUL EDİLEN ZARARLAR İÇİN FAİZ	KURAL XXI. MÜŞTEREK AVARYA KABUL EDİLEN ZARARLAR İÇİN FAİZ
Müşterek avarya dispeç işleminin yapılmasından üç ay sonraya kadar müşterek avaryadaki harcama, fedakârlık ve katlımlara % 7 faiz yürütülür, garameye iştirakle ilgililerin hesaba yapmış oldukları ödemeler veya müşterek avarya mevcudundan çektikleri paralara faiz yürütülecektir.	a. Müşterek avaryada dispeçin yayınlanması tarihinden üç ay sonraya kadar müşterek avaryadaki harcama, fedakârlık ve katlımlara faiz yürütülür. Garameye iştirakle ilgililerin hesaba yapmış oldukları ödemeler veya müşterek avarya avans fonundan çektikleri paralara da faiz yürütülecektir.	(a) Müşterek avaryada dispeçin yayınlanması tarihinden üç ay sonraya kadar müşterek avaryadaki harcama, fedakârlık ve katlımlara faiz yürütülür. Garameye iştirakle ilgililerin hesaba yapmış oldukları ödemeler veya müşterek avarya avans fonundan çektikleri paralara da faiz yürütülecektir.

	b. Uygulanacak faiz oranı, her yıl Comité Maritime International'ın Genel Kurulunda kararlaştırılacaktır. Bu oran, ertesi takvim yılı içinde tahakkuk edecek faizin hesaplamasında esas alınacaktır.	(b) Dispeçin uygulandığı para birimi üzerinden faizin her yılın ilk banka gününde ilan edilen 12 aylık ICE LIBOR faiz oranına %4 puan ilave edilmesiyle, eğer dispeçin ICE LIBOR un ilan edilmediği para biriminde hazırlanmış ise, bu oran 12 aylık Amerikan Doları ICE LBOR üzerinden bu orana %4 puan eklenmesiyle tahakkuk eden faiz oranı kullanılacaktır.
KURAL XXII. NAKİT TEMİNATLARININ İŞLEYİŞİ	KURAL XXII. NAKİT TEMİNATLARIN İŞLEYİŞİ	KURAL XXII. NAKİT TEMİNATLARIN İŞLEYİŞİ
Müşterek avaryadan, kurtarmadan veya özel yükümlülüklerden doğan yük sorumluluğunu teminat altına almak için nakit toplandığı hallerde, bunlar bekletilmeksizin, donatan veya nakit teminat yatırıncıların adına atanmış yetkili temsilcilerin her ikisinin birlikte onayladıkları bir bankada açılacak ortak özel bir hesaba yatırılacaktır. Yatırılan bu nakitler varsa faizleri ile birlikte, hak sahiplerinin teminatı olarak yükün kendilerine müşterek avaryaya, kurtarma ücreti veya özel yükümlülükler karşılığının teminatı olarak tutulacaktır. Bu hesaba ödemeler veya geri ödemeler dispeçci tarafından yazılı izin verilerek suretiyle yapılır. Bu teminatların yatırılması veya ödemeler veya geri ödemeler tarafların nihai sorumluluğunu hiç bir şekilde etkilemeyecektir.	Müşterek avaryadan, kurtarmadan veya özel yükümlülüklerden doğan yük sorumluluğunu teminat altına almak için nakit toplandığı hallerde, bunlar bekletilmeksizin, donatan veya nakit teminat yatırıncıların adına atanmış yetkili temsilcilerin her ikisinin birlikte onayladıkları bir bankada açılacak ortak özel bir hesaba yatırılacaktır. Yatırılan bu nakitler varsa faizleri ile birlikte, hak sahiplerinin teminatı olarak yükün kendilerine müşterek avaryaya, kurtarma ücretleri veya özel yükümlülükler karşılığının teminatı tahsis edilir. Bu hesaba ödemeler veya geri ödemeler dispeçci tarafından yazılı izin verilmek suretiyle yapılır. Bu teminatların yatırılması veya ödemeler veya geri ödemeler tarafların nihai sorumluluğunu hiç bir şekilde etkilemeyecektir.	(a) Müşterek avaryadan, kurtarmadan veya özel yükümlülüklerden doğan nakit toplandığı hallerde, bu tür meblağlar derhal özel bir hesap olarak avaryaya dispeçisinin adına açılan ve mümkünse faiz getiren hesabına havale edilecektir. (b) Bu özel hesap, müşterinin veya üçüncü şahsın fonlarının uygulandığı kanun gereğince avaryaya dispeçisinin ikametgâhında oluşturulacaktır. Bu hesap, avaryaya dispeçisinin özel hesabından tamamen ayrı özel bir kaynak olarak veya üçüncü şahsın malvarlığının yönetilmesini öngören benzer kurallara uygun olarak tahsis olunacaktır.
		(c) Yatırılan bu nakitler varsa faizleri ile birlikte, hak sahiplerinin teminatı olarak, yükün kendilerine müşterek avaryaya, kurtarma ücreti veya özel yükümlülükler karşılığı teminatı olarak tahsis olunacaktır. Bu hesaba ödemeler veya geri ödemeler, avaryaya dispeçisi tarafından bu ödemelerin yazılı olarak onaylandığı ve nakit verenden onayın talep edilmesinin bildirilmesi halinde yapılabilir. Nakit verenin onayı üzerine veya 90 gün içerisinde bir onayın olmaması halinde, avaryaya dispeçisi ilgili ödemeyi hesaptan veya nihai katılım miktarından mahsup edebilir.

		(d) Bu teminatların yatırılması veya ödemeler veya geri ödemeler tarafların nihai sorumluluğunu hiç bir şekilde etkilemeyecektir.
KURAL XXIII. MÜŞTEREK AVARYA PAYLAŞMASINDA ZAMANAŞIMI	KURAL XXIII. MÜŞTEREK AVARYA PAYLAŞMASINDA ZAMANAŞIMI	KURAL XXIII. MÜŞTEREK AVARYA PAYLAŞMASINDA ZAMANAŞIM
	a. Uygulanacak hukukun zaman sınırlamasına ait emredici herhangi bir hükmüne daima tabi olmak şartıyla;	(a) Uygulanacak hukukun zaman sınırlamasına ait emredici herhangi bir hükmüne daima tabi olmak şartıyla;
	(i) Müşterek avarya paylaşımından doğan her türlü talep hakkı, müşterek avaya senetleri veya teminatları tahtında doğan taleplerde dâhil olmak üzere müşterek avarya dispecinin yayınlanması tarihinden itibaren bir yıl içerisinde sona erer. Herhalükarda, bir talep hakkı, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden altı yıl sonra dava edilemez.	(i) Müşterek avarya paylaşımından doğan her türlü talep hakkı, müşterek avaya senetleri veya teminatları tahtında doğan taleplerde dâhil olmak üzere müşterek avarya dispeccinin yayınlanması tarihinden itibaren bir yıl içerisinde sona erer. Herhalükarda, bir talep hakkı, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden altı yıl sonra dava edilemez.
	(ii) Bu süreler, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden sonra taraflar arasında anlaşma sağlandığı takdirde uzatılabilir.	(ii) Bu süreler, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden sonra taraflar arasında anlaşma sağlandığı takdirde uzatılabilir.
	b. Bu kural, müşterek avarya taraflarının ve onların sigortacıları arasında uygulanamaz.	(b) Bu kural, müşterek avarya taraflarının ve onların sigortacıları arasında uygulanamaz.

York-Antwerp Rules 1994	York- Antwerp Rules 2004	York-Antwerp Rules 2016
Rule of Interpretation	Rule of Interpretation	Rule of Interpretation
In the adjustment of general average the following lettered and numbered Rules shall apply to the exclusion of any Law and Practice inconsistent therewith.	In the adjustment of general average the following lettered and numbered Rules shall apply to the exclusion of any Law and Practice inconsistent therewith.	In the adjustment of general average the following lettered and numbered Rules shall apply to the exclusion of any Law and Practice inconsistent therewith.
Except as provided by the Rule Paramount and the numbered Rules, general average shall be adjusted according to the lettered Rules.	Except as provided by the Rule Paramount and the numbered Rules, general average shall be adjusted according to the lettered Rules.	Except as provided by the Rule Paramount and the numbered Rules, general average shall be adjusted according to the lettered Rules.
Rule Paramount	Rule Paramount	Rule Paramount
In no case shall there be any allowance for sacrifice or expenditure unless reasonably made or incurred.	In no case shall there be any allowance for sacrifice or expenditure unless reasonably made or incurred.	In no case shall there be any allowance for sacrifice or expenditure unless reasonably made or incurred.
Rule A	Rule A	Rule A
There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.	1. There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.	1. There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.
General average sacrifices and expenditure shall be borne by different contributing interests on the basis hereinafter provided.	2. General average sacrifices and expenditure shall be borne by the different contributing interests on the basis hereinafter provided.	2. General average sacrifices and expenditure shall be borne by the different contributing interests on the basis hereinafter provided.
Rule B	Rule B	Rule B
There is a common maritime adventure when one or more vessels are towing or pushing another vessel or vessels, provided that they are all involved in commercial activities and not in a salvage operation.	1. There is a common maritime adventure when one or more vessels are towing or pushing another vessel or vessels, provided that they are all involved in commercial activities and not in a salvage operation.	1. There is a common maritime adventure when one or more vessels are towing or pushing another vessel or vessels, provided that they are all involved in commercial activities and not in a salvage operation.
When measures are taken to preserve the vessels and their cargoes, if any, from a common peril, these Rules shall apply.	When measures are taken to preserve the vessels and their cargoes, if any, from a common peril, these Rules shall apply.	When measures are taken to preserve the vessels and their cargoes, if any, from a common peril, these Rules shall apply.

<p>A vessel is not in common peril with another vessel or vessels if by simply disconnecting from the other vessel or vessels she is in safety; but if the disconnection is itself a general average act the common maritime adventure continues.</p>	<p>2. A vessel is not in common peril with another vessel or vessels if by simply disconnecting from the other vessel or vessels she is in safety; but if the disconnection is itself a general average act the common maritime adventure continues.</p>	<p>2. If the vessels are in common peril and one is disconnected either to increase the disconnecting vessel's safety alone, or the safety of all vessels in the common maritime adventure, the disconnection will be a general average act.</p>
		<p>3. Where vessels involved in a common maritime adventure resort to a port or place of refuge, allowances under these Rules may be made in, relation to each of the vessels. Subject to the provisions of paragraphs 3 and 4 of Rule G, allowances in general average shall cease at the time that the common maritime adventure comes to an end.</p>
<p>Rule C</p>	<p>Rule C</p>	<p>Rule C</p>
<p>Only such losses, damages or expenses which are the direct consequence of the general average act shall be allowed as general average.</p>	<p>1. Only such losses, damages or expenses which are the direct consequence of the general average act shall be allowed as general average.</p>	<p>1. Only such losses, damages or expenses which are the direct consequence of the general average act shall be allowed as general average.</p>
<p>In no case shall there be any allowance in general average for losses, damages or expenses incurred in respect of damage to the environment or in consequence of the escape or release of pollutant substances from the property involved in the common maritime adventure.</p>	<p>2. In no case shall there be any allowance in general average for losses, damages or expenses incurred in respect of damage to the environment or in consequence of the escape or release of pollutant substances from the property involved in the common maritime adventure.</p>	<p>2. In no case shall there be any allowance in general average for losses, damages or expenses incurred in respect of damage to the environment or in consequence of the escape or release of pollutant substances from the property involved in the common maritime adventure.</p>
<p>Demurrage, loss of market, and any loss or damage sustained or expense incurred by reason of delay, whether on the voyage or subsequently, and any indirect loss whatsoever, shall not be admitted as general average.</p>	<p>3. Demurrage, loss of market, and any loss or damage sustained or expense incurred by reason of delay, whether on the voyage or subsequently, and any indirect loss whatsoever, shall not be allowed as general average.</p>	<p>3. Demurrage, loss of market, and any loss or damage sustained or expense incurred by reason of delay, whether on the voyage or subsequently, and any indirect loss whatsoever, shall not be allowed as general average.</p>
<p>Rule D</p>	<p>Rule D</p>	<p>Rule D</p>
<p>Rights to contribution in general average shall not be affected, though the event which gave rise to the sacrifice or expenditure may have been due to the fault of one of the parties to the adventure, but this shall not prejudice any remedies which may be open against or to that party in respect of such fault.</p>	<p>Rights to contribution in general average shall not be affected, though the event which gave rise to the sacrifice or expenditure may have been due to the fault of one of the parties to the adventure, but this shall not prejudice any remedies which may be open against or to that party of in respect of such fault.</p>	<p>Rights to contribution in general average shall not be affected, though the event which gave rise to the sacrifice or expenditure may have been due to the fault of one of the parties to the adventure, but this shall not prejudice any remedies which may be open against or to that party of in respect of such fault.</p>

Rule E	Rule E	Rule E
The onus of proof is upon the party claiming in general average to show that the loss or expense claimed is properly allowable as general average.	1. The onus of proof is upon the party claiming in general average to show that the loss or expense claimed is properly allowable as general average.	1. The onus of proof is upon the party claiming in general average to show that the loss or expense claimed is properly allowable as general average.
All parties claiming in general average shall give notice in writing to the average adjuster of the loss or expense in respect of which they claim contribution within 12 months of the date of the termination of the common maritime adventure.	2. All parties claiming in general average shall give notice in writing to the average adjuster of the loss or expense in respect of which they claim contribution within 12 months of the date of the termination of the common maritime adventure.	2. All parties to the adventure shall, as soon as possible, supply particulars of value in respect of their contributory interest and, if claiming in general average, shall give notice in writing to the average adjuster of the loss or expense in respect of which they claim contribution, and supply of evidence in support thereof.
Failing such notification, or if within 12 months of a request for the same any of the parties shall fail to supply evidence in support of a notified claim, or particulars of value in respect of a contributory interest, the average adjuster shall be at liberty to estimate the extent of the allowance or the contributory value on the basis of the information available to him, which may be challenged only on the ground that it is manifestly incorrect.	3. Failing such notification, or if within 12 months of a request for the same any of the parties shall fail to supply evidence in support of a notified claim, or particulars of value in respect of a contributory interest, the average adjuster shall be at liberty to estimate the extent of the allowance or the contributory value on the basis of the information available to him, which may be challenged only on the ground that it is manifestly incorrect.	3. Failing such notification, or if any party does not supply particulars in support of a notified claim, within 12 months of the termination of the common maritime adventure or payment of the expense, the average adjuster shall be at liberty to estimate the extent of the allowance on the basis of the information available to the adjuster. Particulars of value shall be provided within 12 months of the termination of the common maritime adventure, failing which the average adjuster shall be at liberty to estimate the contributory value on the same basis. Such estimates shall be communicated to the party in question in writing. Estimates may only be challenged within two months of receipt of the communication and only on the grounds that they are manifestly incorrect. 4. Any party to the common adventure pursuing a recovery from a third party in respect of sacrifice or expenditure claimed in general average, shall so advise the average adjuster and, in the event that a recovery is achieved, shall supply to the average adjuster full particulars of the recovery within two months of receipt of the recovery.

Rule F	Rule F	Rule F
Any extra expense incurred in place of another expense which would have been allowable as general average shall be deemed to be general average and so allowed without regard to the saving, if any, to other interests, but only up to the amount of the general average expense avoided.	Any extra expense incurred in place of another expense which would have been allowable as general average shall be deemed to be general average and so allowed without regard to the saving, if any, to other interests, but only up to the amount of the general average expense avoided.	Any additional expense incurred in place of another expense which would have been allowable as general average shall be deemed to be general average and so allowed without regard to the saving, if any, to other interests, but only up to the amount of the general average expense avoided.
Rule G	Rule G	Rule G
General average shall be adjusted as regards both loss and contribution upon the basis of values at the time and place when and where the adventure ends.	1.General average shall be adjusted as regards both loss and contribution upon the basis of values at the time and place when and where the adventure ends.	1. General average shall be adjusted as regards both loss and contribution upon the basis of values at the time and place when and where the adventure ends.
This rule shall not affect the determination of the place at which the average statement is to be made up.	2.This rule shall not affect the determination of the place at which the average statement is to be made up.	2. This rule shall not affect the determination of the place at which the average adjustment is to be prepared .
When a ship is at any port or place in circumstances which would give rise to an allowance in general average under the provisions of Rules X and XI, and the cargo or part thereof is forwarded to destination by other means, rights and liabilities in general average shall, subject to cargo interest, being notified if practicable, remain as nearly as possible the same as they would have been in the absence of such forwarding, as if the adventure had continued in the original ship for so long as justifiable under the contract of affreightment and the applicable law.	3.When a ship is at any port or place in circumstances which would give rise to an allowance in general average under the provisions of Rules X and XI, and the cargo or part thereof is forwarded to destination by other means, rights and liabilities in general average shall, subject to cargo interest, being notified if practicable, remain as nearly as possible the same as they would have been in the absence of such forwarding, as if the adventure had continued in the original ship for so long as justifiable under the contract of affreightment and the applicable law.	3. When a ship is at any port or place in circumstances which would give rise to an allowance in general average under the provisions of Rules X and XI, and the cargo or part thereof is forwarded to destination by other means, rights and liabilities in general average shall, subject to cargo interest, being notified if practicable, remain as nearly as possible the same as they would have been in the absence of such forwarding, as if the common adventure had continued in the original ship for so long as justifiable under the contract of carriage and the applicable law.
The proportion attaching to cargo of allowances made in general average by reason of applying the third paragraph of this Rule shall not exceed the cost which would have been borne by the owners of the cargo if the cargo had been forwarded at their expense.	4. The proportion attaching to cargo of allowances made in general average by reason of applying the third paragraph of this Rule shall not exceed the cost which would have been borne by the owners of the cargo if the cargo had been forwarded at their expense.	4. The proportion attaching to cargo of allowances made in general average by reason of applying the third paragraph of this Rule shall be limited to the cost which would have been borne by the owners of the cargo if the cargo had been forwarded at their expense. This limit shall not apply to any allowance made under Rule F

Rule I. Jettison of Cargo	Rule I. Jettison of Cargo	Rule I. Jettison of Cargo
No jettison of cargo shall be made good in general average, unless such cargo is carried in accordance with the recognized custom of the trade.	No jettison of cargo shall be allowed as general average, unless such cargo is carried in accordance with the recognized custom of the trade.	No jettison of cargo shall be allowed as general average, unless such cargo is carried in accordance with the recognized custom of the trade.
Rule II. Loss or Damage by Sacrifice For the Common Safety	Rule II. Loss or Damage by Sacrifice for The Common Safety	Rule II. Loss or Damage by Sacrifice for The Common Safety
Loss of or damage to the property involved in the common maritime adventure by or in consequence of a sacrifice made for the common safety, and by water which goes down a ship's hatches opened or other opening made for the purpose of making a jettison for the common safety, shall be made good as general average	Loss of or damage to the property involved in the common maritime adventure by or in consequence of a sacrifice made for the common safety, and by water which goes down a ship's hatches opened or other opening made for the purpose of making a jettison for the common safety, shall be allowed as general average	Loss of or damage to the property involved in the common maritime adventure by or in consequence of a sacrifice made for the common safety, and by water which goes down a ship's hatches opened or other opening made for the purpose of making a jettison for the common safety, shall be allowed as general average
Rule III. Extinguishing Fire on Shipboard	Rule III. Extinguishing Fire on Shipboard	Rule III. Extinguishing Fire on Shipboard
Damage done to a ship and cargo, or either of them, by water or otherwise, including damage by beaching or scuttling a burning ship, in extinguishing a fire on board the ship, shall be made good as general average; except that no compensation shall be made for damage by smoke or heat howsoever caused or by heat of the fire.	Damage done to a ship and cargo, or either of them, by water or otherwise, including damage by beaching or scuttling a burning ship, in extinguishing a fire on board the ship, shall be allowed as general average; except that no allowance shall be made for damage by smoke or heat howsoever caused or by heat of the fire.	Damage done to a ship and cargo, or either of them, by water or otherwise, including damage by beaching or scuttling a burning ship, in extinguishing a fire on board the ship, shall be allowed as general average; except that no allowance shall be made for damage by smoke or heat howsoever caused or by heat of the fire.
Rule IV. Cutting away Wreck	Rule IV. Cutting away Wreck	Rule IV. Cutting away Wreck
Loss or damage sustained by cutting away the wreck or parts of the ship which have previously been carried away by accident shall not be made good as general average.	Loss or damage sustained by cutting away the wreck or parts of the ship which have previously been carried away or are effectively lost by accident shall not be allowed as general average.	Loss or damage sustained by cutting away the wreck or parts of the ship which have previously been carried away or are effectively lost by accident shall not be allowed as general average.
Rule V. Voluntary Stranding	Rule V. Voluntary Stranding	Rule V. Voluntary Stranding
When a ship is intentionally run on shore for the common safety, whether or not she might have been driven on shore, the consequent loss or damage to the property involved in the common maritime adventure shall be allowed in general average.	When a ship is intentionally run on shore for the common safety, whether or not she might have been driven on shore, the consequent loss or damage to the property involved in the common maritime adventure shall be allowed in general average.	When a ship is intentionally run on shore for the common safety, whether or not she might have been driven on shore, the consequent loss or damage to the property involved in the common maritime adventure shall be allowed in general average.

Rule VI. Salvage Remuneration	Rule VI. Salvage Remuneration	Rule VI. Salvage Remuneration
<p>Expenditure incurred by the parties to the adventure in the nature of salvage, whether under contract or otherwise, shall be allowed in general average provided that the salvage operations were carried out for the purpose of preserving from peril the property involved in the common maritime adventure.</p>	<p>a. Salvage payments, including interest thereon and legal fees associated with such payments, shall lie where they fall and shall not be allowed in general average, save only that if one party to the salvage have paid all or any of the proportion of salvage (including interest and legal fees) due from another party (calculated on the basis of salvaged values and not general average contributory values), the unpaid contribution to salvage due from that other party shall be credited in the adjustment to the party that has paid it, and debited to the party on whose behalf the payment was made.</p>	<p>(a) Expenditure incurred by the parties to the common adventure in the nature of salvage, whether under contract or otherwise, shall be allowed in general average provided that the salvage operations were carried out for the purpose of preserving from peril the property involved in the common maritime adventure <u>and subject to the provisions of paragraphs (b), (c) and (d).</u></p> <p>(b) Notwithstanding (a) above, where the parties to the adventure have separate contractual or legal liability to salvors, salvage shall only be allowed should any of the following arise;</p> <p>there is a subsequent accident or other circumstances resulting in loss or damage to property during the voyage that results in significant differences between salvaged and contributory values,</p> <p>(ii) there are significant general average sacrifices,</p> <p>(iii) salvaged values are manifestly incorrect and there is a significantly incorrect apportionment of salvage expenses,</p> <p>(iv) any of the parties to the salvage has paid a significant proportion of salvage due from another party.</p> <p>(v) a significant proportion of the parties have satisfied the salvage claim on substantially different terms (no regard being had to interest, currency correction or legal costs of either the salvor or the contribution interest.</p>
<p>Expenditure allowed in general average shall include any salvage remuneration in which the skill and efforts of the salvors in preventing or minimizing damage to the environment such as referred to in Art. 13 paragraph 1 (b) of the International Convention on Salvage, 1989 have been taken into account.</p>	<p>b. Salvage payments referred to in paragraph (a) above shall include any salvage remuneration in which the skill and efforts of the salvors in preventing or minimizing damage to the environment such as is referred to in Article 13 paragraph 1(b) of the International Convention on Salvage 1989 have been taken into account.</p>	<p>(c) Salvage payments referred to in paragraph (a) above shall include any salvage remuneration in which the skill and efforts of the salvors in preventing or minimizing damage to the environment such as is referred to in Article 13 paragraph 1(b) of the International Convention on Salvage 1989 have been taken into account.</p>

(b) Special compensation payable to a salvor by the shipowner under Art. 14 of the said Convention to the extent specified in paragraph 4 of that Article or under any other provisions similar in substance shall not be allowed in general average.	(c) Special compensation payable to a salvor by the shipowner under Article 14 of the said Convention to the extent specified in paragraph 4 of that Article or under any other provision similar in substance (such as SCOPIC) shall not be allowed in general average and shall not be considered a salvage payment as referred to in paragraph (a) of this Rule.	(d) Special compensation payable to a salvor by the shipowner under Article 14 of the said Convention on Salvage, 1989 to the extent specified in paragraph 4 of that Article or under any other provision similar in substance (such as SCOPIC) shall not be allowed in general average and shall not be considered a salvage payment as referred to in paragraph (a) of this Rule.
Rule VII. Damage to Machinery and Boilers	Rule VII. Damage to Machinery and Boilers	Rule VII. Damage to Machinery and Boilers
Damage caused to any machinery and boilers of a ship which is ashore and in a position of peril in endeavoring to refloat, shall be allowed in general average when shown to have arisen from an actual intention to float the ship for the common safety at the risk of such damage; but where a ship is afloat no loss or damage caused by working the propelling machinery and boilers shall be made good in general average.	Damage caused to any machinery and boilers of a ship which is ashore and in a position of peril in endeavoring to refloat, shall be allowed in general average when shown to have arisen from an actual intention to float the ship for the common safety at the risk of such damage; but where a ship is afloat no loss or damage caused by working the propelling machinery and boilers shall be allowed in general average.	Damage caused to any machinery and boilers of a ship which is ashore and in a position of peril in endeavoring to refloat, shall be allowed in general average when shown to have arisen from an actual intention to float the ship for the common safety at the risk of such damage; but where a ship is afloat no loss or damage caused by working the propelling machinery and boilers shall be allowed in general average.
Rule VIII. Expenses Lightening a Ship when Ashore, and Consequent Damage	Rule VIII. Expenses Lightening a Ship when Ashore, §and Consequent Damage	Rule VIII. Expenses Lightening a Ship when Ashore, and Consequent Damage
When a ship is ashore and cargo and ship's fuel and stores or any of them are discharged as a general average act, the extra cost of lightening, lighter hire and reshipping (if incurred), and the loss and damage to the property involved in the common adventure in consequence thereof, shall be admitted as general average.	When a ship is ashore and cargo and ship's fuel and stores or any of them are discharged as a general average act, the extra cost of lightening, lighter hire and reshipping (if incurred), and the loss and damage to the property involved in the common adventure in consequence thereof, shall be allowed as general average.	When a ship is ashore and cargo and ship's fuel and stores or any of them are discharged as a general average act, the extra cost of lightening, lighter hire and reshipping (if incurred), and the loss and damage to the property involved in the common adventure in consequence thereof, shall be allowed as general average.
Rule IX. Cargo, Ship's Materials and Stores Used for Fuel	Rule IX. Cargo, Ship's Materials and Stores Used for Fuel	Rule IX. Cargo, Ship's Materials and Stores Used for Fuel
Cargo, ship's material and stores, or any of them, necessarily used for fuel for the common safety at a time of peril, shall be admitted as general average, but when such an allowance is made for the cost of ship's materials and stores the general average shall be credited with the estimate cost of the fuel which would otherwise have been consumed in prosecuting the intended voyage.	Cargo, ship's material and stores, or any of them, necessarily used for fuel for the common safety at a time of peril, shall be allowed as general average, but when such an allowance is made for the cost of ship's materials and stores the general average shall be credited with the estimate cost of the fuel which would otherwise have been consumed in prosecuting the intended voyage.	Cargo, ship's material and stores, or any of them, necessarily used for fuel for the common safety at a time of peril, shall be allowed as general average, but when such an allowance is made for the cost of ship's materials and stores the general average shall be credited with the estimate cost of the fuel which would otherwise have been consumed in prosecuting the intended voyage.

Rule X. Expenses at Port of Refuge, etc.	Rule X. Expenses at Port of Refuge, etc.	Rule X. Expenses at Port of Refuge, etc.
<p>(a) When a ship shall have entered a port or place of refuge, or shall have returned to her port or place of loading, in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstances, which render it necessary for the common safety, the expenses of entering such port or place shall be admitted as general average; and when she shall have sailed thence with her original cargo, or a part of it, the corresponding expenses of leaving such port or place consequent upon such entry or return shall likewise be admitted as general average.</p>	<p>(a) (i) When a ship shall have entered a port or place of refuge, or shall have returned to her port or place of loading, in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstances, which render it necessary for the common safety, the expenses of entering such port or place shall be allowed as general average; and when she shall have sailed thence with her original cargo, or a part of it, the corresponding expenses of leaving such port or place consequent upon such entry or return shall likewise be allowed as general average.</p>	<p>(a) (i) When a ship shall have entered a port or place of refuge, or shall have returned to her port or place of loading, in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstances, which render it necessary for the common safety, the expenses of entering such port or place shall be allowed as general average; and when she shall have sailed thence with her original cargo, or a part of it, the corresponding expenses of leaving such port or place consequent upon such entry or return shall likewise be allowed as general average.</p>
<p>When a ship is at any port or place of refuge and is necessarily removed to another port or place because repairs cannot be carried out in the first port or place, the provisions of this Rule shall be applied to the second port or place as if it were a port or place of refuge and the cost of such removal including temporary repairs and towage shall be admitted as general average. The provisions of Rule XI shall be applied to the prolongation of the voyage occasioned by such removal.</p>	<p>(ii)When a ship is at any port or place of refuge and is necessarily removed to another port or place of refuge because repairs cannot be carried out in the first port or place, the provisions of this Rule shall be applied to the second port or place of refuge as if it were a port or place of refuge and the cost of such removal including temporary repairs and towage shall be allowed as general average. The provisions of Rule XI shall be applied to the prolongation of the voyage occasioned by such removal.</p>	<p>(ii)When a ship is at any port or place of refuge and is necessarily removed to another port or place because repairs cannot be carried out in the first port or place, the provisions of this Rule shall be applied to the second port or place as if it were a port or place of refuge and the cost of such removal including temporary repairs and towage shall be allowed as general average. The provisions of Rule XI shall be applied to the prolongation of the voyage occasioned by such removal.</p>
<p>(b)The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores whether at a port or place of loading, call or refuge, shall be admitted as general average, when the handling or discharge was necessary for the common safety or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage, except in cases where the damage to the ship is discovered at a port or place of loading or call without any accident or other extraordinary circumstances connected with such damage having taken place during the voyage.</p>	<p>(b)(i)The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores whether at a port or place of loading, call or refuge, shall be allowed as general average, when the handling or discharge was necessary for the common safety or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage, except in cases where the damage to the ship is discovered at a port or place of loading or call without any accident or other extraordinary circumstances connected with such damage having taken place during the voyage.</p>	<p>(b)(i) The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores whether at a port or place of loading, call or refuge, shall be allowed as general average, when the handling or discharge was necessary for the common safety or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage, except in cases where the damage to the ship is discovered at a port or place of loading or call without any accident or other extraordinary circumstances connected with such damage having taken place during the voyage.</p>

<p>The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores shall not be admissible as general average when incurred solely for the purpose of restowage due to shifting during the voyage, unless such restowage is necessary for the common safety.</p>	<p>(ii) The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores shall not be allowable as general average when incurred solely for the purpose of restowage due to shifting during the voyage, unless such restowage is necessary for the common safety.</p>	<p>(ii) The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores shall not be allowable as general average when incurred solely for the purpose of restowage due to shifting during the voyage, unless such restowage is necessary for the common safety.</p>
<p>(c) Whenever the cost of handling or discharging cargo, fuel or stores is admissible as general average, the costs of storage, including insurance if reasonably incurred, reloading and stowing of such cargo, fuel or stores shall likewise be admitted as general average. The provisions of Rule XI shall be applied to the extra period of detention occasioned by such reloading or restowing.</p>	<p>(c)Whenever the cost of handling or discharging cargo, fuel or stores is allowable as general average, the costs of storage, including insurance if reasonably incurred, reloading and stowing of such cargo, fuel or stores shall likewise be allowed as general average. The provisions of Rule XI shall be applied to the extra period of detention occasioned by such reloading or restowing.</p>	<p>(c)Whenever the cost of handling or discharging cargo, fuel or stores is allowable as general average, the costs of storage, including insurance if reasonably incurred, reloading and stowing of such cargo, fuel or stores shall likewise be allowed as general average. The provisions of Rule XI shall apply to the extra period of detention occasioned by such reloading or restowing.</p>
<p>But when a ship is condemned or does not proceed on her original voyage, storage expenses shall be admitted as general average only up to the date of the ship's condemnation or of the abandonment of the voyage or up to the date of completion of discharge of cargo if the condemnation or abandonment takes place before that date.</p>	<p>But when a ship is condemned or does not proceed on her original voyage, storage expenses shall be allowed as general average only up to the date of the ship's condemnation or of the abandonment of the voyage or up to the date of completion of discharge of cargo if the condemnation or abandonment takes place before that date.</p>	<p>(d) When the ship is condemned or does not proceed on her original voyage, storage expenses shall be allowed as general average only up to the date of the ship's condemnation or of the abandonment of the voyage or up to the date of completion of discharge of cargo if the condemnation or abandonment takes place before that date.</p>
<p>Rule XI. Wages And Maintenance Of Crew And Other Expenses Bearing Up For And In A Port Of Refuge, Etc.</p>	<p>Rule XI. Wages And Maintenance Of Crew And Other Expenses Putting In To And At A Port Of Refuge, Etc.</p>	<p>Rule XI. Wages And Maintenance Of Crew And Other Expenses Putting In To And At A Port Of Refuge, Etc.</p>
<p>(a) Wages and maintenance of master, officers and crew reasonably incurred and fuel and stores consumed during the prolongation of the voyage occasioned by a ship entering a port or place of refuge or returning to her port of place of loading shall be admitted as general average when the expenses of entering such port or place are allowable in general average in accordance with Rule X (a).</p>	<p>(a) Wages and maintenance of master officers and crew reasonably incurred and fuel and stores consumed during the prolongation of the voyage occasioned a ship entering a port or place of refuge or returning to her port or place of loading shall be allowed as general average when the expenses of entering such port or place are allowable as general average in accordance with Rule X (a).</p>	<p>(a)Wages and maintenance of master officers and crew reasonably incurred and fuel and stores consumed during the prolongation of the voyage occasioned a ship entering a port or place of refuge or returning to her port or place of loading shall be allowed as general average when the expenses of entering such port or place are allowable as general average in accordance with Rule X (a).</p>

<p>(b) When a ship shall have entered or been detained in any port or place in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstance which render that necessary for the common safety, or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage, the wages and maintenance of the master, officers and crew reasonably incurred during the extra period of detention in such port or place until the ship shall or should have been made ready to proceed upon her voyage, shall be admitted as general average.</p>	<p>For the purposes of this and other Rules wages shall include all payments made to or for the benefit of the master, officers and crew, whether such payments be imposed by law upon the shipowners or be made under the terms of articles of employment. c.(i) When a ship shall have entered or been detained in any port or place in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstance which render that necessary for the common safety, or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage, fuel and stores consumed during the extra period of detention in such port or place until the ship shall or should have been made ready to proceed upon her voyage, shall be allowed as general average, except such fuel and stores as are consumed in effecting repairs not allowable in general average, except such fuel and stores as are consumed in effecting repairs not allowable in general average.</p>	<p>b (i) When a ship shall have entered or been detained in any port or place in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstances which render that necessary for the common safety, or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage, the wages and maintenance of the master, officers and crew reasonably incurred during the extra period of detention in such port or place until the ship shall or should have been made ready to proceed upon her voyage, shall be admitted as general average.</p>
<p>Fuel and stores consumed during the extra period of detention shall be admitted as general average, except such fuel and stores as are consumed in effecting repairs not allowable in general average.</p>		<p>(ii) Fuel and stores consumed during the extra period of detention shall be admitted as general average, except such fuel and stores as are consumed in effecting repairs not allowable in general average.</p>
<p>Port charges incurred during the extra period of detention shall likewise be admitted as general average except such charges as are incurred solely by reason of repairs not allowable in general average.</p>	<p>(ii)Port charges incurred during the extra period of detention shall likewise be allowed as general average except such charges as are incurred solely by reason of repairs not allowable in general average.</p>	<p>(iii) Port charges incurred during the extra period of detention shall likewise be allowed as general average except such charges as are incurred solely by reason of repairs not allowable in general average.</p>
<p>Provided that when damage to the ship is discovered at a port or place of loading or call without any accident or other extraordinary circumstance connected with such damage having taken place during the voyage, then fuel and stores consumed and port charges incurred during the extra detention for repairs to damages so discovered shall not be admissible as general average, even if the repairs are necessary for the safe prosecution of the voyage.</p>	<p>(iii)Provided that when damage to the ship is discovered at a port or place of loading or call without any accident or other extraordinary circumstance connected with such damage having taken place during the voyage, then fuel and stores consumed and port charges incurred during the extra detention for repairs to damages so discovered shall not be allowable as general average, even if the repairs are necessary for the safe prosecution of the voyage.</p>	<p>(iv)Provided that when damage to the ship is discovered at a port or place of loading or call without any accident or other extraordinary circumstance connected with such damage having taken place during the voyage, then fuel and stores consumed and port charges incurred during the extra detention for repairs to damages so discovered shall not be allowable as general average, even if the repairs are necessary for the safe prosecution of the voyage.</p>

When the ship is condemned or does not proceed on her original voyage, fuel and stores consumed and port charges shall be admitted as general average only up to the date of the ship's condemnation or of abandonment of the voyage or up to the date of completion of discharge if the condemnation or abandonment takes place before that date.	(iv) When the ship is condemned or does not proceed on her original voyage, fuel and stores consumed and port charges shall be allowed as general average only up to the date of the ship's condemnation or of abandonment of the voyage or up to the date of completion of discharge if the condemnation or abandonment takes place before that date.	(v) When the ship is condemned or does not proceed on her original voyage, fuel and stores consumed and port charges shall be allowed as general average only up to the date of the ship's condemnation or of abandonment of the voyage or up to the date of completion of discharge if the condemnation or abandonment takes place before that date.
(c) For the purposes of this and other Rules wages shall include all payments made to or for the benefit of the master, officers and crew, whether such payments be imposed by law upon the shipowners or be made under the terms of articles of employment.		(c) (i) For the purposes of Rules wages shall include all payments made to or for the benefit of the master, officers and crew, whether such payments be imposed by law upon the shipowners or be made under the terms of articles of employment. (ii) For the purpose of these Rules port charges shall include all customary or additional expenses incurred for the common safety or to enable a vessel to enter or remain at a port of refuge or call in the circumstances outlined in Rules XI(b)(i).
(d) The cost of measures undertaken to prevent or minimize damage to the environment shall be allowed in general average when incurred in any or all of the following circumstances:	d. The cost of measures undertaken to prevent or minimize damage to the environment shall be allowed in general average when incurred in any or all of the following circumstances:	(d) The cost of measures undertaken to prevent or minimize damage to the environment shall be allowed in general average when incurred in any or all of the following circumstances:
(i) as part of an operation performed for the common safety which, had it been undertaken by a party outside the common maritime adventure, would have entitled such a party to a salvage award;	(i) as part of an operation performed for the common safety which, had it been undertaken by a party outside the common maritime adventure, would have entitled such a party to a salvage award;	(i) as part of an operation performed for the common safety which, had it been undertaken by a party outside the common maritime adventure, would have entitled such a party to a salvage award;
(ii) as a condition of entry into or departure from any port or place in the circumstances prescribed in Rule X (a);	(ii) as a condition of entry into or departure from any port or place in the circumstances prescribed in Rule X (a),	ii) as a condition of entry into or departure from any port or place in the circumstances prescribed in Rule X (a),
(iii) as a condition of remaining at any port or place in the circumstances prescribed in Rule X (a), provided that when there is an actual escape or release of pollutant substances the cost of any additional measures required on that account to prevent or minimize pollution or environmental damage shall not be allowed as general average;	(iii) as a condition of remaining at any port or place in the circumstances prescribed in Rule X (a), provided that when there is an actual escape or release of pollutant substances the cost of any additional measures required on that account to prevent or minimize pollution or environmental damage shall not be allowed as general average;	(iii) as a condition of remaining at any port or place in the circumstances prescribed in Rule X (a), provided that when there is an actual escape or release of pollutant substances the cost of any additional measures required on that account to prevent or minimize pollution or environmental damage shall not be allowed as general average;

(iv) necessarily in connection with the discharging, storing or reloading of cargo whenever the cost of those operations is admissible as general average.	(iv) necessarily in connection with the discharging, storing or reloading of cargo whenever the cost of those operations is allowable as general average.	(iv) necessarily in connection with the handling on board, discharging , storing or reloading of cargo, fuel or stores whenever the cost of those operations is allowable as general average.
Rule XII. Damage to Cargo in Discharging, etc	Rule XII. Damage to Cargo in Discharging, etc	Rule XII. Damage to Cargo in Discharging, etc
Damage to or loss of cargo, fuel or stores sustained in consequence of their handling, discharging, storing, reloading and stowing shall be made good as general average, when and only when the cost of those measures respectively is admitted as general average.	Damage to or loss of cargo, fuel or stores sustained in consequence of their handling, discharging, storing, reloading and stowing shall be allowed as general average, when and only when the cost of those measures respectively is allowed as general average.	Damage to or loss of cargo, fuel or stores sustained in consequence of their handling, discharging, storing, reloading and stowing shall be allowed as general average, when and only when the cost of those measures respectively is allowed as general average.
Rule XIII. Deductions from the Cost of Repairs	Rule XIII. Deductions from the Cost of Repairs	Rule XIII. Deductions from the Cost of Repairs
Repairs to be allowed in general average shall not be subject to deductions in respect of "new for old" where old material or parts are replaced by new unless the ship is over fifteen years old in which case there shall be a deduction of one third. The deductions shall be regulated by the age of the ship from the 31 st December of the year of completion of construction to the date of the general average act, except for insulation, life and similar boats, communications and navigational apparatus and equipment, machinery and boilers for which the deductions shall be regulated by the age of the particular parts to which they apply.	a. Repairs to be allowed in general average shall not be subject to deductions in respect of "new for old" where old material parts are replaced by new unless the ship is over fifteen years old in which case there shall be a deduction of one third. The deductions shall be regulated by the age of the ship from the 31 st December of the year of completion of construction to the date of the general average act, except for insulation, life and similar boats, communications and navigational equipment, machinery and boilers for which the deductions shall be regulated by the age of the particular parts to which they apply.	(a) Repairs to be allowed in general average shall not be subject to deductions in respect of "new for old" where old material parts are replaced by new unless the ship is over fifteen years old in which case there shall be a deduction of one third. The deductions shall be regulated by the age of the ship from the 31 st December of the year of completion of construction to the date of the general average act, except for insulation, life and similar boats communications and navigational equipment, machinery and boilers for which the deductions shall be regulated by the age of the particular parts to which they apply.
The deductions shall be made only from the cost of the new material or parts when finished and ready to be installed in the ship. No deduction shall be made in respect of provisions, stores, anchors and chain cables. Drydock and slipway dues and costs of shifting the ship be allowed in full.	b. The deduction shall be made only from the cost of the new material or parts when finished and ready to be installed in the ship. No deduction shall be made in respect of provisions, stores, anchors and chain cables. Drydock and slipway dues and costs of shifting the ship shall be allowed in full.	(b) The deduction shall be made only from the cost of the new material or parts when finished and ready to be installed in the ship. No deduction shall be made in respect of provisions, stores, anchors and chain cables. Drydock and slipway dues and costs of shifting the ship shall be allowed in full.

<p>The costs of cleaning, painting or coating of bottom shall not be allowed in general average unless the bottom has been painted or coated within the twelve months preceding the date of the general average act in which case on half of such costs shall be allowed.</p>	<p>c. The costs of cleaning, painting or coating of bottom shall not be allowed in general average unless the bottom has been painted or coated within the twelve months preceding the date of the general average act in which case on half of such costs shall be allowed.</p>	<p>(c) The costs of cleaning, painting or coating of bottom shall not be allowed in general average unless the bottom has been painted or coated within the 24 months preceding the date of the general average act in which case on half of such costs shall be allowed.</p>
<p>Rule XIV. Temporary Repairs</p>	<p>Rule XIV. Temporary Repairs</p>	<p>Rule XIV. Temporary Repairs</p>
<p>Where temporary repairs are effected to a ship at a port of loading, call or refuge, for the common safety, or of damage caused by general average sacrifice, the cost of such repairs shall be admitted as general average.</p>	<p>a. Where temporary repairs are effected to a ship at a port of loading, call or refuge, for the common safety, or of damage caused by general average sacrifice, the cost of such repairs shall be allowed as general average.</p>	<p>(a) Where temporary repairs are effected to a ship at a port of loading, call or refuge, for the common safety, or of damage caused by general average sacrifice, the cost of such repairs shall be allowed as general average.</p>
<p>Where temporary repairs of accidental damage are effected in order to enable the adventure to be completed, the cost of such repairs shall be admitted as general average without regard to the saving, if any, to other interests, but only up to the saving in expense which would have been incurred and allowed in general average if such repairs had not been effected there.</p>	<p>b. Where temporary repairs of accidental damage are effected in order to enable the adventure to be completed, the cost of such repairs shall be admitted as general average without regard to the saving, if any, to other interests, but only up to the saving in expense which would have been incurred and allowed in general average if such repairs had not been effected there. Provided that for the purposes of this paragraph only, the cost of temporary repairs falling for consideration shall be limited to the extent that the cost of temporary repairs effected at the port of loading, call or refuge, together with either the cost of permanent repairs eventually effected or, if unrepaired at the time of adjustment, the reasonable depreciation in the value at the completion of the voyage, exceeds the cost of permanent repairs had they been effected at the port of loading, call or refuge.</p>	<p>(b) Where temporary repairs of accidental damage are effected in order to enable the adventure to be completed, the cost of such repairs shall be admitted as general average without regard to the saving, if any, to other interests, but only up to the saving in expense which would have been incurred and allowed in general average if such repairs had not been effected there.</p>
<p>No deduction “new for old” shall be made from the cost of temporary repairs allowable as general average.</p>	<p>c. No deductions “new for old” shall be made from the cost of temporary repairs allowable as general average.</p>	<p>(c) No deductions “new for old” shall be made from the cost of temporary repairs allowable as general average.</p>

Rule XV. Loss of Freight	Rule XV. Loss of Freight	Rule XV. Loss of Freight
Loss of freight arising from damage to or loss of cargo shall be made good as general average, either when caused by a general average act, or when the damage to or loss of cargo is so made good.	Loss of freight arising from damage to or loss of cargo shall be allowed good as general average, either when caused by a general average act, or when the damage to or loss of cargo is so allowed .	Loss of freight arising from damage to or loss of cargo shall be allowed good as general average, either when caused by a general average act, or when the damage to or loss of cargo is so allowed .
Deduction shall be made from the amount of gross freight lost, of the charges which the owner thereof would have incurred to earn such freight, but has, in consequence of the sacrifice, not incurred.	Deduction shall be made from the amount of gross freight lost, of the charges which the owner thereof would have incurred to earn such freight, but has, in consequence of the sacrifice, not incurred.	Deduction shall be made from the amount of gross freight lost, of the charges which the owner thereof would have incurred to earn such freight, but has, in consequence of the sacrifice, not incurred
Rule XVI. Amount to be made good for Cargo Lost or Damaged by Sacrifice	Rule XVI. Amount to be made good for Cargo Lost or Damaged by Sacrifice	Rule XVI. Amount to be made good for Cargo Lost or Damaged by Sacrifice
The amount to be made good as general average for damage to or loss of cargo sacrificed shall be the loss which has been sustained thereby, based on the value at the time of discharge, ascertained from the commercial invoice rendered to the receiver or if there is no such invoice from the shipped value. The value at the time of discharge shall include the cost of insurance and freight except in so far as such freight is at the risk of interests other than cargo.	a. The amount to be allowed as general average for damage to or loss of cargo sacrificed shall be the loss which has been sustained thereby based on the value at the time of discharge, ascertained from the commercial invoice rendered to the receiver or if there is no such invoice from the shipped value. The value at the time of discharge shall include the cost of insurance and freight except insofar as such freight is at the risk of interests other than cargo.	(i) The amount to be allowed as general average for damage to or loss of cargo sacrificed shall be the loss which has been sustained thereby based on the value at the time of discharge, ascertained from the commercial invoice rendered to the receiver or if there is no such invoice from the shipped value. Such commercial invoice may be deemed by the average adjuster to reflect the value at the time of discharge irrespective of the place of final delivery under the Contract of Carriage.
		(ii) The value at the time of discharge shall include the cost of insurance and freight except insofar as such freight is at the risk of interests other than cargo.
When cargo so damaged is sold and the amount of the damage has not been otherwise agreed, the loss to be made good in general average shall be the difference between the net proceeds of sale and the net sound value as computed in the first paragraph of this Rule.	b. When cargo so damaged is sold and the amount of the damage has not been otherwise agreed, the loss to be allowed in general average shall be the difference between the net proceed of sale and the net sounds value as computed in the first paragraph of this Rule.	When cargo so damaged is sold and the amount of the damage has not been otherwise agreed, the loss to be allowed in general average shall be the difference between the net proceed of sale and the net sounds value as computed in the first paragraph of this Rule.

Rule XVII. Contributory Values	Rule XVII. Contributory Values	Rule XVII. Contributory Values
<p>The contribution to a general average shall be made upon the actual net values of the property at the termination of the adventure except that the value of cargo shall be the value at the time of discharge, ascertained from the commercial invoice rendered to the receiver or if there is no such invoice from the shipped value.</p>	<p>a. (i) The contribution to a general average shall be made upon the actual net values of the property at the termination of the adventure except that the value of cargo shall be the value at the time of discharge, ascertained from the commercial invoice rendered to the receiver or if there is no such invoice from the shipped value.</p>	<p>a. (i) The contribution to a general average shall be made upon the actual net values of the property at the termination of the adventure except that the value of cargo shall be the value at the time of discharge, ascertained from the commercial invoice rendered to the receiver or if there is no such invoice from the shipped value. Such commercial invoice may be deemed by the average adjuster to reflect the value at the time of discharge irrespective of the place of final delivery under the Contract of Carriage.</p>
	<p>(ii) The value of the cargo shall include the cost of insurance and freight unless and insofar as such freight is at risk of interests other than the cargo, deducting therefrom any loss or damage suffered by the cargo prior to or at the time of discharge.</p>	<p>(ii) The value of the cargo shall include the cost of insurance and freight unless and insofar as such freight is at risk of interests other than the cargo, deducting therefrom any loss or damage suffered by the cargo prior to or at the time of discharge. Any cargo may be excluded from the general average should the average adjuster consider that the cost of including it in the adjustment would be likely to be disproportionate to its eventual contribution.</p>
<p>The value of the cargo shall include the cost of insurance and freight unless and insofar as such freight is at risk of interests other than the cargo, deducting therefrom any loss or damage suffered by the cargo prior to or at the time of discharge. The value of the ship shall be assessed without taking into account the beneficial or detrimental effect of any demise or time charterparty to which the ship may be committed.</p>	<p>(iii) The value of the ship shall be assessed without taking into account the beneficial or detrimental effect of any demise or time charterparty to which the ship may be committed.</p>	<p>(iii) The value of the ship shall be assessed without taking into account the beneficial or detrimental effect of any demise or time charterparty to which the ship may be committed.</p>

<p>To these values shall be added the amount made good as general average for property sacrificed, if not already included, deduction being made from the freight and passage money at risk of such charges and crew's wages as would not have been incurred in earning the freight had the ship and cargo been totally lost at the date of the general average act and have not been allowed as general average; deduction being also made from the value of the property of all extra charges incurred in respect thereof subsequently to the general average act, except such charges as are allowed in general average or fall upon the ship by virtue of an award for special compensation under Art. 14 of the International Convention of Salvage, 1989 or under any other provision similar in substance.</p>	<p>b. To these values shall be added the amount allowed as general average for property sacrificed, if not already included, deduction being made from the freight and passage money at risk of such charges and crew's wages as would not have been incurred in earning the freight had the ship and cargo been totally lost at the date of the general average act and have not been allowed as general average; deduction being also made from the value of the property of all extra charges incurred in respect thereof subsequently to the general average act, except such charges as are allowed in general average or fall upon the ship by virtue of an award for special compensation under Art. 14 of the International Convention of Salvage, 1989 or under any other provision similar in substance.</p>	<p>(b) To these values shall be added the amount allowed as general average for property sacrificed, if not already included, deduction being made from the freight and passage money at risk of such charges and crew's wages as would not have been incurred in earning the freight had the ship and cargo been totally lost at the date of the general average act and have not been allowed as general average; deduction being also made from the value of the property of all extra charges incurred in respect thereof subsequently to the general average act, except such charges as are allowed in general average. Where payment for salvage services has not been allowed as general average by reason of Rule VI subparagraph b, deductions shall be limited to the amount paid to the salvors including interest and salvors' costs.</p>
<p>In the circumstances envisaged in the third paragraph of Rule G, the cargo and other property shall contribute on the basis of its value upon delivery at original destination unless sold or otherwise disposed of short of that destination, and the ship shall contribute upon its actual net value at the time of completion of discharge of cargo.</p>	<p>c. In the circumstances envisaged in the third paragraph of Rule G, the cargo and other property shall contribute on the basis of its value upon delivery at original destination unless sold short of that destination or otherwise disposed of short of that destination, and the ship shall contribute upon its actual net value at the time of completion of discharge of cargo.</p>	<p>(c) In the circumstances envisaged in the third paragraph of Rule G, the cargo and other property shall contribute on the basis of its value upon delivery at original destination unless sold short of that destination or otherwise disposed of short of that destination, and the ship shall contribute upon its actual net value at the time of completion of discharge of cargo.</p>
<p>Where cargo is sold short of destination, however, it shall contribute upon the actual net proceeds of sale, with the addition of any amount made good as general average.</p>	<p>d. Where cargo is sold short of destination, however, it shall contribute upon the actual net proceeds of sale, with the addition of any amount allowed as general average.</p>	<p>(d) Where cargo is sold short of destination, however, it shall contribute upon the actual net proceeds of sale, with the addition of any amount allowed as general average.</p>
<p>Mails, passengers' luggage, personal effects and accompanied private motor vehicles shall not contribute in general average.</p>	<p>e. Mails, passengers' luggage, personal effects and accompanied private motor vehicles shall not contribute to general average.</p>	<p>(e) Mails, passengers' luggage and accompanied personal effects and accompanied private motor vehicles shall not contribute to general average.</p>

Rule XVIII. Damage to Ship	Rule XVIII. Damage to Ship	Rule XVIII. Damage to Ship
The amount to be allowed as general average for damage or loss to the ship, her machinery and/or gear caused by a general average act shall be as follows:	the amount to be allowed as general average for damage or loss to the ship, her machinery and/or gear caused by a general average act shall be as follows:	The amount to be allowed as general average for damage or loss to the ship, her machinery and/or gear caused by a general average act shall be as follows:
(a)When repaired or replaced,	a. When repaired or replaced,	(a)When repaired or replaced,
The actual reasonable cost of repairing or replacing such damage or loss, subject to deductions in accordance with Rule XIII:	The actual reasonable cost of repairing or replacing such damage or loss, subject to deductions in accordance with Rule XIII:	The actual reasonable cost of repairing or replacing such damage or loss, subject to deductions in accordance with Rule XIII:
(b)When not repaired or replaced, The reasonable depreciation arising from such damage or loss, but not exceeding the estimated cost of repairs. But where the ship is an actual total loss or when the cost of repairs of the damage would exceed the value of the ship when repaired, the amount to be allowed as general average shall be the difference between the estimated sound value of the ship after deducting therefrom the estimated cost of repairing damage which is not general average and the value of the ship in her damaged state which may be measured by the net proceeds of sale, if any.	b. When not repaired or replaced, The reasonable depreciation arising from such damage or loss, but not exceeding the estimated cost of repairs. But where the ship is an actual total loss or when the cost of repairs of the damage would exceed the value of the ship when repaired, the amount to be allowed as general average shall be the difference between the estimated sound value of the ship after deducting therefrom the estimated cost of repairing damage which is not general average and the value of the ship in her damaged state which may be measured by the net proceeds of sale, if any.	(b) When not repaired or replaced, The reasonable depreciation arising from such damage or loss, but not exceeding the estimated cost of repairs. But where the ship is an actual total loss or when the cost of repairs of the damage would exceed the value of the ship when repaired, the amount to be allowed as general average shall be the difference between the estimated sound value of the ship after deducting therefrom the estimated cost of repairing damage which is not general average and the value of the ship in her damaged state which may be measured by the net proceeds of sale, if any.
Rule XIX. Undeclared or Wrongfully Declared Cargo	Rule XIX. Undeclared or Wrongfully Declared Cargo	Rule XIX. Undeclared or Wrongfully Declared Cargo
Damage or loss caused to goods loaded without the knowledge of the shipowner or his agent or to goods willfully mis-described at time of shipment shall not be allowed as general average, but such goods shall remain liable to contribute if saved.	a. Damage or loss caused to goods loaded without the knowledge of the shipowner or his agent or to goods willfully mis-described at time of shipment shall not be allowed as general average, but such goods shall remain liable to contribute if saved.	(a) Damage or loss caused to goods loaded without the knowledge of the shipowner or his agent or to goods willfully mis-described at the time of shipment shall not be allowed as general average, but such goods shall remain liable to contribute if saved.
Damage or loss caused to goods which have been wrongfully declared on shipment at a value which is lower than their real value shall be contributed for at the declared value, but such goods shall contribute upon their actual value.	b. Damage or loss caused to goods which have been wrongfully declared on shipment at a value which is lower than their real value shall be contributed for at the declared value, but such goods shall contribute upon their actual value.	(b) Where goods have wrongfully declared at the time of shipment at a value which is lower than their real value, any general average loss or damage shall be allowed on the basis of their declared value, but such goods shall contribute on the basis of their actual value.

Rule XX. Provision of funds	Rule XX. Provision of funds	Rule XX. Provision of funds
<p>A commission of 2 per cent on general average disbursements, other than the wages and maintenance of master, officers and crew and fuel and stores not replaced during the voyage, shall be allowed in general average.</p>	-	-
<p>The capital loss sustained by the owners of goods sold for the purpose of raising funds to defray general average disbursements shall be allowed in general average.</p>	<p>a. The capital loss sustained by the owners of goods sold for the purpose of raising funds to defray general average disbursements shall be allowed in general average.</p>	<p>(a) The capital loss sustained by the owners of goods sold for the purpose of raising funds to defray general average disbursements shall be allowed in general average.</p>
<p>The cost of insuring disbursements shall also be admitted in general average.</p>	<p>b. The cost of insuring average disbursements shall also be allowed in general average.</p>	<p>(b) The cost of insuring average disbursements shall be allowed in general average.</p>
<p>Rule XXI. Interest on Losses made good in General Average</p>	<p>Rule XXI. Interest on Losses Allowed in General Average</p>	<p>Rule XXI. Interest on Losses Allowed in General Average</p>
<p>Interest shall be allowed on expenditure, sacrifices and allowances in general average at the rate of 7 percent per annum, until three months after the date of issue of the general average adjustment, due allowance being made for any payment on account by the contributory interests or from the general average deposit fund.</p>	<p>a. Interest shall be allowed on expenditure, sacrifices and allowances in general average until three months after the date of issue of the general average adjustment, due allowance being made for any payment on account by the contributory interests or from the general average deposit fund.</p>	<p>(a) Interest shall be allowed on expenditure, sacrifices and allowances in general average until three months after the date of issue of the general average adjustment, due allowance being made for any payment on account by the contributory interests or from the general average deposit fund.</p>
	<p>b. Each year the Assembly of the Comite Maritime International shall decide the rate of interest which shall apply. This rate shall be used for calculating interest accruing during the following calendar year.</p>	<p>(b) The rate used for calculating interest accruing during each calendar year shall be the 12-month ICE LIBOR for the currency in which the adjustment is prepared, as announced on the first banking day of that calendar year, increased by 4 percentage points. If the adjustment is prepared in a currency for which no ICE LIBOR is announced, the rate shall be the 12-month US Dollar ICE LIBOR, increased by four percentage points.</p>

Rule XXII. Treatment of Cash Deposits	Rule XXII. Treatment of Cash Deposits	Rule XXII. Treatment of Cash Deposits
<p>Where cash deposits have been collected in respect of cargo's liability for general average, salvage or special charges, such deposits shall be paid without any delay into a special account in the joint names of a representative nominated on behalf of the shipowner and a representative nominated on behalf of the depositors in a bank to be approved by both. The sum so deposited, together with accrued interest, if any, shall be held as security for payment to the parties entitled thereto of general average, salvage or special charges payable by cargo in respect to which the deposits have been collected. Payments on account or refunds of deposits may be made, if certified to in writing by the average adjuster. Such deposits and payments or refunds shall be without prejudice to the ultimate liability of the parties.</p>	<p>Where cash deposits have been collected in respect of cargo's liability for general average, salvage or special charges, such deposits shall be paid without any delay into a special account in the joint names of a representative nominated on behalf of the shipowner and a representative nominated on behalf of the depositors in a bank to be approved by both. The sum so deposited, together with accrued interest, if any, shall be held as security for payment to the parties entitled thereto of general average, salvage or special charges payable by cargo in respect of which the deposits have been collected. Payments on account or refunds of deposits may be made, if certified to in writing by the average adjuster. Such deposits and payments or refunds shall be without prejudice to the ultimate liability of the parties.</p>	<p>Where cash deposits have been collected in respect of general average, salvage or special charges, such sums shall be remitted forthwith to the average adjuster who shall deposit the sums into a special account, earning interest where possible, in the name of the average adjuster.</p>
		<p>(b) The special account shall be constituted in accordance with the law regarding client or third party funds applicable in the domicile of the average adjuster. The account shall be held separately from the average adjuster's own funds, in trust or in compliance with similar rules of law providing for the administration of the funds of third parties.</p>

		(c) The sums so deposited, together with accrued interest, if any, shall be held as security for payment to the parties entitled thereto, of the general average, salvage or special charges payable by cargo in respect of which the deposits have been collected. Payments on account or refunds of deposits may only be made when such payments are certified to in writing by the average adjuster and notified to the depositor requesting their approval. Upon the receipt of the depositor's approval, or in the absence of such approval within a period of 90 days, the average adjuster may deduct the amount of the payment on account or the final contribution from the deposit.
		(d) All deposits and payments or refunds shall be without prejudice to the ultimate liability of the parties.
	Rule XXIII Time Bar for Contributions to General Average	Rule XXIII Time Bar for Contributions to General Average
	a. Subject always to any mandatory rule on time limitation contained within any applicable law:	(a) Subject always to any mandatory rule on time limitation contained within any applicable law:
	i) Any rights to general average contribution, including any rights to claim under general average bonds and guarantees, shall be extinguished unless an action is brought by the party claiming such contribution within a period of one year after the date upon which the general average adjustment was issued. However, in no case shall such an action be brought after six years from the date of the termination of the common maritime adventure.	(i) Any rights to general average contribution, including any rights to claim under general average bonds and guarantees, shall be extinguished unless an action is brought by the party claiming such contribution within a period of one year after the date upon which the general average adjustment was issued. However, in no case shall such an action be brought after six years from the date of the termination of the common maritime adventure.
	ii) These periods may be extended if the parties so agree after termination of the common maritime adventure,	(ii) These periods may be extended if the parties so agree after termination of the common maritime adventure,
	b) This Rule shall not apply as between the parties to the general average and their respective insurers.	(b) This Rule shall not apply as between the parties to the general average and their respective insurers.

Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma

(A Short Comparison between the Concepts of Resolution Penalty (Art. 179 para. 3 TCO) and Forfeit Money (Art. 178 TCO))



Yrd. Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI*

ÖZET

Türk Hukukunda taraflar arasında meydana getirilen bir sözleşme ilişkisinin sonradan tek taraflı olarak sona erdirilmesi kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte gerek kanun gerekse de taraf iradeleri istisnai olarak aksine yol verebilir, yani taraflara sözleşme ilişkisinden sıyrılabilme imkânı tanıyabilir. Bir yanda ceza koşulunun bir türü olarak sınıflandırılan dönme cezası, diğer yanda bağlanma parasıyla birlikte ele alınan cayma parası da işbu amaca hizmet eden ve birbirleriyle büyük oranda benzer özellik gösteren iki ayrı hukuki kurumdur. Çalışmamızın amacı bu iki kurumun karşılaştırılması, özellikle benzer ve farklı özelliklerinin ortaya koyulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmeden dönme, dönme cezası, cayma parası, kusur, zarar.

ABSTRACT

Under Turkish Law, as a general rule, a contractual relationship cannot be unilaterally resolved, after it is established. However, both the law and the will of the parties can create exceptions to this rule, so that the parties can freely “get out” of the relationship. On one hand the resolution penalty (Art. 179 para. 3 TCO) which is classified as a type of contractual penalty and on the other the forfeit money (Art. 178 TCO) which is treated together with the earnest money, are two

* MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, berk.kapanci@mef.edu.tr.

different legal instruments that follow the said aim with mostly similar characteristics. The present article aims to compare these two instruments, especially evaluating their similarities and differences.

Keywords: *Resolution of the contract, resolution penalty, forfeit money, fault, damage.*

1. Genel Bakış

Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) temel ilkesinin benimsendiği borçlar hukuku sistemimiz dahilinde, bir sözleşme ilişkisinin tek taraflı olarak çözülebilmesi kural olarak mümkün olmaz, ancak istisnai durumların varlığı buna yol verebilir¹. Söz konusu istisnai durumlar, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabilir². Kanundan doğan dönme³ hakkı, özel bazı koşulların gerçekleşmesini ararken (bkz. TBK m. 125 f.2, 227 f.1 b.1...vb.) sözleşmeden doğan dönme hakkı, bizzat sözleşme serbestisi çerçevesinde başlangıçta (veya bir şekilde sonradan) saklı tutulan bir hak oluşturur. Yalnız böyle bir sözleşmesel dönme hakkının tanınmasının çoğunlukla, hak lehdarınca karşı tarafa ödenecek bir “bedel” karşılığında kabul edileceği de gözden kaçırılmamalıdır; zira hiçbir “aklı başında” sözleşme tarafı, karşı tarafının ilişkiye girildikten sonra serbestçe, başına buyruk hareket etmesi ve ilişkiyi sona erdirmesi dahilinde oluşabilecek risklere katlanmak istemez⁴. Bir diğer deyişle, dönme hakkının muhatabı konumunda bulunacak taraf (alacaklı), alacağından diğer tarafın (borçlunun) keyfi dairesinde yoksun kalmayı ancak bu şekilde kabullenebilir. İşte gerek dönme cezası gerekse de cayma parası, esas itibariyle sözü edilen mantığa dayanan –ve aslında özlerinde çok da “farklı” olmayan- iki ayrı hukuki yapı oluşturmaktadır⁵.

¹ Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 531.; Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 603.

² Serozan, s. 193; Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 190.

³ Pek tabii, dönme hakkı temelde ani edimli borç ilişkileri bakımından söz konusu olur, sürekli borç ilişkilerinde bu hakkın yerini fesih hakkı alır (Bkz. Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 451; Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 965).

⁴ Serozan, s. 214.

⁵ Mooser, Mooser, Michel, Art. 158-163 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommati-

Dönme cezası (*peine résolutoire, dédit consensuel / Wandelpön*), belirli bir “ceza” bedelinin ödenmesine bağlı olarak sözleşmeden dönme hakkı sağlayan bir sözleşme (yan) kayıdır⁶. Kanun dönme cezasını, ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında düzenlemiş, onu sanki ceza koşulunun bir “başka” türü (ifayı engelleyen ceza koşulu) gibi sınıflandır-

on, *Loi sur les voyages à forfait*, Commentaire, Eds. Luc Thévenoz, Franz Werro, Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bale-Munich, 2003, Intro Art. 158-163 CO, N. 8; **Ehrat, Félix**, Art. 151-163 OR, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Zweite, neuarbeitete Auflage unter Einbezug von PrHG, KKG und PRG, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1996, Vorb. Art. 158-163 OR, N. 1, Art. 160 OR, N. 25; **Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm** (çev. Ferit Ayiter), İsviçre Borçlar Kanunu Zürih Şerhi, Madde 110-183 OR (TBK m. 109-181), Şerhin İkinci Basılışının Tercümesi, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1950, Intro Art. 158-163 OR, N. 3; **Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas**, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Schulthess, Zürich, 2000, s. 619; **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 864, 898, 902; **Tunçomağ, Kenan**, Türk Hukukunda Cezai Şart, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, s. 50; **Oğuzman/Öz, C.İI**, s. 542; **Birinci Uzun, Tuba**, Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 187, 188.

- ⁶ **Mooser, CoRo.**, Intro Art. 158-163 CO, N. 5, 7; **Gauch, Peter / Schluemp, Walter R. / Tercier, Pierre**, La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile), Tome II, 2ème édition revue et complétée, Editions Schulthess, Zürich, 1982, s. 226; **Engel, Pierre**, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e Edition, Staempfli Editions SA Berne, 1997, s. 865; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 864; **Erdem, Mehmet**, “*Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 663-684, s. 679; **Erdem, Mehmet**, La Clause Pénale, Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc, Université de Neuchâtel, Faculté de Droit, Ankara, 2006, s. 37; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 352; İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Notları), İkinci Kitap, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları N. 323, Ankara, 1973, s. 551, 553; **Eren, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1186; **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları N. 2282, Hukuk Fakültesi N. 516, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 395; **Tutar, Elce**, Dönme Cezası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2014, s. 4.

mıştır⁷ (Bkz. TBK m. 179 f.3). Bununla birlikte durum tam olarak böyle

⁷ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 863.

TBK m. 179 f.3'ün bir (adi) karine kuralı getirdiğini de söylemek mümkündür. Buna göre, sözleşmede kararlaştırılan bir “ceza” bedeli, başka herhangi bir belirtme yoksa dönme cezası olarak değil, “olağan” bir (ifa menfaatini temin eden) ceza koşulu olarak kabul edilecektir (Bu konuda bkz. **Gauch/Schluemp/Tercier**, s. 227; **Gauch, Peter / Schluemp, Walter / Schmid, Jörg / Rey, Heinz**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 8. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 338; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 47; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 531; **Ehrt**, BasKom., Art. 160 OR, N. 26; **Nomer, Halûk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 362; **Serozan**, s. 217; **Erdem**, Makale, s. 680; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 353; İnan, s. 549, 552; **Feyzioğlu**, s. 395). Benzer bir karine kuralı İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değiştirilmesine İlişkin Taslak m. 218 f.3'te de öngörülmüştür. Bunun gerekçesi dönme cezasının sözleşme bağımlı zayıflatıcı bir özelliğe sahip olması olarak gösterilmektedir, oysa hazırlanan bu taslağın öngördüğü temel ilke de yine sözleşmeyle bağlılıktır. (Bu konuda bkz. **Pichonnaz, Pascal**, Art. 218 OR/CO 2020, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Hrsg. Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Schulthess Juristische Medien AG, Genève-Zürich-Bâle, 2013, Art. 218 OR/CO 2020, N. 7).

Bir tek iş sözleşmelerinde kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtları bakımından durum farklıdır: TBK m. 446 f.2'ye göre “Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmıyorsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.” Bu madde kapsamında, iş sözleşmelerinde öngörülen “ceza” kayıtlarının aksi kararlaştırılmıyorsa veya anlaşılmıyorsa dönme (fesih) cezası olarak kabul edileceği yönünde bir başka (adi) karine düzenlemesi getirilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Mooser**, CoRo., Intro Art. 160 CO, N.15; **Gauch/Schluemp/Tercier**, s. 227; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 531 dn. 432; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 864; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 47; **Serozan**, s. 217; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s. 338; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 619; **Tercier Pierre / Pichonnaz, Pascal**, Le droit des obligations, 5e édition revue et augmentée, Schulthess Editions Romandes, Genève-Zürich-Bâle, 2012, s. 306; **Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 430; **Erdem**, Makale, s. 680; **Erdem**, Clause Pénale, s. 38; **Eren**, s. 1186; **Süzek, Sarper**, İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku), Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 352; **Tutar**, s. 89; **Pichonnaz**, Art. 218 OR/CO 2020, N. 9.

değildir⁸. Zira “gerçek anlamıyla” ceza koşulunda esas amaç alacaklının elini güçlendirmek, onun ifa menfaatini güvence altına almaktır. Dönme cezasında ise amaç, tam tersine, borçluya ilişkiden sıyrılmak noktasında bir “ferahlık” sağlamak, onu belirli bir ceza bedelini ödemesi suretiyle sözleşmeden beri kılabilmektedir⁹. Yani ceza koşulu ifanın gerçekleşmesini temin ederken, dönme cezası ifanın gerçekleşmemesi için bir “arka kapı” oluşturur. Bu açıdan ceza koşulu ile dönme cezası birbiriyle taban tabana zıt özellikler gösteren iki ayrı kavramdır¹⁰. İlgili özelliğiyle dönme cezası, daha çok cayma parasıyla yakınlık gösterir¹¹.

⁸ Bkz. **Mooser**, CoRo., Intro Art. 158-163 CO, N. 7; **Ehrat**, BasKom., Art. 160 OR, N. 25; **Gauch/Schluep/Tercier**, s. 227; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s. 338; **Tercier/Pichonnaz**, s. 306; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 530, 531; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 31; **Erdem**, Makale, s. 679; **Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükmümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 788; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 353; **Eren**, s. 1186; **Feyzioğlu**, s. 395.

⁹ **Serozan**, s. 221; **Nomer**, s. 362; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 353; **Becker, Hermann**, Berner Kommentar Band N. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Aufl., Stampfli Verlag AG, Bern, 1945, Art. 160 OR, N. 35; **von Büren, Bruno**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess & CO. AG, Zürich, 1964, s. 410; **Erdem**, Makale, s. 679; **İnan**, s. 549; **Kılıçoğlu**, s. 788; **Tutar**, s. 5.

¹⁰ **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 429.

Dönme cezasının belki bir tek, kanunda düzenlemesi olmayan “inhisari ceza koşulu” (*peine exclusive / exclusive Konventionalstrafe*) ile benzer özellik gösterdiği söylenebilir. Nitekim öğretilerde bazı yazarlar dönme cezasıyla inhisari ceza koşulunu aynı kavramlarmışçasına değerlendirmişlerdir (Bkz. bu yönde **Oser/Schönenberger (Ayiter)**, ZürKom., Art. 160 OR, N. 7; **von Tuhr, Andreas** (çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Yargıtay Yayınları N. 15, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 769; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 619; **Secrétan, Roger**, Etude sur la clause pénale précédée d’une introduction sur les arrhes, Imprimerie La Concorde, Lausanne, 1947, s. 103; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 353).

Ancak bu, tam olarak isabetli bir tutum oluşturmaz. Zira inhisari ceza koşulunda, borca aykırılığa bağlı olarak, asıl edim yerine sadece ceza koşulu talep edilebilir; dönme cezasında ise, bu kaydın lehdarı, herhangi bir borca aykırı davranışın gerçekleşmesi gerekmezsin -pek tabii bedelini de yerine getirmek suretiyle- serbestçe sözleşmeden dönme iktidarını elinde tutmaktadır (Aynı yönde eleştirisi için bkz. **Erdem**, Makale, s. 680).

¹¹ **Tercier/Pichonnaz**, s. 306; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 430; **Gauch/Schluep/Tercier**, s. 231; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s. 338; **Guhl/Koller/Schnyder/**

Cayma parası (*dédit réel / Reugeld*) ise, sözleşme kurulurken karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkının saklı tutulması için peşinen yerine getirilmesi gereken bir edim yükümlülüğü öngören, bir diğer sözleşme (yan) kayıdır¹². Bu kurum, kanunda bağlanma parası ile birlikte ele alınmıştır. Bilindiği üzere bağlanma parası (*arrhes / Haftgeld*), ileride sözleşmenin kurulduğunu ispat etmek (veya ispatını kolaylaştırmak) amacıyla baştan ve fiilen yerine getirilen bir başka edim yükümlülüğüdür¹³. Cayma parasının ise, baştan, sözleşmenin kuruluşu aşamasın-

Druey, s. 619; **Düzceer, Rıza**, “*Pey Akçesi ve Zımanı Rücu*”, Adalet Dergisi, Yıl 47, Mart 1956, Sayı 3, s. 342-354, s. 346; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 31, 47; **Erdem**, Makale, s. 679; **Erdem**, Clause Pénale, s. 37; **Kılıçoğlu**, s. 789; **Eren**, 1186; **Feyzioğlu**, s. 379; **Tutar**, s. 64.

¹² **Secrétan**, s. 23; **Mooser**, CoRo., Intro Art. 158-163 CO, N. 5; **Oser/Schönenberger (Ayiter)**, ZürKom., Art. 158 OR, N. 6; **Becker**, BerKom., Art. 158 OR, N. 9; **Staffelbach, Daniel**, Art. 158-159 OR, OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Hsrg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, Orell Füssli Verlag AG, 2009, Art. 158 Or, N. 7; **Krauskopf, Frédéric**, Art. 158-159 OR, Praejudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Nachgeführte un erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Hsrg. Peter Gauch, Victor Aepli, Hubert Stöckli, Zürich-Basel-Genf, 2009, Art. 158 OR, N. 2; **Pellanda, Katja Roth / Dubs, Dieter**, Art. 158-159 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, 2. Aufl., Hsrg. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2012, Art. 158 OR, N. 17; **Gauch/Schluép/Tercier**, s. 231; **Gauch/Schluép/Schmid/Rey**, s. 346; **Engel**, s. 861; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 31; **Saymen, Ferit H.**, Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumi Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950, s. 547; **Schwarz, Andreas B.** (çev. Bülent Davran), Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınları N. 345, Hukuk Fakültesi N. 75, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948, s. 261; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 540; **Berki, Osman Fazıl**, “*Pey Akçesi, Rücu Tarminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler*”, İstanbul Barosu Mecmuası, Sayı I, Yıl: XVII, 1943, s. 276-303, s. 280; **Erdem**, Makale, s. 671; **Erdem**, Clause Pénale, s. 29; İnan, s. 544; **Kılıçoğlu**, s. 779; **Feyzioğlu**, s. 378-379; **Tutar**, s. 62.

¹³ **Franko, Nisim**, “*Pey Akçesinin Mahiyeti*”, İHFM C. LV, 1996, s. 249-262, s. 252 vd.; **Couchepin, Gaspard**, La clause pénale – Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, AISUF, Band N. 270, Schulthess Juristische Medien AG, Genève-Zürich-Bâle, 2008, s. 220; **Secrétan**, s. 18; **Mooser**, CoRo., Intro Art. 158-163 CO, N. 3; **Oser/Schönenberger (Ayiter)**, ZürKom., Art. 158 OR, N. 2; **Pellanda/Dubs**, CHK, Art. 158 OR, N. 13;

da yerine getirilmesi dışında bağlanma parasıyla doğrudan pek de bir alakası bulunmamaktadır. Aslında cayma parasındaki “para” ifadesi de yadırgatıcıdır, zira -çoğunlukla öyle olsa da- burada karşılaştırılan edimin para olması şart değildir¹⁴. Bu hukuki yapıda amaç, en geç asli edim yükümlülüklerinden birinin ifa tarihine kadar sözleşme bağından kurtulabilmektir¹⁵. Bu da cayma parası olarak fiilen verilen edim yükümlülüğü sayesinde gerçekleşebilir¹⁶. Ayrıca, dönme hakkı kullanmak suretiyle ilişkiden sıyrılabilme sadece cayma parasını fiilen veren taraf bakımından değil, kendisine verilen edimi gerisin geriye iade edip bir de üstüne aynı edim yükümlülüğünden yerine getirmek suretiyle diğer taraf için de sağlanmaktadır¹⁷. Asli edim yükümlülüklerinden en az

von Tuhr (Edege), s. 774-775; Gauch/Schluép/Tercier, s. 230; Engel, s. 860-861; Sungurbey, İsmet, Acemoğlu'nun “Tapulama Kanunu...”, “Eşya Hukuku Meseleleri” Adli Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları N. 1659, Hukuk Fakültesi Yayınları N. 359, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1971, s. 86 dn. 13; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 895; Schwarz (Davran), s. 260-261; Oğuzman/Öz, C.II, s. 538; Erdem, Makale, s. 665; Erdem, Clause Pénale, s. 25; Berki, s. 277; Serozan, s. 215; Tandoğan, Şinasi, “Pey Akçesi ve Zamân-ı Rücu”, Ankara Barosu Dergisi, 1949, S. 58-59, s. 34-36, s. 34-35; İnan, s. 543; Kılıçoğlu, s. 776-777; Feyzioğlu, s. 375-376.

- ¹⁴ Erdem, Makale, s. 671; Erdem, Clause Pénale, s. 29.
- ¹⁵ Oğuzman/Öz, C.II, s. 541; Nomer, s. 360; Erdem, Clause Pénale, s. 31; Erdem, Makale, s. 674; Tandoğan, s. 35.
- ¹⁶ Pek tabii TBK m. 177 f.1 uyarınca sözleşme yapılırken bu şekilde yerine getirilen bir edim yükümlülüğü (büyük olasılıkla para edimi), aksi yönde bir belirtme olmadıkça, bir bağlanma parası olarak kabul edilir (Bkz. Franko, s. 255; Couchepin, s. 220, 221; Ehrat, BasKom., Art. 158 OR, N. 4; Oser/Schönenberger (Ayiter), ZürKom., Art. 158 OR, N. 6; Becker, BerKom., Art. 158 OR, N. 3; Staffel, OFK, Art. 158 Or, N. 3; Krauskopf, Art. 158 OR, N. 1; Pellanda/Dubs, CHK, Art. 158 OR, N. 11, 18; Engel, s. 861; Gauch/Schluép/Tercier, s. 231; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, s. 345; Schwenzler, s. 494; Sungurbey, s. 86 dn. 13; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 899; Serozan, s. 215; Erdem, Makale, s. 667; Erdem, Clause Pénale, s. 26; Schwarz (Davran), s. 261; Oğuzman/Öz, C.II, s. 539; Birinci Uzun, s. 187; Tandoğan, s. 35; İnan, s. 543; Kılıçoğlu, s. 777).
- ¹⁷ Saymen, s. 547-548; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 898; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 340; Birinci Uzun, s. 186-187; Erdem, Makale, s. 671; Staffel, OFK, Art. 158 Or, N. 7; Pellanda/Dubs, CHK, Art. 158 OR, N. 17; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, s. 346; Schwenzler, s. 494; Tandoğan, s. 35-36; Tutar, s. 62.

birinin ifasına başlandığı tarihten sonra ise, eğer verilmiş olan cayma parasına istinaden bir dönme hakkı kullanılmamışsa, cayma parasının konusunu oluşturan edim yükümlülüğünün iadesi sağlanacaktır^{18, 19}.

Görüldüğü üzere, bu iki hukuki yapı birbirleriyle ciddi şekilde benzerlik arz etmekle birlikte, kendi aralarında karşılaştırıldıklarında birbirlerinden farklılıkları da hiç yok değildir²⁰. İşbu çalışmamızın amacı sözü edilen kavramlar arasındaki benzerlik ve farklılıkların detaylı biçimde ortaya koyulması ve irdelenmesidir.

2. Dönme Cezası ve Cayma Parasının Benzer Özellikleri

Söz konusu hukuki yapıların benzerlik arz eden özellikleriyle başlayacak olursak; bir defa belirtilen yapılar dahilinde öngörülen sözleşme kayıtlarının ve bunlardan doğan edim yükümlülüklerinin her ikisi de tam anlamıyla ferî (bağlı) özellik gösterir²¹. Yani, asıl ilişkideki sakatlık, bunları da evleviyetle etkiler; benzer suretle asıl ilişki bakımından -kanunda veya taraflarca iradi olarak- bir geçerlilik şekli modalitesi öngörüldüyse cayma parası ve dönme cezasına ilişkin kayıtlarında aynı şekilde yapılmaları geçerli olabilmeleri için olmazsa olmazdır²². Diğer

¹⁸ von Tuhr (Edege), s. 775.

¹⁹ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 898.

Yalnız öğretilde bazı yazarlar, burada verilmiş olan bağlanma akçesinin sonradan asıl alacaktan düşülebileceğine ilişkin TBK m. 177 f.2 hükmünün burada da uygulanabilir olduğunu iddia ederler (Oğuzman/Öz, C.II, s. 541). Ayrıca bkz. ve karşı. Erdem, Makale, s. 674.

Diğer bazı başka yazarlar ise, TBK m. 177 f.2'nin bir istisna hükmü olmasından hareketle, bu hükmün kıyas yoluyla cayma parasına genişletilmesini yerinde bulmazlar; böyle bir imkân ancak ve ancak sözleşmesel yoldan sağlanabilir (Bkz. bu yönde Birinci Uzun, s. 187; Eren, s. 1193; Tutar, s. 63).

²⁰ Eğer somut olayda tasarlanmış olan sözleşme kaydında, bu iki kurumdan hangisine başvurulmak istenildiği anlaşılamiyorsa, bu durumda dönme cezasının varlığı esas alınmalıdır (Bkz. bu yönde Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 471; Kılıçoğlu, s. 789; Tutar, s. 65).

²¹ Saymen, s. 554; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 854; Oğuzman/Öz, C.II, s. 524; Nomer, s. 363; Tercier/Pichonnaz, s. 305; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 428; Gauch/Schluemp/Tercier, s. 222, 224; Berki, s. 281, 284; Erdem, Makale, s. 672; Erdem, Clause Pénale, s. 30; Kılıçoğlu, s. 782; Eren, s. 1182; Tutar, s. 64.

²² Bkz. bu yönde Erdem, Makale, s. 672; Eren, s. 1183; Ehrat, BasKom., Art. 158 OR, N. 11; Pellanda/Dubs, CHK, Art. 158 OR, N. 5; Koller, Alfred, Schweize-

taraftan asıl ilişkiden doğan borç bir şekilde sona erecek olursa (bkz. TBK m. 131 vd.), dönme cezası ve cayma parası da hukuken varlıklarını kaybederler. Cayma parasının kararlaştırıldığı durumlarda, asıl borç baştan geçersizse veya sonradan sona ererse, cayma parasının konusunu teşkil eden ve başlangıçta bir kere ifa edilmiş bulunan edimin de, sebepsiz zenginleşme hükümleri dairesinde, veren tarafa iade edilmesi gerekecektir²³.

Öte yandan her iki yapı dahilinde de sağlanan (yani adeta bedelini ödemek suretiyle elde edilen) dönme hakkı, bir seçimlik yetki (*facultas alternativa*) oluşturur²⁴. Öyle ki, borçlu dilerse borcun ifasını sağlar dilerse de dönme hakkını kullanarak sözleşme ilişkisinden sıyrılabilir²⁵. Yani lehdarı olan kişi bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir, hakkın kullanılmasına karşı tarafça engel olunamayacağı gibi, tam tersine kullanılması için de lehdar üzerinde baskı kurulamaz²⁶. Diğer taraftan her iki kayıt kapsamında da dönme hakkı bir kez kullanıldıktan sonra alacaklı son tahlilde yalnızca cayma parasını veya dönme cezasını elde edebilmiş olacaktır. Bunun kararını verecek olan ise, bizzat ilgili kaydın lehdarı konumundaki borçludur²⁷. Alacaklının bunun dışında

risches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Staempfli Verlag AG Bern, 2009, s. 1310; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s. 347; **Tutar**, s. 48-49.

²³ **Secrétan**, s. 26; **Mooser**, CoRo., Intro Art. 158 CO, N. 8; **Becker**, BerKom., Art. 158 OR, N. 11; **Ehrat**, BasKom., Art. 158 OR, N. 12; **Pellanda/Dubs**, CHK, Art. 158 OR, N. 6; **Berki**, s. 281; **Erdem**, Makale, s. 672.

²⁴ **Couchepin**, s. 219; **Tercier/Pichonnaz**, s. 306; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 430; **Secrétan**, s. 25; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 352; **Engel**, s. 861; **Erdem**, Makale, s. 673, 680-681; **Erdem**, Clause Pénale, s. 30; **Feyzioğlu**, s. 379.

²⁵ **Engel**, s. 861; **Erdem**, Makale, s. 673; **Kılıçoğlu**, s. 788; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 352.

²⁶ **Erdem**, Makale, s. 673, 681; **Erdem**, Clause Pénal, s. 38; **Tutar**, s. 63. Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe burada söz konusu olan seçimlik yetki değil, “seçimlik yarışma”dır (*elektive Konkurrenz*). Bu görüş kapsamında da lehdar sözleşen dilediği gibi hareket etmekte (kâh ilgili bedeli ödeyip sözleşmeden dönmek, kâh asli edim yükümlülüğünü yerine getirmek) serbesttir. Bkz. bu yönde **Serozan**, s. 218.

Yine öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre ise burada bir seçimlik borcun varlığı söz konusudur. Bkz. bu yönde **von Büren**, s. 410.

²⁷ **Sungurbey**, s. 84, 90 dn. 13

borçludan dönme hakkıyla sona erdirilmiş (veya modern dönme görüşü²⁸ kabul edilecek olursa, içeriği değiştirilmiş) sözleşmedeki asli edim yükümlülüğünün yerine getirmesini istemesi söz konusu olamaz²⁹.

Her iki kayıt bakımından da ortak olarak görülebilecek bir diğer özellik, bu kayıtlar bağlamında dönme hakkının kullanılması için lehdar konumunda bulunan kişinin yenilik doğurucu bir irade beyanında bulunması gerekliliğidir. Bu beyanın açık veya örtülü olabilmesi mümkündür³⁰. Bazen lehdar kişinin davranışları (*factum concludens*) da böyle bir beyanın yerine geçebilir³¹, yani sanki örtülü bir beyanmışçasına değerlendirilebilir. Yalnız, lehdar konumunda olan kişinin kendi borca aykırı davranışının her durumda doğrudan doğruya dönme hakkının kullanılmasına vücut verdiğini söylemek -ortada örtülü bir irade beyanı olarak değerlendirilebilecek bir davranış olmadıkça- düşünce-mize göre yerinde olmaz³². Böyle bir durumda lehdar, -dönme cezası / cayma parasına ilişkin edimi ifa etmek zorunda kalmaksızın- borca aykırı davranışının sonuçlarına yani uygulanacak yaptırımlara katlan-

²⁸ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, s. 73 vd.

²⁹ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 47; **Kılıçoğlu**, s. 779; **Birinci Uzun**, s. 188; **Eren**, s. 1186.

³⁰ **Buz**, s. 250.

³¹ **Erdem**, Makale, s. 675, 682.

³² Aynı yönde tespiti için bkz. **Erdem**, Makale, s. 676-677, 682; **Erdem**, Clause Pénale, s. 31-32; **Sungurbey**, s. 85 dn. 13.

Borca aykırı davranışın dönme hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın yerine geçeceğini kabul eden, aksi yönde bir görüş de mevcuttur. Bu konuda ayrıca **Mooser**, CoRo., Art. 158 CO, N. 8; **Krauskopf**, Art. 158 OR, N. 2; **Düzceer**, s. 353; **Berki**, s. 280; **Feyzioğlu**, s. 382. Yine bu yönde verilmiş bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 84 II 156.

Serozan'a (s. 219-220) göre ise, borca aykırı davranışta bulunulmasındaki kusurluluk durumuna göre bir ayırım yapılarak konuya yaklaşılmalıdır. Borca aykırılık ağır kusurlu bir hareketle gerçekleşmişse, saklı tutulan dönme hakkı etkisizleşecektir. Böyle bir olasılıkta, cayma parası kaydı öngörülmüşse, alacaklı konumundaki taraf eline önceden geçen cayma parası edimini borca aykırılığa bağlı olarak kazandığı tazminat talebinin konusunu oluşturan edimle takas edebilecektir. Diğer taraftan eğer borca aykırılık hafif kusurlu veya kusursuz bir davranışla gerçekleşmişse, nasıl hareket edeceği noktasındaki seçimi yapmak, yine borçlu tarafın iktidarında olacaktır. Yani borçlu taraf dilerse, dönme cezası / cayma parasını gözden çıkararak sözleşmeden döner; dilerse de borca aykırı davranışına kanunen bağlanan sonuçlara katlanır.

mayı seçebileceği gibi, dönme cezası / cayma parasına ilişkin yükümlülüğü yerine getirerek sözleşmeden dönebilir de. O bu kararı dilediğince verebilecektir. Meğerki onun böyle bir dönme beyanında bulunması, somut olayın koşullarında bir hakkın kötüye kullanılması örneği olarak değerlendirilebilsin.

Yine bir başka husus, bu yapıların her ikisinden de doğan dönme hakkının kullanılmasının, özünde kusur ve zarar şartlarından bağımsız bulunmasıdır.

Yani bir defa, bu kayıtlardan doğan sona erdirici yenilik doğuran hakların kullanılması, herhangi bir suretle karşı tarafın (alacaklının) bu hakkın doğumuna vücut verebilecek kusurlu bir harekette (kusurlu borca aykırı davranış) bulunmasına bağlanamaz. Öyle ki, karşı tarafın (alacaklının) hiçbir suretle bu şekilde değerlendirilebilecek kusurlu bir davranışı olmasa da dönme hakkı, bedeli karşılığında serbestçe kullanılabilir.

Aynı şekilde bu kayıtlar çerçevesinde yükümlenilen edimlerin yerine getirilmesi karşı tarafın herhangi bir suretle zarara uğraması şartına da bağlı değildir³³. Dolayısıyla dönme hakkı kullanıldığı için karşı taraf hiçbir zarara uğramamış olsa da, o dönme cezasına veya cayma parasına hak kazanır. Ayrıca, onun uğradığı zarar dönme cezası veya cayma parası değerinden/tutarından daha fazla olsa bile, TBK m. 180 f.2'de öngörülene benzer şekilde, aşkın zarar miktarı için ek bir tazminat talebinde bulunulamaz³⁴, ³⁵. Meğerki böyle bir imkân sözleşme yo-

³³ Tutar, s. 84.

³⁴ Oser/Schönenberger (Ayiter), ZürKom., Art. 161 OR, N. 3; Ehrat, BasKom., Art. 158 OR, N. 13; Couchepin, s. 222; Saymen, s. 549; Düzceer, s. 354; Birinci Uzun, s. 187; Erdem, Makale, s. 678, 683; Erdem, Clause Pénale, s. 34; Oğuzman/Öz, C.II, s. 535; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 47, 122; Eren, s. 1188; Feyzioğlu, s. 381, 396; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 340, 359. Dolaylı olarak bu yönde bkz. İnan, s. 544; Kılıçoğlu, s. 779; Tutar, s. 86, 87.

Dürüstlük kuralına aykırı olarak görülebilecek bir durum söz konusu ise, böyle bir ek tazminat talebinde bulunulabileceği ile ilgili olarak bkz. Kılıçoğlu, s. 779; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 341.

³⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değiştirilmesine İlişkin Taslak m. 218 f.3 kapsamında öngörülen dönme cezası bakımından da ek tazminat talebinde bulunulamayacağı kabul edilmektedir (Bu konuda bkz. Pichonnaz, Art. 218 OR/CO 2020, N. 8).

luyla saklı tutulmuş olsun³⁶. Aslında şu husus da en başta gözetilmelidir: Zarar, bir kimsenin malvarlığında isteği dışında meydana gelen aktif azalması veya pasif artışıdır. Burada kullanılacak dönme hakkı, bizzat zarara uğradığını iddia eden tarafın rızasıyla kabul edilmiş bir sözleşme kaydına dayanmaktadır. Böyle olunca da, bu sonuncunun malvarlığının aktifindeki azalma veya pasifindeki artış, onun bizzat rızası çerçevesinde ve “isteği dahilinde” gerçekleşmiştir, denilebilir; dolayısıyla da ortada onun açısından herhangi bir suretle bir zararın bulunduğu da söylenemeyecektir³⁷.

Bu durum, iş sözleşmelerinde işçinin kendisine yüklenen rekabet etmeme yasağını ihlal etmesi dahilinde öngörülen “ceza” (kural olarak dönme (fesih) cezası olarak kabul edilecek) kayıtları bakımından farklıdır³⁸. Öyle ki, TBK m. 446 f.2 uyarınca işçi, sadece dönme (fesih) cezasını yerine getirerek ilişkiden öylece sıyrılıveremeyecek, işverenin aşkın zararı için ek bir tazminat ödemesinde (pek tabii bu konudaki genel hüküm TBK m. 180 f.2 uyarınca işverenin işçinin kusurunu ve kendi zararını ispat etmesi kaydıyla) bulunacaktır³⁹. Düşüncemize göre, burada böyle bir istisna yaratılmasının sebebi, belki -normal şartlarda- özünde “ceza koşulu” olarak değerlendirilebilecek bir sözleşme kaydının işçi

³⁶ Saymen, s. 549; Düzceer, s. 354; Erdem, Makale, s. 678, 683; İnan, s. 545; Tutar, s. 90.

³⁷ Bununla birlikte bazı ek olguların/unsurların işe dahil olması bir zararın oluşmasına meydan verebilir. Şöyle ki, örneğin borca aykırı davranan borçlu bu kayıtlardan birine bağlı olarak söz konusu olan dönme hakkını kullanıp kullanmamak kararını geciktirebilir ve bu suretle bir zararın oluşmasına meydan verebilir. İşbu zararın tazmininin gerekeceği açıktır.

³⁸ Süzek, s. 352; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 128; Mooser, CoRo., Intro Art. 160 CO, N.15; Ehrat, BasKom., Art. 160 OR, N. 27; Erdem, Clause Pénale, s. 38, 39; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, s. 619; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 47; Eren, s. 1186; Serozan, s. 217; Tutar, s. 90.

³⁹ Süzek, s. 352; Çelik, s. 128; Aubert, Gabriel, Art. 319-362 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire, Eds. Luc Thévenoz, Franz Werro, Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bale-Munich, 2003, Art. 340b CO, N. 1; Ehrat, BasKom., Art. 160 OR, N. 27; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 47; Tutar, s. 90.

Farklı görüşte bkz. ve karşı. Erdem, Clause Pénale, s. 39. Yazara göre, işveren bir de işçinin kusurlu olduğunu ispat etmek yükü altına sokulmamalıdır.

lehine olacak şekilde bir “dönme (fesih) cezası” olarak kabul edilmesi ve bu suretle işçinin durumunun deyim yerindeyse biraz daha “kullanılmasıdır”. Sonuçta işçi, kendisi bakımından öngörülen rekabet yasağına aykırı hareket etmekte, ve fakat akabinde bu suretle öngörülen “ceza”yı yerine getirmek suretiyle sözleşmeden serbestçe sıyrılabilmektedir. İlgili madde mevcut olmasaydı, genel hükümler kapsamında (TBK m. 179 vd.) işçinin hem -özünde sürekli mahiyet gösteren- rekabet yasağına ilişkin yükümlülüğü devam edecek, dolayısıyla daha sonra bir kez daha ihlalde bulunması halinde, aynı “ceza” yeniden devreye girecekti. Oysa, söz konusu “ceza”nın bir dönme (fesih) cezası olarak kabul edilmesi, onun bu “ceza”yı bir kere yerine getirmek suretiyle ilişkiden öylece sıyrılabilmesini temin etmektedir⁴⁰. Ayrıca şu da söylenmelidir ki bu sonuç, onun dönme (fesih) hakkını kullanmasına bağlı olarak değil, borca aykırı davranışta bulunması suretiyle kendiliğinden gerçekleşmektedir. Oysa borca aykırı davranışın kendi başına bir dönme (fesih) beyanı olarak kabul edilemeyeceğini hemen yukarıda belirtmiştik. İşte kanun koyucu, işçiyi bu şekilde daha avantajlı bir duruma getirirken, menfaatler dengesini sağlamak adına işverene de böyle bir borca aykırı davranışın neticesinde oluşan ve ceza tutarını aşan aşkın zararını karşılamak yönünde bir hak bahşetmiştir. Yoksa, böyle bir hakkın dönme (fesih) cezasının bünyesiyle bağdaşmadığı yine yukarıda ifade edilmişti. Burada ise, işçi lehine yaratılan durumun, “külliyen” işveren aleyhine olmaması için bir tedbir alınmış ve bu hüküm sevk edilmiştir, denilebilir⁴¹.

⁴⁰ Pek tabii tedbirli davranan bir işveren, bu karine kuralının aksine bir düzenlemeyi açıkça ve geçerli olacak şekilde kaleme alabilir, bu suretle de yukarıda bahsi geçen hükmün getirisine mani olabilir.

⁴¹ Belki bu belirtilenler de dolaylı olarak gözetilerek, ilgili olasılıkta söz konusu “ceza”nın aşırı olduğu takdirde indirilebileceği (TBK m. 182 f.3’ten kıyasen) de öğretilmektedir (Bkz. bu yönde **Aubert**, CoRo., Art. 340b CO, N. 3). Gerçekten de bu alanda, kanun hükmüyle karine olarak dönme cezası olarak kabul edilen ve fakat gerçekte ceza koşulu tasarlanmış olan bir cezanın indirilebilmesi çok da yadırganabilir olmaz. Oysa bağlı metnin hemen devamında da belirtileceği üzere, bu olasılık dışında normal şartlarda karşımıza çıkacak bir dönme cezası, “olağan” bir ceza koşulundan daha farklı özellikler taşıdığı için, buna TBK m. 182 f.3’ün tatbik edilebileceğine -burada üstün tuttuğumuz görüş çerçevesinde- pek de sıcak bakılmaz.

Yine bu bahis kapsamında, dönme cezasının veya cayma parasının⁴² çok yüksek olduğu ileri sürülerek bu değerinde indirim yapılması da talep edilemez⁴³. Söz gelişi, dönme hakkını kullanan taraf, dönme hakkının başka suretle kullanıldığı bir kurguda karşı tarafın uğrayacağı zararın çok daha az olacağını, oysa somut durumda kendisine yüklenilmiş olan edimin çok aşırı ve kabul edilemez mahiyette olduğunu iddia edemez, edememelidir. Yani, ortada kelimenin tam anlamıyla bir “sözleşme cezası” söz konusu olduğunda gündeme gelecek TBK m. 182 f.3’tekine benzer bir indirim burada yapılamaz, ilgili imkân buraya kıyas yoluyla da taşınamaz⁴⁴, zira gerek dönme cezası gerekse de cayma parasıyla izlenen amaç gerçek anlamda bir ceza koşuluyla izlenenden farklıdır; hatta daha yerinde olacak bir ifadeyle “taban tabana zıttır”. Yalnız bir tek, dönme cezası / cayma parası kayıtları çerçevesinde yerine getirilmesi kabul edilen edimlerin borçlunun ekonomik geleceğini sarsacak mahiyette ağır bir yük altına sokacağı söylenebiliyorsa, ilgili kaydın (ekonomik) ahlaka aykırılığa dayalı kesin hükümsüzlüğü (özellikle TBK m. 27 f.2 bağlamında kısmen hükümsüzlüğü) gündeme

⁴² Cayma parasının önceden ve filen ödenmiş olması böyle bir indirimin yapılmasını noktasında bir gerekçe daha oluşturmaktadır (Bu konuda ayrıca bkz. **Sungurbey**, s. 89 dn. 13; **Ehrat**, BasKom., Art. 158 OR, N. 11; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 154, 156). Böyle bir gerekçenin yerinde olmadığına ilişkin düşüncesi için bkz. **Serozan**, s. 224.

⁴³ **Couchepin**, s. 219; **Mooser**, CoRo., Art. 158 CO, N.8; **Ehrat**, BasKom., Art. 158 OR, N. 11, 14; **Pellanda/Dubs**, CHK, Art. 158 OR, N. 19; **von Büren**, s. 411; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s. 340; **Sungurbey**, s. 89, 91 dn. 13; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 142; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 532, 537, 541; **Erdem**, Makale, s. 678, 684; **Erdem**, Clause Pénale, s. 35; **Eren**, s. 1188, 1193.

⁴⁴ Bkz. bu yönde **Couchepin**, s. 219; **Mooser**, CoRo., Art. 158 CO, N.8; **Ehrat**, BasKom., Art. 158 OR, N. 11, 14; **Pellanda/Dubs**, CHK, Art. 158 OR, N. 19; **von Büren**, s. 411; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s. 340; **Sungurbey**, s. 89, 91 dn. 13; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 142; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 532, 537, 541; **Erdem**, Makale, s. 678, 684; **Erdem**, Clause Pénale, s. 35; **Eren**, s. 1188, 1193.

Sadece cayma parası bakımından bu görüşte (kararlaştırılan edimde indirim yapılamayacağı görüşü) bkz. **Düzceer**, s. 347; **Birinci Uzun**, s. 188; **Berki**, s. 281; **Feyzioğlu**, s. 396. Bu görüşü paylaşan yazarlar, dönme cezasının bir tür “ceza koşulu” olmasından hareketle TBK m. 182 f.3’e tabi olabileceğini düşünmektedir. Bu konuda tam olarak aksi görüş (hem cayma parasında hem de dönme cezasında indirim yapılabileceği görüşü) için ise bkz. **Serozan**, s. 222 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 341, 353; **Koller**, s. 1312; **Tutar**, s. 104, 105.

gelebilir⁴⁵. Bu suretle bir an için TBK m. 182 f.3'teki "indirim"le aynı kapıya çıkıldığı düşünülse de durum daha farklıdır: İlgili madde (TBK m. 27) çerçevesinde sözleşme cezasının aşırı olması indirimin yapılması için sadece aşırılık olgusu tek başına yeterli görülemez⁴⁶, bunun ötesinde ortada ahlaka aykırılığın varlığına işaret edecek, "aşıkâr sömürü" ve "borçlunun ekonomik anlamda mahvolması" gibi özel öğelerin titizlikle aranması şarttır⁴⁷.

Dönme cezası ve cayma parasının, bu şekilde (yerine getirilmesi gereken edimin değeri/tutarı bağlamında) basitleştirilmiş bir ifadeyle "ne aşağı ne de yukarı doğru hareket ettirilemeyen" sabitlenmiş yapıları, bazı yazarları, bunların bir tür "götürü tazminat" oldukları yönünde bir tespitte bulunmaya ittiği görülmektedir⁴⁸. Biz böyle bir değerlendirmeye tam olarak katılmıyoruz. Hiç şüphesiz hem dönme cezasında hem de cayma parasında "götürü" olarak yerine getirilecek bir edim yükümlülüğü söz konusudur. Ancak götürü tazminat denildiğinde daha farklı bir kavramdan söz açılır. Öyle ki, mevzu bahis olan götürü tazminat olduğunda ortada ya zararın varlığını ve/veya miktarını ispata yönelik bir ispat anlaşması ya da doğrudan sorumluluğu sınırlandırmaya yönelik bir sorumsuzluk anlaşması bulunur⁴⁹. Oysa hemen yukarıda da değinildiği üzere gerek dönme cezasında gerekse de cayma parasında "zarar" kavramına bir unsur olarak herhangi bir önem atfedilmemektedir. Götürü olarak belirlenen bedel, bizzat ve sadece dönme hakkının kullanılabilmesi için yerine getirilmelidir. Öte yandan götürü tazminat kaydı, -vurgulamak için bir kez daha tekrar edilecek olursa- sadece borca aykırılık halinde meydana gelecek zararın karşılanması bakımından ispata veya sorumluluğa yönelik bir hüküm ihtiva eder, yoksa bunun ötesinde sözleşmeyi sona erdirme yetkisini de vermez⁵⁰. Bir diğer de-

⁴⁵ **Sungurbey**, s. 90 dn. 13.

⁴⁶ Ceza tutarı yüksekliğinin tek başına ahlaka aykırılık sonucunda beraberinde getiremeyeceği ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Eren**, s. 1189

⁴⁷ Bu konuda özellikle bkz. **Serozan**, s. 226.

⁴⁸ Bu yönde bkz. **Couchepin**, s. 219; **Mooser**, CoRo., Intro Art. 158 CO, N. 8; **Ehrat**, BasKom., Art. 158 OR, N. 11; **Saymen**, s. 549; **Erdem**, Makale, s. 678. Ayrıca bkz. ve karşı. **Tandoğan**, s. 35; **Tutar**, s. 24, 62.

⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapanıcı, Kadir Berk**, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 655-683, s. 661 vd.

⁵⁰ **Birinci Uzun**, s. 189.

yişle götürü tazminat asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesini engelleyici bir etkiye sahip değildir⁵¹.

Son olarak her iki kayıt bakımından da, eğer söz konusu kayıtların kapsamı ve çerçevesinin tamamen dışında, kayıt lehdarının karşı tarafının borca aykırı bir hareketi nedeniyle ayrı bir sözleşmeden dönme hakkı doğmuşsa (örneğin bkz. TBK m. 125 f.2; 227 f.1 b.1), ne kararlaştırılan dönme cezasının ne de cayma parasının ödenmesine yer olmaksızın sözleşmeden dönülebilir⁵². Zira böyle bir durumda ayrı ve bu kayıtların öngördüğünden bağımsız bir dönme hakkının daha kendi başına varlığı söz konusu olur, belirli bir bedel ödenerek kullanılacak olan diğerinin varlığı ise deyim yerindeyse anlamsızlaşır. Ayrıca bu sonuncu dönme hakkı kendi şartları dairesinde kullanılabilir, yani söz gelişi hakkın kullanılmasıyla birlikte ilgili taraf nezdinde yerine getirilmesi gereken bir edim yükümlülüğü doğmayacağı gibi, borca aykırı davranışa bağlı olarak meydana gelen zararın tazmin edilmesi de talep edilebilir⁵³ (bkz. TBK m. 125 f.3; 229 f.1 b.3). Anılan türden bir durumda, yani başka bir suretle sözleşmeden dönüldüğünde, önceden kararlaştırılmış olan dönme cezası / cayma parasının akıbetlerinin de ayrıca gözden geçirilmesi gerekir. Bahsi geçen dönme hakkının etkisinin⁵⁴ ne suretle gerçekleşeceğinin tespiti bu konuda bize yardımcı olur. Eğer var olan ilişkinin bir şekilde ortadan kalkacağını benimseyen klasik görüş veya yasal tasfiye ilişkisi görüşlerinden biri kabul edilecek olursa, söz konusu ferî kayıtlar da varlıklarını yitirirler; yok eğer sözleşmenin içerik değiştirerek devam edeceğini savunan modern görüş kabul edilirse, bu kez de ilgili kayıtlar “yeni” (ters yüz edilmiş) asli edim yükümlülükleri bakımından hüküm doğururlar. Yine klasik görüş veya yasal tasfiye ilişkisi görüşlerinden biri kabul edilecek olursa, sadece cayma parası özelinde

⁵¹ **Birinci Uzun**, s. 189.

⁵² **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 531, 542; **Serozan**, s. 220; **Nomer**, s. 362; **Sungurbey**, s. 84 dn. 13; **Engel**, s. 861; **Koller**, s. 1310; **Erdem**, Makale, s. 681; **Tandoğan**, s. 36. Bu konuda ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 24.05.2004 T., E. 5968, K. 2877 : “ (...) İş sahibinin, işin kararlaştırılan şekilde imalini talep etmesi ve bunun yerine getirilmemesi yüzünden akdi feshetmesi kendisi açısından akdin feshinde kusur olarak değerlendirilmez. Davacı da bu sebeple cezai şart ve kâr mahrumiyeti talebinde bulunamaz.” (www.hukukturk.com) [Son Erişim Tarihi: 8 Eylül 2016].

⁵³ **Serozan**, s. 220.

⁵⁴ Bu konuyla alakalı olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 528 vd.; **Serozan**, s. 59 vd.; **Eren**, s. 1120 vd.

şu husus da vurgulanmalıdır: Böyle bir durumda söz konusu kaydın konusunu oluşturan ve fiilen yerine getirilen edim yükümlülüğünün, sözleşme ortadan kalktığına göre, -sebepsiz zenginleşme hükümleri dairesinde (TBK m. 77 vd.)- gerisin geri verilmesi, yani iade edilmesi şarttır. Dönme cezasında henüz ifa edilen bir edim yükümlülüğü olmadığı için böyle bir şey söylenemez.

Benzer durum, dönme cezası veya cayma parasına dayalı dönme hakkı hiç kullanılmadığında da söz konusudur⁵⁵. Bir tek, TBK m. 177 f.2'de bağlanma parası bakımından söz konusu olan imkânın (başlangıçta yerine getirilen cayma parası ediminin asıl (esas) alacaktan düşülmesi), cayma parası için de uygulama alanı bulabileceğini kabul eden görüş bakımından, ortada herhangi bir iade konusunun kalmadığı da söylenebilir⁵⁶. Aynı şey, bu konuda somut bir taraf anlaşması olduğunda da gündeme gelir⁵⁷.

3. Dönme Cezası ve Cayma Parasının Farklı Özellikleri

Yukarıda görüldüğü üzere, kanunda birbirlerinden ayrı olarak ele alınsalar da, gerek dönme cezasında gerekse de cayma parasında ulaşılmak istenen amaçlar birbiriyle koşutluk ve benzerlik arz eder. Son tahlilde her iki kaydın öngördüğü edim yükümlülüğü de, bir sözleşmesel ilişkiden kolaylıkla sıyrılabilme fırsatını sunar; hatta bunun bizzat bedelini oluşturur. İşbu amaç benzerliği de, iki yapıyı büyük ölçüde birbirine yaklaştırır, görüldüğü üzere başka birçok benzerlik ilintisi daha kurulabilir. Bununla birlikte, bu ikisinin birbirinden ayrıldığı üç önemli noktada bulunmaktadır.

İlk nokta, karşılaştırılan edim yükümlülüğünün yerine getirilme zamanı bakımındandır. Dönme cezasında, sözleşmeden dönmek için

⁵⁵ Couchepin, s. 220; Tutar, s. 63.

Cayma parası açısından burada ayrıca bir parantez açılabilir: Taraflar bazı durumlarda cayma parasını aralarında ilişki dahilinde dönme hakkının kullanılmasında olası riski karşılığında (yani belirsiz/spekülatif duruma katlanılması amacıyla) bir "risk bedeli" (*pretium pericoli*) olarak da ele almış olabilirler. Böyle durumlarda, dönme hakkı hiç kullanılmasa da cayma parasının konusunu oluşturan ve başlangıçta ifa edilmiş olan edimin iadesi istenemeyecektir (Bu konuda bkz. Serozan, s. 216).

⁵⁶ Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, C.II, s. 541.

⁵⁷ Tutar, s. 63.

kararlaştırılan edim yükümlülüğü, dönme hakkı kullanılacağı zaman yerine getirilse (veya en azından yerine getirilmesi teklif edilse) yeterlidir⁵⁸. Cayma parasında ise, taraflardan biri kararlaştırılan edim yükümlülüğünü peşin olarak verir, yani dönme cezasındaki gibi ortada sadece ve yalın olarak “şartlı” (dönme hakkının fiilen kullanılmasına bağlı) bir borçlanma taahhüdü yoktur; bunun ötesinde bizzat tasarruf işleminin de gerçekleştirildiği, fiilen önceden ifa edilen⁵⁹ bir edim yükümlülüğünün varlığı söz konusudur⁶⁰. Tabii cayma parasında bu durum yalnızca taraflardan biri bakımındandır. Diğer taraf, sözleşmeden dönme isterse, bu edim yükümlülüğü aynen iade etmeli ve bir o kadar daha edim yükümlülüğünü de bizzat kendisi yerine getirmelidir (ya da en azından bunu fiilen teklif etmiş olmalıdır).

İkinci nokta, dönme cezasında sadece bu kaydın lehine konulduğu kişinin (tarafın), ilgili ceza bedelini ödeyerek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecek olmasıdır. Yoksa diğer taraf, kural olarak böyle bir haktan istifade edemez. Buna karşılık cayma parasında dönme hakkı temelde her iki taraf için de kullanılabilir durumda olacaktır⁶¹.

⁵⁸ Mooser, CoRo., Intro Art. 158-163 CO, N. 5; Ehrat, BasKom., Art. 158 OR, N. 14; von Büren, s. 411; Schwenger, s. 494; Pellanda/Dubs, CHK, Art. 158 OR, N. 7; Oğuzman/Öz, C.II, s. 531; Birinci Uzun, s. 188; Erdem, Makale, s. 679; Kılıçoğlu, s. 789; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Fezyioğlu, s. 396; Tandoğan, s. 36; Tutar, s. 64.

⁵⁹ Hiç şüphesiz, edim yükümlülüğünün ifa edileceği kişi her durumda ilişkinin karşı tarafı olmak zorunda değildir, bu kişinin dışında edim yükümlülüğünün “depo edileceği” tarafsız bir üçüncü kişi de pekala seçilebilir (Bu konuda ayrıca bkz. Erdem, Makale, s. 671; Erdem, Clause Pénale, s. 30; Engel, s. 861; Mooser, CoRo., Intro Art. 158-163 CO, N. 5).

⁶⁰ Mooser, CoRo., Intro Art. 158-163 CO, N. 5; Ehrat, BasKom., Art. 158 OR, N. 14; Oser/Schönenberger (Ayiter), ZürKom., Intro Art. 160-163 OR, N. 14; Staffel, OFK, Art. 158 Or, N. 10; Pellanda/Dubs, CHK, Art. 158 OR, N. 7; von Tuhr (Edege), s.775; von Büren, s. 411; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, s. 347; Schwenger, s. 494; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 864, 902; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 31; Birinci Uzun, s. 188; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Berki, s. 281; Erdem, Makale, s. 671, 679; Kılıçoğlu, s. 789; Fezyioğlu, s. 396; Tutar, s. 64.

⁶¹ Ehrat, BasKom., Vorb. Art. 158-163 OR, N. 14; Staffel, OFK, Art. 158 Or, N. 10; Pellanda/Dubs, CHK, Art. 158 OR, N. 7; Gauch/Schlupe/Tercier, s. 231; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, s. 347; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 902; Oğuzman/Öz, C.II, s. 542; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/

Diğer taraftan burada sözü edilen farklılığın kavramsal bir zorunluluğun sonucu olmadığı da hatırlatılmalıdır, yani aynı dönme cezasının lehdarı pekala sözleşmenin her iki tarafı da olabilir, buna herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu noktada oluşan hukuki yapı cayma parası bir nebze daha benzer ama aynı kavramlardan yine de söz edilemez, zira burada ele alacağımız diğer iki farklılık hala daha gündemde olacaktır. Benzer şekilde ve fakat bu kez tam tersi yönde, cayma parasının her iki tarafa da dönme hakkı sağlayan özelliği de taraflarca farklılaştırılabilir ve salt olarak cayma parasını fiilen diğerine sağlayana özgülenebilir⁶². Böyle bir olasılıkta da, dönme cezasındaki durumla bir ölçüde benzerlik yaratılacaktır. Şu farkla ki dönme cezasında sözleşmeden dönme hakkı kullanılacağı zaman ilgili edim değerinin sağlanması (veya en azından bu yönde ciddi bir teklifte bulunması) yeterliyken, cayma parasında bu edim değeri başlangıçtan karşı tarafa (veya belirlenmiş bir diğer üçüncü kişiye) peşinen depo edilmektedir.

Üçüncü farklılık arz eden nokta ise, cayma parasından faydalanaarak sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilmesi zamanının en geç asli edim yükümlülüklerinden birinin ifasına başladığı ana kadar olmasıdır⁶³, ⁶⁴. Dönme cezasında ise durum farklıdır, ceza olarak yükümlenilen edime dayalı dönme hakkının kullanılması için herhangi bir özel zaman sınırlaması bulunmamaktadır⁶⁵. Belki bir tek, her hak bakımından olduğu üzere, bir dürüstlük kuralına dayalı hakkın kötüye kullanılması

Altop, s. 340; **Erdem**, Makale, s. 671; **Kılıçoğlu**, s. 779; **Feyzioğlu**, s. 380; **Tandoğan**, s. 35-36; **Tutar**, s. 65.

Farklı görüşte bkz. **von Tuhr (Edege)**, s. 775. Yazara göre, cayma parasını alan karşı tarafın da dönme hakkına sahip olacağı hususu tarafların iradesinden de anlaşılabilir, yoksa her durumda ona da böyle bir hak tanınmamalıdır. Yazarın bu görüşüne kanun hükmünün açık ifadesi çerçevesinde katılmıyoruz.

⁶² **Erdem**, Makale, s. 672; **Erdem**, Clause Pénale, s. 30; **Secrétan**, s. 25; **Tutar**, s. 65.

⁶³ **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 541; **Nomer**, s. 360.

⁶⁴ Aksi yönde hakkın kullanılma süresini belirleyici bir düzenleme taraf anlaşmasıyla yapılabilir (Bkz. **Erdem**, Makale, s. 673).

⁶⁵ **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 542. Farklı görüşte bkz. **Erdem**, Makale, s. 681. Yazara göre, aksi kararlaştırılmamışsa, dönme cezasına bağlı olarak dönme hakkının kullanılabilmesi de tıpkı cayma parası kararlaştırdığı olasılıkta olduğu gibi, en geç asli edim yükümlülüklerinden birinin ifasına başlanması anına kadar mümkün olabilmelidir. Bu konuda ilgili kurumlar arasında bir farklılık yaratmak haklı bir gerekçeye dayanamaz.

(TMK m. 2 f.2) sınırlaması olduğu söylenebilir. Yani eğer dönme cezasına dayalı olarak sözleşmeden dönülmesi somut durumda herhangi bir suretle haklı olarak görülemiyor ve gerekçelendirilemiyorsa, misalen hiçbir fayda edilmeksizin sadece karşı tarafa zarar verilmesi amacıyla kullanılıyorsa, hakkın kötüye kullanılması itirazıyla karşılaşılar ve ve dolayısıyla hak kullanılmamış olur.

Son olarak, öğretilerde bu konuda herhangi bir yaklaşımda bulunulmamış olmakla birlikte, iki hukuki yapının yol verdiği sözleşmeyi sona erdirici beyanlar arasında da bir farklılığın daha bulunması gerektiği belki iddia edilebilir. Şöyle ki, madem ki cayma parası, daha çok sözleşmenin kurulması aşamasını ilgilendiren bağlanma parasıyla birlikte düzenlenmiştir; o zaman belki onun asıl hedeflediği sözleşmeden dönme değil de, sözleşmeyi kurmak için bulunulan irade beyanının geri alınmasıdır, denilebilir. Dönme cezasında ise, var olan bir sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusudur, ona yakışacak olan ise sözleşmeden dönme hakkıdır. İki hukuki kurumun hak verdiği sona erdirici yenilik doğuran hakların bu suretle farklılaştırılması ise, beraberinde ciddi bazı sonuç farklılıklarına da yol açabilecektir. Sonuçta dönme hakkının kullanılması üzerine oluşacak hukuki kurgu, tartışmalı olan bu konuda kabul edilecek görüşe göre farklılık gösterir: Öyle ki, kimi görüşe göre sözleşme baştan itibaren ortadan kalkar (*klasik dönme teorisi*), kimi görüşe göre sözleşme ortadan kalkmaz ama içerik değiştirerek devam eder (*modern dönme teorisi*), kimi diğer görüşe göre de yasal bir tasfiye ilişkisi (*yasal tasfiye ilişkisi teorisi*) kimliğine bürünür⁶⁶. Oysa geri alma hakkının kullanılması üzerine oluşacak hukuki kurgu hakkında böyle bir tartışma bulunmaz, kurucu unsurlarından biri “geri çekilmekle” sözleşme baştan itibaren ortadan kaldırılmış olur⁶⁷.

⁶⁶ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, C.I, s. 528 vd.; **Serozan**, s. 59 vd.; **Eren**, s. 1120 vd.

⁶⁷ Geri alma hakkıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Serozan**, s. 123 vd.

KAYNAKÇA

- Aubert, Gabriel**, Art. 319-362 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire, Eds. Luc Thévenoz, Franz Werro, Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bale-Munich, 2003. (“CoRo.”)
- Becker, Hermann**, Berner Kommentar Band N. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Aufl., Staempfli Verlag AG, Bern, 1945. (“BerKom.”)
- Berki, Osman Fazıl**, “*Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler*”, İstanbul Barosu Mecmuası, Sayı I, Yıl: XVII, 1943, s. 276-303.
- Birinci Uzun, Tuba**, Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Buz, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Couchepin, Gaspard**, La clause pénale – Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, AISUF, Band N. 270, Schulthess Juristische Medien AG, Genève-Zürich-Bâle, 2008.
- Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- Düzceer, Rıza**, “*Pey Akçesi ve Zımanı Rücu*”, Adalet Dergisi, Yıl 47, Mart 1956, Sayı 3, s. 342-354.
- Ehrat, Félix**, Art. 151-163 OR, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Zweite, neuarbeitete Auflage unter Einbezug von PrHG, KKG und PRG, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1996. (“BasKom.”)
- Engel, Pierre**, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e Edition, Staempfli Editions SA Berne, 1997.
- Erdem, Mehmet**, “*Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 663-684. (“Makale”)
- Erdem, Mehmet**, La Clause Pénale, Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc, Université de Neuchâtel, Faculté de Droit, Ankara, 2006. (“Clause Pénale”)
- Eren, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları N. 2282, Hukuk Fakültesi N. 516, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- Franko, Nisim**, “*Pey Akçesinin Mahiyeti*”, İHFM C. LV, 1996, s. 249-262.

- Gauch, Peter / Schluemp, Walter / Schmid, Jörg / Rey, Heinz**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 8. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2003.
- Gauch, Peter / Schluemp, Walter R. / Tercier, Pierre**, La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile), Tome II, 2ème édition revue et complétée, Editions Schulthess, Zürich, 1982.
- Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas**, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Schulthess, Zürich, 2000.
- İnan, Ali Naim**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Notları), İkinci Kitap, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları N. 323, Ankara, 1973.
- Kapancı, Kadir Berk**, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayrık Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 655-683.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Koller, Alfred**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Staempfli Verlag AG Bern, 2009.
- Krauskopf, Frédéric**, Art. 158-159 OR, Praejudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Nachgeführte un erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Hrsg. Peter Gauch, Victor Aepli, Hubert Stöckli, Zürich-Basel-Genf, 2009.
- Mooser, Michel**, Art. 158-163 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire, Eds. Luc Thévenoz, Franz Werro, Helbing & Lichtenhahn, Genève-Bale-Munich, 2003. (“CoRo.”)
- Nomer, Halûk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (“C. I”)
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. (“C. II”)
- Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm** (çev. Ferit Ayiter), İsviçre Borçlar Kanunu Zürich Şerhi, Madde 110-183 OR (TBK m. 109-181), Şerhin İkinci Basılışının Tercümesi, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1950. (“ZürKom.”)
- Pellanda, Katja Roth / Dubs, Dieter**, Art. 158-159 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art.

- 1-183, 2. Aufl., Hrsg. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2012. (“CHK”)
- Pichonnaz, Pascal**, Art. 218 OR/CO 2020, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Hrsg. Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Schulthess Juristische Medien AG, Genève-Zürich-Bâle, 2013. (“OR/CO 2020”)
- Saymen, Ferit H.**, Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumi Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950.
- Schwarz, Andreas B.** (çev. Bülent Davran), Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınları N. 345, Hukuk Fakültesi N. 75, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948.
- Secrétan, Roger**, Etude sur la clause pénale précédée d’une introduction sur les arrhes, Imprimerie La Concorde, Lausanne, 1947.
- Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Staffelbach, Daniel**, Art. 158-159 OR, OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, Orell Füssli Verlag AG, 2009. (“OFK”)
- Sungurbey, İsmet**, Acemoğlu’nun “Tapulama Kanunu...”, “Eşya Hukuku Meseleleri” Adlı Kitapları ve Serozan’ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları N. 1659, Hukuk Fakültesi Yayınları N. 359, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1971.
- Süzek, Sarper**, İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku), Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Tandoğan, Şinasi**, “Pey Akçesi ve Zamân-ı Rücu”, Ankara Barosu Dergisi, 1949, S. 58-59, s. 34-36.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tercier Pierre / Pichonnaz, Pascal**, Le droit des obligations, 5e édition revue et augmentée, Schulthess Editions Romandes, Genève-Zürich-Bâle, 2012.
- Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976. (“Borçlar Hukuku”)
- Tunçomağ, Kenan**, Türk Hukukunda Cezai Şart, Baha Matbaası, İstanbul, 1963. (“Cezai Şart”)

Tutar, Elce, Dönme Cezası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2014.

von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess & CO. AG, Zürich, 1964.

von Tuhr, Andreas (çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt: 1-2, Yargıtay Yayınları N. 15, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

HukukTürk Veritabanı, www.hukukturk.com [Son Erişim Tarihi: 8 Eylül 2016].

İsteğe Bağlı Açık Artırma Yoluyla Yapılan Satışlarda Müzayede Evlerinin Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ayıptan ve Zapttan Doğan Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Anlaşmalar



Yrd. Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN*

ÖZET

İsteğe bağlı açık artırma yoluyla gerçekleştirilen satış sözleşmelerinde, satıcı sıfatıyla hareket eden müzayede evleri, satış konusu eşyanın zaptı ve ayıpları nedeniyle alıcıya karşı kural olarak sorumludur. Bununla birlikte müzayede evi, artırma koşullarında açıkça belirtip duyurmak şartıyla ve aldatma durumu hariç olmak üzere, kanun gereği sahip olduğu bu sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu çalışma ile, müzayede evinin ayıp ve zapttan doğan sorumluluğunun gerçekleşme koşullarının ortaya konulması ve bu sorumluluğu ortadan kaldıran anlaşmaların hangi durumlarda geçerli olduğu hakkındaki sorulara yanıt verilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Sözcükler: *İsteğe bağlı açık artırma yoluyla satış, Ayıptan sorumluluk, Zapttan sorumluluk, Sorumsuzluk anlaşması*

ABSTRACT

In sales at voluntary public auction, the auction houses have the same liability as in any other sale, which means that they are liable to the buyer for any breach of warranty of quality and for any defects that would materially or legally negate or substantially reduce the value of the object and they are obliged to transfer the purchased goods to the buyer free from any rights enforceable by third parties against the buyer that already exist at the time the contract is concluded. However, the auction houses may disclaim in the lot description any warranty obligation with the exception of liability for intentional deceit. This essay

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

is aimed to present the conditions of the quality warranty and those of warranty of title in sales at voluntary public auction and also the validity conditions of agreements purporting to exclude liability of the auction houses.

Keywords: *Voluntary public auction sale, Warranty of quality and fitness, Warranty of title, Exclusion of liability*

I- Konuya Genel Bakış

İsteğe bağlı (ihtiyarî) açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerinin gerçekleştirilmesinde müzayede işletmeleri -ya da gündelik hayatta daha sıklıkla karşılaşılan adıyla “müzayede evleri”- dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de önemli bir aktör olarak yer almaktadır. Özellikle sanat eserleri ile tarihî öneme sahip olan antika niteliğindeki objelerin el değiştirmesinde büyük rol oynayan bu işletmeler, söz konusu eşyaları sahiplerinden alarak, bunların fiyat, nitelik ve orijinalite bakımından değerlendirmesini yapmakta ve bu eşyaları artırma yoluyla satışa çıkarmak suretiyle meraklıları ile buluşturmaktadır. Sanat eserleri ile antika değerindeki eşyaların müzayede işletmeleri tarafından artırma yoluyla satışının yapılması, gerek bu eşyaların sahipleri, gerek alıcılar gerekse müzayede işletmeleri açısından avantaj sağlayan bir durumdur. Bu sayede mal sahipleri, satmak istedikleri eşyanın piyasa değeri hakkında konunun uzmanı olan kişilerden doğruya yakın bir bilgi elde etmekte ve bu eşya için en yüksek bedeli teklif eden alıcıya ulaşabilmekte; aralarında sanat koleksiyonculuğu yapan ticarî işletmelerin de bulunduğu ve gerek meslekî gerekse ticarî amaçlarla hareket eden alıcılar, kimde olduğunu bilmedikleri fakat koleksiyonlarına dâhil etmek istedikleri parçalara kolaylıkla ulaşma ve bunları satın alma imkânına kavuşmakta; söz konusu eşyaların yeni sahipleriyle buluşmasına aracılık eden müzayede işletmeleri de gerçekleştirdikleri bu faaliyet karşılığında kazanç elde etmektedirler.

Ender de olsa kimi hâllerde artırma yoluyla satışa sunulacak eşya üzerindeki mülkiyet hakkı doğrudan doğruya artırmayı düzenleyen müzayede işletmesine ait olabilir. Özellikle, antika eşya ve sanat eseri koleksiyonculuğu yapan ve “sanat evi” adı altında faaliyet gösteren işletmelerin aynı zamanda artırma yoluyla satışlar yapması hâlinde du-

rum böyledir¹. Bu tür durumlarda, söz konusu işletme doğrudan doğruya kendi aktifinde yer alan bir eşyayı satışa sunmakta ve artırma yoluyla yapılan satış sözleşmesini kendi adına ve hesabına gerçekleştirmektedir. Daha sıklıkla rastlanılan diğer bir durum ise, müzayede işletmesinin satış sözleşmesini temsilci sıfatıyla gerçekleştirmesidir. Müzayede işletmesi, alıcı ile gerçekleştirdiği satış sözleşmesi bakımından satışa sunulan eşyanın sahibinin doğrudan temsilcisi olabileceği gibi, onun dolaylı temsilcisi de olabilir. Alıcı ile müzayede yoluyla satış sözleşmesini gerçekleştiren müzayede işletmesi, şayet mal sahibinin doğrudan temsilcisi olarak hareket ediyor, diğer bir ifadeyle, satış sözleşmesini mal sahibi adına ve hesabına yapıyorsa, bu takdirde, satış sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlar müzayede işletmesi üzerinde değil, doğrudan doğruya mal sahibi üzerinde doğacaktır. Bununla birlikte, müzayede işletmesinin artırma yoluyla satışı kendi adına fakat mal sahibi hesabına gerçekleştirdiği, yani, mal sahibinin dolaylı temsilcisi olarak hareket ettiği hâllerde, satış sözleşmesinin hukukî sonuçları tamamıyla müzayede işletmesinin üzerinde gerçekleşecektir. Bu nedenle mal sahibinin, artırma yoluyla yapılan satış sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçlara sahip olabilmesi için, müzayede işletmesinin bunları mal sahibine nakletmesi icap eder. Müzayede işletmesinin dolaylı temsilci sıfatıyla hareket ettiği durumlarda, söz konusu işletme ile mal sahibi arasındaki sözleşmenin TBK m. 532 vd. anlamında bir komisyon sözleşmesi² olduğu kabul edilmektedir³.

¹ Bkz. Tamer **Budak**/Metin **Saban**, Müzayede Yoluyla Satılan Sanat Eserlerinin Vergilendirilmesi, Değerlemesi ve Amortismanı, Maliye Dergisi, Sayı 159, Temmuz-Aralık 2010, sh. 169.

² Alım veya satım komisyonculuğu TBK m. 532/f. 1'de, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Müzayede işletmesi de belli bir ücretin kendisine ödenmesi karşılığında, kendi adına ve artırmaya çıkarılacak olan eşyanın sahibi hesabına bu eşyanın satımını üstlendiğinde, taraflar arasındaki sözleşme, komisyon sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

³ Bkz. bu görüşte Anton **Pestalozzi**, Der Steigerungskauf, Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229-236 OR, Zürich 1997, sh. 50; Jean-Paul **Vulliétty**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), 2e éd., Vol. 1, Art. 229-238, Genève 2012, sh. 1564; Pierre **Tercier**/Pascal G. **Favre**/Marie-Noëlle **Zen-Ruffinen**, Les contrats spéciaux, 4e éd., Zurich 2009, sh. 215; Pierre Engel, Contrats de droit suisse, 2ème éd., Bern 2000, sh. 65; Joëlle Becker, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse: Représentation, relations

Görüldüğü gibi, müzayede işletmesinin alıcı karşısında “satıcı” sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi, onun, artırma yoluyla yapılan satış sözleşmesini kendi adına gerçekleştirdiği hâllerde mümkün olacaktır. Bu bağlamda, müzayede işletmesinin satış sözleşmesini kendi adına değil de mal sahibi adına (onun doğrudan temsilcisi olarak) gerçekleştirdiği durumlarda, işletme, alıcıya karşı herhangi bir yükümlülük üstlenmemekte, satış sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçların muhatabı, doğrudan doğruya, temsil olunan konumundaki mal sahibi olmaktadır. Buna karşılık, müzayede işletmesinin satış sözleşmesini kendi adına ve mal sahibi hesabına gerçekleştirdiği hâllerde, işletme, alıcı karşısında “satıcı” sıfatıyla sorumluluk altına girdiği gibi; kendi malvarlığı içerisinde yer alan eşyaları artırma yoluyla satışa çıkaran müzayede işletmesi de, kendi adına ve hesabına hareket ettiği için eşyanın alıcısına karşı “satıcı” sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Çalışmamız, isteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satışlarda müzayede işletmesinin alıcıya karşı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde⁴ ayıptan ve zapttan doğan sorumluluğu ile ilgili olduğundan, biz de inceleme alanımızı, müzayede işletmesinin alıcıya karşı “satıcı” sıfatıyla sorumlu tutulabildiği bu hâllerle sınırlamayı düşündük.

Artırma yoluyla satış, Türk Borçlar Kanununun Özel Borç İlişkileri kısmının ilk bölümünü oluşturan “Satış Sözleşmesi”nin “Bazı Satış Türleri” başlığı altındaki dördüncü ayrımında, 274-281 maddeleri ara-

contractuelles et responsabilité, Genève 2011, sh. 74; Marc-André **Renold**, Les relations contractuelles dans le monde des arts plastiques et des musées: Exemples choisis, La Semaine Judiciaire II, Doctrine, 2012/No: 1, sh. 14. Müzayede şirketinin, artırma yoluyla satışı gerçekleştirirken kendi adına fakat mal sahibi (malı temin eden) hesabına hareket ettiğini, bu nedenle şirketin, mal sahibinin dolaylı temsilcisi olduğunu ortaya koyan İsviçre Federal Mahkemesi kararı ve bu kararın değerlendirmesi için bkz. Halûk **Burcuoğlu**/Nami **Barlas**, İsviçre Federal Mahkemesinin Açık Artırma ile Satım ve Danışıklı (Muvazaalı) İşlem Hakkındaki 4.11.1986 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 17, 1988, sh. 72.

⁴ Tacirler arasındaki satışlarda, TTK m. 23'deki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Borçlar Kanununun satış sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır (TTK m. 23/f. 1). Alıcının, satış sözleşmesini kurarken ticarî veya meslekî amaçlarla hareket ettiği hâllerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri uygulama alanı bulmaz (TKHK m. 2; m. 3/f. 1/b. (k), (l)).

sında düzenlenmiştir. Önceden kararlaştırılan yer ve zamanda, önceden belirlenen koşullara göre gerçekleştirilen ve hazır olanlar arasında en yüksek bedeli teklif eden kişi ile akdedilen satış sözleşmesi olarak tanımlanabilecek⁵ olan artırma yoluyla satışın, cebrî artırma ve isteğe bağlı artırma şeklinde iki türü bulunmaktadır. Satış konusu mal üzerinde tasarrufa yetkili olan kişinin iradesine bakılmaksızın resmî makamlar tarafından gerçekleştirilen cebrî artırma yoluyla satıştan⁶ farklı olarak; isteğe bağlı artırmalarda, satış sözleşmesi, kural olarak malı artırmaya sunan kişinin (mal sahibinin) rızası ile gerçekleştirilir. İsteğe bağlı artırmalar, herkesin katılımına açık olarak gerçekleştirilebileceği gibi, artırmaya katılım yalnızca belirli kişiler ile de sınırlandırılabilir⁷. İlk durumda açık (alenî) bir isteğe bağlı artırmadan, ikinci durumda ise özel bir isteğe bağlı artırmadan bahsedilecektir.

Müzayede işletmeleri tarafından düzenlenen isteğe bağlı açık artırmalarda, müzayede işletmeleri, müzayede şartnamesi adı verilen bir

⁵ Tanımlar için bkz. Halûk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, sh. 320; Cevdet **Yavuz**/Faruk Acar/Burak **Özen**, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014, sh. 317; Aydın **Zevkliler**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014, sh. 109-110; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, sh. 257; Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul 2013, sh. 191; Murat **Aydoğdu**/Nalan **Kahveci**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2014, sh. 358.

⁶ Bu konuda bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 110; **Tandoğan**, sh. 320; **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 319; **Aydoğdu/Kahveci**, sh. 359; **Eren**, Özel Hükümler, sh. 259; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 215; **Vulliétty**, sh. 1557; Max **Keller**/Kurt **Siehr**, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN- Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, sh. 143; Peter **Gauch**/Viktor **Aepli**/Hugo **Casanova**, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-1186), 2. Aufl., Zürich 1990, sh. 80; Heinrich **Honsell**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, sh. 187; Claire **Huguenin**, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008, sh. 5; Reto Thomas **Ruoss**/Pascale **Gola**, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 229-236, 5. Aufl., Basel 2011, sh. 1306.

⁷ **Gümüş**, sh. 191; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 111-112; **Aydoğdu/Kahveci**, sh. 360; **Tercier/Favre/ Zen-Ruffinen**, sh. 215; **Keller/Siehr**, sh. 143-144; **Honsell**, sh. 188. Açık artırma yoluyla yapılan satışların günümüzde internet üzerinden (online) gerçekleştirildiği de görülmektedir. Bu konuda bkz. Zarife Şenocak, İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 3, 2001, sh. 93 vd.

belge tanzim etmektedir. Artırmaya katılma koşulları, artırmanın nasıl yapılacağı ve artırmanın sonuçları gibi konularda daha çok genel nitelikte hükümler içeren bu belge, müzayede işletmeleri tarafından tek taraflı olarak önceden hazırlanmakta ve müzayede meraklıları da artırmaya iştirak etmek suretiyle müzayede şartnamesini kabul etmiş sayılmaktadır⁸.

II. Müzayede İşletmesinin Satılanın Zaptından ve Ayıplarından Doğan Sorumluluğu

1) Genel olarak

Adî satışlarda olduğu gibi isteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerinde de, satıcı sıfatıyla hareket eden müzayede işletmesi, satış konusu eşyanın zaptından ve ayıplarından dolayı alıcıya karşı sorumlu tutulmuştur. Müzayede işletmesinin artırmaya çıkarılan eşyanın zaptı veya ayıpları nedeniyle doğacak olan sorumluluğu konusunda, Türk Borçlar Kanunu'nun "Satış Sözleşmesi" bölümünde yer alan hükümlerle yetinilmemiş; bu konu, özel olarak, TBK'daki artırma yoluyla satış hükümleri vasıtasıyla da ele alınmıştır. "Zapttan ve ayıptan sorumluluk" başlığı altında düzenlenen TBK m. 280'in üçüncü fıkrasında, "*İsteğe bağlı açık artırmalarda satıcı, satılanın zaptından ve ayıplarından sorumludur. Ancak, aldatma durumu dışında, artırma koşullarında açıkça belirtip duyurmak suretiyle bu sorumluluktan kurtulabilir*" hükmü yer almaktadır.

Müzayede işletmesinin artırmaya çıkarılan eşyanın zaptından ve ayıplarından kaynaklanan sorumluluğu konusunda, TBK'nın adî satış sözleşmeleri ile ilgili olarak satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğunu düzenleyen hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TBK m. 280/f. 3 hükmünde bu hususa ilişkin bir açıklama bulunmamasına karşılık, hükmün mehz kanundaki karşılığını oluşturan İsvBK m. 234/f. 3'de, satıcının ayıp ve zapttan sorumluluğu konusunda adî satış hükümlerine açıkça yollama yapıldığı görülmektedir⁹.

⁸ Yavuz/Acar/Özen, sh. 319; Ruoss/Gola, sh. 1315.

⁹ Bkz. İsvBK m. 234/f. 3: "*Dans les enchères publiques et volontaires, le vendeur est tenu de la même garantie que dans les ventes ordinaires; il peut toutefois, par des conditions de vente dûment publiées, s'affranchir de toute garantie autre que celle dérivant de son dol*". Hükmün almanca metni: „Bei freiwilliger öffentlicher Versteige-

2) Müzayede işletmesinin satılanın zaptından doğan sorumluluğu

Müzayede işletmesi, alıcıya karşı satış konusu eşyanın mülkiyetini devretme borcunu yerine getirirken, aynı zamanda alıcının bu eşya üzerinde tam ve sınırsız bir şekilde malik olma yetkisine sahip olmasını da sağlamak zorundadır. Bu prensip çerçevesinde, üçüncü bir kişinin, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada sahip olduğu üstün nitelikte bir hakka dayanarak, satış konusu eşyayı alıcının elinden alması (zapt etmesi) hâlinde, müzayede işletmesi bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olacaktır. Benzer şekilde, üçüncü kişinin satış konusu eşya üzerinde rehin ya da intifa gibi haklara sahip olması nedeniyle, alıcı, müzayededen satın almış olduğu eşya üzerindeki mülkiyet hakkını gerektiği gibi kullanamıyor ise, bu durumda da müzayede işletmesinin zapt nedeniyle sorumluluğu gündeme gelecektir.

Müzayede işletmesinin satış konusu eşyanın zaptından sorumlu olabilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, satış konusu eşyanın alıcıya teslim edilmiş olmasıdır¹⁰. Diğer taraftan, üçüncü kişinin satış konusu eşya üzerinde ileri sürdüğü hakkın, zaptı sağlayacak nitelikte olması gerekir¹¹. Üstün nitelikteki bu hak, mülkiyet, intifa ya da rehin hakkı gibi aynî bir hak olabileceği gibi, tapu siciline şerh verilebilen nisbî haklar da bu nitelikte kabul edilmektedir. Üçüncü kişinin söz konusu eşya üzerinde ileri sürdüğü üstün nitelikteki hakkın en geç satış sözleşmesinin kuruluşu sırasında mevcut olması gerekir¹². Ayrıca alıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada satış konusu eşya üzerindeki zapt tehlikesinden haberdar olmamalıdır¹³. Diğer bir

ring haftet der Veräußerer wie ein anderer Verkäufer, kann aber in den öffentlich kundgegebenen Versteigerungsbedingungen die Gewährleistung mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung von sich ablehnen".

¹⁰ Yavuz/Acar/Özen, sh. 112; Tandoğan, sh. 151; Gümüş, sh. 55; Eren, Özel Hükümler, sh. 111; Zevkliler/Gökyayla, sh. 144; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 92; Silvio Venturi/Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2e édition, Art. 184-215 (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), De la vente et de l'échange, Genève 2012, sh. 1368; Aydoğdu/Kahveci, sh. 134.

¹¹ Tandoğan, sh. 151; Zevkliler/Gökyayla, sh. 144-145.

¹² Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1368; Yavuz/Acar/Özen, sh. 112; Zevkliler/Gökyayla, sh. 144; Tandoğan, sh. 153; Gümüş, sh. 55.

¹³ Eren, Özel Hükümler, sh. 111; Yavuz/Acar/Özen, sh. 117; Tandoğan, sh. 155; Zevkliler/Gökyayla, sh. 144; Gümüş, sh. 56; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1369;

koşul ise, üçüncü kişinin satış konusu eşyanın zaptına imkân veren üstün hakkını alıcıya karşı kullanması, diğer bir ifadeyle zapta girişmiş olmasıdır¹⁴. Bununla birlikte, kusur, müzayede işletmesinin zapt nedeniyle sorumluluğu için gerekli bir koşul değildir¹⁵. Müzayede işletmesi kusursuz da olsa, artırmaya çıkarılan eşyanın zaptından dolayı alıcıya karşı kural olarak sorumludur. Müzayede işletmesinin zapt nedeniyle sorumluluğunu ortadan kaldıran geçerli bir anlaşmanın bulunması hâlinde ise, söz konusu sorumluluk gündeme getirilemeyecektir¹⁶.

Müzayede işletmesinin satılanın zaptı nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ayrıca bir takım şekli koşulların da yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Buna göre, müzayededen satın aldığı eşyanın üçüncü bir kişi tarafından elinden alınması tehlikesi ile karşılaşan alıcının, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirmesi gerektiği gibi¹⁷, ayrıca, müzayede evinin zapt nedeniyle sorumluluğunu ortaya koyan maddî koşulların (zapt olayının gerçekleştiğinin) somut olayda mevcut olduğunu ispat etmesi de gerekir¹⁸. Bildirme ve ispat, alıcı bakımından birer

Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 92. Şayet alıcı, satış konusu eşya ile ilgili zapt tehlikesini satış sözleşmesinin kurulması esnasında biliyor ise, müzayede evinin zapt nedeniyle sorumlu olabilmesi, onun bu sorumluluğu ayrıca üstlenmiş olmasına bağlıdır (TBK m. 214/f. 2).

¹⁴ **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 113; **Tandoğan**, sh. 153; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 145; **Eren**, Özel Hükümler, sh. 112. Müzayede işletmesinin zapt nedeniyle sorumlu olması için, üçüncü kişi tarafından alıcıya dava açılmış olması gerekmez. TBK m. 216/f. 1/b. 1 uyarınca, alıcının, bir mahkeme kararını beklemeksizin üçüncü kişinin üstün nitelikteki hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satış konusu eşyayı ona teslim etmiş olması ihtimalinde de, müzayede işletmesinin zapttan doğan sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

¹⁵ **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1369; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 93; **Eren**, Özel Hükümler, sh. 113.

¹⁶ **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 117; **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1369.

¹⁷ Satış konusu eşyanın zaptı konusunda alıcı tarafından kendisine bildirimde bulunulan müzayede işletmesi, durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca alıcının yanında davaya katılmak ya da alıcı yerine geçerek üstün hak iddiasında bulunan üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır (TBK m. 215/f. 1). Şayet alıcı, bildirme külfetini, davaya katılmaya ve savunmaya elverişli bir zamanda yerine getirmişse, alıcının aleyhinde verilen hüküm, onun ağır kusuru yüzünden verildiği ispat edilmedikçe, müzayede işletmesi için de sonuç doğuracaktır (TBK m. 215/f. 2).

¹⁸ **Tandoğan**, sh. 155; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 147.

külfet niteliğindedir, bu nedenle, bunların yerine getirilmemiş olması alıcı açısından bir borca aykırılık yaratmayıp, sadece alıcının zapttan doğan sorumluluk hükümlerinden yararlanma imkânını tamamen veya kısmen kaybetmesine yol açar¹⁹.

Müzayede işletmesinin, artırma neticesinde alıcıya satıp teslim etmiş olduğu eşyaya, daha sonra o eşya üzerinde üstün hak sahibi olan üçüncü bir kişi tarafından el konulması nedeniyle sorumlu tutulması, her ne kadar alıcının menfaatlerini gözeten bir durum teşkil etse de, zapttan doğan sorumluluk hükümlerinin alıcı bakımından göreceli olarak sınırlı bir pratik faydaya sahip olduğunu kabul etmek gerekir²⁰. Zira alıcının, o eşyanın mülkiyetini kazanırken iyiniyetli olması hâlinde, alıcı zaten Medenî Kanun hükümlerine göre korunmaktadır.

Gerçekten, MK m. 988 hükmü uyarınca bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin ediniminin, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla, örneğin antika değerindeki bir tombağın yalnızca sergilenmesi amacıyla, aynı zamanda artırma yoluyla satışlar gerçekleştiren bir sergi ve müzayede evine (şirketine) teslim edilmiş olması ihtimalinde, bu tombağı emin sıfatıyla zilyet olan müzayede şirketinden iyiniyetle satın alarak teslim alan alıcı, MK m. 988 gereği, o tombağın maliki olacaktır. Bu durum karşısında tombağın önceki maliki herhangi bir istihkak iddiasında bulunamayacağından, müzayede şirketinin zapttan doğan sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir.

Müzayede işletmesinin zapttan doğan sorumluluğu özellikle MK m. 989 hükmünün uygulama alanı bulduğu hâllerde özel bir öneme sahiptir. Söz konusu hükme göre, taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, bu şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilecektir. Do-

¹⁹ Gerçekten TBK m. 215/f. 3 gereği, alıcı, müzayede işletmesine yüklenebilecek bir sebep olmaksızın davayı bildirme külfetini yerine getirmemişse, müzayede işletmesi, zamanında bildirilmiş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edebileceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulacaktır.

²⁰ Bu konuda bkz. **Eren**, *Özel Hükümler*, sh. 108; **Tandoğan**, sh. 150; Pierre **Gabus**/Marc-André **Renold**, *Commentaire LTBC, Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC)*, Zürich 2006, Art. 32; No: 33; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 91.

layısıyla satış konusu eşyanın asıl maliki bu süre içinde taşınır davası açarak, o eşyanın, alıcının elinden alınmasını sağlayabilecek ve bu durumda da alıcı, müzayede işletmesinin zapt nedeniyle sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

Öte yandan iyiniyetli alıcı, taşınır davasına konu olan eşyayı bir müzayede işletmesinden artırma yoluyla satın aldığı için, müzayede işletmesine ödemiş olduğu satış bedelinin kendisine verilmesini kendisine taşınır davası açan kişiden talep edebilecek, bu bedel kendisine ödeninceye kadar da eşyayı iadede kaçınabilecektir²¹. Nitekim MK m. 989/f. 2 hükmü gereği, zilyedinin elinden onun iradesi dışında çıkmış olan bir taşınır eşya, açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş ise; iyiniyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir. Bununla birlikte, satış bedelinin yanı sıra, alıcının, satın almış olduğu eşyanın elinden alınması nedeniyle başka bir takım zararları da doğmuş olabilir. Alıcı, bu zararların karşılanmasını ise, zapttan doğan sorumluluk hükümleri uyarınca müzayede işletmesinden talep edebilir.

Satış konusu eşyanın tamamının üstün nitelikteki bir hakka dayanarak üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınması hâlinde, isteğe bağlı artırma yoluyla yapılan satış sözleşmesi TBK m. 217/f. 1 gereği kendiliğinden sona ermiş sayılır ve sözleşmenin tarafları arasında tasfiye süreci başlar²². Bu bağlamda, taraflarca yerine getirilmiş olan edimler bakımından karşılıklı olarak iade yükümlülüğü meydana gelir²³. Müzayededen satın aldığı eşyası elinden alınan alıcının müzayede işletmesine karşı ileri sürebileceği talepler TBK m. 217'de sayılmıştır. Buna göre alıcı ilk olarak, satın aldığı eşya için ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini müzayede işletmesinden talep edebilir. Yalnız, alıcı, satış konusu eşyadan belirli semereler elde etmiş veya elde edebilecek olduğu semereleri ihmal etmiş ise, bunun toplam değeri, alıcının müzayede işletmesinden talep ettiği miktardan indirilir. Alıcı bundan başka, satış konusu eşyayı elinden alan üçüncü kişiden isteyeceği giderleri, davayı müzayede işletmesine bildirmekle kaçınıla-

²¹ Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1376.

²² Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 94; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1375; Yavuz/Acar/Özen, sh. 119; Gümüş, sh. 61.

²³ Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1375.

bilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri ve satın aldığı eşyanın tamamen elinden alınması nedeniyle doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları da müzayede işletmesinden isteyebilir. Görüldüğü gibi bu talepler bakımından amaç, alıcıyı, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı onun içinde bulunacağı duruma geri döndürmeyi sağlamaktır. Bu kapsamda alıcı, örneğin nakliye ve ekspertiz için yapmış olduğu masrafları, yani olumsuz zararlarının karşılanmasını da müzayede işletmesinden talep edebilir²⁴. Alıcının bu zarar kalemlerini talep edebilmesi için müzayede işletmesinin kusurlu olması gerekmez. Müzayede işletmesi kusursuz dahi olsa, satış konusu eşyanın zaptı dolayısıyla alıcının uğramış olduğu bu zararları gidermek zorundadır²⁵.

Öte yandan müzayede işletmesi TBK m. 217/f. 2 hükmü uyarınca, alıcının satış konusu eşyanın elinden alınması nedeniyle uğramış olduğu diğer zararlarını da gidermekle yükümlü kılınmıştır. Öğretide baskın görüş bu zararların olumlu zarar, özellikle de yoksun kalınan kâr niteliğinde olduğunu kabul etmektedir²⁶. Ancak TBK m. 217/f. 1'de yer alan zarar kalemlerinden farklı olarak, müzayede işletmesi bu zararların meydana gelmesinde hiçbir kusurunun olmadığını ispat ederse, bu sorumluluktan kurtulabilecektir²⁷.

Tüm bu talepler, kural olarak alıcının iyiniyetli olması, diğer bir ifadeyle müzayededen satın aldığı eşyanın daha sonra kendi elinden alınabileceği tehlikesini sözleşmenin kurulması esnasında bilmiyor olması ya da gerekli özeni gösterseydi dahi bilemeyecek olması hâlinde ileri sürülebilecektir. Zaten MK m. 991 hükmüne göre, bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle edinmemiş olan kimseye karşı önceki zilyet, her zaman taşınır davası açabilir. O hâlde, başkasına ait olduğunu bildi-

²⁴ Becker, sh. 273.

²⁵ Zevkliler/Gökayla, sh. 148; Eren, Özel Hükümler, sh. 120; Yavuz/Acar/Özen, sh. 120; Tandoğan, sh. 160; Hans Giger, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, 2. Aufl., Bern 1979, Art. 195, No: 34; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 95; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1377; Keller/Siehr, sh. 58.

²⁶ Bkz. Giger, Art. 195, No: 34; Keller/Siehr, sh. 64; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1377. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Eren, Özel Hükümler, sh. 120-123.

²⁷ Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1377.

ği bir eşyayı artırma yoluyla satın alan alıcı, kendisine karşı herhangi bir süre sınırına bağlı olmaksızın bir taşınır davası açılabileceğini ve bunun neticesinde eşyanın kendi elinden alınması tehlikesi ile karşı karşıya kalabileceğini öngörebilecek durumdadır. Bununla paralel bir hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nda da yer almaktadır. Şayet alıcı satış sözleşmesinin kurulduğu anda zapt tehlikesinin varlığından haberdar ise satıcının kural olarak satılanın zaptından sorumluluğu gündeme gelmeyeceği gibi, alıcının TBK m. 217'de sayılan istemlerde bulunması da mümkün olmayacaktır. Bu kuralın istisnası, alıcının zapt tehlikesinin varlığından haberdar olmasına rağmen satıcının satılanın zapt edilmesi hâlinde bundan sorumlu olacağı yönünde alıcıya karşı açık bir taahhütte bulunması, diğer bir ifadeyle ek bir sorumluluk üstlenmesi hâlidir (TBK m. 214/f. 2).

Alıcının satın almış olduğu eşyaya tamamen el konulmamış olmasına rağmen, müzayede işletmesinin zapt nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu, satılanın yalnızca bir kısmına el konulmuş olması veya sınırlı aynî bir hakla yüklenmiş olması hâllerinde mümkündür²⁸ (TBK m. 218). Örneğin alıcının artırma yoluyla satın almış olduğu antika değere sahip olan kitap, pul veya fotoğraf koleksiyonunu oluşturan parçalarından yalnızca bir kısmı üzerinde mülkiyet hakkı iddiasında bulunulması durumunda kısmî bir zapt söz konusu olmaktadır. Böyle bir durum karşısında, alıcı ile müzayede işletmesi arasında artırma yoluyla gerçekleştirilmiş olan satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermez; alıcı, sadece bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir²⁹. Bununla beraber, alıcının, satılana bu durumu (örneğin zapt edilen fotoğrafların, satın aldığı koleksiyonda bulunmadığını) bilseydi onu satın almayacak olduğu durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir³⁰. Fakat bu durumda alıcının, satılanın elinde kalmış olan kısmını, o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte, müzayede işletmesine geri vermesi gerekecektir³¹.

²⁸ Bkz. Tandoğan, sh. 161; Yavuz/Acar/Özen, sh. 122; Zevkliler/Gökyayla, sh. 148; Eren, Özel Hükümler, sh. 124; Gümüş, sh. 62; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1378.

²⁹ Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1379; Yavuz/Acar/Özen, sh. 122.

³⁰ Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 95; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1379.

³¹ Mesela makine ve teçhizatların satışa sunulduğu bir açık artırmadan ekskavatör ya da greyder gibi iş makineleri satın alıp, bunları inşaatlarında kullanmaları için

3) Müzayede işletmesinin satılanın ayıplarından doğan sorumluluğu

a) *Ayıptan doğan sorumluluğun şartları ve hukukî sonuçları*

Müzayede işletmesinin satış konusu eşyadaki ayıplardan sorumluluğu, özellikle sanat eseri niteliği taşıyan veya tarihi öneme sahip olan eşyaların artırma yoluyla satışında ayrı bir öneme sahiptir. Artırma yoluyla satışa sunulan eşyadaki ayıp, söz konusu objenin orijinal olmamasından, diğer bir ifadeyle sahte olmasından ileri gelebileceği gibi, eşyanın kötü bir durumda olmasından, mesela satış anına kadar iyi muhafaza edilmemiş olmasından (kırılmış, çatlamış, yırtılmış olmasından) da kaynaklanabilir. Öte yandan, artırmaya çıkarılacak olan eşya hakkında müzayede işletmesi tarafından ortaya konulan ekspertiz raporlarının hatalı olması da, kimi durumlarda satılanın ayıplı olarak nitelendirilmesine neden olabilir. Bu son ihtimalde, artırmaya konu olan eşyaya, sahip olduğu gerçek değerden çok daha yüksek bir değer biçilmekte ve alıcı tarafından bu rapor dikkate alınarak ödenmiş olan satış bedeli, satılarda bulunan nitelikler ile ve dolayısıyla da satılanın hakikî değeri ile örtüşmemektedir.

Müzayede işletmesinin satış konusu eşyadaki ayıplardan sorumluluğu hakkında TBK m. 219 ve devamındaki hükümler uygulama alanı bulacaktır. Müzayede işletmesi, gerek artırmaya sunulan eşya ile ilgili olarak alıcıya bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle, gerekse böyle bir bildirimde bulunmuş olmasa bile satış konusu eşyada mevcut olması gereken ve alıcının dürüstlük kuralı uyarınca bu eşyadan beklemekte haklı olduğu niteliklerin bulunmaması nedeniyle alıcıya karşı sorumlu olacaktır³². Satış konusu eşyada dürüstlük kuralı uya-

üçüncü kişilere kiraya vererek gelir elde eden alıcının, elinde kalan (zapt edilen kısım dışında kalan) tüm makinelerle birlikte elde ettiği bu geliri de müzayede işletmesine geri vermesi gerekir.

³² **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1400-1401; Theo **Guhl**/Alfred **Koller**/Anton K. **Schnyder**/Jean Nicolas **Druey**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 42, No. 15; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 106; **Becker**, sh. 275; **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 123; **Aydoğdu/Kahveci**, sh. 145; Cevdet **Yavuz**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, sh. 100; Seyfullah **Edis**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, sh. 7; Murat **İnceoğlu**, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar) (Derleyen: M. Murat

rınca mevcut olması gereken niteliklerin bulunmaması, TBK m. 219/f. 1'de, eşyanın kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddî, hukukî ya da ekonomik ayıpların varlığı ile açıklanmıştır³³. Müzayede işletmesinin bu ayıplardan sorumlu olması için, bunların varlığından haberdar olması gerekmez. İşletme, artırmaya çıkardığı eşyaların ayıplı olduğunu bilmesede dahi bu ayıplardan sorumludur³⁴.

Bildirilen niteliklerdeki ayıptan bahsedebilmek için, satıcının, satılarda bulunan veya bulunmayan nitelikleri alıcıya açıkça söyleyip vaat etmesine gerek yoktur, bu yöndeki bildirim ve vaatler satıcı tarafından pekâlâ örtülü olarak da gerçekleştirilebilir³⁵. Bu bağlamda, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, özellikle sanat eserleri, antika niteliğindeki eşyalar, değerli taş ve metaller, eski para ve pullar gibi misli olmayan eşyaların uzman tacirler tarafından satışı söz konusu olduğunda, orijinal bir parçanın değerine denk düşen bir meblağın, o eşyanın satış bedeli olarak belirlenmesi ile, satıcı tarafından satılanın orijinal olduğu yönünde bir nitelik bildiriminde bulunulduğuna dikkat çekilmiştir³⁶. Bu bakımdan, artırma yoluyla satışa çıkarılacak olan eşya için müzayede işletmesi tarafından belirlenen satış bedelinin olağandan fazlasıyla yüksek (ya da fazlasıyla düşük) olması, bazı durumlarda, müzayede işletmesinin satış konusu eşyanın orijinal olduğuna (ya da orijinal olmadığına) yönelik örtülü bir nitelik bildiriminde bulunduğu şeklinde yorumlanabilecektir. Ne var ki, nitelik bildiriminin açık ya da örtülü olarak yapılmış olması, müzayede işletmesinin satış konusu eşyadaki ayıplardan sorumluluğu konusunda herhangi bir fark yaratmayacaktır.

Inceoğlu), İstanbul 2015, sh. 157; Kadir Berk **Kapancı**, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012, sh. 11; Salih **Şahiniz**, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, sh. 27.

³³ **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 108; **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1401.

³⁴ **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1385; **Kapancı**, sh. 22.

³⁵ **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 142; **Tandoğan**, sh. 166; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, § 42, No: 16; **Eren**, Özel Hükümler, sh. 137; **Honsell**, sh. 86; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 110; **Engel**, sh. 34.

³⁶ Bkz. ATF 102 II 97.

Müzayede işletmesinin artırma yoluyla satışa sunduğu eşyada bulunan ayıplardan sorumlu olabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, ayıbın, yarar ve hasarın alıcıya geçmesi anından önce satış konusu eşyada mevcut olması, ayıbın gizli³⁷ ve önemli olması, ayıptan doğan sorumluluğun sözleşme ile ortadan kaldırılmamış olması ve bildirilen niteliklerdeki ayıplar bakımından ise bildirim, satış sözleşmesinin yapılmasını etkileyecek derecede ciddi olmasıdır³⁸. Diğer taraftan, artırma yoluyla satın aldığı eşyada ayıp bulunan alıcının, müzayede işletmesinin sorumluluğuna gidebilmesi için TBK m. 223'te öngörülen külfetleri yerine getirmesi de gerekir. Bu külfetleri, yani, satılanın durumunu gözden geçirme ve satılandaki ayıbı müzayede işletmesine bildirme külfetlerini yerine getirmeyen alıcı, satılanı kabul etmiş sayılacaktır³⁹.

Satıcının, satılanın ayıplarından dolayı sorumlu olduğu hâllerde, alıcının sahip olduğu seçimlik hakları, isteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satışlar bakımından kendine özgü bir takım özellikler göstermektedir. Bilindiği gibi, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu söz konusu olduğunda alıcının sahip olduğu seçimlik hakları TBK m. 227'de sıralanmaktadır. Bunlardan ilki, alıcının, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıdır (TBK m. 227/f. 1/b. 1).

³⁷ Alıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu anda, satılandaki ayıptan haberdar ise, kanun tarafından kendisine verilen seçimlik haklarını kullanamaz. Nitekim TBK m. 222/f. 1 hükmü, satıcının, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmadığı hususunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki alıcının, satılandaki ayıbı doğrudan doğruya bilmesi de gerekmez. Somut olayın gösterdiği şartlara göre, şayet onun maldaki ayıplardan haberdar olması veya malda bu tür ayıpların olabileceğini öngörmesi gerektiği sonucu çıkarılıyor ise, alıcının ayıbı bildiği kabul edilir. Örneğin bir müzayededen 1800'lü yılların sonundan kalan bir fotoğraf koleksiyonunu satın alan alıcının, fotoğrafların parlak olmadığını ya da yıpranmış olduğunu ileri sürmesi ve müzayede işletmesinin bu ayıplardan sorumlu olacağı şeklinde bir iddiada bulunması hukuken kabul görmeyecektir.

³⁸ **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 106; **Gümüş**, sh. 67 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 127 vd., 141 vd.; **Edis**, sh. 47 vd.; **Aydoğdu/Kahveci**, sh. 152 vd.

³⁹ **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 114; **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1416-1419; **Gümüş**, sh. 83-84. Bu külfetler hakkındaki eleştiriler için bkz. Yeşim M. **Atamer**, Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler – Tebliğler) (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2012, sh. 201-205; **Kapanıcı**, sh. 30.

Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, satıl-landaki ayıbın yeterince önemli olması gerektiği, diğer bir anlatımla, sözleşmeden dönmenin satıcıya getireceği zarar ile alıcıya sağlayacağı yarar arasında açık bir oransızlık meydana getirmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰. Örneğin, yalnızca orijinal nitelikteki sanat eserlerinin satışının yapılacağına duyurulduğu bir artırmadan satın alınan bir par-çanın orijinal olmadığına sonradan ortaya çıkması hâlinde, satıl-landaki ayıp, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi açısından ye-terli derecede önem arz etmektedir. Bununla birlikte, satılanın değerini büyük ölçüde etkilemeyecek olan ve satış bedeli dikkate alındığında önemli görül-meyecek türden eksikliklerin satıl-landa bulunması, alıcıya doğrudan doğruya sözleşmeden dönme imkânını vermez⁴¹. Orijinal bir tabloya sonradan yaptırılmış olan çerçevenin kırık olduğunun ya da çerçeveye kaplanan altın rengi varak boyasının dökülmüş olduğunun sonradan ortaya çıkması hâllerinde durum böyledir. Bu gibi durumlarda alıcı, kanunda öngörülen diğer seçimlik haklarından birini, örneğin ayıp oranında satış bedelinden indirim yapılmasını talep edebilir.

Artırmaya çıkarılacak olan eşya ile ilgili olarak müzayede işlet-mesi tarafından ortaya konulan ekspertiz raporunun hatalı olması, kimi hâllerde satılanın ayıplı olarak nitelendirilmesine yol açabilirse de; bu rapor dikkate alınarak ödenmiş olan satış bedelinin, satılanın gerçek değerinden daha yüksek olduğunun sonradan anlaşılması, kesin olarak satıl-landa ayıp bulunduğu anlamına gelmeyeceği gibi, alıcıya da doğrudan doğruya sözleşmeden dönme hakkını vermez. Bu durum, ancak müzayede işletmesinin, artırma konusu eşya ile ilgili olarak değer tak-dirinin doğruluğu konusunda alıcıya karşı özel bir taahhütte bulunması hâlinde söz konusu olabilir. Uygulamaya bakıldığında ise, müzayede işletmelerinin satışa sunulan eşyaların gerçek değerleri hakkında ta-ahhütte bulunmaları bir yana dursun, satış sözleşmelerine bu konuda sorumsuzluk kayıtları koydukları görülmektedir⁴².

⁴⁰ Eren, Özel Hükümler, sh. 162; Tandoğan, sh. 189; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1434.

⁴¹ Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 124; Yavuz/Acar/Özen, sh. 157.

⁴² Portakal Sanat ve Kültür Evi'nin internet sitesinde yer alan Müzayede Koşulları m. 5 buna bir örnek teşkil edebilir: "Müzayede kataloğunda yer alan ve eserlerin tanıtımı için verilen tüm bilgiler sadece eksperlerin kanaatleridir". Bkz. <http://www.rportakal.com/Article.aspx?PageID=17> (erişim tarihi: 20.12.2015).

Ne var ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ortada müzayede işletmesi tarafından yapılmış açık bir taahhüt bulunmasa bile, artırmaya çıkarılacak olan eşyaya ilişkin yüksek bir değer takdirinde bulunan müzayede işletmesinin, satış konusu eşyanın orijinal olduğu ve takdir edilen bu değer için çok altında bir değere sahip olmadığı konusunda alıcıya karşı örtülü de olsa bir vaatte bulunduğu kabul edilmektedir⁴³. Bu bağlamda, bir müzayede şirketi tarafından örneğin 50.000 TL değer biçilen bir eşyanın gerçek değerinin 5.000 TL olduğu ortaya çıkarsa, müzayede şirketinin satılan hakkında örtülü olarak bildirdiği niteliklerde ayıp bulunması nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile birlikte, taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa etmiş oldukları edimleri birbirlerinden geri isteyebilirler⁴⁴. Bu seçimlik hakkını kullanan alıcı, TBK m. 229/f. 1 hükmü uyarınca, uğramış olduğu zararların tazmin edilmesini müzayede işletmesinden talep edebilecektir, ancak bunun için kendisinin de artırma yoluyla satın almış olduğu eşyayı, bundan elde ettiği yararları ile birlikte müzayede işletmesine geri vermesi gerekir. Alıcı, müzayede işletmesinden, satılan için ödemiş olduğu satış bedelinin faiziyle birlikte geri verilmesini; satılanın tamamen zaptında söz konusu olduğu gibi yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesini ve eşyanın ayıplı olması nedeniyle uğradığı doğrudan zararının giderilmesini isteyebilir (TBK m 229/f. 1). Müzayede işletmesi, alıcının ayıp nedeniyle uğradığı doğrudan zararların meydana gelmesinde kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini, diğer bir ifadeyle kusursuzluğunu ispat ederek söz konusu zararları tazmin etme yükümlülüğünden kurtulamaz⁴⁵. Görüldüğü gibi, burada, alıcının doğrudan zararlarının tazmini konusunda satıcı bakımından kusura dayanmayan bir sorumluluk esası benimsenmiştir. Öte yandan alıcı, satın aldığı eşyadaki ayıp nedeniyle uğradığı doğrudan zararlar dışında kalan diğer (dolaylı) zararların tazminini de müzayede işletmesinden isteyebilir. Ancak doğrudan zararların tazmininden farklı olarak, TBK m. 229/f. 2 hükmü, müzayede işletmesine,

⁴³ Becker, sh. 276; Tandoğan, sh. 166; Eren, Özel Hükümler, sh. 137. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki bir kararı için bkz. ATF 102 II 97.

⁴⁴ Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1433; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 125; Gümüş, sh. 100.

⁴⁵ Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 125.

kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat edebildiği takdirde, alıcının diğer (dolaylı) zararlarını giderme yükümlülüğünden kurtulma imkânını vermektedir.

Alıcının diğer bir seçimlik hakkı ise artırma yoluyla satın almış olduğu ayıplı eşyayı kendi elinde tutarak satış bedelinde ayıp oranında indirim istemektir (TBK m. 227/f. 1/b. 2). Özellikle satış konusu eşyada bulunan ayıbın sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını haklı gösterecek ölçüde büyük olmaması durumunda, hâkim, satış bedelinden indirim yapılmasına karar verebilir. Bu durumda, şayet alıcı müzayede işletmesine satış bedelinin tamamını ödemişse, satış bedelinden ayıp oranında indirilecek olan tutarın hesaplanarak alıcıya iadesine; henüz bir ödemenin yapılmamış olması durumunda ise satış bedelinin, indirilecek olan bu tutar düşüldükten sonra ödenmesine hükmedilebilir⁴⁶.

TBK m. 227/f. 1/b. 3 hükmü, alıcıya, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz olarak onarılmasını isteme yönünde de seçimlik bir hak tanımaktadır. Ne var ki, konusunu çoğu kez sanat eserleri ile antika değeri taşıyan eşyaların oluşturduğu isteğe bağlı artırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerinde, alıcının müzayede işletmesine karşı söz konusu seçimlik hakkı kullanması çok da mümkün görünmemektedir. Gerçekten, sanat eseri olarak kabul gören bir nesnenin ya da antika niteliğindeki bir objenin onarımı, çoğu kez bu eşyaya orijinalliğini kaybettireceğinden ve bu da, eşyanın maddî değerinde önemli ölçüde bir azalmaya yol açacağından, alıcının, müzayede işletmesinden gelecek olan ücretsiz onarım teklifini reddedebilmesi ve TBK m. 227’de öngörülen diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi gerekir⁴⁷.

⁴⁶ Satış bedelinden indirilecek olan tutarın hesaplanması konusunda öğretide ortaya atılan farklı görüşler için bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 195 vd.; **Tandoğan**, sh. 196; **Gümüş**, sh. 104; **Eren**, Özel Hükümler, sh. 178; **Zevkliler/Gökayla**, sh. 133; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 129; **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1436 vd.

⁴⁷ İsviçre Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir karara esas teşkil eden olay bu bağlamda dikkat çekicidir. Karara konu olan olayda, sanatçı Emile Gallé tarafından yaratılmış olan ve “hüzün vazosu” (vase de tristesse) ismi ile ünlünen bir vazonun üst kısmında bir çatlak meydana geldiği, sonraki süreçte, bu çatlağın yok edilmesi amacıyla, vazonun boyun kısmının kesilerek, vazoda 2,6 cm’lik bir kısalma meydana getirildiği tespit edilmiştir. Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda, söz konusu eserin müdahaleden önceki değerinin yaklaşık olarak 400.000 İsviçre Frankı olduğu; vazonun, “onarım” adı altında gerçekleştirilen müdahaleden

TBK m. 227 hükmünde öngörülmüş olmasına rağmen, isteğe bağlı artırma yoluyla yapılan satışlar bakımından alıcının müzayede işletmesine karşı kullanması pek de mümkün görünmeyen seçimlik haklardan biri de satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkıdır. Artırma yoluyla yapılan satışlarda, müzayedeye sunulan eşya, sahip olduğu tüm özellikleri ile belirli hâle getirilerek bireyselleştirildiğinden dolayı, alıcının, ayıplı olduğunu fark ettiği bu eşyanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini istemesi de mümkün olmayacaktır. Nitekim alıcı, bu hakkını yalnızca satılanın mislî bir eşya niteliğinde olduğu hâllerde kullanabilir⁴⁸. Satış sözleşmesinin isteğe bağlı açık artırma yoluyla yapıldığı hâllerde ise, satış konusu eşya gerek artırma öncesinde, gerekse ihale sırasında teşhir edilmekte ve bu bakımdan müzayede işletmesinin borcu da bireyselleşmektedir. Diğer taraftan, sanat eserleri ile tarihî açıdan önem arz eden antika objeler, genellikle tek, eşi benzeri olmayan (*unique*) bir niteliğe sahip olduklarından ve bunların başka eşyalarla ikame edilmelerine de olanak bulunmadığından, bu nitelikteki bir eşyanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi de mümkün değildir⁴⁹.

Alıcının, müzayede işletmesinden, artırma yoluyla satın almış olduğu eşyada ayıp bulunması nedeniyle uğradığı zararların tazminini isteme hakkı da mevcuttur. Bu bağlamda alıcı, satılanın ayıplı olması durumunda TBK m. 227/f. 1’de öngörülen seçimlik haklarını kullanabileceği gibi; ayıp nedeniyle uğradığı zararların, TBK m. 112 hükmü kapsamında giderilmesini de talep edebilir. Bu husus, Türk hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte ve TBK m. 227/f. 2 vasıtasıyla açık bir hükme bağlanmıştır. Genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunan alıcının, ayıptan doğan sorumluluk hakkındaki özel hükümlerde (TBK m. 223) yer alan “gözden geçirme” ve “bildirim” gibi külfetleri yerine getirmek ya da buradaki (TBK m. 231) zamanaşımı sürelerine uymak zorunda da bırakılmaması

sonraki hâli için ise ancak 20.000 frank değer biçilebileceği belirtilmiştir. Aynı bilirkişi, sözde onarıma uğrayan bu obje hakkında, bir sanat eserinden değil, olsa olsa Gallé vazosunun kalıntılarından bahsedilebileceğini ifade etmiştir. Bir başka bilirkişi ise, boyun kısmında çatlak bulunan ve onarım görmemiş olan vazonun eski hâlinin dahi, onarılmaya çalışılmış olan şimdiki durumundan çok daha değerli olacağını belirtmiştir. Karar için bkz. ATF 126 III 59

⁴⁸ Tandoğan, sh. 200; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1441; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 130. Ayrıca bkz. ATF 94 II 26.

⁴⁹ Bkz. Becker, sh. 277.

gerekir⁵⁰. Öyle ki, bu külfetleri yerine getirmeyen ya da söz konusu süreleri kaçıran alıcı, müzayede işletmesinden tazminat talebinde bulunma konusunda pekâlâ genel hükümlere yönelebilir. Aksinin, diğer bir deyişle özel hükümlerdeki şartlara uyulması gerektiğinin kabulü hâlinde, genel hükme gidilmesinin herhangi bir anlamı kalmayacağını düşünürüz⁵¹.

Hemen belirtelim ki, müzayede işletmesinden ayıp nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini isteyen alıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak zorunda da değildir. Alıcı, örneğin satış bedelinden indirim talebinde bulunması hâlinde dahi, ayıp nedeniyle uğradığı zararların tazminini müzayede işletmesinden talep edebilecektir⁵². Aksi takdirde, alıcının seçimlik hakları arasında bir eşitsizlik yaratılmış olacak ve alıcı tazminat talebinde bulunabilmek için satış sözleşmesinden dönme hakkını kullanmaya zorlanacaktır. Diğer taraftan alıcının satış sözleşmesinden dönebilmesi için buna imkân verecek ölçüde önemli bir ayıbın varlığına ihtiyaç duyulduğundan; somut olayın gösterdiği şartlar ve satılardaki ayıbın niteliği ve önemi nazara alındığında sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına izin verilmeyecek olan alıcının, satılardaki ayıp nedeniyle uğradığı zararlarının giderilmesi yönündeki talebinin de haksız yere önüne geçilmiş olacaktır.

⁵⁰ **Giger**, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR, No: 20, 24; **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 135. Aksi yönde bkz. **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 103.

⁵¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin de taraftarı olduğu diğer bir görüş ise bunun aksini savunmaktadır. Bu yöndeki kararlar için bkz. ATF 133 III 335; ATF 114 II 131; ATF 108 II 102; ATF 107 II 419; ATF 107 II 231; ATF 96 II 115; ATF 63 II 401; ATF 58 II 207. Bu görüş uyarınca, şayet genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunabilmek için özel hükümlerde yer alan şartlara uyulması zorunlu olmaz ise, bu takdirde, netice itibarıyla her ikisi de satılanın ayıplı olması sebebiyle açılan davalar arasında ikilik, farklılık yaratılmış olacaktır. Buna ilaveten, genel hükümlere göre satıcının sorumluluğuna hükmedilirken, özel hükümlerde yer alan şartların gerçekleşmesine ihtiyaç duyulmaması neticesinde, ayıptan doğan sorumluluk konusunda satıcı lehine öngörülmüş olan hükümler etkisiz bırakılmış olacak ve satıcının kendi lehine olan bu hükümlerden yararlanma imkânı onun elinden alınmış olacaktır. Bu görüşte bkz. **Becker**, sh. 279.

⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 202-205.

b) Satılanın ayıplı olması ve satılandan başka bir şeyin teslimi (aliud ifa) arasındaki ilişki

Konumuzla ilgili olarak üzerinde durulması gereken ayrı bir nokta ise artırma yoluyla satışı yapılan eşyada ayıp bulunması ile satış konusu eşya yerine bir başka şeyin teslim edilmesi (aliud ifa) arasındaki farktır.

Bu hususun, diğer bir ifadeyle hangi durum ile karşı karşıya kalındığının tespit edilmesi özellikle alıcının sahip olduğu haklar bakımından önem taşımaktadır. Nitekim bu iki duruma ilişkin olarak uygulanacak hükümler birbirinden farklıdır⁵³. Artırma yoluyla satın alınan eşyada ayıp bulunduğuna hükmedilmesi hâlinde TBK m. 219 vd. hükümleri uygulama alanı bulacak; müzayede işletmesinin satış konusu eşya yerine bir başka şeyi teslim ettiğine (aliud ifa) kanaat getirilmesi durumunda ise, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi (TBK m. 112) veya borçlu temerrüdü (TBK m. 117) hükümleri uygulanacaktır⁵⁴. Bu da, gerek zamanaşımı sürelerinin, gerekse müzayede işletmesinin sorumluluğunu gündeme getirmek isteyen alıcının belirli külfetleri yerine getirmesine gerek olup olmadığının tespiti bakımından önem arz eder⁵⁵.

Burada, bir hususun altının çizilmesinde yarar olduğunu düşünüyoruz: Müzayede işletmesinin alıcıya karşı üstlendiği borcun niteliği parça borcu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim söz konusu borç, sözleşmenin kurulması anında tamamen bireyselleşmiş durumdadır. Müzayede işletmesi, ancak ayırt edici özellikleri özel ve somut bir biçimde gösterilerek belirlenmiş olan eşyanın mülkiyetini ve zilyetliğini alıcıya devretmek suretiyle borcundan kurtulabilir. Oysa bilindiği gibi, TBK m. 86'da düzenlenen çeşit (cins) borçlarında, borcun konusu bi-

⁵³ Yavuz/Acar/Özen, sh. 129; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1392.

⁵⁴ Zevkliler/Gökyayla, sh. 120.

⁵⁵ Satıcının, satılandaki ayıptan doğan sorumluluğu ile ilgili olarak açılacak davalarındaki zamanaşımı süresi, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıldır. Ancak, satıcının alıcıya karşı daha uzun bir süre için sorumluluk üstlenmesi de mümkündür (TBK m. 231). Oysa, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmediği neticesini doğuran aliud ifa söz konusu olduğunda, genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre uygulama alanı bulacaktır (TBK m. 146). Diğer taraftan, satıcının satılandaki ayıp nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, alıcının TBK m. 223'de öngörülen külfetleri yerine getirmesi gerekirken; aliud ifa ile karşı karşıya kalan alıcının bu külfetleri yerine getirmesine gerek olmadan, satıcının sorumluluğunu gündeme getirmesi mümkündür.

reysel olarak değil, yalnızca çeşidi belirtilmek suretiyle miktar olarak belirlenmektedir⁵⁶. Dolayısıyla çeşit borçlarının ifası bakımından kural olarak imkânsızlık söz konusu olmaz⁵⁷. Satıcı, aynı çeşitten başka bir malı, mülkiyeti devir amacıyla teslim etmekle alıcıya karşı sahip olduğu borcundan kurtulmuş olur.

Diğer taraftan, artırma yoluyla satışa konu olan sanat eserleri ile antika niteliğindeki eşyaların kimi hâllerde sınırlı cins borcunun konusunu oluşturması da mümkündür. Mesela, satış konusunun “*Fikret Mualla imzalı herhangi bir tablo*” ya da “*1902 yılında üretilen R-1 serili Singer marka dikiş makinelerinden herhangi biri*” şeklinde belirlenmesi hâlinde, burada bir sınırlı cins borcu bulunmaktadır. Söz konusu borcun, çeşit (cins) borcundan farkı, bu borcun ifasının da parça borcu gibi imkânsız hâle gelebilmesindedir. Bununla birlikte, müzayede işletmesinin artırma yoluyla gerçekleştirilen satış sözleşmesinden doğan borcu, sınırlı cins borcu olarak nitelendirilemez. Zira artırma yoluyla satışa sunulan eşyanın, ayırt edici tüm özellikleri ile belirgin hâle getirilmesi ve bu bakımdan müzayede işletmesinin borcunun bireyselleştirilmesi şarttır. Bu da, ortada bir parça borcu bulunduğuna işaret eder.

Artırma yoluyla yapılan satış sözleşmeleri bakımından aliud ifanın varlığından bahsedilebilmesi için, müzayede öncesinde veya müzayede sırasında teşhir edilen ve satışı konusunda taraflar arasında mutabık kalınan eşya ile alıcıya teslim edilen eşyanın birbirinden farklı olması gerekir⁵⁸. Aliud ifa söz konusu olduğunda, müzayede işletmesi, satışı hususunda alıcı ile anlaşmış oldukları şeyin kendisini değil, bir

⁵⁶ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 10. Bası, İstanbul 2012, sh. 7; Selahâttin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 12; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, sh. 591; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, sh. 110; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, sh. 40; Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı C: 1-2, (çev.: Cevat Edege), Ankara 1983, sh. 55. Söz konusu hükme göre, çeşit borçlarında hukukî ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz.

⁵⁷ Kılıçoğlu, sh. 849; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, sh. 323.

⁵⁸ Honsell, sh. 81; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No: 44; Tandoğan, sh. 172; Eren, Özel Hükümler, sh. 133.

başkasını teslim etmiş bulunmaktadır. Buna karşılık, müzayede esnasında teşhir edilmek suretiyle satışa sunulan ve alım satımı konusunda taraflar arasında mutabık kalınan şey ile alıcıya teslim edilen şeyin aynı olmasına rağmen, söz konusu eşyada alıcıya bildirilen nitelikler ya da eşyada dürüstlük kuralı uyarınca mevcut olması gereken özellikler bulunmuyorsa, satılanın ayıplı olduğu kabul edilmelidir⁵⁹.

Konuyu örnek vererek somutlaştırmaya çalışalım: Antika eşyaların konu edildiği bir müzayedede, artırmaya katılan kişilere, müzayede kataloğunda fotoğrafları da bulunan Fabergé ismiyle ünlenmiş, gümüş bir likör takımı teşhir edilmiş, ancak artırma yoluyla yapılan bu satış neticesinde takımı satın alan alıcıya, bunun yerine, Viktorya dönemi İngiliz likör takımı teslim edilmiştir. Diğer bir olasılıkta ise, müzayede işletmesi, artırma sırasında teşhir etmiş olduğu ve alıcının, en yüksek peyi sürerek satın aldığı orijinal Fabergé takımın birebir kopyasını (sahatesini) alıcının adresine göndermiştir. Bu örneklerde, müzayede işletmesi tarafından ortaya konulan bir aliud ifa söz konusudur.

Buna karşılık, müzayede işletmesinin “875 ayarlık ve 7 parçalık Fabergé gümüş likör takımı” adı altında sergilediği ve artırma yoluyla satışını gerçekleştirerek alıcıya teslim ettiği takımın, aslında gümüş olmadığını, bunun yerine gümüş kaplama olduğunun ortaya çıkması hâlinde, satılanla ilgili olarak bildirilen (zikir ve vaat edilen) niteliklerde ayıp olduğu söylenecektir. Aynı şekilde, Fabergé adı altında teşhiri yapılarak artırmaya çıkarılan ve satış neticesinde alıcıya teslim edilen takımın aslında gerçek bir Fabergé olmadığını sonradan ortaya çıkması ihtimalinde de, aliud ifa değil, satılanın ayıplı olarak teslimi söz konusu olacaktır. Dikkat edilecek olursa, bu örneklerde müzayede işletmesi tarafından alıcıya teslim edilen şey, satışı hususunda taraflarca anlaşılacak şeyden bir başkası değildir⁶⁰.

⁵⁹ Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1392.

⁶⁰ Konu ile ilgili bir Yargıtay kararı için bkz.: “...Uyuşmazlık, satıcı tarafından düzenlenen 28.6.1997 tarihli proforma faturada 1993 model olarak gösterilen makinelerin yapıtılan ekspertiz incelemesinde 1980 model olduğunun anlaşılması nedeniyle sözleşmenin feshi, verilen iadesi, bu mümkün olmadığı takdirde bedelden tenzilat ile fazla ödemenin istirdadı isteminden kaynaklanmaktadır. ... Davacılar 1993 model makine yerine 1980 model makine teslim edildiğini, bir başka anlatımla doktrinde “aliud” teslim olarak tanımlanan, satın almandan başka bir şeyin teslim edildiğini iddia etmişlerdir. Ayıplı mal teslimi ile sözleşme konusu şeyden başka bir şeyin teslimini birbirinden ayırmak gerekir. Bu ayrımın önemi uygulanacak olan kanun hükümleri ve meydana çıkacak

c) *Ayıptan doğan sorumluluk ile temel yanılması arasındaki ilişki*

Artırma yoluyla yapılan satış neticesinde elde edilen eşyada ayıp bulunması hâlinde, alıcının, müzayede işletmesinin ayıp nedeniyle sorumluluğunu ortaya koyan hükümlerden yararlanmak yerine, temel yanılmasına ilişkin hükümlere başvurup başvuramayacağı da konumuzla ilgili önemli meselelerden birini oluşturmaktadır. Nitekim, özellikle sanat eseri ya da antika niteliğinde eşyaların satışa sunulduğu müzayedelerde, alıcının, satış sözleşmesinin kuruluşu esnasında, satılanı, aslında gerçekte olmayan niteliklere sahip olduğunu düşünerek satın almış olması, ihtimal dâhilindedir: Bir müzayede şirketinden orijinal olduğunu zannederek aslında sahte bir tablo satın alan alıcı örneğinde olduğu gibi. Bu durum, satış konusu eşyada ayıp bulunduğu şeklinde

hukukî sonuçlarında kendini gösterir. Doktrinde ve yerleşik yargı kararlarında satılan şeyin ayıplı olduğu bir başka anlatımla ifanın ayıplı olarak değerlendirildiği durumlarda BK m. 194 (TBK m. 219) hükmünün, aliud teslim söz konusu ise BK m. 96 (TBK m. 112) hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu durumda uyumsuzluğun çözümünde öncelikle davacıların finansal kiralama konusu makineleri görerek satın alıp almadığı, yani davacıların gördüğü ve belirlediği makinelerin davacılara teslim edilip edilmediğinin saptanması gerekir. Eğer davacılar makineleri görüp belirleyip bu makinelerin finansal kiralama yolu ile kiralanması için davalıya başvurmuş ve davacıların görüp belirledikleri makineler davacılara teslim edilmiş ise aliud teslimden değil ayıplı ifadan söz edilir ve TTK ve BK'nın ayıba ilişkin hükümleri uygulanır. Aksi hâlde davacıların malı görüp belirlemeden proforma faturada yazılı nitelikte malı finansal kiralama yoluna gitmişlerse 1993 model makine yerine 1980 model makine teslimi sözleşmeye uygun ifa etmeme (aliud teslim) hâlini oluşturur". Bkz. Yarg. 19. HD, 26.11.2004 tarih ve 1917/11686 sayılı kararı: (<http://www.kazanci.com>) (erişim tarihi: 20.12.2015). Konu hakkında diğer bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 20.2.1990 tarih ve E. 1988/9372, K. 1990/1085 sayılı kararı.

değerlendirilebileceği gibi, alıcının, temel yanılması⁶¹ ile karşı karşıya olduğu şeklinde de açıklanabilir⁶².

Türk Borçlar Kanununda yer alan ve satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu ortaya koyan hükümler ile yanılma hakkındaki hükümler arasında belli bir takım farklar bulunmaktadır. İlk fark, alıcı tarafından ortaya atılan iddialar bakımından söz konusu olan ve yasal olarak uyulması gereken sürelerle ilişkindir. TBK m. 231/f. 1 hükmü, satıcının, satılandaki ayıplardan doğan sorumluluğuna ilişkin her türlü davanın, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını belirtmektedir. Buna karşılık; TBK m. 39/f. 1 hükmü uyarınca, yanılma veya aldatma sebebiyle sözleşme yapan taraf, yanılma

⁶¹ Bilindiği gibi TBK m. 32 hükmü uyarınca, saikte yanılma, kural olarak esaslı yanılma sayılmaz. Bununla birlikte, şayet yanılan, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saymış ise ve yanılanın bu düşüncesi, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları ile örtüşüyor ve sözleşmenin karşı tarafınca da bilinebilir nitelikte ise yanılma esaslı sayılır. Saikte yanılmanın esaslı nitelikte sayıldığı bu hâller öğretide temel yanılma olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda bkz. Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1), 6. Bası, İstanbul 2014, sh. 400; **Oğuzman/Öz**, sh. 101; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 429; **Eren**, Genel Hükümler, sh. 386; **Kılıçoğlu**, sh. 191; Pierre **Tercier**, Le droit des obligations, 4^e édition, Genève 2009, sh. 172; **von Tuhr**, sh. 285. Bu konuda ayrıca bkz. Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, sh. 44 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, sh. 98; Ingeborg **Schwenzer**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, sh. 284; Peter **Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, sh. 176; **Antalya**, sh. 224; Erol **Cansel/Çağlar Özel**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Ankara 2014, sh. 158; Mehmet **Ayan**, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, Konya 2012, sh. 175.

⁶² **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 408; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 104; **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1386; **Tercier**, sh. 174; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, sh. 79; **Oğuzman/Öz**, sh. 103; **Gümüş**, sh. 66; **Antalya**, sh. 228. Aynı şekilde, ayıplı eşyanın satın alınması konusunda alıcının iradesi, müzayede işletmesi tarafından kasten sakatlanmış; diğer bir anlatımla alıcı kasten bir saikte yanılma içerisine düşürülmüş ise, ortada TBK m. 36/f. 1 anlamında bir aldatma hâli de bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucunda bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

veya aldatmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirip, verdiği şeyi geri isteyebilecektir⁶³.

Adı geçen hükümler vasıtasıyla ortaya konan bu husus, özellikle yanılmanın, artırma yoluyla satın alınan eşyanın alıcıya devrinden iki yıl geçtikten sonra öğrenilmesi hâlinde önem kazanmaktadır. Buna göre, satış konusu eşyanın alıcıya devrinden itibaren iki yıl geçmiş olsa bile, alıcının satıldandaki ayıbı (ve dolayısıyla temel hatasına düştüğünü) bu sürenin geçmesinden sonra öğrendiği durumlarda, alıcı -yanılmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde- iptal hakkını kullanabilecek ve satış konusu eşya için müzayede işletmesine ödemiş olduğu bedeli geri isteyebilecektir.

Söz konusu hükümler arasındaki diğer bir fark da, müzayede işletmesinin satış konusu eşyadaki ayıp nedeniyle sorumlu tutulmasını isteyen alıcının, TBK m. 223'de öngörülen satılanı gözden geçirme ve ayıbı satıcıya bildirme külfetlerini yerine getirmek zorunda olmasına karşılık; yanılma nedeniyle satış sözleşmesini iptal edecek olan alıcının, herhangi bir külfeti yerine getirmesine gerek olmayışdır.

Ayıptan doğan sorumluluk ile yanılma hükümleri arasındaki üçüncü bir fark ise, alıcının, satıcı (müzayede işletmesi) karşısında kullanabileceği seçimlik hakların varlığı ile ilgilidir. Satış konusu eşyadaki ayıp nedeniyle müzayede işletmesinin sorumluluğuna hükmedilmesi hâlinde, alıcının, örneğin ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme gibi bir takım seçimlik haklara (TBK m. 227) sahip olmasına ve sözleşmenin bu şekilde ayakta tutulmasını sağlama imkânını elinde bulundurmasına rağmen; yanılma nedeniyle iptal hakkını kullanan alıcı, bu gibi haklardan yoksun kalmaktadır.

⁶³ Bilindiği gibi, temel yanılması sebebiyle sözleşmeyi iptal etmek isteyen alıcının, TBK m. 39/f. 1 hükmü gereği, yanılmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde iptal hakkını kullanması gerekir. Bu süre dışında, alıcının uyması gereken herhangi bir üst süre sınırı mevcut değildir. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, "Picasso kararı" ismi ile ünlenen kararı ile, alıcının, temel yanılması sebebiyle sözleşmeyi iptal edebilmek için İsvBK m. 31 (TBK m. 39) dışında herhangi bir üst süre sınırına tâbi olmasa da, satıcıya ödemiş olduğu bedelin iadesini talep hakkını sınırsız bir süre içinde kullanamayacağına işaret etmiştir. Mahkeme, söz konusu kararda, temel yanılmasına düşen alıcının, satıcıya ödemiş olduğu bedelin iadesini, ancak İsvBK m. 67/f. 1 (TBK m. 82/f. 1) hükmü uyarınca ödemenin yapıldığı (sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği) andan itibaren 10 yıl içinde dava açarak talep edebileceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. ATF 114 II 131.

Satın aldığı eşyanın ayıplı olduğunu fark eden alıcının, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu hakkındaki hükümlere başvurmak yerine, temel yanılmasına ilişkin hükümlere başvurma imkânına sahip olup olmadığı tartışmalı bir konudur. İsviçre Federal Mahkemesi, bu durumda alıcının, ister ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine, isterse yanılma nedeniyle sözleşmenin iptali yoluna gidebileceğini, dolayısıyla bu imkânları seçimlik olarak kullanabileceğini kabul etmektedir⁶⁴. Federal Mahkemeye göre, temel yanılması nedeniyle iptal hakkını kullanacak olan alıcının, satıcının ayıp nedeniyle sorumluluğunu ortaya koyabilmesi için kanunda öngörülen külfetleri yerine getirmesine de gerek yoktur. Görüldüğü gibi İsviçre Federal Mahkemesi, bu yaklaşımı ile, satın aldığı eşyada ayıp bulunan alıcı lehine önemli bir kolaylık yaratmıştır⁶⁵. Satıcının satıldandaki ayıptan sorumlu tutulmasını sağlamak için gerekli külfetleri yerine getirmemiş olan veya bu konudaki taleplerde bulunması kanunda öngörülen zamanaşımı süresine takılan alıcı, bu yaklaşım sayesinde, temel yanılması hükümlerine başvurarak satış sözleşmesinin iptalini sağlayabilecektir⁶⁶. Konu, öğretide de farklı görüşlerin ortaya atılmasına sebebiyet vermiştir.

Bir görüş, Federal Mahkemenin yaklaşımına karşı çıkararak, satılanın ayıplı olması hâlinde yalnızca ayıp sorumluluğuna ilişkin hükümlerle-

⁶⁴ Orijinal olduğu zannedilerek satın alınan bir tablonun aslında sahte olduğunun ortaya çıkması hâlinde, alıcının istediği (satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna veya temel yanılmasına ilişkin) hükme başvurma imkânına sahip olduğu yönündeki hüküm, İsviçre Federal Mahkemesinin Van Gogh kararından (ATF 82 II 411) sonra Picasso kararı (ATF 114 II 131) ile de yinelenmiştir. Söz konusu hükümler arasında yarışma bulunduğu yönündeki diğer kararlar için bkz. TF 4C.197/2004; ATF 127 III 83; TF 4C.456/1999; ATF 126 III 59; ATF 109 II 319; ATF 108 II 102; ATF 106 II 32; ATF 102 II 103; ATF 98 II 15.

⁶⁵ Bu hususta 4.6.1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul kararı da dikkat çekicidir. Karar, her ne kadar incelemekte olduğumuz konu ile doğrudan ilgili olmasa da, Yargıtay'ın bu konu hakkında İsviçre Federal Mahkemesi ile aynı görüşü paylaştığı, kararda verilen bir örnek bağlamında gözler önüne serilmektedir: "...Esasen bir durum için kanunda ayrıca hüküm konulmuş olması, o durum hakkındaki hükmün kabul ettiği neticeleri doğuracak olan başka hükümlerin dahi o duruma tatbik olunmasına engel sayılmamaktadır. Nitekim; satılan malın ayıplı olması hâlinde Borçlar Kanununun 203. maddesi uyarınca aktin feshi istenebileceği gibi Borçlar Kanununun 24. maddesinin 4. bendi hükmünce vasıfta yanılma esasına dayanılarak da aktin feshi cihetine gidilebilir". Bkz. 4.6.1958 tarih ve 15/6 sayılı Yarg. İBK kararı.

⁶⁶ Bkz. **Renold**, sh. 6.

rin uygulanması gerektiğini, zira bu hükümlerin temel yanılmasını düzenleyen hükme göre özel hüküm niteliğinde olduğunu ve özel hükmün varlığının, genel nitelikteki hükmün uygulanmasını engelleyeceğini savunmaktadır⁶⁷. Bu görüşe göre, alıcının kendisine düşen külfetleri yerine getirmeyi ihmal etmesi ya da taleplerinin zamanaşımına uğraması hâlinde, genel nitelikteki (temel yanılmasına ilişkin) hükümlerin uygulama alanı bulacağını iddia ederek alıcı lehine ek bir koruma sağlamak, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan satıcı nazarında hukuk güvenliği ilkesini zedeleyecektir⁶⁸. Öğretideki diğer bir görüş ise, temel yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etmek isteyen alıcının, öncelikle satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan satılanı gözden geçirme ve ayıbı bildirme gibi külfetleri yerine getirmesi gerektiğini savunmaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre, alıcının yanılma nedeniyle iptal hakkını kullanması, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu ortaya koyan şartların gerçekleşmesine bağlanmalıdır⁶⁹.

Bizim de iştirak ettiğimiz üçüncü bir görüşe göre ise, satıcının satıldaki ayıp nedeniyle sorumluluğunu ortaya koyan hükümler ile temel yanılmasını düzenleyen hüküm arasında özel nitelikteki hüküm-genel nitelikteki hüküm şeklinde bir ilişki kurulması doğru değildir⁷⁰. Nitekim, söz konusu hükümler birebir aynı konu hakkında düzenleme getirmedikleri gibi, bunların uygulama alanları da birbirinden farklı olgulara yöneliktir⁷¹. Gerçekten, yanılma hükümleri sözleşmenin kuruluş

⁶⁷ **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1387-1388; **Engel**, sh. 50; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 105; **Honsell**, sh. 121; **Pierre Cavin**, Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbband, Kauf, Tausch und Schenkung, Basel 1977, sh. 117; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, § 42, No. 63.

⁶⁸ **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1387-1388; **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 105.

⁶⁹ **Alfred Schubiger**, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Bern 1957, sh. 132 vd. (**Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1387'den naklen).

⁷⁰ Bkz. bu görüşte **Eugen Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. 3. Aufl., Zürich 1988, sh. 109; **Giger**, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 61; **Keller/Siehr**, sh. 109; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 410, 412; **Eren**, Özel Hükümler, sh. 186; **Oğuzman/Öz**, sh. 104, dn. 198; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 440-442; **Yavuz**, sh. 221; **Gümüş**, sh. 67; **Şahiniz**, sh. 193.

⁷¹ **Eren**, Özel Hükümler, sh. 186.

aşaması ile ilgili olup, ayıp hükümleri ifa aşamasına ilişkindir⁷². Diğer taraftan, ikinci görüşte savunulduğu gibi, bir hükmün uygulanabilirliğini, kendisiyle herhangi bir somut bağlantısı bulunmayan başka bir hükmün uygulanması koşullarına bağlamak da hukuk tekniği bakımından isabetli bir yaklaşım olmaz. Dolayısıyla, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de benimsediği görüş doğrultusunda, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri ile temel yanılması hakkındaki hükümler arasında bir yarışma olduğunu kabul etmek ve bu nedenle de alıcının ister müzayede işletmesinin ayıptan doğan sorumluluğunu ortaya koyan hükümlere, isterse temel yanılmasına ilişkin hükme başvurabileceğini savunmak bize en doğru çözüm yolu olarak görünmektedir⁷³.

Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği bazı kararlarda⁷⁴ ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine dayanarak dava açan alıcının TBK m. 39/f. 1 hükmü uyarınca satış sözleşmesini onamış sayılacağına, dolayısıyla söz konusu davanın reddedilmesi hâlinde artık yanılma hükümlerine başvurarak sözleşmeyi iptal edemeyeceğine hükmetmiştir. Nitekim borçlunun (satıcının) sözleşmeden doğan borçlarını gerektiği gibi yerine getirmediğini ileri süren alacaklı (alıcı) bu iddiasında bulunurken, borçlu ile aralarında gerçekleşmiş olan sözleşmenin geçerli olduğu olgusuna dayanmaktadır. Onun, bu iddiasını kanıtlayamaması durumunda, artık sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi mümkün olmamalıdır. Federal Mahkeme, bunun tersinin ise mümkün olduğuna hükmetmiştir⁷⁵. Yani, ilk olarak yanılma hükümlerine başvuran alıcı, davanın kendi aleyhine sonuçlanması hâlinde -ve buna ilişkin şartları gerçekleştirmek koşuluyla- satıcının ayıptan doğan sorumluluğu hükümlerine başvurabilecektir⁷⁶.

⁷² Kocayusufpaşaoğlu, sh. 411.

⁷³ Bununla birlikte, şayet satış sözleşmesi yapılırken satıldaki belirli özelliklerin bulunmaması hâlinde satıcının sorumlu tutulamayacağı yönünde alıcı ile satıcı arasında bir anlaşma yapılmışsa, artık alıcının söz konusu özelliklerin satılarda bulunmadığını gerekçe göstererek hataya düştüğünü ileri sürmesi ve sözleşmeyi iptal etmesi mümkün olmayacaktır. Bu doğrultudaki bir Federal mahkeme kararı için bkz. TF, 4C.456/1999.

⁷⁴ ATF 127 III 83; ATF 88 II 410; TF 24.6.2005, 4C.43/2005; TF 27.9.2004, 4C.197/2004.

⁷⁵ Bkz. TF, 2.12.2010, 4A.551/2010.

⁷⁶ Becker, sh. 286-287.

4) Satılanın ayıbı ve zaptı nedeniyle müzayede işletmesinin sorumluluğuna ilişkin taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı

a) *Türk hukukundaki durum*

İsteğe bağlı açık artırma yoluyla satın aldığı eşyada ayıp bulunan veya bu eşyaya üstün nitelikte hakka sahip olan üçüncü bir kişi tarafından el konulan alıcının, müzayede işletmesine karşı ayıp ya da zapta ilişkin taleplerde bulunabilmesi için, kanun tarafından öngörülen zamanaşımı sürelerine uyması gerekmektedir.

Bu doğrultuda, müzayede işletmesinin artırma yoluyla satışını gerçekleştirdiği eşyadaki ayıptan doğan sorumluluğu, alıcının TBK m. 231'de öngörülen zamanaşımı sürelerine uyararak hareket etmesine bağlıdır. Söz konusu hüküm uyarınca, artırma yoluyla satın alınan eşyanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, eşyanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Satış konusu eşyadaki ayıp, bu sürenin sona ermesinin ardından ortaya çıksa dahi zamanaşımı süresi değişmez. Bununla birlikte, şayet müzayede işletmesi, sattığı eşyayı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, örneğin, eşyadaki ayıbı alıcıdan hile ile gizlemişse, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz (TBK m. 231/f. 2).

Öte yandan, müzayede işletmesinin, artırma yoluyla sattığı eşyalardaki ayıplar nedeniyle kanunda öngörülenden daha uzun bir süre için sorumluluk üstlenmesi -mesela ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin her türlü davanın, satış konusu eşyanın alıcıya devrinden başlayarak üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını kabul etmesi- mümkündür. Keza alıcı, ayıba ilişkin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini zamanında yerine getirmiş ise, zamanaşımı süresi geçmiş olsa bile müzayede işletmesinin satış bedeli talebine karşı, ayıptan doğan haklarını def'i olarak ileri sürebilecektir⁷⁷.

Ayıptan doğan sorumluluktan farklı olarak, satılanın zaptından doğan taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı konusunda Türk Borçlar Kanununda herhangi bir özel düzenleme mevcut değildir. Bu bakımdan, artırma yoluyla satın aldığı eşyaya el konulan alıcının müzayede işletmesine karşı zapt nedeniyle ileri sürebileceği taleplerin genel hükümlere göre (TBK m. 146) on yıl içinde zamanaşımına uğrayacağını ka-

⁷⁷ Gümüş, sh. 117.

bul etmek gerekir⁷⁸. Yargıtay'a göre, zapttan doğan sorumlulukla ilgili davaların tâbi olduğu on yıllık zamanaşımının başlangıcı, zapta ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihtir⁷⁹.

b) İsviçre hukukundaki gelişmeler

Satıcının ayıp ve zapt nedeniyle sorumluluğuna ilişkin taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı konusunda İsviçre Borçlar Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ile benzer hükümler ihtiva etmektedir. Özellikle 16 Mart 2012 tarihli federal yasa ile kabul edilen ve 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren İsvBK m. 210 hükmünde yapılan değişiklik neticesinde, satılândaki ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin her türlü davanın, eşyanın alıcıya tesliminden başlayarak iki yıl⁸⁰ geçmekle zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiş ve böylece TBK m. 231/f. 1 hükmü ile bir paralellik meydana gelmiştir. Aynı şekilde satılanın zaptından doğan taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı bakımından İsviçre Borçlar Kanunu'nda da herhangi bir özel düzenleme bulunmamakta; bu taleplerin genel hükümlere göre (İsvBK m. 127) on yıl içinde zamanaşımına uğrayacağı İsviçre hukukunda genel olarak kabul görmektedir⁸¹.

Bununla birlikte İsviçre hukukunda, satılanın kültür varlığına ait bir eşya niteliği taşıması durumunda, satıcının ayıp ve zapttan doğan sorumluluğuna ilişkin olarak farklı bir zamanaşımı süresinin benimsendiği görülmektedir⁸². İsviçre Borçlar Kanunu, kültür varlığına ilişkin eşyaların satışı ile ilgili olarak, satıcının söz konusu eşyanın ayıplarından veya zaptından sorumluluğuna ilişkin davaların, alıcının maldaki ayıpları ya da zaptı öğrenmesinden başlayarak bir yıl ve her hâlde satış sözleşmesinin kuruluşundan itibaren 30 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı hususunu ortaya koymaktadır (İsvBK m. 210/f. 3 ve İsvBK m. 196a). Söz konusu hükümler, Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthâl, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alı-

⁷⁸ Yavuz/Acar/Özen, sh. 118; Zevkliler/Gökyayla, sh. 149; Tandoğan, sh. 162.

⁷⁹ Yarg. 1. HD, 16.12.2009 tarih ve 11411/13279 sayılı kararı; Yarg. 1. HD, 1.11.1976 tarih ve 10332/10527 sayılı kararı. Diğer bir görüş ise, zamanaşımı süresinin satış sözleşmesinin kurulması ile başlayacağını savunmaktadır. Bkz. Gümüş, sh. 57.

⁸⁰ Bu süre, hükmün önceki hâlinde bir yıl olarak kabul edilmişti. 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu m. 207 hükmü uyarınca da bu süre bir yıl olarak öngörülmüştü.

⁸¹ Bkz. Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 94; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1367-1368.

⁸² Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 120; Venturi/Zen-Ruffinen, sh. 1380; 1461.

nacak Tedbirlerle İlgili Sözleşme⁸³ (1970 tarihli UNESCO Sözleşmesi) çerçevesinde oluşturulan 20 Haziran 2003 tarihli Kültür varlıklarının devri hakkındaki federal yasanın⁸⁴ bir uzantısı olarak İsviçre Borçlar Kanunu'na dâhil edilmiş ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1970 tarihli UNESCO Sözleşmesine göre, kültür varlığı sayılan değerler, dinsel nitelikte olsun veya olmasın, her devlet tarafından arkeoloji, tarih öncesi, tarih, sanat veya bilim için önemli olarak gösterilen ve Sözleşmenin ilk maddesinde yer alan kategorilere⁸⁵ giren unsurlar olarak tanımlanmaktadır (m. 1).

⁸³ Adı geçen Sözleşmeye, 25.12.1979 tarih ve 2256 sayılı kanunla Türkiye'nin de katılımı uygun bulunmuş ve uluslararası sözleşme, onaylanarak 26.1.1981 tarih ve 17232 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin tam metni için bkz. http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/yerinden_edilmis_k_v/1970_SOZLESME.pdf (erişim tarihi: 20.12.2015).

⁸⁴ Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (Loi sur le transfert des biens culturels, LTBC) du 20 juin 2003.

⁸⁵ Bu kategoriler şu şekilde sıralanmaktadır:

- a) Az bulunur zooloji, botanik, mineroloji ve anatomi örnekleri ile koleksiyonlar, paleontoloji bakımından değer taşıyan nesnelere;
- b) Bilim ve teknik tarihi ile askeri ve sosyal tarihi kapsayan tarihe, ulusların idare adamlarının, bilginlerinin, düşünür ve sanatçıların hayatlarına ve önemli olaylara dair varlıklar;
- c) Kanuna uygun veya aykırı olarak yapılan kazı ve arkeolojik bulgu ürünleri;
- d) Tarih ve sanat değeri taşıyan anıtlar ile arkeolojik sitelerden artakalmış kırık, dağınık parçalar;
- e) Yüz yıldan daha eskiye ait sikke, hakkedilmiş (oyularak yapılmış) mühür, kitate ve benzeri şeyler;
- f) Etnolojik gereçler;
- g) Sanat değeri bulunan aşağıda gösterilmiş varlıklar:
 - I) Her türlü satıh üzerine, her türlü malzeme ile ve elle yapılmış tablolar, resimler, desenler (elle süslenmiş imalat ürünleri ile sanayie dair desenler bunların dışındadır);
 - II) Her türlü malzemedan yapılmış orijinal heykeller, heykelcilik sanatına ilişkin ürünler;
 - III) Orijinal gravürler, baskılar ve taş basmalar;
 - IV) Her türlü malzemedan meydana getirilmiş sanat değeri bulunan montajlar ve asanblajlar;
- h) Az bulunur el yazmaları, 1500 yıllarından önce yapılmış baskılar, tarih, edebiyat ve bilim yönünden özel önem taşıyan eski kitaplar, yayınlar, belgeler (tek veya koleksiyon hâlinde);
- i) Posta ve damga pulları ile benzeri pullar (tek veya koleksiyon hâlinde);

Gerek 1970 tarihli UNESCO Sözleşmesinin, gerekse 2003 tarihli Kültür Varlıklarının Devri Hakkındaki İsviçre Federal yasasının amacı, kültür varlığına ait değerlerin haksız bir biçimde asıl sahibinin elinden alınmasının ve yasa dışı yollarla yurtdışına çıkarılmasının önüne geçmektir. Bu çerçevede özellikle 2003 tarihli yasa, kültür varlığına ait unsurların ticaretini yapan sanat tacirleri ile müzayede işletmeleri gibi kültür varlıklarını konu alan hukukî işlemleri gerçekleştiren kişiler hakkında özenle hareket etme başlığı altında bir takım yükümlülükler öngörmektedir. Yasaya göre, kültür varlıklarını konu alan eşyaların ticaretini yapan veya bu eşyaları artırma yoluyla satışa sunan kişiler, söz konusu eşyaların çalıntı olup olmadığını, kaçak kazılar sonucu elde edilip edilmediğini ve ülkeye yasa dışı yollarla sokulup sokulmadığını denetleme ve edindikleri her kültür varlığı için, bunun nereden edinildiğini, alış fiyatını ve satıcısının kimliğini gösteren sicili tutma şeklinde bir takım yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır (LTBC m. 16). Özen ödevini gerektiği gibi yerine getirmeyen bu kişiler hakkında söz konusu yasa uyarınca bir takım cezaî yaptırımlar da öngörülmüştür⁸⁶.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 2003 tarihli yasa (LTBC) dikkate alınarak yapılan değişiklik ile, satış konusu eşyanın kültür varlığına ait bir eşya niteliği taşıdığı hâller bakımından, satıcının hem zapttan hem de ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin davaların tâbi olduğu zamanaşımı sürelerinin uzatıldığı ve 30 yıllık bir zamanaşımı süresinin kabul edildiği görülmektedir⁸⁷. İsviçre Borçlar Kanunu'nda LTBC dikkate alınarak gerçekleştirilen bu değişiklik ve yenilikler, İsviçre öğretisinde bazı eleştirilere uğramıştır. Bu eleştiriler, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki değişikliklerin yalnızca, sahibinin elinden haksız bir şekilde alınmış olan kültür varlığına ait bir eşyanın, bunu iyiniyetle satın alan alıcının elinden alınmasının (zaptının) olumsuz sonuçlarını bertaraf etmeye ve dolayısıyla alıcının, satış konusu eşyanın zaptı nedeniyle uğradığı zararlardan dolayı satıcının sorumluluğuna gitmesini kolaylaştırmaya yönelik olması gerektiği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle 30 yıllık zamanaşımı süresinin, satıcının yalnızca zapttan doğan sorumluluğu ile sınırlı tutulması gerektiği; her ne kadar kültür varlığına ait bir eşya

j) Arşivler (plak, fotoğraf ve sinema arşivleri dâhil);

k) Yüz yılı aşkın döşeme eşyaları ve eski müzik aletleri.

⁸⁶ Bkz. bu konuda **Gabus/Renold**, Art. 16, No: 13.

⁸⁷ **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 120; **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1380; 1461.

niteliği taşısa da satılanın ayıplı olması durumunda⁸⁸, ayıptan doğan taleplere ilişkin zamanaşımı süresinin 30 yıl değil; İsvBK m. 210/f. 1 (TBK m. 231/f. 2)'de öngörüldüğü şekliyle iki yıl olması gerektiği savunulmaktadır⁸⁹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda meydana gelen değişikliklerle paralel olarak MK m. 989 hükmünün karşılığını oluşturan İsvMK m. 934'e de yeni bir fıkra ilave edilmiş ve İsviçre hukukunda taşınır davası ile ilgili olarak önemli bir değişiklik meydana getirilmiştir. İsvMK m. 934/f. 1bis hükmüne göre, malikinin elinden iradesi dışında çıkmış olan ve 20 Haziran 2003 tarihli Kültür Varlıklarının Devri Hakkındaki Yasanın ikinci maddesinin ilk fıkrası anlamında kültür varlığı olarak kabul edilen eşyaları konu alan taşınır davası, malikin, eşyanın bulunduğu yeri ve zilyedin kimliğini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her hâlde eşyanın elinden çıkmasından itibaren 30 yıl içinde açılabilir⁹⁰.

Dolayısıyla İsvMK m. 934/f. 1bis hükmü ile meydana gelen değişiklik neticesinde, kültür varlığına ait bir eşyayı, malikin (iradesi dışında) elinden çıkar çıkmaz satın alan bir kişi, iyiniyetli dahi olsa, 30 yıl süresince bu eşyanın kendi elinden alınması, diğer bir ifadeyle kendisine karşı taşınır davası açılması tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmaktadır. Bu ihtimal göz önünde bulundurulmak suretiyle ve İsviçre Medenî Kanunu m. 934/f. 1bis hükmü ile de bir paralellik sağlamak amacıyla, İsvBK m. 196a hükmü vasıtasıyla, kültür varlığına ait olan eşyanın zaptı nedeniyle alıcı tarafından satıcıya karşı açılacak her türlü davanın, satış sözleşmesinin kuruluşundan başlayarak ancak 30 yıl geç-

⁸⁸ Kültür varlığına ait olduğu söylenerek satışı yapılan bir sanat eserinin orijinal olmadığının sonradan ortaya çıkması durumunda, bu eşyanın kültür varlığına ait bir eşya olma niteliğini kaybedip, kaybetmediği ve böyle bir durum karşısında satıcının ayıptan doğan sorumluluğu konusunda hangi zamanaşımı süresinin etkili olması gerektiği yönündeki tartışmalar için ayrıca bkz. **Gabus/Renold**, Art. 32, No: 46.

⁸⁹ Bkz. bu yönde **Becker**, sh. 280-281. Ayrıca bkz. **Tercier/Favre/Zen-Ruffinen**, sh. 121.

⁹⁰ Keza, taşınır mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılması hususunu düzenleyen MK m. 777 hükmünün karşılığını oluşturan İsvMK m. 728'e de yeni bir fıkra ilave edilmiştir. İsvMK m. 728/f. 1ter hükmü ile, kanunda öngörülen istisnalar haricinde, 20 Haziran 2003 tarihli Kültür Varlıklarının Devri Hakkındaki Yasanın ikinci maddesinin ilk fıkrası anlamında kültür varlığı olarak kabul edilen eşyalar bakımından kazandırıcı zamanaşımı süresi 30 yıla çıkarılmıştır.

mekle zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir. Kültür varlığına ait taşınır bir eşyayı satın alan kişileri koruyan bu hüküm sayesinde, alıcı, satış sözleşmesinin kuruluşundan itibaren 30 yıl boyunca, satılanın zaptı nedeniyle satıcının sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

III- Müzayede İşletmesinin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Sınırlandıran Kayıt ve Anlaşmalar

1) Genel olarak

Müzayede uygulamalarına bakıldığında, isteğe bağlı açık artırma yoluyla satışı yapılan eşyaların ayıpları veya zaptı nedeniyle müzayede işletmelerinin alıcılara karşı sahip oldukları sorumluluklarını ortadan kaldıran veya sınırlandıran kayıt ve anlaşmalara sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Genellikle müzayede (ya da artırma) şartnamesi adı verilen bir belgede yer alan bu türden kayıtlar, bu müzayedeye iştirak ederek, buradan sanat eseri veya antika niteliğindeki eşyaları satın alan kişiler açısından da hukukî etkiye sahiptir.

Sorumsuzluk anlaşması, borca aykırı davranışla zararın doğmasından evvel, alacaklı ve borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkabilecek tazminat talebinin oluşmasına tamamen veya kısmen engel olan bir sözleşme olarak tanımlanabilir⁹¹. Sorumsuzluk anlaşması, bağımsız olarak yapılabileceği gibi, asıl sözleşme içerisinde bir kayıt (kloz) olarak da yer alabilir⁹².

⁹¹ Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 878; **Eren**, Genel Hükümler, sh. 1085; **Oğuzman/Öz**, sh. 453; **Hatemi/Gökyayla**, sh. 276; **Rona Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (**Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 3), 6. Bası, İstanbul 2014, sh. 278; **Kılıçoğlu**, sh. 655; **Luc Thévenoz**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), 2e éd., Vol. 1, Art. 97-109, Genève 2012; sh. 774 vd.; **Martina Buol**, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996, No: 246; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, Band II, sh. 197; **Tercier**, sh. 260; **Schwenzer**, sh. 166.

⁹² Sorumsuzluk anlaşmaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sermet Akman**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, sh. 7 vd.; **Ali Erten**, Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, sh. 38; **Nilgün Başalp**, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, sh. 5 vd.

2) Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler

İncelemekte olduğumuz konu çerçevesinde sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu'nda farklı nitelikte hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, isteğe bağlı açık artırma yoluyla gerçekleştirilen satış sözleşmelerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları hakkındaki TBK m. 280/f. 3 hükmüdür. Bu hüküm, yalnızca isteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmeleri ile ilgili olduğundan, sorumsuzluk anlaşmaları konusundaki diğer hükümlere göre daha özel nitelikte bir düzenlemedir. Bu hükme göre daha genel nitelikte sayılan iki hüküm ise, tüm satış sözleşmeleri bakımından söz konusu olabilecek sorumsuzluk anlaşmalarına dair kurallar ortaya koymaktadır. Bunlar, satış sözleşmelerinde satıcının zapttan sorumluluğu ile ilgili olarak gerçekleştirilen sorumsuzluk anlaşmaları (TBK m. 214/f. 3) ile ayıptan sorumluluğu ile ilgili olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmalarına (TBK m. 221) ilişkin hükümlerdir. Sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili olarak bahsedilmesi gereken son hüküm ise, Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmında yer alan ve genel olarak borçlunun borca aykırılıktan dolayı sorumsuzluğuna ilişkin anlaşmalar hususunda kural- lar ortaya koyan TBK m. 115 düzenlemesidir.

Bu düzenlemelerin tamamının emredici hükümler olduğu unutulmamalıdır. Tarafların aralarında anlaşarak bu hükümlerin kendileri açısından etkili olmayacağını kararlaştırmaları mümkün değildir⁹³. Örnek vermek gerekirse, bir müzayede işletmesinin ayıp ve zapt nedeniyle hiçbir şekilde (aldatma hâli de dâhil olmak üzere) sorumlu tutulamayacağı hususunu öngören bir anlaşma, alıcı tarafından kabul edilmiş olsa dahi, TBK m. 27 hükmü gereği kesin hükümsüz sayılacaktır⁹⁴.

a) TBK m. 280/f. 3 hükmü

Sorumsuzluk anlaşmalarının konumuzla ilgili en özel nitelikteki düzenlemesi TBK m. 280/f. 3 hükmü ile getirilmektedir. Söz konusu hükme göre: "İsteğe bağlı açık artırmalarda satıcı, satılanın zaptından ve ayıplarından sorumludur. Ancak, aldatma durumu dışında, artırma

⁹³ Giger, Art. 234, No: 6; Vulliétty, sh. 1585.

⁹⁴ Bilindiği gibi TBK m. 27/f. 1 hükmü uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

koşullarında açıkça belirtip duyurmak suretiyle bu sorumluluktan kurtulabilir”.

Görüleceği gibi TBK m. 280/f. 3 hükmü, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olabilmesi için iki koşulun gerçekleşmesini aramaktadır: Bunlardan ilki, satıcının, satılandaki ayıplardan ve satılanın zaptından sorumlu olmadığını artırma koşullarında açıkça belirtip duyurmasıdır. Bunu yapmayan satıcı, satılanın ayıplarından ya da zaptından sorumlu olmadığını iddia edemeyecektir. İkinci şart ise, satıcının alıcıyı satılanın ayıpsız olduğu ya da satılanla ilgili bir zapt tehlikesi bulunmadığı konusunda aldatmış olmamasıdır. Satıcı, satılan bakımından bir zapt tehlikesi olduğunu ya da satılanda ayıp bulunduğunu biliyor, buna rağmen bunları alıcıdan gizliyor ise, onun, zapt ve ayıp nedeniyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁹⁵. Satıcının sorumluluğunun aldatma hâlinde dahi söz konusu olmayacağı, artırma koşullarında açıkça belirtilmiş ve duyurulmuş dahi olsa, bu durum, satıcıya sorumluluktan kurtulma imkânını sağlamayacaktır⁹⁶.

Kanımızca, TBK m. 280/f. 3 hükmünde zikredilen “aldatma” ifadesini, yalnızca, bir kimsenin hukukî bir işlem yapmasını sağlamak için onu kasten yanıltması şeklinde anlamamak; aldatmayı, sözleşmenin kuruluş ânı ile sınırlı olarak değerlendirmemek gerekir. Burada geçen “aldatma” ifadesi daha geniş bir biçimde anlaşılmalıdır. Örneğin müzayede işletmesinin, satış sözleşmesi kurulduktan sonra -ve hasarın alıcıya

⁹⁵ Vulliétý, sh. 1585; Giger, Art. 234, No: 6; Ruoss/Gola, sh. 1315; Honsell, sh. 189.

⁹⁶ İsteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerinde, aldatmanın kim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği de ayrı bir soru işaretidir. Bu soruya verilecek yanıt herhâlde müzayede evini (işletmesini) işleten kişi olmalıdır. İşletenin tüzel kişi olması durumunda ise, bunun yetkili organlar vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir. Bunların, satılandaki ayıp ya da zapt tehlikesi hakkında herhangi bir bilgisi olmamakla birlikte, bu hususlar yalnızca artırmayı yöneten kişi tarafından biliniyor ve buna rağmen alıcıdan saklanıyorsa, bu kişi, müzayede işletmesinin temsilcisi sayılabildiği ölçüde, satılanın ayıp ve zaptından dolayı müzayede işletmesi sorumlu olacaktır. Bilindiği gibi, TBK m. 40/f. 2 hükmüne göre “*temsilci, hukukî işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukukî işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukukî işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukukî işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur*”. Bkz. Becker, sh. 288, dn. 1124.

geçme ânına kadar- satılarda meydana gelen ayıpları alıcıdan gizlemesi, alıcıyı bu ayıplardan haberdar etmemesi durumunda da, alıcının bir aldatma hâli ile karşı karşıya olduğu kabul edilmelidir. Bunun neticesinde, taraflar arasında, müzayede işletmesinin satılardaki ayıplardan sorumlu olmayacağına dair bir anlaşma yapılmış olsa bile, aldatmanın varlığı nedeniyle bu sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüz addedilmeli ve müzayede işletmesinin sorumluluktan kurtulma imkânından yoksun olduğu sonucuna varılmalıdır.

b) TBK m. 214/f. 3 ve TBK m. 221 hükümleri

TBK m. 214/f. 3 ve TBK m. 221 hükümleri, satış sözleşmeleri bakımından, satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşmaların hangi hâllerde geçerli sayılabileceğini düzenleyen özel hükümlerdir.

Bu bağlamda TBK m. 214/f. 3 hükmü, satıcının zapttan doğan sorumluluğu ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre, satıcı, üçüncü kişinin hakkını alıcıdan gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin hükümsüz olacaktır. Satılanın, üstün nitelikte hakka sahip olan bir üçüncü kişi tarafından zapt edilebileceğini bilmesine rağmen, alıcıyı aldatarak onu sözleşme yapmaya ikna eden veya bu konuda alıcıyı uyarılmayıp sessiz kalan satıcı, üçüncü kişinin hakkını alıcıdan gizlemiş sayılır⁹⁷. Hükümde yer alan “gizlemek” ifadesinden, satıcının kasıtlı olarak hareket etmesi gerektiği yönünde bir anlam çıkmaktadır. Nitekim bir bilgi, bir kimseden ihmal suretiyle gizlenemez⁹⁸. Bu nedenle, alıcının zabıt tehlikesinin varlığından haberdar olmaması nedeniyle satış sözleşmesinin kurulması konusunda hataya düşmesine ihmali nedeniyle yol açan satıcı, ihmalinin derecesi ağır da olsa, sorumsuzluk anlaşmasından yararlanabilmelidir.

Satış sözleşmelerinde, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu hakkındaki TBK m. 221 hükmüne göre ise, şayet satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, onun ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin hükümsüz sayıla-

⁹⁷ Bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, sh. 117-118.

⁹⁸ Zaten hükmün, İsviçre Borçlar Kanunundaki karşılığını oluşturan maddede (İsvBK m. 192/f. 3), satıcının kasten/bilerek (“intentionnellement”, „absichtlich“) hareket etmesi gerektiği vurgulanmıştır.

caktır. Bu maddede, TBK m. 280/f. 3 ve TBK m. 214/f. 3 hükümlerine göre bir farklılık bulunduğu göze çarpmaktadır. Söz konusu maddelerde aldatma ve gizleme ifadeleri tercih edilmişken, TBK m. 221 hükmünde ağır kusur kavramına yer verilmiştir. Bilindiği gibi ağır kusur, hem kastı hem de ağır ihmali içine alan bir kavramdır. Dolayısıyla kanunkoyucu TBK m. 221 hükmünde “ağır kusur” ifadesini kullanarak aldatma ve gizleme şeklindeki fiilleri de kapsayan, fakat bunlara nazaran çok daha geniş kapsamlı bir kavram ortaya koymuş olmaktadır⁹⁹.

Oysa hükmün, 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu’ndaki karşılığını oluşturan 196’ncı maddesinin şu şekilde bir ifadeye sahip olduğu görülmektedir: “*Satıcı, satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlemiş ise satımda tekeffül hükmünü iskat veya tahdit eden her şart batıldır*”. Aynı şekilde hükmün, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki karşılığını oluşturan İsvBK m. 199’a bakıldığında da, madde metninde ağır kusurdan değil, tıpkı satıcının zapttan sorumluluğunun ortadan kaldırılmasını ya da sınırlandırılmasını düzenleyen TBK m. 214/f. 3 hükmünde olduğu gibi, “bilerek” ya da “aldatma yoluyla” gizleme olgusundan bahsedildiği görülmektedir¹⁰⁰.

c) TBK m. 115 hükmü

Sorumsuzluk anlaşmaları konusunda değinilmesi gereken bir diğer hüküm ise TBK m. 115 düzenlemesidir. Borçlunun, borca aykırılıktan dolayı sorumsuzluğu hususunda gerçekleştirilen anlaşmalara ilişkin genel ilkeleri ortaya koyan bu hüküm, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, borçlunun yalnızca hafif kusurundan sorumlu olmayacağını ortaya koyan anlaşmalar hukuken geçerli kabul edilmektedir.

⁹⁹ Bu değişiklik hakkındaki görüşümüz için bkz. aşağıda dn. 105 ve buna bağlı metin.

¹⁰⁰ İsvBK m. 199 hükmünün fransızca metni şöyle ifade edilmiştir: “*Toute clause qui supprime ou restreint la garantie est nulle si le vendeur a frauduleusement dissimulé à l’acheteur les défauts de la chose*”.

Hükmün almanca metni de şu şekildedir: “*Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat*”.

d) Sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği konusunda hangi hükmün uygulanacağı meselesi

Görüldüğü gibi, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği konusunda Türk Borçlar Kanunu'nda farklı düzenlemeler yer almaktadır. İsteğe bağlı açık artırma yoluyla gerçekleştirilen satış sözleşmeleri çerçevesinde yapılan sorumsuzluk anlaşmaları konusunda uygulanabilecek en özel nitelikteki hüküm TBK m. 280/f. 3 hükmüdür. Bu hükmün varlığı nedeniyle, sorumsuzluk anlaşmaları konusunda genel hüküm niteliğindeki TBK m. 115 hükmünün, artırma yoluyla yapılan satış sözleşmeleri kapsamında uygulama kabiliyetine sahip olup olmadığı ise tartışma konusudur¹⁰¹.

Öğretideki bir görüşe göre, TBK m. 280/f. 3 hükmü, TBK m. 115 hükmüne getirilen bir istisnadır¹⁰². Nitekim aynı konuyu düzenleyen iki hüküm birbiriyle çelişmektedir ve bu durumda *lex specialis derogat lex generalis* kuralı¹⁰³ uygulama alanı bulacağı için TBK m. 280/f. 3 hükmünün varlığı, TBK m. 115 hükmünün uygulanmasını engelleyecektir. Bu görüşe göre, burada, sorumsuzluk anlaşmaları konusundaki genel düzenlemeyi oluşturan TBK m. 115 hükmüne, açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmeleri bakımından bir istisna getirilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerinde, satıcı, ayıptan ve zapttan doğan sorumluluğundan, aldatma hâli (satılndaki ayıpları veya zapt tehlikesini alıcıdan bilerek gizlemesi) istisna olmak üzere kurtulma imkânına sahip olmalıdır. Hatta, açık artırma yoluyla satışı yapılan eşyanın ayıplı olarak devrinde ya da üçüncü bir kişi tarafından zapt edilmesinde satıcının ağır kusuru (mesela ağır ihmali) dahi olsa, şayet satıcı, ayıp ya da zapta ilişkin bilgiyi alıcıdan kasten gizlememiş, onu bu konuda aldatmamış ise, onun -TBK m. 115 hükmü

¹⁰¹ İsviçre Federal Mahkemesi, özel hüküm niteliğindeki İsvBK m. 199 (TBK m. 221) hükmünün, bu konudaki genel kuralı oluşturan İsvBK m. 100/f. 1 (TBK m. 115/f. 1) hükmünün uygulanmasını engelleyip engellemediği hakkındaki soruyu ise yanıtızsız bırakmıştır. Bu kararlar için bkz. ATF 126 III 59; ATF 107 II 161.

¹⁰² Bkz. bu yönde **Buol**, No: 272, 286; **Thévenoz**, sh. 784. Ayrıca TBK m. 221- TBK m. 115 ilişkisi bakımından bu yönde bkz. **Honsell**, sh. 83; **Bucher**, sh. 84.

¹⁰³ Bilindiği gibi, *lex specialis derogat lex generalis* kuralı uyarınca, bir konu hakkında uygulanabilir nitelikte iki ayrı kanun hükmünün bulunması ve bu kuralların getirdiği çözümlerin birbiriyle çelişmesi hâlinde, özel nitelikteki hükmün öncelikle (genel hükümden önce) uygulanması gerekir. Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, sh. 13.

uygulamasından farklı olarak- sorumsuzluk anlaşmasından yararlanması ve sorumluluktan kurtulması mümkün olmalıdır.

Öğretideki bir diğer görüş ise, TBK m. 280/f. 3 hükmünün varlığına rağmen TBK m. 115 hükmünün, açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacağını savunmaktadır¹⁰⁴. Bu görüşe göre, *lex specialis derogat lex generalis* kuralı burada geçerli olmaz. Nitekim bu kural, aynı konuyu düzenleyen fakat birbirleriyle çelişen, biri genel biri özel nitelikte olmak üzere iki hükmün varlığı hâlinde, hangi hükmün uygulanması gerektiği sorusunun çözümü ile alakalıdır. Burada ise, her ikisi de sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin hükümler olsa da, aynı konu düzenlenmekte değildir. TBK m. 280/f. 3 hükmü, satılardaki ayıbın ve zapt tehlikesinin alıcıdan saklanması ile ilgili olup, TBK m. 115 hükmü, genel itibariyle borçlunun ağır kusuru ile verdiği zararlar ile alakalıdır.

Öncelikle, bizim de bu son görüşe iştirak ettiğimizi söyleyelim. Az evvel de belirtmiş olduğumuz gibi, TBK m. 115 hükmü borçlunun ağır kusuru ile verdiği zararlardan sorumsuz olacağını belirten anlaşmaların kesin hükümsüz olduğu hususunu öngörmektedir. Bu bakımdan, TBK m. 280/f. 3'deki düzenlemeden farklı olarak, yalnızca satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğu ile ilgili değil, genel itibariyle ifanın hiç veya gereği gibi yapılmaması ile ilgili bir hükümdür. Bu çerçevede, örneğin satıcının kusuruyla ifanın imkânsızlaşmasına sebep olduğu hâllerde, TBK m. 280/f. 3 hükmü değil, pek tabii TBK m. 115 hükmü uygulanacaktır.

Örneğin, isteğe bağlı olarak gerçekleştirilen bir açık artırma neticesinde alıcının antika bir vazo veya orijinal bir tablo satın aldığını düşünelim. Satıcı, satış konusu eşyanın alıcıya tesliminden önce, kendi kusuruyla bu vazonun parçalanarak kırılmasına ya da tablonun tamamen yanmasına sebep olur ve ifanın imkânsızlaşmasına yol açar ise, satıcının bundan sorumlu olmayacağını öngören anlaşmanın akibeti TBK m. 115 hükmüne göre çözülür. Gerçekten, söz konusu durumda ne satılardaki ayıptan, ne de satılanın zaptından bahsedilemeyeceğine göre, taraflar arasında satıcının ayıptan ve zapttan sorumlu olma-

¹⁰⁴ Becker, sh. 289-290. Ayrıca TBK m. 221- TBK m. 115 ilişkisi bakımından bu yönde bkz. Giger, Art. 199, No: 6, Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 133; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Band II, sh. 198; Buol, No: 281; Thévenoz, sh. 784.

yacağına dair bir anlaşma yapılmış olsa bile, söz konusu anlaşmanın geçerliliği TBK m. 280/f. 3 hükmüne göre değil, TBK m. 115 hükmüne göre değerlendirilecektir. Söz konusu hüküm (m. 115), borçlunun ağır kusuruyla verdiği zararlardan sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağı kuralını öngördüğü için, somut olayda TBK m. 280/f. 3 anlamında bir aldatma hâli bulunmasa da, sorumsuzluk anlaşması geçersiz sayılacaktır.

Aksi yöndeki düşüncenin kabulü hâlinde, bir müzayede işletmesi, satılanın zaptı ve ayıplarından sorumlu olmayacağını artırma koşullarında bir kere belirtmiş ve duyurmuş olmakla, bu koşulları kabul ederek artırmadan eşya satın alan alıcıyı ayıp ya da zapt konusunda aldatması haricindeki her durumda sorumluluktan kurtulabilecektir. Hatta bu müzayede işletmesi, satış sözleşmesinden doğan borcunu ağır ihmali nedeniyle imkânsız hâle getirirse dahi, alıcı, TBK m. 280/f. 3'ün varlığının TBK m. 115 hükmünün uygulanabilirliğini ortadan kaldırması nedeniyle söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olduğunu ileri süremeyecek ve müzayede işletmesinin sorumluluğunu gündeme getirme imkânını kaybedecektir. Satış sözleşmeleri kapsamında alıcının menfaatlerini Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlere nazaran daha fazla korumayı amaçlayan özel bir takım düzenlemeler getiren ve sorumsuzluk anlaşmasındaki kayıtların yorumlanması sırasında hükmü düzenleyen (müzayede işletmesinin) değil, karşı tarafın (alıcının) lehine yorum yapılması gerektiği yönündeki ana ilkeyi ortaya koyan kanunkoyucunun böyle bir sonucu arzu etmiş olabileceğini düşünmüyoruz.

Öte yandan sırf bu nedenle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 221'inci maddesi ile meydana getirilen değişikliğin de isabetli olmadığına inanıyoruz. Yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu m. 196'da kullanılan “*satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlemiş ise*” şeklindeki ifade, TBK m. 221'de, “*satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise*” olarak değiştirilmiştir.

TBK m. 221 düzenlemesi ile güdülen amaç, madde gerekçesinde¹⁰⁵ yazıldığı gibi TBK m. 115 hükmünü tekrar etmek olmamalıdır.

¹⁰⁵ TBK m. 221 hükmünün madde gerekçesi: “818 sayılı Borçlar Kanununun 196'ncı maddesini karşılamaktadır. Tasarımın tek fıkradan oluşan 221'inci maddesinde, satıcının alıcı ile yaptığı ayıptan sorumsuzluğa ilişkin anlaşma düzenlenmektedir. 818 sayılı

Zira bu iki hükmün konuluş amaçları birbirinden farklıdır. Kanımızca, TBK m. 221 hükmü ile vurgulanması gereken husus, satılanın ayıplı olarak devredilmesinde satıcının ağır kusurlu olup olmaması değil, ayıbın alıcıdan kasten gizlenip gizlenmediğidir. Nitekim kanunkoyucu, 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesi ile ilgili olarak ortaya koyduğu (eBK m. 189, m. 196, m. 230/f. 3 gibi) özel hükümler vasıtasıyla, satılana ayıbın veya zapt tehlikesinin alıcıdan gizlenmesi olgusuna ayrı bir vurgu yapmak istemiştir¹⁰⁶. Satıcı tarafından satılana ayıbın veya zapt tehlikesinin alıcıdan gizlenmesinin, sözleşmeden doğan borçların ifasına etkisi ve bu ifa nedeniyle borçlunun (satıcının) ağır kusurlu sayılıp sayılmayacağı meseleleri hakkında yapılacak olan tartışmalardan tamamıyla bağımsız bir biçimde, alıcının bu konularda satıcı tarafından aldatılmasını sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliği bakımından yeterli kabul etmiştir. Ayıplı malın devrinde satıcının ağır kusurunun bulunması ve alıcı ile satıcı arasında akdedilmiş olan sorumsuzluk anlaşmasının böyle bir durumda geçerli olup olmayacağı meselesi zaten TBK m. 115 hükmünün uygulama alanına girmektedir.

Kaldı ki TBK m. 221 hükmünde, TBK m. 115 hükmü ile bir paralellik sağlamak isteniyordu ise, bu paralelliğin yalnızca satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalarla sınırlı olarak değil, zapttan doğan sorumluluğunu kaldıran ve sınırlayan anlaşmalar bakımından da gerçekleştirilmesi gerekirdi. Oysa, satıcının zapttan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalar bakımından TBK 115'teki kuralın tekrar edilmesine gerek duyulmamıştır. Gerçekten, TBK m. 214/f. 3 hükmünde bu konuda herhangi bir değişikliğe gidilmemiş, zapttan doğan sorumluluğu ortadan kaldıran anlaşmaların, satıcının ağır kusurlu sayıldığı hâllerde değil; önceki düzenlemede (eBK m. 189/f. 3'te) olduğu gibi, yalnızca satıcının üçüncü kişinin hakkını

Borçlar Kanununun 196'ncı maddesinin kenar başlığında kullanılan "2. Tekeffüle karşı" şeklindeki ibare, Tasarıda "2. Sorumsuzluk anlaşması" şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 196'ncı maddesinde kullanılan "hile ile gizlemiş ise" şeklindeki ibare yerine, ağır kusurun kastı, dolayısıyla hileyi ve ağır ihmâli içerdiği göz önünde tutularak, Tasarının 221'inci maddesinde "ağır kusurlu ise" şeklinde ifade edilmiştir. Kanunun 115'inci maddesinde öngörülen borçlunun ağır kusuru hâlinde sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacağına ilişkin kural burada da geçerli olacaktır". Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr> (erişim tarihi: 20.12.2015).

¹⁰⁶ Bu konuda bkz. yukarıda III-2-b'de yaptığımız açıklamalar.

gizlediği (alıcıyı aldattığı) durumlarda kesin hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir¹⁰⁷.

Müzayede işletmelerinin taraf olduğu sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği konusunda hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi ile ilgili olarak yanıtlanması gereken bir diğer soru da şudur: Acaba müzayede evlerinin gerçekleştirdiği isteğe bağlı artırma faaliyeti TBK m. 115/f. 3 hükmü bağlamında “ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen” bir faaliyet olarak adlandırılabilir mi? Nitekim şayet böyle adlandırılırsa, müzayede işletmesinin hafif kusuru ile verdiği zararlardan sorumlu olmayacağı hususunu öngören anlaşma kesin hükümsüz kabul edilecek¹⁰⁸; bu şekilde değerlendirilmezse müzayede işletmesi, artırma koşullarında açıkça belirtip duyurmak şartıyla bu konuda geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapabilecektir.

Müzayede işletmeleri tarafından gerçekleştirilen isteğe bağlı açık artırma faaliyetleri, her ne kadar resmî izinle yürütülse de, TBK m. 115/f. 3 hükmünün uygulanabilmesi için aranan tek şart bu değildir. Borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın kesin hükümsüz sayılması için, sorumluluk doğuracak olan faaliyetin aynı zamanda hekimlik, avukatlık ya da mimarlıkta olduğu gibi uzmanlık gerektiren bir iş olması da gerekir. Bize göre ise, isteğe bağlı açık artırma düzenleme işi, yukarıdaki mesleklerin icra edilmesinde olduğu gibi zorunlu bir eğitimi, diplomayı ya da bir uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat olarak nitelendirilemeyece-

¹⁰⁷ Bu durumun tutarsız bir sistem yarattığı görüşünde bkz. **Atamer**, sh. 219-220.

¹⁰⁸ Zira TBK m. 115/f. 3 hükmüne göre, 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 anlaşmalar kesin hükümsüz sayılmaktadır. 818 sayılı (önceki) Borçlar Kanunu'nda ise bu gibi faaliyetler bakımından hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmasının geçerli sayılıp sayılmayacağı hâkimin takdirine bırakılmıştı. eBK m. 99/f. 2: “*Hafif kusur hâlinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevelliit ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir*”. İsviçre Borçlar Kanunu m. 100/f. 2 hükmü de bu konuda hâkime takdir yetkisi bırakmaktadır. Bkz. **Thévenoz**, sh. 783. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, hâkimin sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmadığı hususundaki takdir yetkisi ortadan kaldırılmış ve TBK m. 115/f. 3'deki şartların varlığı hâlinde sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olacağı kuralı kabul edilmiştir.

ğinden, müzayede işletmesinin hafif kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin olarak gerçekleştirdiği sorumsuzluk anlaşması hukuken geçerli sayılmalıdır.

3) Sorumsuzluk anlaşmalarının müzayede uygulamalarındaki başlıca görünüm biçimleri

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, isteğe bağlı açık artırmalar düzenlemek suretiyle sanat eserleri ile antika niteliğindeki eşyaların satışını gerçekleştiren müzayede işletmeleri, müzayede şartnamesi adı verilen bir belge düzenleyerek artırmaya katılım koşulları, artırmanın nasıl yapılacağı ve artırmanın sonuçları gibi konular hakkında bir takım kurallar koymaktadır. Müzayede işletmesinin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran hükümler de çoğu kez bu şartname içerisinde yer almaktadır. Örneğin kimi durumlarda müzayede evleri, artırma konusu olan eşyanın gerçek değeri, özellikleri, menşei gibi konular hakkında müzayede kataloğunda yer alan hususların, satılanla ilgili vaat edilen nitelikler olmadığını, bunların uzman kişilerin kişisel kanaatlerinden ibaret olduğunu, bu hususların gerçeği yansıtmadığının sonradan ortaya çıkması durumunda sorumlu olmayacaklarını belirtmektedirler. Bu ve benzer ifadelerin varlığı hâlinde müzayede işletmesi tarafından ortaya konulmuş bir sorumsuzluk kaydı ile karşı karşıya kalılabilmektedir. Aşağıda, müzayede uygulamalarında en sık rastlanılan sorumsuzluk kayıtlarına örnek verilmeye çalışılmıştır.

a) Artırmaya sunulan eşyanın değeri hakkındaki sorumsuzluk kaydı

Sorumsuzluk kayıtlarının önemli bir bölümünü satışa arz edilen eşyaların gerçek değerine ilişkin bilgiler oluşturmaktadır. Bu bağlamda, müzayede işletmesinin satışa konu olan eşyanın gerçek değeri hakkında kesin bir bilgi ortaya koymadığını beyan etmesi ve söz konusu eşyaya biçilen değer, yalnızca kişisel düşünce ve kanaatler doğrultusunda şekillendiğini belirtmesi, bu konuda oluşturulan sorumsuzluk kaydının hüküm ifade etmesi açısından yeterli olacaktır. Gerçekten, müzayede konu olan sanat eseri ya da antika niteliğindeki bir eşyanın gerçek değerinin belirlenmesinde birden fazla kriter rol oynayabilmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Bu nitelikteki eşyaların gerçek değerlerinin tespit edilmesinde önem taşıyan kriterler şu şekilde sıralanabilir: Eserin bir koleksiyona dâhil olması, aykırı sayılabi-

b) Artırmaya sunulan eşyanın orijinalliği hakkındaki sorumsuzluk kaydı

Özellikle artırmaya konu olan eşyanın bir sanat eseri olması durumunda, bunun orijinal olup olmadığı ile ilgili olarak müzayede işletmesinin üstlendiği sorumluluğa da dikkat edilmesi gerekir. Şayet müzayede işletmesi, satışa konu olacak eserin orijinalliği konusunda bir taahhütte bulunmak istemiyorsa, bu hususun müzayede şartnamesinde açıkça ortaya konulması gerekir. Bu konu ile ilgili olarak müzayede şartnamesinde kullanılan ifadeler büyük önem taşımaktadır. Müzayede uygulamalarında sıklıkla karşılaşılan ve satışa konu olan eseri tanımlamak için kullanılan, örneğin “*Venedik ekolüne ait bir parça*” ya da “*Barbizon okulunun özelliklerini gösteren bir eser*” şeklindeki ifadeler, eserin orijinal olduğuna dair bir vaat niteliğinde olmadığı gibi, söz konusu eserin hangi yılda yapıldığına dair de alıcılara karşı bir garanti vermemektedir. Aynı şekilde, eseri yaratan kişinin adını açıkça zikretmek yerine, “*X...’e atfedilen*” şeklinde bir ifadenin tercih edilmesi de, müzayede işletmesinin orijinalite konusunda bir taahhütte bulunmak istemediği anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, müzayede işletmesi artırmaya konu olan eseri tanımlamak için “*Gentile Bellini’nin tablosu*” demek yerine, “*Gentile Bellini’ye atfedilen tablo*” şeklindeki ifadeyi kullanırsa, eseri meydana getiren kişinin kimliği hakkında bir şüphenin varlığına işaret etmekte, dolayısıyla eserin orijinalliği konusunda kesin bir bilgiye sahip olmadığını muhtemel alıcılara karşı baştan beyan etmektedir¹¹⁰.

Bununla birlikte bir müzayede evinin yalnızca belirli bir sanatçıya ait olan eserleri müzayede konusu olarak tayin ettiği müzayedelerde, eserin orijinal olmamasından dolayı sorumlu olacağı; her ne kadar taraflar arasında bir sorumsuzluk anlaşması bulunsa bile, müzayede evinin

lecek bir çalışma olması, eserin meydana getirildiği döneme ait bir popülerliğin bulunması, eserin sanatçısının bir müze koleksiyonuna dâhil olması, lokasyon bazlı farklar, eserin mevcut durumu (kondisyonu)...vs. Keza eseri meydana getiren sanatçı ile ilgili değişkenler (mesela sanatçının ölmüş olması ya da eseri ustalık döneminde yaratmış olması... vs) de eserin maddi değerinin belirlenmesinde rol oynamaktadır. Bu konuda bkz. Muazzez **Bodur**, Sanatta Etik, Ela Etik Akademi, 2015 (<http://www.slideshare.net/MuazzezBodur/sanatta-etik-muazzez-bodur>), sh. 70. (Erişim tarihi: 20.12.2015).

¹¹⁰ Becker, sh. 294.

bu anlaşmadan yararlanamayacağı savunulmaktadır¹¹¹. Örneğin, “İbrahim Çallı Resimleri” ismi altında düzenlenen bir müzayedede, satılan eserlerden birinin İbrahim Çallı tarafından yapılmadığının anlaşılması üzerine, müzayedede evinin, bu konuda yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasına dayanması mümkün değildir. Nitekim müzayedede evi, “İbrahim Çallı Resimleri” adını verdiği bir müzayedede düzenlerken, müzayedeye konu olacak resimlerin adı geçen ressam tarafından yapıldığını alıcılara karşı taahhüt etmektedir. Diğer bir anlatımla, bu durumda müzayedede evi, satılanla ilgili olarak alıcıya karşı bir nitelik bildiriminde bulunmaktadır. Bunun neticesinde, müzayedede evi tarafından alıcı nezdinde artırmaya konu olan tüm resimlerin İbrahim Çallı tarafından yapıldığı konusunda hukuken korunmaya değer bir beklenti yaratılmıştır. Bu nedenle, müzayedede evinin artık satılanın bu özelliği (eseri meydana getiren kişinin kimliği) ile ilgili olarak daha önce yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmasına dayanması, örneğin ekspertizin hatalı olarak yapıldığını gerekçe göstererek sorumlu olmayacağını ileri sürmesi mümkün olmamalıdır.

c) *Artırmaya sunulan eşyanın zaptına ilişkin sorumsuzluk kaydı*

Müzayedede şartnamelerinde yer alan sorumsuzluk kayıtları, yalnızca artırmaya sunulan eşyaların ayıplı olması durumuna özgü olmayıp, bu eşyaların üstün nitelikte hakka sahip olan bir üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi tehlikesine ilişkin olarak da öngörülebilir. Bu çerçevede, uygulamada karşılaşılan birçok müzayedede şartnamesi örneğinde, müzayedede evinin satılanın zaptından sorumlu tutulamayacağı hususunu ortaya koyan sorumsuzluk kayıtları yer almaktadır¹¹².

¹¹¹ Bkz. Becker, sh. 295.

¹¹² Bir örnek olarak bkz. Portakal Sanat ve Kültür Evi'nin Müzayedede Koşulları m. 8: “Bu müzayedede kapsamında satışa sunulan eserlerin beyan edilen vasıfları haiz olmaması, orijin itibarıyla beyana uygun olmaması ya da **hak sahibinin rızası hilafına elinden çıkmış olması durumlarında, hukukî sorumluluk, eserin satışa arzını talep edene aittir**”. Bkz. <http://www.rportakal.com/Article.aspx?PageID=17> (erişim tarihi: 20.12.2015).

d) Müzayede kataloğunda ve kondisyon raporunda yer alan diğer hususlara ilişkin sorumsuzluk kaydı

Hiç şüphesiz, artırma yoluyla satışa sunulan eşyaların mevcut durumunu ortaya koyan kondisyon raporları ile müzayede kataloglarında kullanılan ifadeler de, sorumsuzluk anlaşmasının kapsamının belirlenmesi bakımından büyük bir öneme sahiptir. Bu gibi belgelerde yer alan ifadelerin, müzayede işletmelerinin sorumlu olmayacağı hususları te-reddüde yer bırakmayacak bir açıklıkla ortaya koyması gerekir. Mese-la, satışa çıkarılan eşya ile ilgili olarak katalogda yer verilen bilgilerin birebir gerçeği yansıtmayabileceğini ortaya koyan veya bu bilgilerin, satılanın katalogun hazırlanması sırasındaki durumu ile alakalı oldu-ğunu belirten ibarelerin varlığı hâlinde müzayede evi tarafından ortaya konulmuş bir sorumsuzluk kaydından bahsedilebilecektir. Müzayede evinin, satılan malın durumu ve özellikleri ile ilgili olarak kesin bilgiyi sunamadığını muhtemel alıcılara açıkça ifşa etmesi durumunda, söz ko-nusu ifadeler müzayede uygulamalarında birer sorumsuzluk kaydı olarak kabul edilmektedir.

Satışa sunulacak olan eşyanın mevcut durumunu ortaya koyan kondisyon raporunda yer alan bazı ifadeler de, müzayede işletmesinin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımakta-dır. Artırmaya çıkarılacak olan eşyadaki özelliklerin veya eksikliklerin belgelendiği kondisyon raporunun, söz konusu eşya ile ilgili olarak ek-siksiz bir tasvirde bulunmadığı ya da raporda yer alan bilgilerin yüzde yüz bir kesinlik taşımayabileceği şeklindeki ifadelerin kondisyon raporunda veya müzayede şartnamesinde yer alması, müzayede işletmesi lehine ge-tirilmiş birer sorumsuzluk kaydı olarak değerlendirilebilir. Müzayedeye sunulacak olan eşyalar hakkında ortaya konulan hususların değişmez, mutlak ve kati bilgiler olmadığını, bu bilgilerin yalnızca müzayede evi-nin veya bunun tarafından görevlendirilen uzman kişilerin fikir ve ka-naatlerinden oluştuğunu gösteren ifadeler, müzayede evi tarafından söz konusu özellikler ile ilgili olarak bir vaatte bulunulmadığını, dolayısıyla da müzayede evinin bu çerçevede ayıptan doğan sorumluluğuna hük-medilemeyeceğini göstermektedir¹¹³.

¹¹³ Bu konuda, uygulamada karşılaşılan bazı örnekler için bkz. Alif Art Antikacılık A.Ş. Müzayede Şartnamesi m. 11: “Alıcı müzayede öncesi her malın kondisyonunu incelemeli, tarife uyup uymadığını kontrol etmelidir. Müzayedeye sunulan eserlerle ilgili olarak Alif Art tarafından katalogda veya diğer herhangi bir baskıda veya bir kondisyon

e) Sorumsuzluk kayıtlarının bir başka örneği olarak satış sözleşmesinden dönme hakkının sınırlandırılması

Sorumsuzluk kayıtlarının bir başka türü de, satıcının satıldaki ayıp nedeniyle sorumlu olduğu hâllerde, alıcının sahip olduğu seçimlik haklarından bir ya da birkaçının, örneğin satış sözleşmesinden dönme hakkının sınırlandırılmasına veya ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada görüldüğü şekliyle, müzayede evi, artırma yoluyla satışını gerçekleştirdiği sanat eserinin orijinal olmadığından sonradan ortaya çıkması hâlinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmakta ve bu hakka yalnızca kendisinin sahip olduğunu müzayede şartnamesinin bir koşulu olarak ortaya koymaktadır.

Sözleşmeden dönme hakkı yalnızca müzayede evine tanınmış olduğu için, müzayede evi, alıcının satılarda ayıp bulunması nedeniyle sahip olduğu seçimlik haklarını kullanmasına fırsat vermeden, doğrudan doğruya sözleşmeden dönebilmekte ve yerine getirilmiş olan edimlerin

raporunda o eserin yapımcısı, geldiği yeri, menşei, tarihi, yaşı, ebatları, imal edildiği yer ve yapımcısı, satış fiyatı gibi verilen bilgiler sadece Alif Art'ın fikri olarak belirtilmiştir. Müzayede sonrası alıcının talebi vukuunda eserlere Alif Art eksperlerinin kanaatlerini ibraz eden kondisyon raporu verilir” (<http://www.alifart.com/pPages/pAlifart.aspx?pmID=15&lang=TR§ion=9¶m1=974&bhcp=1>). (erişim tarihi: 20.12.2015).

Benzer şekilde bkz. Artı Mezat Müzayedecilik Ltd. Şti. Müzayede Şartnamesi m. 5: “Eserlerimiz müzayede öncesinde incelenmeye sunulmuştur. Bu nedenle, müzayede katılanların, eserleri önceden görmüş ve incelemiş oldukları kabul edilir. Müzayede kataloğunda yer alan ve eserlerin tanıtımı için verilen tüm bilgiler sadece eksperlerin kanaatleridir. Alıcı tüm eserlerin hâliyle satışa sunulduğunu, satılan eseri peşinmeden evvel yeterince muayene ettiğini ve BK m. 198 (TBK m. 223) hükmünün uygulanmasından peşinen feragat ettiğini kabul ve taahhüt eder. Her eserin yanında “hâliyle” yazma zorunluluğu yoktur. Satın alan bu durumu peşinen kabul eder. Artı Mezat satılan eserin tekeffülü ile mükellef değildir” (<http://www.artimezat.com/pPages/pArti.aspx?pmID=2&lang=TR§ion=9¶m1=3569>). (erişim tarihi: 20.12.2015).

Diğer bir örnek için bkz. Ephist Müzayede & Collection Ltd. Şti. Müzayede Şartnamesi m. 8: “Katalogda bulunan lotlar ile ilgili açıklamalar lotun gerçek durumunu geniş kapsamlı yansıtamayabileceği için, müzayedeye katılacakların müzayede ürünlerini müzayede öncesinde görmesi tavsiye olunur. Satış gerçekleştikten sonra eserlerin incelenmiş olduğu varsayılarak herhangi bir itirazda bulunulamaz. Müzayedeye katılanlar 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu hükümlerine tâbi olmadığını peşinen beyan ederler” (http://www.ephist.com/article.php?cid=0&aid=1#.VbeGx_ntmko). (erişim tarihi: 20.12.2015).

iadesini talep etme hakkına sahip olmaktadır. Bu sayede, müzayede evi Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin kendisi hakkında uygulanmasının önüne geçmekte, öte yandan kendisi tarafından piyasaya sürülen ancak sahte olduğu ortaya çıkan eserlerin dolaşımını engelleyerek piyasada sahip olduğu ünü muhafaza edebilmektedir¹¹⁴. Sözleşmeden dönme hakkının sınırlandığı bu kayıtlar da kural olarak geçerli kabul edilmektedir. Bu kuralın istisnasını ise, satıldaki ayıbın (eserin sahte olduğunun) müzayede evinin hilesi ile alıcıdan gizlendiği hâller ile borçlunun (müzayede evinin) borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmesinde ağır kusurunun bulunduğu durumlar oluşturmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen emredici nitelikteki bu hükümler uyarınca, sorumsuzluk anlaşmaları bu hâllerde geçerli kabul edilmeyecek ve alıcı, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kapsamında sahip olduğu seçimlik haklarından dilediğini (kanundaki sınırlamalara uymak kaydıyla) müzayede evine karşı kullanabilecektir.

4) Sorumsuzluk anlaşmalarının yorumlanması

İsteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satışlarda, müzayede şartnamelerinde ve satışa arz edilen eşyaların durumunu ve özelliklerini ortaya koyan müzayede kataloglarında yer alan sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin ifadelerin yorumu ayrı bir önem kazanmaktadır. Nitekim kimi durumlarda, katalog ve şartnamede yer alan bu kayıtlar bakımından çelişkili olarak nitelendirilebilecek bir takım ifadelere rastlanabilmektedir. Söz konusu kayıtlar, taraflar arasında müzakere edilmeksizin müzayede işletmesi tarafından tek taraflı olarak düzenlenen ve genel işlem koşulu niteliğini taşıyan kurallar olduğundan, artırma yoluyla gerçekleştirilen satış sözleşmesinin taraflarının gerçek ve ortak iradelerini tespit edebilmek oldukça güçtür¹¹⁵. Tarafların gerçek ve ortak iradelerinin

¹¹⁴ Bu konudaki bir örnek için bkz. Maçka Mezat Antikacılık A.Ş. Müzayede Koşulları: "İptal hakkının sınırlandırılması: MM'nin bu anlaşmada belirtilen iptallerle ilgili haklarına ek olarak, bir eserin müzayedede satışının, kanunî olmadığı veya olmayabileceği düşüncesiyle veya anılan eserin satışının MM'yi veya satıcıyı kanunî bir zan altına bırakabileceği kanısıyla veya ticari isminin lekeleneceğine inanarak bir eserin satışını iptal etme hakkını mahfuz tutmaktadır". (https://www.mackamezat.com/index.php?route=information/information&information_id=5) (erişim tarihi: 20.12.2015).

¹¹⁵ Gerçekten, söz konusu kayıtlar kimi hâllerde müzayede işletmesinin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilebileceği gibi,

açığa çıkarılmadığı bu gibi durumlarda, söz konusu kayıtların yorumu hakkında güven teorisi uygulama alanı bulacaktır¹¹⁶. Öte yandan, genel işlem koşullarının yorumuna ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan kuralların bu kayıtlar hakkında da uygulanabilmesi gerekir¹¹⁷.

Müzayede koşullarını ortaya koyan düzenlemelerde yer alan ifadeler arasında çelişki bulunan durumlarda, “*in dubio contra stipulatorem*” (şüpheli durumlarda metni düzenleyen kişi aleyhine yorum yapılması gerektiği) kuralından hareketle, bu koşulları tek taraflı olarak düzenleyen müzayede işletmesi aleyhine -ve genel işlem koşullarını müzakere etme imkânına sahip olmaksızın kabul eden alıcı lehine- yorum yapılması ve müzayede işletmesinin sorumluluğunu sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtların daraltıcı bir biçimde yorumlanması gerekecektir¹¹⁸.

kimi zaman da müzayede işletmesinin bu kayıtlar vasıtasıyla, satılanla ilgili olarak TBK m. 219 hükmü anlamında herhangi bir nitelik bildiriminde bulunmadığı (yalnızca düşüncelerini açıkladığı) hususunu açık ve yazılı bir biçimde ortaya koyduğu şeklinde de yorumlanabilir. Bu yorumlar ilk bakışta birbirine çok yakın gibi görüne de, bu iki durumun esasında birbirinden farklı hukukî sonuçlar doğuracağına dikkat etmek gerekir. Şayet bu kaydın, bir sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olduğu sonucuna varılırsa, kayıt, TBK'da yer alan ve yukarıda bahsettiğimiz hükümlere aykırı olmadığı müddetçe geçerli sayılacak ve müzayede işletmesi bu kayıt sayesinde ayıptan doğan sorumluluğundan kurtulabilecektir. Sorumsuzluk kaydının TBK'daki hükümlere aykırı olduğu tespit edildiği takdirde ise, müzayede işletmesi satıldaki ayıptan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Buna karşılık, müzayede şartnamesinde yer alan bu kayıt ile, satılana ilişkin herhangi bir nitelik bildiriminde/vaadinde bulunulmadığı ve yalnızca kişisel düşüncelerin açıklandığı şeklinde bir sonuca varılacak olursa, hiçbir surette bildirmedeği niteliklerin satılarda bulunmadığı gerekçesiyle müzayede işletmesinin sorumluluğundan bahsetmek dahi mümkün olmayacaktır. Bkz. **Becker**, sh. 292. Kanımızca böylesi bir durumda, bildirilen niteliklerdeki ayıptan bahsedilemeyeceği gibi, satılarda bulunması gereken niteliklerdeki ayıptan da bahsedilemez. Nitekim müzayede işletmesi, şartnamede yer alan kayıt ile, bu niteliklerin mevcudiyeti konusunda herhangi bir vaatte bulunmadığını daha en başından muhtemel tüm alıcılara karşı beyan etmektedir.

¹¹⁶ ATF 126 III 59; **Giger**, Art. 199, No: 10; **Vulliétty**, sh. 1585.

¹¹⁷ Bu nedenle, özellikle satıcının sorumluluğunu sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlarla ilgili olarak alıcının bu konu hakkında dikkatinin çekilmesine gerek olduğu, söz konusu kayıtların koyu renk, büyük punto, farklı yazı karakteri gibi yazım şekillerine uyularak düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. **Becker**, sh. 296.

¹¹⁸ ATF 126 III 59; ATF 109 II 24; ATF 91 II 344. Ayrıca bkz. **Eren**, Özel Hükümler, sh. 138; **Venturi/Zen-Ruffinen**, sh. 1397.

Bu husus, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "genel işlem koşullarının yorumlanması" konusunu düzenleyen 23'üncü maddesi ile de ortaya konulmaktadır: "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır".

5) Müzayede uygulamalarındaki sorumsuzluk anlaşmalarına dair temel bazı ilkeler

a) Açıkça vaatte bulunulan nitelikler hakkında sorumsuzluk kaydına dayanılmaması

Müzayede uygulamalarındaki sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak değinilmesi gereken esaslardan biri, artırma yoluyla satışı gerçekleştirilen eşya hakkında bir takım özellikleri alıcıya vaat eden müzayede işletmesinin, aralarındaki sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak, bu özelliklerin satılarda bulunmamasından dolayı sorumsuz olduğunu iddia edemeyecek olmasıdır. Bu bakımdan bir müzayede evi, bir yandan satışa sunduğu eşyada belirli özelliklerin bulunduğu yönünde alıcıya karşı bir vaatte bulunuyor, diğer yandan ise bu özelliklerin satılarda bulunmadığının sonradan ortaya çıkması durumunda sorumlu olmayacağını beyan ederek, bir sorumsuzluk kaydı ortaya koyuyor ise, sorumsuzluk anlaşmasının bu özellikler bakımından hüküm ifade etmesi mümkün olmayacak, müzayede evi bu özelliklerin satılarda bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulacaktır¹¹⁹.

Bununla birlikte, sorumsuzluk anlaşmasının, müzayede işletmesinin vaat ettiği özelliklerle sınırlı olarak hukukî etkiden yoksun kalabilmesi için, bu özelliklerin söz konusu işletme tarafından açıkça vaat edilmiş olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Müzayede işletmesinin satılardaki bazı özellikler hakkında alıcıya karşı yapmış olduğu örtülü vaatler ise, sorumsuzluk anlaşmasının hüküm doğurma kabiliyetinin önüne geçemez. Örnek vermek gerekirse, müzayede konusu parça için benzer nitelikleri taşıyan orijinal bir sanat eserinin değerine eş bir değer biçilmiş ise, müzayede işletmesinin muhtemel alıcılara karşı o parçanın orijinalliği konusunda örtülü bir vaatte bulunmuş olduğu

¹¹⁹ Bu esas, İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararları ile de ortaya konulmuştur. Bkz. TF 4C. 152/2005; TF 4C.16/2005; ATF 109 II 24; ATF 73 II 218.

genel olarak kabul edilmektedir¹²⁰. Buna rağmen söz konusu vaat, satış konusu eşyanın gerçek değerine ilişkin açık bir taahhüt niteliğinde olmadığından, satılanın değeri hakkında yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmaları geçerliliğini muhafaza edecektir.

b) Müzayede işletmesinin katalog düzenlemekle satışa sunulan eşyaların orijinalliği ya da ayıpsız olduğu yönünde bir vaatte bulunmuş sayılmaması

İsteğe bağlı açık artırma yoluyla satışa sunulacak olan sanat eserleri ile antika niteliğindeki objelerin ve bunlar için müzayede işletmesi tarafından belirlenen değerlerin müzayede katalogunda yer alması ile, müzayede işletmesi, ne bu eşyaların orijinalliği ne de ayıpsız olduğu konusunda alıcılara karşı açık bir taahhütte bulunmuş olmaktadır¹²¹. Nitekim müzayedelerde genellikle satışa sunulan çok fazla sayıda ve değişik türde eşya bulunmaktadır. Müzayede işletmesinin, katalogda yer alan her eşyayı birebir ve yakından inceleyerek bunların orijinalliği hakkında kesin bir karara varması ya da bunlarda bulunan tüm eksiklikleri tespit ederek ayrı ayrı listelerini tutması mümkün değildir. Kaldı ki, isteğe bağlı olarak gerçekleştirilecek açık artırma öncesinde, satışa sunulacak olan eşyaları yakından inceleyebilmeleri için müzayede işletmeleri tarafından alıcı adaylarına mekân ve zaman bakımından olanak da tanınmaktadır. Müzayede işletmeleri tarafından hazırlanan katalogların amacı ise, satışa sunulacak olan eşyaların genel durumu ve karakteristik özellikleri hakkında alıcı adayları nezdinde genel bir kanaat oluşturmak ve onların satış sözleşmesine yönelik öneride bulunmaları konusunda karar almalarını kolaylaştırmaktır.

c) Sorumsuzluk kayıtlarının “aldatma” hâlinde kesin hükümsüz olması

Yukarıda bazı örneklerini vermeye çalıştığımız sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin ifadeler her ne kadar müzayede şartnamesinde yer almış ve alıcı, bu müzayedeye katılıp buradan bir eşya satın alarak söz konusu

¹²⁰ Eren, Özel Hükümler, sh. 137.

¹²¹ Bkz. ATF 123 III 165. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu esası benimsediğini gösteren, fakat yayımlanmamış olan 27.10.1987 tarihli bir başka kararı ile ilgili olarak bkz. Becker, sh. 293. Ayrıca bu yönde bkz. Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, sh. 216.

kayıtları kabul etmiş dahi olsa, müzayede işletmesinin satış konusunda aldatma ile hareket etmiş olması, bu kayıtların geçerli olmasını engelleyecektir (TBK m. 280/f. 3).

Bu bağlamda, bir müzayede evinin artırma konusu eşyanın fiyatını hile ile (aslında olmadığı hâlde nadir bulunan bir koleksiyonun parçası olduğunu söyleyerek) şişirmesi ve bu eşyayı gerçek değerinin çok üzerinde bir bedel ile satışa sunması ya da artırmaya çıkarılacak olan eşyanın orijinal olmadığını ekspertiz raporunda tespit edilmiş olmasına rağmen, müzayede evinin bu rapordaki bilgiyi saklayarak eşyayı orijinalmiş gibi satışa sunması (örneğin Türk yapımı ve birebir taklit olduğunun bilinmesine rağmen, yemek takımının Macaristan yapımı Herend Porseleni olarak tanıtılması) gibi hâllerde, müzayede evinin aldatma ile hareket ettiği aşikâr olduğundan, taraflar arasındaki sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliğinden de bahsedilemeyecektir.

d) Geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı hâlinde, alıcının temel yanılmasına dayanarak satış sözleşmesini iptal edememesi

Yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi, bir takım özelliklerin satılarda bulunmaması hâlinde satıcının sorumlu olmayacağını ortaya koyan ve hukuken geçerli olan bir sorumsuzluk kaydının varlığı, alıcının, satıcıya karşı ayıptan doğan sorumluluk (TBK m. 219 vd.) hükümlerinden yararlanmasını engelleyecektir. Bu konu ile alakalı olarak akla şöyle bir soru gelebilir: Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu hakkındaki hükümlere başvuramayan alıcı, acaba, sorumsuzluk anlaşması kapsamında yer alan herhangi bir özelliğin satılarda bulunmaması nedeniyle, satış sözleşmesi kurulurken saikinde yanılmış olduğunu iddia ederek sözleşmenin iptalini sağlayabilecek midir?

İsviçre Federal Mahkemesi konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda¹²², alıcının, bu türden bir sorumsuzluk kaydının varlığına rağmen satış sözleşmesini yapmayı kabul ederek, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kapsamından çıkarılmış olan hususların satılarda bulunmaması konusundaki riski üstlenmiş sayılacağına hükmetmiştir. Bu nedenle alıcı, satış sözleşmesi kurulurken, sorumsuzluk kaydı kapsamında yer alan bir özelliğin, satılarda mevcut olduğu saiki ile hareket

¹²² ATF 126 III 59.

ettiğini ve yanıldığını sonradan öğrendiği bu saikin kendisi açısından satış sözleşmesinin temelini oluşturduğunu iddia edemez. Diğer taraftan, iş ilişkilerinde geçerli olan dürüstlük kuralları da, alıcının (ayıptan doğan sorumluluk kapsamından çıkarılan) bu özelliklerin varlığını satış sözleşmesinin zorunlu unsuru olarak varsaymasına ve yanıldığı bu saiki sözleşmenin temeli saymasına cevaz vermeyecektir. Dolayısıyla bu yöndeki bir sorumsuzluk kaydını kabul eden alıcının, satıcı hakkında ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını sağlama imkânı bulunmadığı gibi, onun, TBK m. 32 hükmü uyarınca temel yanılmasına (esaslı nitelikteki saikte yanılma hükümlerine) dayanarak satış sözleşmesini iptal etmesi de mümkün olmayacaktır¹²³.

Bilindiği gibi, alıcının saikte yanılma nedeniyle satış sözleşmesini iptal edebilmesi için, saikte yanılmanın esaslı nitelikte olması, diğer bir ifadeyle “temel yanılması” şeklinde ortaya çıkması gerekir. TBK m. 32 hükmü uyarınca bir yanılmanın temel yanılması olarak nitelendirilebilmesi için, yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli olarak kabul etmesi ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli olan dürüstlük kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu şartlar, öğretide subjektif açıdan esaslı olma şartı ve objektif açıdan esaslı olma şartı olarak isimlendirilmektedir¹²⁴. O hâlde, isteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmeleri bakımından da, geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı nedeniyle müzayede işletmesinin ayıptan doğan sorumluluğunu gündeme getiremeyen alıcının, saikte yanılma nedeniyle iptal hakkını kullanabilmesi, yukarıdaki şartların somut olayda gerçekleşmesine bağlı olacaktır. Kanaatimizce, taraflarca müzayede işletmesinin sorumluluğunun kapsamı dışında bırakılmış olan ve satılana ilişkin olarak kararlaştırılan

¹²³ Aynı doğrultuda bkz. ATF 91 II 275. Karar ile aynı yönde bkz. **Giger**, Art. 199, No: 25. Özellikle artırma yoluyla gerçekleştirilen satış sözleşmeleri bakımından sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan alıcıların, kendilerine müzayede işletmeleri tarafından dayatılan bu türden sorumsuzluk anlaşmalarını müzakere etme imkânına sahip olmadan kabul etmek zorunda bırakılmaları nedeniyle hukuken daha fazla korunmaya muhtaç oldukları, bu nedenle, sorumsuzluk anlaşmasının varlığına rağmen, alıcının, yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal hakkına sahip olması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. **Renold**, sh. 8.

¹²⁴ **Oğuzman/Öz**, sh. 105-106; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, sh. 161; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 430; **Eren**, Genel Hükümler, sh. 388-389; **Hatemi/Gökayla**, sh. 99; Antalya, sh. 227; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, Band I, sh. 177-178.

belirli hususlar, söz konusu sorumsuzluk anlaşmasını kabul eden alıcı nazarında, satış sözleşmesinin olmazsa olmaz bir unsuru (*conditio sine qua non*) olarak kabul edilemeyecektir. Nitekim müzayede işletmesinin satış konusu eşya ile ilgili olarak sorumluluk üstlenmeyi reddettiği ve alıcının da müzayede işletmesinin sorumsuzluğunu kabul ettiği bir hususu, artık alıcının, onsu sözleşme yapmayacağı bir unsur olarak addetmesi mümkün görünmemektedir. Keza alıcının, sorumsuzluk anlaşması kapsamında tutulan bu hususun satılarda mevcut olduğu konusunda yanılması da, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları bakımından bu sözleşmenin temeli olarak değerlendirilemez. Üstelik TBK m. 32 hükmü, saikte yanılmanın “esaslı” yanılma sayılabilmesi için diğer bir koşul olarak, hataya düşülen saikin karşı tarafça da bilinebilir olmasını aramaktadır. Bu durumun (*alıcının, sorumsuzluk anlaşması kapsamında bırakılan bir hususu satış sözleşmesinin temeli olarak kabul ettiğinin*) müzayede işletmesi tarafından bilinebilir olduğu da çoğu kez iddia edilemeyeceğinden, alıcının sorumsuzluk kaydının varlığına rağmen sözleşmeyi esaslı nitelikteki saik yanılmasına dayanarak iptal etmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte şayet müzayede işletmesi, satışa sunulan eşyada ayıp bulunduğunu bilmesine rağmen bunu alıcıdan gizlemiş ise, bu durumda TBK m. 36 hükmü gereği bir aldatma hâli söz konusu olacağından, müzayede işletmesinin ayıp nedeniyle sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşma da kesin hükümsüz sayılacaktır (TBK m. 280/f. 3). Bunun neticesinde artık alıcının, müzayede işletmesinin ayıptan doğan sorumluluğunu gündeme getirmesinin önünde herhangi bir engel kalmadığı için alıcı dilerse TBK m. 219 vd. hükümlerine başvurabileceği gibi; aldatma (TBK m. 36) nedeniyle satış sözleşmesinin iptalini de sağlayabilir.

SONUÇ

İsteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerinde müzayede evleri (işletmeleri) önemli bir aktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu işletmeler artırma yoluyla satışını gerçekleştirdikleri eşyaların ayıplarından ve zaptından dolayı kanun gereği sorumludur. Müzayede evinin bu sorumluluğa sahip olması, artırmadan özellikle sanat eseri ya da antika niteliğinde eşyalar satın alan koleksiyonerler açısından önem taşıyan bir husustur.

Bununla beraber, müzayedeye katılım koşulları ile artırmanın nasıl gerçekleştirileceği gibi konular hakkında genel kuralların yer aldığı

müzayede şartnamelerinde, satılanın ayıp ve zaptı nedeniyle müzayede işletmesinin kanunen sahip olduğu bu sorumluluğu ortadan kaldıran ya da sınırlandıran kayıtlara rastlanmaktadır. Bu anlaşmaların hangi koşullar altında geçerli sayılabileceğinin tespit edilmesi önemlidir. Burada güdülen amaç, ne sorumsuzluk kayıtlarının etki alanını genişleterek, artık birer yatırım aracı olan kabul gören sanat eserlerine ve antika eşyalara sahip olmak için büyük meblağları gözden çıkaran yatırımcı ve koleksiyonerleri ayıp ve zapt tehlikesi ile tamamen başbaşa bırakmak; ne de bu anlaşmaları müzayede evleri tarafından haksız bir biçimde alıcılara dayatılan aldatıcı hükümler olarak addedip, bunların varlığına top yekûn bir biçimde karşı çıkmak olmalıdır. Dolayısıyla, isteğe bağlı açık artırma yoluyla gerçekleştirilen satışlar bakımından gerek İsviçre gerekse Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca satıcının aldatma hâli dışında, ayıp ve zapttan doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân sağlayan sorumsuzluk anlaşmalarının da, tıpkı satıcının ayıp ve zapttan sorumluluğu gibi borçlar hukukunun önemli bir müessesesi olduğu göz ardı edilmemeli, “alıcı her ne pahasına olursa olsun müzayede evi karşısında korunmalıdır” yönünde bir şiar edinerek, bu anlaşmaların hukuk düzeni içindeki yerini ve önemini yadsıyıcı yorumlardan uzak durulmalıdır.

Bu bağlamda, müzayede faaliyeti, artırma yoluyla satışa sunulan eser ya da objelerin orijinalliği, yaşı, maddî değeri ve yaratıcısının kimliği gibi hususların kesin olarak belirlenmesinde derin tereddütlerin yaşandığı bir alanda gerçekleştirildiğinden, bu faaliyeti sürdüren müzayede evlerinin bu konularda sıklıkla sorumsuzluk kayıtlarına başvurmaları da garipsenmemesi gereken bir olgudur. Hiç kuşkusuz, bu yöndeki sorumsuzluk anlaşmalarının varlığına rağmen, müzayede evini, satışa sunduğu her parçanın orijinalliği ve ayıpsızlığı yönünde bir taahhütte bulunmuş olarak kabul etmek ne kadar isabetsiz ise; piyasada daha büyük bir yer edinmek amacıyla hareket eden müzayede evlerinin artırmaya çıkardığı eşyalar hakkında yaptığı açık nitelik vaatlerini, akdedilen sorumsuzluk anlaşmasının kapsamı içine çekmeye çalışmak da bir o kadar yanlış bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKMAN Sermet**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976
- ANTALYA Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012
- ATAMER Yeşim M.**, Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler – Tebliğler) (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2012, sh. 187 vd.
- AYAN Mehmet**, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, Konya 2012
- AYDOĞDU Murat / KAHVECİ Nalan**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2014
- BAŞALP Nilgün**, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011
- BECKER Joëlle**, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse: Représentation, relations contractuelles et responsabilité, Genève 2011
- BODUR Muazzez**, Sanatta Etik, Ela Etik Akademi, 2015 (<http://www.slideshare.net/MuazzezBodur/sanatta-etik-muazzez-bodur>)
- BUCHER Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. 3. Aufl., Zürich 1988
- BUDAK Tamer / SABAN Metin**, Müzayede Yoluyla Satılan Sanat Eserlerinin Vergilendirilmesi, Değerlemesi ve Amortismanı, Maliye Dergisi, Sayı 159, Temmuz-Aralık 2010, sh. 167 vd.
- BUOL Martina**, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996
- BURCUOĞLU Halûk / BARLAS Nami**, İsviçre Federal Mahkemesinin Açık Artırma ile Satım ve Danışıklı (Muvazaalı) İşlem Hakkındaki 4.11.1986 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 17, 1988, sh. 65-78.
- CANSEL Erol / ÖZEL Çağlar**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Ankara 2014
- CAVIN Pierre**, Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbband, Kauf, Tausch und Schenkung, Basel 1977
- EDİS Seyfullah**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963
- ENGEL Pierre**, Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., Bern 2000
- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015 (*Genel Hükümler*)
- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (*Özel Hükümler*)
- ERTEN Ali**, Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977

- GABUS Pierre / RENOLD Marc-André**, Commentaire LTBC, Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC), Zürich 2006
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / EMMENEGGER Susan**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I & II, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GAUCH Peter / AEPLI Viktor / CASANOVA Hugo**, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-1186), 2. Aufl., Zürich 1990
- GIGER Hans**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, 2. Aufl., Bern 1979 / Besondere Arten des Kaufs, Art. 222-236 OR sowie 5. Abschnitt: Der Tauschvertrag, Art. 237-238 OR, Bern 1999
- GUHL Theo / KOLLER Alfred / SCHNYDER Anton K. / DRUEY Jean Nicolas**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000
- GÜMÜŞ Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, İstanbul 2013
- HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015
- HONSELL Heinrich**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010
- HUGUENIN Claire**, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008
- İNCEOĞLU Murat**, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar) (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2015, sh. 153 vd.
- KAPANCI Kadir Berk**, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012
- KELLER Max / SIEHR Kurt**, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995
- KILIÇOĞLU Ahmet M.**, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1), 6. Bası, İstanbul 2014
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 (*Hata*)
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 10. Bası, İstanbul 2012
- PESTALOZZI Anton**, Der Steigerungskauf, Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229-236 OR, Zürich 1997

- RENOLD Marc-André**, Les relations contractuelles dans le monde des arts plastiques et des musées: Exemples choisis, La Semaine Judiciaire II, Doctrine, 2012/ No: 1, sh. 1-35.
- RUOSS Reto Thomas / GOLA Pascale**, Basler Kommentar (Hrsg.: Heinrich Honssell/ Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand), Obligationenrecht I, Art. 229-236, 5. Aufl., Basel 2011
- SCHWENZER Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012
- SEROZAN Rona**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/ Hattemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 3), 6. Bası, İstanbul 2014
- ŞAHİNİZ Salih**, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008
- ŞENOCAK Zarife**, İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 3, 2001, sh. 93 vd.
- TANDOĞAN Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008
- TEKİNAY Selahâttin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ**, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993
- TERCIER Pierre**, Le droit des obligations, 4^e édition, Genève 2009.
- TERCIER Pierre / FAVRE Pascal G. / ve diğerleri**, Les contrats spéciaux, 4^e éd., Zurich 2009
- THEVENOZ Luc**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), 2^e éd., Vol. 1, Art. 97-109, Genève 2012.
- VENTURI Silvio / ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle**, Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2^e édition, Art. 184-215 (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), De la vente et de l'échange, Genève 2012
- von TUHR Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı C: 1-2, (çev.: Cevat Edege), Ankara 1983
- VULLIETY Jean-Paul**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), 2^e éd., Vol. 1, Art. 229-238, Genève 2012.
- YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak**, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014
- YAVUZ Cevdet**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989
- ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014

Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taşınır Satışında Alıcının Ayıplı Satılanın Değiştirilmesini Talep Hakkı

The Right To Substitution of the Delivery With Non-Defective
Goods in the Sale of Goods According to The Turkish Code of
Obligations



Yrd. Doç. Dr. İlker ÖZTAŞ*

ÖZET

Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkı TBK. m. 227/f.1, b.4 hükmünde düzenlenmiştir. Ayıplı satılanın değiştirilmesi talebi, aynen ifa talebinin bir görünümüdür. Bu hakkın kullanılabilmesi için, satıcının ayıptan dolayı sorumluluğunun doğması gerekir. Ayrıca alıcının ayıplı satılanın değiştirilmesini talep edebilmesi için, satılanın ayıpsız bir benzerini tesliminin satıcıdan beklenebilir olması gerekir. Bu açıdan satış sözleşmesinin parça veya çeşit satışı olması arasında bir fark yoktur. Satılanın alıcıya yüklenebilen nedenlerle yok olduğu, esaslı biçimde zarara uğradığı veya alıcı tarafından devredildiği ya da değişikliğe uğratıldığı durumlarda, ayıplı satılanın değiştirilmesi talep edilemez. Eğer birden çok mal birlikte satılmışsa, alıcı kural olarak hakkını sadece ayıplı olan satılanlar açısından kullanabilecektir. Ayıplı satılanın değiştirilmesi talebinin ileri sürülmesi için gerekli şartların gerçekleşmediği durumlarda, alıcının diğer haklarından birini kullanmasına izin verilmelidir. Bu açıdan, TBK. m.227/f.4 hükmü, ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkına uygulanmayacağına dikkat etmek gerekir.

Anahtar Kelimeler: Ayıp - Ayıplı ifa- Taşınır satışı- Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi- Satıcının ayıptan dolayı sorumluluğu

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Turkish Code of Obligations (TCO) Art. 227 para. 1 subpara. 4 provides for the buyer's right to demand substitute goods in cases where the delivered goods are defective. The claim for substitute goods is a form of specific performance. The buyer can claim delivery of substitute goods only when the seller's liability for defects is triggered. In addition, for such a claim to be possible, it should be expectable from the seller to deliver substitute goods. In this respect, it does not make any difference for the goods involved to be specific or generic. The buyer cannot demand for substitute goods if the goods are perished or substantially damaged for a reason attributable to the buyer. It is again not possible to demand for substitute goods, if the goods are transferred or transformed by the buyer. With regard to sales contracts involving more than one good, the right to replacement applies only in terms of defective goods. The buyer shall be allowed to exercise other rights if the requirements for the right to demand substitute goods are not met. In this regard, TCO Art. 22 para. 4 is not applicable in terms of the buyer's right to demand substitute goods.

Keywords: *Defect - Defective performance – Sale of goods – Substitute delivery with non-defective goods – Seller's liability for defects*

I. Genel Olarak

TBK. m. 227 hükmü, satılanın ayıplı çıkması durumunda alıcının sahip olduğu hakları düzenlemektedir. Bu haklardan biri de kanundaki ifade tarzıyla “*satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi*”dir. Kanunun alıcıya tanıdığı bu hakkın kullanımı elbette ki belirli sınırlamalara tabidir. Bu çalışma ile Türk Borçlar Kanunu kapsamında alıcının satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkı üzerinde durulacaktır. Konu incelenirken, taşınır satışı dikkate alınacak, diğer satış türleri çalışma kapsamı dışında tutulacaktır.

Konu değerlendirilirken ilk olarak alıcıya tanınan bu hakkın hukuki niteliği konusunda değerlendirmelerde bulunulacaktır. Daha sonra hakkın kullanılmasının şartları ele alınacak ve en nihayetinde hakkın kullanılmasının sonuçları açıklanacaktır.

II. Talebin Hukuki Niteliği

Ayıplı satılanın değiştirilmesini talep etme hakkı, satıcının ayıptan doğan sorumluluğundan kaynaklanır. Satıcının ayıptan dolayı sorumluluğunun doğması halinde alıcı bir dizi seçimlik hakka sahip olmaktadır. Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep etme hakkının da dahil olduğu bu hakların hukuki niteliği tartışmalıdır. Eski Alman Medeni Kanununun 465. maddesindeki ifadelerden kaynaklanan ve günümüz açısından geçerliliğini yitirmiş teorileri bu çalışma kapsamında tartışmayı gerekli bulmuyoruz¹.

Bu görüşlerden değiştirilmiş sözleşme (modifizierte Vertragstheorie) görüşü, Türk- İsviçre Hukuku öğretisinde de kendisine yer bulduğundan, bu görüşe kısaca değinmek yerinde olacaktır. Bu teoriye göre, alıcının ayıplı ifadan dolayı sözleşmeden dönebilmesi için satıcıyla anlaşması zorunludur. Ancak satıcının bu yönde irade beyanında bulunmaktan kaçınması halinde, alıcı derhal satış bedelinin iadesi için dava açabilir. Açılacak bu eda davası ile hakim sadece satış bedelinin iadesine karar vermeyecek; ayrıca taraflar arasındaki sözleşmeden dönülmesine yönelik sözleşme ilişkisini de kuracaktır². Bu görüşü Türk- İsviçre Hukukunda savunanlara göre, OR. Art. 205 A. 1. 2 (TBK. m. 227/f.4) hükmü değiştirilmiş sözleşme görüşünü doğrulamaktadır. Anılan kanun hükmünde alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına rağmen,

¹ Bu teorilere ilişkin açıklamalar ve değerlendirmeler için, bkz, Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 149 vd.; Cevdet YAVUZ, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, s. 135 vd.; Thomas MEIERS, Die Entwicklung und Reform der Sachmängelhaftung des Verkäufers beim Stückkauf im deutschen Recht zwischen 1992 und 2008 unter vergleichender Berücksichtigung des englischen Rechts, Frankfurt am Main, 2010, s. 155; Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 294 vd.; Vedat BUZ, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 175 vd.; Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 2013, s.95 vd.. Eski Alman Medeni Kanunu'nun 465. maddesindeki ifadelere dayanılarak ileri sürülen bu görüşlerin, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'ndaki değişikliklerle birlikte bir anlamı kalmamıştır. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nunda sözleşmeden dönme ve bedel indirimi yenilik doğuran haklar olarak düzenlemiştir. Bkz., BUZ, s. 177 vd., s. 455; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 149, dn. 82. Ayrıca sözleşme görüşü açısından, bkz., MEIERS, s. 155.

² Bkz.,YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 150- 151; MEIERS, s. 155; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 96; BUZ, s. 176.

bazı şartlar altında hakimin, satış bedelinden indirimde hükmedebilmesi düzenlenmektedir. O halde, alıcının tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönebileceği söylenemez. Alıcının sözleşmeden dönebilmesi için ya taraflar anlaşmalı ya da yenilik doğuran bir dava açılmalıdır³. Bu görüşe göre, alıcı, satıcı tarafından kabul beyanı gelinceye veya hakim kararı kesinleşinceye kadar seçtiği hakkı değiştirme yetkisine de sahip olacaktır⁴. Ancak Türk- İsviçre Hukukunda bu görüş azınlıkta kalmış, öğretideki baskın yaklaşım alıcının haklarını tek taraflı irade beyanıyla kullanacağı şeklinde ortaya çıkmıştır. Gerçekten de, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanması için dava açmaya zorlanmasını gerektirecek bir menfaat bulunmamaktadır. 6098 sayılı TBK. m. 227 hükmünün ifade biçimi karşısında da bu görüşün savunulması artık mümkün gözükmemektedir⁵.

Alıcının haklarını tek taraflı irade beyanıyla kullanabilecek olduğu öğretide hakim görüş olmakla birlikte, bu hakların niteliği konusun-

³ Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2012, s. 123-124; Hugo OSER/Wilhelm SCHÖNENBERGER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Akdın Muhtelif Nevileri (İsviçre BK. 184/393- BK. 182/385), Ankara, 1966, (Çeviren: Kemal Fikret ARIK), Art. 205, N. 6 vd.

⁴ Heinrich HONSELL, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Basel und Frankfurt am Main, 2007, Art. 205, N. 3; Heinrich HONSELL, Schweizerischers Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. überarbeitete Auflage, Bern, 2001, s. 93-94.

⁵ 818 sayılı eBK. m. 202 hükmünde alıcının ayıplı ifadan kaynaklanan haklarını dava yoluyla ileri sürebileceği ifade edilmekteydi. Buna rağmen, alıcının haklarını kullanması için dava açmasının zorunlu olmadığı, tek taraflı bir irade beyanının bu konuda yeterli olacağı belirtilmekteydi. Kanun hükmünün amacına uygun olarak yapılan bu yorum için, bkz., SEROZAN, Dönme, s. 296 vd.; BUZ, s. 179 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 151 vd. İsviçre Borçlar Kanunu açısından, bkz., Markus MÜLLER- CHEN, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil I: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, 2. Auflage, Zürich, 2012, Art. 205, N.2; Rolf FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Zürich, 1973, s. 64- 65. Bu yaklaşım ışığında kanun koyucu 6098 sayılı TBK. m. 227 hükmünde, 818 sayılı eBK. m. 202 hükmündeki alıcının taleplerini dava yoluyla ileri süreceğine ilişkin ifadeye yer vermemiştir. Alıcının seçim hakkını dava yoluyla kullanmasının, bu hakların yenilik doğuran hak niteliğini ortadan kaldırmayacağına ilişkin, bkz., Pierre CAVIN, Schweizerisches Privatrecht, Band 7/ 1.Halbband: Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhältnisse, Basel und Stuttgart, 1977, s. 96- 97.

da görüş birliğine varılamamıştır. Öğretideki bir görüşe göre ayıplı ifadan dolayı alıcının sahip olduğu haklar yenilik doğuran hak niteliğindedir. Alıcının ayıplı satılanın değiştirilmesini isteme hakkı da yenilik doğuran hak niteliğindedir⁶. Bu görüş kabul edildiği takdirde, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talebi yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin sınırlamalara tabi olacaktır.

Bizim de katıldığımız diğer görüş ise alıcının sahip olduğu hakları ayırımı tabi tutmaktadır. Buna göre, sözleşmeden dönme ve satış bedelinin indirilmesini talep etme hakları yenilik doğuran haklardır⁷. Ye-

⁶ Hermann BECKER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551, Yargıtay Yayınları no: 24, Ankara, 1993, (Çeviren: A. Suat DURA), Art. 205, N.12; Aydın ZEVKLİLER/K. Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2015, s. 134; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 96, s.106; Mustafa Alper GÜMÜŞ, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde: 1- 46), İstanbul, 2014, s. 121; Melek Yüce BİLGİN, Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 381- 418, s. 398; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 148. Yazarlar satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkını, aynen ifade ısrar edildiğini gösteren bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirmektedirler. Bkz., age., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 153. Aynı şekilde: C. Salih ŞAHİNİZ, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara, 2008, s. 101; YAVUZ, s. 140; İ. Yılmaz ASLAN, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Bursa, 2014, s. 165- 166; H. Tamer İNAL, Tüketici Hukuku, Ankara, 2014, s.1010. Benzeri şekilde: Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015, s. 151. Yazar, ayıplı satılanın değiştirilmesi isteme hakkının değiştirici yenilik doğuran hak olduğu görüşündedir. Aynen ifa talebinde ısrar edilmesi halinde satıcının hukuk alanında bir değişiklik meydana gelmediği, bu nedenle, ayıplı satılanın değiştirilmesi talebinin yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesinin anlaşılabilir olmadığı yönünde: M. Murat İNCEOĞLU, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler - Tartışmalar, İstanbul, 2015,s.191.

⁷ BUZ, s. 179 vd.; Yeşim M. ATAMER/M. Murat İNCEOĞLU, Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyumu Sorunu, Otomotiv Distribütörleri Derneği, İstanbul, 2012, s. 55; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, s. 193; Yeşim M. ATAMER/Ece BAŞ, Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı

nilik doğuran haklar kullanılmalarıyla birlikte tükendiklerinden, alıcı bu haklardan birini kullandıktan sonra, kural olarak tek başına hukuki sonucu değiştiremez ve diğer seçimlik haklarından birini devreye sokamaz⁸. Satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi veya onarılması talebi ise aynen ifa talebinin ayıplı ifa sonrasında devamı olarak yorumlanmalıdır. Zira satıcı sözleşme ile edimini gereği gibi ifa etme yükümlülüğü üstlenmiştir. Satılanın ayıpsız olması da bu yükümlülüğün kapsamındadır. Alıcı ayıplı satılanın değiştirilmesini talep ettiğinde satıcı ek bir yükümlülük altına girmemektedir. Satıcının edimini gereği gibi (ayıpsız bir şekilde) ifa etme yükümlülüğü taraflar arasındaki alıcının hakkını kullanmadan önce var olan satış sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. O halde, ayıplı satılanın değiştirilmesi talebi aynen ifa talebinin devamı olarak görülmelidir⁹. Bu durumda, ayıplı satılanın değiştirilmesini isteme hakkı, alacak hakkı niteliği kazanır¹⁰.

Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İBD., 2014, Cilt:88, Özel Sayı, s.35; Yeşim M., ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2007, c. XXIV, S.1, s. 89.

- ⁸ ATAMER, Eleştiriler, s. 93. Yenilik doğuran hakların bu özelliği ve bu kuralın istisnaları hakkında bkz. BUZ, s.256 vd.,s. 443 vd.
- ⁹ FURRER, s. 77; Yeşim M. ATAMER, Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler- Tebliğler, (Derleyen: M. Murat İNCEOĞLU), İstanbul, 2012, 187-221, s.206; Kadir Berk KAPANCI, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012, s. 45, 46; Nalan KAHVECİ, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara, 2014, s. 109; Rona SEROZAN, Parça Borcu-Çeşit Borcu: Aşılması Gereken Bir Ayırım, MHAD, 1969, S: 5, s. 211- 238; s. 234; ATAMER/BAŞ, s. 35; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 194; BİLGİN, s. 411; Başak BAŞOĞLU, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012, s. 117; İNCEOĞLU, s.191; bkz., BUZ, s.171-172; ATAMER, Eleştiriler, s. 89, s. 92 vd.; ATAMER/İNCEOĞLU, s. 55.
- ¹⁰ KAPANCI, s. 45.

III. Şartları

A. Satıcının Ayıptan Sorumluluğunun Doğması

Her ne kadar değiştirme hakkı aynen ifa talebi niteliğindeyse de, satıcının ayıptan sorumluluğu kapsamında doğmaktadır. Bu nedenle alıcının satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkının doğabilmesi için satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi gerekir¹¹.

B. Zamanaşımı Süresinin Geçmemiş Olması

Alıcı seçimlik haklarını satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi içinde dilediği an kullanabilir¹². Ayıplı satılanın değiştirilmesini isteme de satıcının ayıptan sorumluluğundan kaynaklandığından, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süreleri ne tabi olacaktır (TBK. m. 231, TBK. m. 244/f.son)¹³.

C. Ayıplı Satılanın Değiştirilmesi Hakkının Kaldırılmamış Olması

Tarafların satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu kısıtlamaları veya tamamen kaldırmaları mümkündür¹⁴. Taraflar alıcının ayıptan doğan haklarının bazılarının kullanılmasını engelleyen veya zorlaştıran anlaşmalar da yapabilirler. Eğer taraflar satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu veya ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkını ortadan kaldıran

¹¹ HONSELL, OR, s. 117; HONSELL, Basler, Art. 206, N. 1; MÜLLER-CHEN, Art. 206, N.2, N.4. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun şartları açısından, bkz: YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 126 vd.; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 67 vd.

¹² YAVUZ, s.191; MÜLLER-CHEN, Art.206, N.4; KAPANCI, s.47; KAHVECİ, s.111; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 154-155.

¹³ HONSELL, OR, s. 117; HONSELL, Basler, Art. 206, N. 1; Heinrich HONSELL, Kurzkommentar, OR Art. 1- 529, Basel, 2008, Art. 206, N. 1; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 206; ARAL/AYRANCI, s. 139. Satıcının ayıptan sorumluluğunda zamanaşımı sürelerine ilişkin detaylı bilgi için, bkz., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 168 vd.; Theo GUHL/Alfred KOLLER/Anton K. SCHNYDER/Jean Nicolas DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 2000, s. 387. Öğretide satıcının alıcıya süre tanıyarak durumunu açıklığa kavuşturma imkanı tanınması gerektiği de lege feranda savunulmaktadır: MÜLLER-CHEN, Art. 205, N.8; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 207; YAVUZ, s. 191; Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul, 2008, s. 199.

¹⁴ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 390.

bir anlaşma yapmışlarsa, alıcı, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep edemez.

D. Alıcının Diğer Seçimlik Haklarından Birini Kullanmamış Olması

1. Genel Olarak

Alıcı ayıplı ifadan kaynaklanan haklarından bir başkasını kullanmışsa, kural olarak bu haktan vazgeçip satılanı değiştirmek hakkını kullanamaz. Ancak bu kuralın kesin olmadığını, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, alıcının seçtiği hukuki imkanı terk edip, satılanın değiştirilmesini talep edebileceğini de belirtmek gerekir. Aşağıda bu hususlara değinilecektir.

2. Yenilik Doğuran Hak Niteliğindeki İmkanların Kullanılmış Olması

Alıcı eğer sözleşmeden dönme veya satış bedelinin indirilmesi haklarından birini kullanmışsa, artık başka bir hakkı ileri sürme imkanına sahip olmayacaktır. Zira bu haklar yenilik doğuran haklardır. Yukarıda değinildiği üzere, kural olarak yenilik doğuran haklar kullanılmakla birlikte tükenirler ve hak sahibi tek taraflı irade beyanıyla ortaya çıkan hukuki sonucu değiştiremez.

Yeri gelmişken alıcının sözleşmeden dönmeyi tercih ettiği, ancak durumun bun haklı göstermediği hallerde, hakimin, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesine hükmedemeyeceğini de belirtmek gerekir¹⁵. TBK. m. 227/f. 4 hükmünde, hakime, sözleşmeden dönme yerine sadece satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verme yetkisi tanınmaktadır. Hakime alıcının kullandığı dönme hakkını çevirme yetkisi¹⁶ tanıyan bu düzenlemede satılanın değiştirilmesi hakkına yer verilmemesi aslında bir eksiklik¹⁷. Ancak hüküm istisnai nitelikte olduğundan geniş yorumlamaya elverişli değildir. Bu nedenle,

¹⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 158; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 137.

¹⁶ CAVIN, s. 98.

¹⁷ ATAMER/BAŞ, s. 47. Bu düzenlemenin kanun kapsamından tamamen çıkarılması daha iyi olurdu. Bu hüküm satıcıyı korurken, alıcının aleyhine sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Alıcının dönme hakkını kullanmasına rağmen, hakime bu hakkı değiştirme yetkisi tanınmasının alıcı aleyhine doğuracağı

alıcının sözleşme hakkını kullanmasını haklı görmeyen hakimın ayıplı satılanın değiştirilmesine hükmetmesi mümkün değildir¹⁸.

Satış bedelinde indirim talebini sınırlandıran TBK. m. 227/f. son hükmünde açık bir şekilde, satılanın değerindeki eksikliğin satış bedeline çok yakın olması durumunda alıcının bedel indirim yerine ayıplı satılanın değiştirilmesini talep etme hakkını kullanabileceğini düzenlemiştir¹⁹. Satış bedelinden indirimin talep edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda hakim alıcının yerine geçerek hangi hakkın kullanılacağına karar veremez. Bu halde hakim sadece satış bedelinin indirilmesinin mümkün olmadığına hükmetmekle yetinecektir. Satış bedelinden yerine sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından hangisinin kullanılacağına ise alıcı karar verecektir²⁰.

3. Yeni Ayıpların Ortaya Çıkması

Alıcı hakkını kullandıktan sonra başka bir ayıbın ortaya çıkması durumunda, bu ayıp açısından alıcı yeni seçimlik haklara sahip olacaktır. Bu durumda, alıcı ilk ayıp için hangi hakkını kullanmış olursa olursun, sonradan ortaya çıkan ayıp nedeniyle diğer haklarını (dilerse tekrar aynı nitelikteki hakkını) kullanma imkanına sahip olacaktır²¹. Aslında bu durumda, kullanılmış bir hakkın değiştirilmesi değil, yeni bir hakkın doğması söz konusudur. Yargıtay'ın verdiği bir karara göre, bu durumda alıcı ilk ayıp için dava açmışsa, ortaya çıkan yeni gizli ayıp nedeniyle ıslaha gerek kalmaksızın seçimlik hakkını değiştirebilir²².

sonuçlar ve hükmün eleştirisi için, bkz., KAHVECİ S. 205 vd.; ATAMER/BAŞ, s. 46- 47; ATAMER, Taşınır, s.209 vd.; BİLGİN, s. 402- 403.

¹⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 158; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 137.

¹⁹ TBK. m. 227/f.son hükmünde onarım hakkından bahsedilmemesine rağmen, alıcının satış bedelinden indirim isteyemeyeceği hallerde onarım talebinde bulunabileceğini belirtmek gerekir, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 160. Satış bedelinden indirimi isteyemeyen alıcının, sözleşmeden dönebilmesi mümkün olduğuna göre, satıcı açısından sözleşmeden dönmeye oranla daha hafif bir yük oluşturacak onarım hakkının kullanılması mümkün olmalıdır.

²⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 160.

²¹ İNCEOĞLU, s.193.

²² YHGK., 29.09.2010, 13-389/ 429 (Kazancı İB).

4. Onarım Hakkının Kullanılmış Olması

Yukarıda değinildiği üzere, alıcının onarım talep etme hakkı aynen ifa talebinin devam niteliğindedir. Bu nedenle, bu hakkın kullanımı ve değiştirilmesine borçlu temerrüdünde alıcının aynen ifa talebine ilişkin kurallar uygulanacaktır. Alıcı satılanın onarılmasını talep etmiş, ancak satıcı onarımı gereği gibi gerçekleştirmemişse, alıcı satılanın değiştirilmesi talebini ileri sürebilir²³. Kanaatimizce alıcı, borçlu temerrüdüne ilişkin kurallar ışığında, satıcıya onarım için uygun bir süre tanıyıp, bu süre içinde onarım gerçekleşmezse, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkını veya diğer seçimlik haklarını kullanabilir²⁴.

E. Ayıplı Satılanın Değiştirilmesinin Mümkün Olması

TBK. m. 227/f.1, b.4 hükmünde ayıplı satılanın değiştirilmesinin “*imkan varsa*” istenebileceği belirtilmektedir. 818 sayılı eski Borçlar Kanununda satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi sadece çeşit satışlarına tanınmıştı. Bu hüküm, satış sözleşmesinin konusunun parça borcu olması halinde, satılanın bir benzerinin bulunmasının mümkün olmayacağı gerekçesine dayanmaktaydı. Ancak kanunun bu yaklaşımının yerinde olmadığı da öğretilde dile getirilmekteydi. Satılan parça borcu olsa bile, yerine bir benzerinin sorunsuz şekilde sağlanması imkan dahilindeyse, alıcıya satılanı ayıpsız bir benzeriyle değiştirme hakkının tanınmamasının yerinde olmadığı açıktır²⁵. 6098 sayılı TBK. bu sınır-

²³ 6502 sayılı TKHK. m. 11/f.4 hükmünde değiştirme ve onarım hakları kullanılmasına rağmen, bu hakların gereğinin yerine getirilmemesi halinde tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme değiştirme hakkının içerik değiştirmiş ifa talebi niteliğinde olmasından kaynaklanır, bkz., KAHVECİ, s. 137-138; ATAMER, Eleştiriler, s. 93.

²⁴ Konuyu tüketicici hukuku açısından değerlendiren KAHVECİ, onarım veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talebini seçen alıcının makul bir süre beklemesi gerektiği, bu süre içinde satıcıdan herhangi bir cevap gelmezse, alıcının diğer haklarını kullanabileceğini belirtmektedir, KAHVECİ, s. 139. Kanaatimizce, bekleyeceği süre konusunda belirsizlik yaşamak istemeyen alıcının satıcıya uygun bir süre tanıması ve satıcının bu süre içinde cevap vermemesi durumunda diğer haklarını kullanabilmesine hükmetmek daha yerinde olacaktır. Böylelikle satıcının da kendi hukuki konumunu belirlemesi kolaylaşır.

²⁵ SEROZAN, Parça Borcu- Çeşit Borcu, s. 233 vd.; ATAMER/BAŞ, s. 38; YAVUZ, s. 191; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.94-95. Parça borcu olsa bile endüstriyel üretim konusu mallarda ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkının tanınması gerek-

lamaya yer vermemiştir. Bu nedenle satışın parça veya çeşit olmasına bakılmaksızın bu hak kullanılabilir²⁶.

Kanunda satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinin ne zaman imkan dahilinde kabul edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, TBK. m. 227/f.1, b.4 hükmündeki “*imkan varsa*” ifadesine yüklenecek anlam önem kazanmaktadır. Kanaatimizce, kanun hükmünde yer alan “*imkan varsa*” ifadesi “*satıcıdan beklenebilir ise*” şeklinde yorumlanmalıdır²⁷. Ayıplı satılanın değiştirilmesinin ne zaman satıcıdan beklenebilir kabul edileceğine ilişkin kesin ölçütler vermek mümkün gözükme de, bazı temel kriterler belirlemek gerekecektir.

İlk olarak, ayıplı satılanın değiştirilmesi talebi, aynen ifa talebi niteliğinde olduğundan, aynen ifanın tabi olduğu sınırlamalar bu talep için de geçerli olacaktır. Bu nedenle, ifanın imkansız olduğu veya aşırı ifa güçlüğüne söz konusu olduğu durumlarda, alıcının bu hakkı kullanması mümkün değildir²⁸.

Bunun dışında, satışın belirli bir stoktan yapıldığı hallerde, stokun tamamı ayıplıysa satılanı değiştirme imkanı olmadığından bu hak kullanılamaz²⁹. Stokun tükenmesi halinde de aynı sonuca varmak gerekir.

Çeşit satışlarında alıcının kural olarak ayıplı satılanın değiştirilmesini talep edebileceği söylenebilir. Parça satışlarında ise sözleşmenin konusu itibarıyla çeşit satışı ile karşılaştırılabilir durumlarda, satıla-

tiğine ilişkin: Eugen BUCHER, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Bern, 1988, s. 118.

²⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 206- 207; GÜMÜŞ, *Tüketicinin Korunması*, s. 120-121; ATAMER, *Taşınır*, s.207; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 139; GÜMÜŞ, *Borçlar Özel*, s. 106- 107; Bilgehan ÇETİNER, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri*, *Sales Contracts Under The New Turkish Code Of Obligations And The Ciscg*, Editörler: Şükran ŞİPKA/ Ahmet Cemil YILDIRIM, İstanbul, 2012, s. 37. Aksi kanaatte: ARAL/AYRANCI, s. 138; EREN, s. 150.

²⁷ GÜMÜŞ, *Borçlar Özel*, s.107.

²⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 207; BAŞOĞLU, s. 119; ATAMER, *Eleştiriler*, s. 92.

²⁹ BECKER, Art. 206, N.2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 206, N. 2; YAVUZ, s. 191; EREN, s. 150; TANDOĞAN, s. 198; BAŞOĞLU, s. 118.

nın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi satıcıdan beklenebilir³⁰. Kanaatimizce, parça satışlarında satılanın değiştirilebilmesi için, satış konusunun misli eşya olma zorunluluğu yoktur³¹. Yeter ki satıcı açısından bir benzerinin bulunması dürüstlük kuralı gereğince beklenebilir olsun. Ancak bu tür satışlarda satıcının satılanın bir benzerini piyasadan temin etmesi her zaman beklenemez. Kanaatimizce satıcının meslekten satıcı olduğu ve satılanın ayıpsız bir benzerini aşırı güçlükle karşılaşmaksızın piyasadan elde edebileceği hallerde, satılanın değiştirilmesinin imkan dahilinde olduğu sonucuna varılabilir³². Seri üretilmiş bir malın parça satışına konu edildiği bir sözleşme ilişkisi bu duruma örnek gösterilebilir. Şayet satıcı meslekten satıcı ise, satılanın ayıpsız bir benzerini piyasadan temin etmesi satıcıdan beklenebilir. Ancak satıcının meslekten satıcı olmadığı durumlarda varılacak sonuç aksi yönde olacaktır.

Satıcının alıcıya sunacağı satılanın bir benzerinin muhakkak satılanla aynı model ve marka olması gerekmez. Eğer satıcı aynı marka ve modeli kolaylıkla bulamayacaksa, alıcıya satılanla benzer olan başka marka ve modelde bir mal teslim edilebilmelidir. Yeter ki, dürüstlük kuralı, alıcının o malı teslim almasını haklı gösterecek şekilde, ancak bu sonucun kabul edilebilmesi için, satıcının alıcıya en azından ayıplı satılanla aynı kalitede mal sunması zorunludur³³.

Bu konuda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri yol gösterici olabilir. 6502 sayılı TKHK. m. 11/f.1,b.ç, TBK. m. 127/f.1, b.4 hükmüne benzer bir şekilde “*imkan varsa, satılanın ayıpsız bir misliyle değiştirilmesini isteme*”den bahsetmektedir. Aynı kanun maddesinin üçüncü fıkrasında ise satılanın ayıpsız bir benzeriyle (kanundaki ifadesiyle “*misliyle*”)³⁴ değiştirilmesinin ne zaman satıcı için

³⁰ ÇETİNER, s. 37; bkz., GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.107.

³¹ Aksi kanaatte: AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 203; BİLGİN, s. 411.

³² Farklı görüşte; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.107. Yazar, parça satışlarında satıcının satılanın ayıpsız bir benzerini piyasadan satın alıp teslim edilmesinin satıcıdan beklenmeyeceği kanaatindedir.

³³ GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.107; GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması, s. 122.

³⁴ 6502 sayılı TKHK. m. 11/f.3 hükmünde, “*benzeri*” değil, “*misli*” ifadesine yer verilmiştir. Ancak bu ifadenin “*benzeri*” olarak okunması gerekir. Böylelikle TKHK. ile TBK. arasında meydana gelebilecek gereksiz bir anlam farklılığının önüne geçilmiş olur. Aksi halde, TKHK. m.11/f.3 uygulanırken, hakim değiş-

orantısız güçlükleri beraberinde getireceği belirlenirken, malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun oluşturup oluşturmayacağı gibi hususların dikkate alınacağı belirtilmektedir³⁵. Kanun hükmündeki “gibi” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, hükümde geçen olgular sınırlı sayı ilkesine tabi olmayıp, uygulanacak kriterlere örnek olarak sayılmıştır.

TKHK. m. 11/f.3 hükmünde malın ayıpsız değerinin dikkate alınması gerektiğini belirttiğine göre, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinin satıcı açısından aşırı gidere neden olmaması gerekir³⁶. Kanaatimizce, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında varılan bu sonuç, TBK. m. 227/f.1, b.4 hükmü açısından da uygulanabilmelidir³⁷. Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinin nedeni giderler belirlenirken sadece satılanın ayıpsız bir benzerinin bedeli değil, değiştirmenin nedeni olacağı tüm giderler dikkate alınmalıdır.

tirilmesi istenen satılanın aynı model üzerinden değiştirilmesine karar vermek zorunda kalacak; ancak TBK. m. 127/f.1, b.4 hükmü uygulanırken, bu zorunluluk ortaya çıkmayacaktır. Bu sonuç ise tüketicinin korunması amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle, TKHK. m.11/f.3 hükmündeki “misli” ifadesinin kanunun amacı göz önünde tutularak “benzeri” şeklinde yorumlanması gerekir, bkz., İNCEOĞLU, s.181. Benzeri şekilde: GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması, s. 120- 121. Aksi kanaatte: İNAL, s.1018; Murat AYDOĞDU, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2015, s.172- 173. AYDOĞDU'nun yazarlarından olduğu bir başka eserde, TBK. m. 127/f.1, b.4 hükmündeki “benzeri” ifadesinin de “misli” şeklinde yorumlanması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Bkz., AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 203.

³⁵ Benzeri şekilde: BAŞOĞLU, s. 119.

³⁶ Ayıbın giderilmesinin aşırı bir gidere neden olmasının orantısızlık oluşturduğu yönünde: GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması, s. 115; ATAMER/BAŞ, s. 39.

³⁷ ÇETİNER, s. 37; Nihat YAVUZ, Ayıplı İfa, Ankara, 2014, s. 259. Ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkını düzenleyen İsviçre Borçlar Kanununun 206. maddesinde, “imkan varsa” ifadesine yer verilmemektedir. Bu hüküm kapsamında sorunu inceleyen İsviçre öğretisindeki kimi yazarlar, alıcının ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkının, ayıp ihbarından sonra mümkün olan en kısa sürede kullanılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşün temel çıkış noktası, sonradan meydana gelecek olası fiyat artışlarından satıcının zarar görmesini engelleme gayretidir. Bu görüş için bkz., FURRER, s. 77; BECKER, Art. 206, N.2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 206, N. 6. TBK. m. 227 hükmü gereğince, ayıplı satılanın değiştirilmesinin satıcıdan beklenebilir olup olmadığı belirlenirken, satılanın değiştirilmesi giderleri de dikkate alınacağından, İsviçre öğretisinde dile getirilen bu görüşün bizim hukukumuz açısından savunulmasına gerek kalmamaktadır.

Bu açıdan, nakliye, iletişim, malzeme, iş gücü gibi giderlerin tamamını satıcı karşılayacaktır³⁸. Yukarıda, satıcının alıcıya farklı model veya markaya sahip bir malı teslim edebileceğini belirtmiştik. Bu durumda, satılanla ayıpsız benzeri arasında fiyat farkı ortaya çıkabilecektir. Kanaatimizce bu durumda satıcı alıcından satılanın ayıpsız benzerinin daha pahalı olduğundan bahisle fiyat farkı talep edememelidir. Eğer satılanla, ayıpsız benzerinin değiştirilmesi arasındaki fiyat farkı, diğer giderlerle birleştiginde, satıcı açısından aşırı sayılabilecek bir boyuta ulaşırsa, alıcı satılanın değiştirilmesi talebinde bulunamayacaktır.

Alıcının hakkını kullanmasından önce, ayıplı satılanın değiştirilmesinin şartları oluşmamışsa, alıcı ayıplı ifadan doğan bir başka hakkını kullanabilmelidir. Benzeri şekilde, alıcının hakkını kullanmasından sonra, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi imkansız hale gelirse, kanaatimizce alıcıya başka bir hakkı kullanma imkanının tanınması gerekecektir.

Yargıtay ise tüketici işlemlerine ilişkin verdiği kararlarda, tüketicinin satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkını kullanması halinde, satıcının satılanın değiştirilmesinin mümkün olmadığı yönündeki savunmalarını dikkate almamaktadır. Özellikle otomobil satışlarında tüketicinin ayıplı satılanın değiştirilmesi talebin ileri sürüldüğü veya talebin ifa edileceği tarihte aynı model otomobilin temin edilmesi çoğu kez mümkün olmamaktadır. Yargıtay'a göre, tüketicinin tercihleri kanun tarafından üstün tutulmaktadır. Tüketici satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep etmişse, bu talebe uygun karar verilmesi zorunludur. Ayrıca İİK. m. 24/f.4 hükmü nedeniyle satılan taşınırın bir benzerinin bulunamayacak olması ifa güçlüğü olarak nitelendirilemez. İİK. m. 24/f.4 hükmünde, taşınır eşyanın teslimine ilişkin ilamların icrasında, taşınır eşyanın borçlunun yedinde bulunmaması halinde, ilamdaki yazılı değer esas alınacağı belirtilmektedir³⁹.

³⁸ İNCEOĞLU, s.193. Bu görüşler 6502 sayılı TKHK. m. 11/f.6 hükmüne ilişkin ileri sürmüştür. 6502 sayılı TKHK. m. 11/f.6 hükmünde tüketicinin seçtiği hakların kullanılmasından kaynaklanan giderlerinin tamamının satıcıya ait olduğu düzenlenmektedir. Aynı sonuca TBK. m. 227 hükmü açısından da varmaya engel olacak bir durum yoktur.

³⁹ YHGK, 04.03.2009, 4-11/99; YHGK,22.06.2005, 4-309/391, (kararlar için, bkz., Kazancı İB). Yargıtay'ın bu yaklaşımının yerinde olduğu yönünde: BAŞOĞLU, s. 122. Yazar, Yargıtay'ın bu çözümünün benimsenmesi durumunda, satıcının yeni modelle yapacağı ifadan kaynaklanan fiyat farkının alıcıdan talep edilebileceğini,

Yargıtay'ın bu yaklaşımının her zaman alıcı (tüketici) lehine sonuç doğurmayacağını belirtmek gerekir. Satılanın ayıpsız bir benzerinin tesliminin mümkün olmadığı durumlarda, alıcı İİK. m. 24/f.4 hükmü uyarınca satılanın ilamda yazılı bedelini almak, elindeki ayıplı satılanı ise iade etmek zorunda kalacaktır. Oysaki alıcının tercihi bu yönde değildir. Eğer alıcı satış bedelinin iadesini istiyorsa, sözleşmeden dönme yolunu tercih edebilirdi⁴⁰. Bu nedenle, ayıplı satılanın değiştirilmesinin hakkın kullanılmasından sonra imkansız hale gelmesi halinde, alıcıya seçimlik hakkını değiştirme yetkisinin tanınmalıdır.

F. Alıcıya Yüklenebilen Sebeplerle Satılanın İadesinin Mümkün Olmaması

1. Genel Olarak

TBK. m. 228/f.1 hükmünde, satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olmasının veya ağır biçimde zarara uğramasının, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemeyeceği belirtilmektedir. Kanun hükmünün devamında, alıcının, bu durumda, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlü olduğu dile getirilmektedir. TBK. m. 228/f.2 hükmünde ise, satılanın alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olması veya alıcının onu başkasına devretmesi ya da biçimini değiştirmesi halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı, ancak satış bedelinden indirim talep edilebileceği düzenlemesi yer almaktadır.

Sözleşmeden dönme hakkını sınırlandıran bu hükmün satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talebi için de uygulanacağını belirtmek gerekir. Zira, ayıplı satılanın değiştirilmesinin talep edilmesi halinde, satılanın tekrar satıcıya iade edilmesi gerektiğinden, TBK. m. 228 hükmündeki sınırlamalar satılanın değiştirilmesi talebinde de uygulanır⁴¹. TBK. m. 228/f.2 hükmü gereğince, alıcı kendisine yüklenebi-

ancak fiyat farkına alıcının katlanmak istemeyebileceği bir maddi yük getirmesi durumunda alıcının diğer haklarını kullanabileceği görüşündedir. Bkz., BAŞOĞLU, s. 121.

⁴⁰ Yargıtay'ın bu uygulamasına yönelik eleştiriler için, bkz., İNCEOĞLU, s. 180; ATAMER/İNCEOĞLU, s. 62- 63.

⁴¹ BUCHER, s. 117; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 155; ARAL/AYRANCI, s. 139; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 139; KAPANCI, s. 47; BİLGİN, s. 405.

len bir sebeple satılanı yok etmişse veya bir başkasına devretmişse ya da satılanı değiştirmişse satılanı iade etmesi mümkün olmaz. Bu durumda, satılanın iade edilmesi ya mümkün değildir ya da satılanı bu şekilde iade alması satıcıdan beklenemez. Bu nedenle, bu hallerde satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talep edilemez⁴².

Bu hükme esas oluşturan düşünce, alıcının kendi davranışlarıyla satılarda meydana getirdiği hukuki ve fiili değişikliklerden sorumlu olmasıdır⁴³. Alıcının ayıbın varlığından haberdar olması da önemli değildir⁴⁴.

2. Satılanın Yok Olması

TBK. m. 228/f.2 hükmünde alıcının hakkını kullanmasına engel oluşturan ilk durum satılanın yok olmasıdır. Kanun hükmündeki “*yok olma*” ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Satılanın tamamen yok olmadığı ancak önemli ölçüde kötüleştiği hallerde bu kapsamda değerlendirilmelidir⁴⁵. Bu sonuca, TBK. m. 228/f.1 hükmünün yorumundan ulaşılabılır. TBK. m. 228/f.1’e göre, ayıplı satılan mücbir sebep veya beklenmeyen halden dolayı yok olması veya ağır derecede zarara uğraması durumunda alıcının sözleşmeden dönebileceğini düzenlemektedir⁴⁶. Mücbir sebep ve beklenmeyen hal, alıcıya yüklenmesi mümkün

⁴² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 155; KAPANCI, s. 47; KAHVECİ, s. 112.

⁴³ ARAL/AYRANCI, s. 126- 127.

⁴⁴ HONSELL, Basler, Art. 207, N. 2; ARAL/AYRANCI, s. 127. Kanun hükmünde 818 sayılı BK. m. 204/f.2 hükmünden farklı olarak “alıcının kusuru” ifadesi yerine “alıcıya yüklenebilen bir sebeple” ifadesi kullanılmıştır. Kendi mülkiyetinde olan bir eşya üzerinde fiili veya hukuki tasarrufta bulunan alıcının kusurlu olduğundan bahsetmek yerinde olmayacağından, kanun hükmünde kusurdan bahsedilmemiş olması yerinde olmuştur. Bu nedenle 818 sayılı eski BK. m. 204/f.2 hükmündeki “kusur” ifadesinin teknik anlamıyla kusur olmadığı, kanun hükmünün alıcının sorumlu tutulabileceği nedenler şeklinde okunması gerektiği belirtilmekteydi. Bkz., ŞAHİNİZ, s. 115; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 162; YAVUZ, s. 148; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 207, N. 5; TANDOĞAN, s. 189.

⁴⁵ FURRER, s. 65; TANDOĞAN, s. 189; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 163; HONSELL, Basler, Art. 207, N. 3; YAVUZ, s. 149; ARAL/AYRANCI, s. 127. Aksi kanaatte: İNCEOĞLU, s. 199. Yazar, TBK. m. 228/f.2 hükmünde sadece yok olmadan bahsedildiğini, bu nedenle mal yok olmadıkça alıcının dönme ve ayıplı satılanın değiştirilmesini talep haklarını kullanabileceği görüşündedir.

⁴⁶ Bu durumlarda, satılan aslında alıcının riziko alanında yok olmaktadır. Bu nedenle, satılanın alıcıya tesliminden sonra, ayıp dışında başka bir nedenle yok olduğu

olmayan hallerdir. Kanun bu hallerde, sadece satılanın yok olmasından bahsetmemekte, satılanın ağır biçimde zarara uğramasını da aynı kurala tabi kılmaktadır. O halde, alıcıya yüklenebilen sebeplerle, satılanın yok olmadığı ancak önemli ölçüde kötüleştiği durumlarda da, alıcı sözleşmeden dönebilecek ve ayıplı satılanın değiştirilmesini talep edemeyecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, satılana ağır derecedeki zarar, satılanın muayenesi neticesinde ortaya çıkmışsa veya ticari teamül gereği yapılan bir faaliyet sonucunda meydana gelmişse satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talep edilebilir⁴⁷. Benzeri şekilde, satılanın yok olması ayıptan kaynaklanmışsa, alıcı satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteyebilir⁴⁸.

Satılanın yok olmasının ne zaman alıcının sorumluluk alanında kabul edileceğinin belirlenmesi önemlidir. Alıcının dikkatli hareket etmesi veya dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenen özeni göstermesi halinde, satılanın yok olması engellenebiliyorsa, alıcı, sözleşmeden dönme veya ayıplı satılanın değiştirilmesini isteme haklarını kullanamaz⁴⁹. Alıcının satılanı tüketmesi halinde de ayıplı satılanın değiştirilmesini talep etmesi mümkün olmayacaktır⁵⁰.

Eğer satılan esaslı şekilde kötüleşmemişse alıcı satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep etme hakkını kullanabilecektir. Satılanın zarar gördüğü ancak bu zararın ayıptan kaynaklanmadığı ve alıcının satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep hakkını kaybetmediği durumlarda, alıcı zarar ve eksilmeleri tazmin etme yükü-

hallerde, alıcının sorumlu olup olmadığına bakılmaksızın, sözleşmeden dönme ve satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi haklarının sınırlandırılması de lege feranda yerinde olurdu. Dönme hakkı açısından benzeri şekilde: HONSELL, OR, s. 97; Claire HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, Basel, Genf, 2012, s. 718, s. 721.

⁴⁷ ŞAHİNİZ, s. 116; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 207, N. 10; ARAL/AYRANCI, s. 127.

⁴⁸ HONSELL, OR, s. 97; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 207, N. 2; HUGUENIN, s. 718.

⁴⁹ YAVUZ, s. 148.

⁵⁰ TANDOĞAN, s. 190; YAVUZ, s. 150. Ayrıca bu durumda, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, alıcının bu davranışının ayıptan kaynaklanan haklarından feragat niteliği taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir, bkz., TANDOĞAN, s. 190; YAVUZ, s. 150.

kümlülüğü altındadır⁵¹. Alıcının bu sorumluluğu kusur sorumluluğudur⁵². Öğretide, bu halde, TBK. m. 112 hükmüyle düzenlenen kusur karesinin geçerli olmayacağı, alıcının kusurlu olduğunun ispat yükünün satıcıda olduğu ifade edilmektedir⁵³.

3. Alıcının Satılanı Bir Başkasına Devretmesi

TBK. m. 228/f.2 hükmünde anılan bir diğer hal ise satılanın devredilmesidir. Kanun hükmündeki bu ifadeyle, mülkiyetin bir başkasına devredilmesi kastedilmektedir. Alıcı satılanın mülkiyetini bir başkasına devretmişse, ayıbı bilmese bile, satılanın değiştirilmesini talep hakkını yitirir⁵⁴. Alıcı sadece mülkiyetin devrine ilişkin borçlandırıcı işlemi yapmış, ancak henüz tasarruf işlemi gerçekleştirilmemişse, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep edebilecektir. Alıcı satılanın mülkiyetini bir başkasına devretmiş, ancak sonraki alıcı satılanı ayıbı nedeniyle ilk alıcıya iade etmişse, ilk alıcı da kendi satıcısına karşı satılanın değiştirilmesi hakkını kullanabilmelidir⁵⁵. İkinci alıcının ilk alıcıya hangi hakkını (sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirmesi) kullanarak iade ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Kanaatimizce, alıcının mülkiyetini devrettiği satılanı rahatlıkla iade alabileceği durumlarda satıcıya karşı dönme ve ayıplı satılanın değiştirilmesi haklarını kaybetmediğine hükmedilmelidir. Yeter ki, kendi satıcısına rücu edebilmesi için kanunun aradığı şartlar somut olayda gerçekleşmiş olsun. İkinci alıcının ilk alıcıya ayıp ihbarında bulunduğu, ancak henüz ayıptan doğan haklarını kullanmadığı durumlarda, ilk alıcının kendi alıcısının haklarını kullanmasını beklemesi de gerekmemelidir. Zira kendi alıcısı son ana kadar bekleyip sözleşmeden dönse, ilk alıcının kendi satıcısına başvurma imkanı ortadan kalkabilir. Bu durumda, alıcı, kendi alıcısını ayıptan kaynaklanan

⁵¹ İNCEOĞLU, s. 199.

⁵² İNCEOĞLU, s. 199; GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması, s. 123-124.

⁵³ İNCEOĞLU, s. 199-200. Yazar, alıcının rızası ile satılanı kullananların verdiği zarardan dolayı alıcının TBK. m. 116 uyarınca kusursuz sorumlu olması gerektiği görüşündedir, bkz. İNCEOĞLU, s. 200.

⁵⁴ GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.112; KAPANCI, s. 64. Ayıbın varlığını bilmeden yapılan temliklerin sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmayacağı yönünde: OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 207, N. 8; BECKER, Art. 207, N.2.

⁵⁵ HONSELL, OR, s. 97; BECKER, Art. 207, N.2; bkz., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 163; YAVUZ, s. 149.

hakkını kullanmaya zorlayamaz. Ancak alıcı kendi satıcısına, satılanın kendisine ikinci alıcı tarafından iade edilmesi halinde, ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talebini kullanacağını beyan edebilir. Ayıplı satılanın değiştirilmesi talebinin aynen ifa talebi olduğuna yönelik kanaatimize yukarıda yer verilmişti. Bu görüşün sonucu olarak ayıplı satılanın değiştirilmesi talebinin koşula bağlı kullanılmasının kabulünde sıkıntı yaşanmayacaktır.

Satılanın sınırlı aynı hakla yüklemesi halinde de alıcı sözleşmeden dönme ve ayıplı satılanın değiştirilmesi haklarını kullanamaz⁵⁶. Ancak alıcının sınırlı aynı hakkı kaldırması mümkünse, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkı ileri sürülebilir. Örneğin satış konusu aracın üzerine, taşınır rehni konulmuşsa, alıcı rehinle teminat altına alınan borcu ödeyerek rehni kaldırabilir ve satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep edebilir. Ayrıca mesafe satışlarında TBK. m. 226 hükmüne uygun olarak malın sattırılmasının, TBK. m. 228/f.son hükmünün kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmek gerekir⁵⁷.

4. Alıcının Satılanı Değiştirmesi

Alıcının hakkını kullanmasına engel olan bir diğer durum ise satılanın değiştirilmesidir. Satılanın değiştirilmesinden işleme, birleşme, karışma halleri anlaşılmalıdır⁵⁸. Satılanın değiştirilmesi, muayene külfeti yerine getirilirken gerçekleşmişse, TBK. m. 228/f.2 hükmü uygulanmaz⁵⁹. Ancak alıcı muayeneden kaynaklanan değişikliklerden dolayı tazminat ödemek zorunda kalabilir⁶⁰. Ayıbın ilk olarak değiştirme esnasında ortaya çıkması durumunda da, alıcının hakları ortadan kalkmaz⁶¹. Alıcının satılanın orijinal parçalarını başka parçalarla değiştirmesi durumunda da satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini

⁵⁶ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 207, N. 7; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 163; YAVUZ, s. 149; TANDOĞAN, s. 189; ARAL/AYRANCI, s. 127; ASLAN, s. 171; BİLGİN, s. 405.

⁵⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 163; YAVUZ, s. 149.

⁵⁸ HONSELL, Basler, Art. 207, N. 2; HONSELL, Kurzkommentar, Art. 207, N. 2; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 163- 164; YAVUZ, s. 149- 150; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.112; KAPANCI, s. 64.

⁵⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 164; KAPANCI, s. 64; ŞAHİNİZ, s. 117.

⁶⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 164; OSER/ SCHÖNENBERGER, Art. 207, N. 10.

⁶¹ HONSELL, Basler, Art. 207, N.2.

talep edemez⁶². Kanaatimizce, alıcının, satılarda zarara veya ekonomik değer kaybına neden olmaksızın, satılanı eski haline getirebildiği durumlarda da hakkını kullanabilmelidir. Örneğin, satılardan sökülen orijinal parçalar, tekrar yerlerine takılabiliyor ve satılan bundan esaslı şekilde zarar görmüyorsa, alıcı gerekli değişiklikleri yapmak kaydıyla ayıplı satılanın değiştirilmesini talep edebilmelidir.

5. Alıcının Ayıbın Varlığını Bilmesine Rağmen Satılanı Kullanması

Alıcının ayıbın varlığını bilmesine rağmen satılanı kullanmasının alıcının haklarına etkisinin ne olacağı tartışmalıdır. Öğretideki hakim görüş, ayıpların varlığını bilen alıcının malı kullanması halinde somut olayın özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirme yapılması yönündedir. Buna göre, alıcının geçerli bir nedeni olmaksızın ayıplı satılanı kullanması, sözleşmeden dönme ve ayıplı satılanın değiştirilmesi haklarından feragat olarak yorumlanabilir⁶³. Yargıtay ise otomobil satışına ilişkin tüketici işlemlerinde, otomobilin ayıplı olmasına rağmen tüketici tarafından kullanılmasının tüketicinin hakları üzerinde herhangi bir etkisi olmadığı görüşündedir⁶⁴.

Kanaatimizce, alıcının ayıbın varlığını bilmesine rağmen ayıplı satılanı kullanmaya devam etmesi, ayıplı malın kabul edildiği ve satılanın satıcıya iadesini gerektirecek haklardan (sözleşmeden dönme ve ayıplı satılanın değiştirilmesi) feragat edildiği şekilde yorumlanabilir. Ancak bu sonuca varmak için, somut olayın özellikleri, alıcının satılardan beklediği menfaat, işlem hayatı ve ticari teamüller dürüstlük kuralı ışığında incelenmeli ve alıcının satılanı kullanmaya devam etmesini haklı kılabilecek bir nedenin var olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin, alıcının ticari faaliyetlerine devam edebilmesi için satılanı kullanması

⁶² İNCEOĞLU, s.189.

⁶³ FURRER, s. 65; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.112-113; HONSELL, Basler, Art. 207, N. 4; HONSELL, OR, s. 97; Jolanta KREN KOSTKIEWICZ/Julia HENOP REICH, OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligatinenrecht, Zürich, 2002, Art. 205, N. 3; BGE 105 II 90; HONSELL, Kurzkomentar, Art. 207, N. 2; bkz., BUCHER, s. 99. EREN ise alıcının satılanı ayıplı olduğunu bilerek kullanması veya tüketmesi halinde haklarından feragat ettiği görüşündedir. Bkz., EREN, s. 133.

⁶⁴ YHGK, 01.07.2009, 4-246/297, (karar için, bkz., Kazancı İB).

zorunlu ise, satılanın kullanılması feragat olarak nitelendirilemez. Alıcının ayıbı geçici bir durum zannetmesi, satıcının alıcıyı oyalaması gibi durumlarda da, alıcının satılanı kullanması haklarından feragat olarak yorumlanamaz. Yine satılanın gündelik hayatta sık kullanılan bir eşya olması ve alıcının satılan yerine bir alternatifine sahip olmaması yahut satılan yerine bir başka malı kullanmasının kendisinden beklenebilir bir davranış olmaması da bu duruma örnek gösterilebilir. Zira, satıcının sorumluluğuna gidebilmek için, kendisinin zararına neden olacak şekilde satılanı kullanmayı bırakması, alıcıdan beklenebilir bir davranış olarak kabul edilemez⁶⁵. Alıcının satılanı kullanmasının feragat olarak nitelendirilmemesine bir başka örnek ise, eşyanın kullanılmasının, yok olmasını veya zarar görmesini engellemek için zorunlu olmasıdır⁶⁶. Ancak alıcının ayıplı çıkan satılanı geçerli bir neden olmaksızın kullanması, alıcının haklarından feragat ettiği şeklinde yorumlanabilir.

Ayıplı satılanın değiştirilmesini isteyen alıcının, satılanı kullanmasının feragat olarak nitelendirilmediği durumlarda, alıcı satılanı iade ederken, satılıandan elde ettiği ürünleri iade etme yükümlülüğü yoktur. Aynı şekilde, alıcının satılanı kullanmasından dolayı bedel ödemesi de gerekmez⁶⁷. Sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen, TBK. m. 229/f.1, c.1 hükmü ayıplı satılanın değiştirilmesi talebi için uygulanabilir nitelikte değildir. Zira sözleşmeden dönmeye alıcı eşyayı iade ederken, satıcı da satış bedelini iade etmektedir. Bu arada, alıcı elde ettiği ürünleri iade edip, kullanma bedelini satıcıya öderken, satıcı da satış bedelinin faizini ödeme yükümlülüğü altına girer. Oysaki, alıcının satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkını ileri sürmesi halinde bu tür bir tasfiye ilişkisine girilmez⁶⁸.

⁶⁵ FURRER, s. 66.

⁶⁶ HUGUENIN, s. 719.

⁶⁷ AYDOĞDU, s.173; YHGK., 22.06.2005, 4-309/391. Aksi kanaatte: BAŞOĞLU, s. 122.

⁶⁸ Benzeri şekilde: AYDOĞDU, s.173. Kanun koyucunun satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkında bilinçli sustuğu, bu hakkı kullanan alıcının ne kullanma bedeli ödeme ne de elde ettiği ürünleri iade etme yükümlülüğü altında olduğuna dair, bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 206.

G. Satıcının Satılanı Değiştirerek Alıcının Haklarını Bertaraf Etmemiş Olması

1. Genel Olarak

TBK. m. 227/ f.3 hükmüyle satıcıya, satılanın ayıpsız bir benzerini derhal alıcıya teslim etme ve alıcının uğradığı zararları tazmin etme yoluyla alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engelleme hakkı tanınmıştır. 818 sayılı eski BK. m. 203 hükmünde bu hak satıcıya sadece yerinde satışlarda tanınmıştı. Ancak eski Borçlar Kanunu döneminde de, kanundaki “*satılan bir başka yerden gönderilmiyorsa*” ifadesine rağmen, önemli külfet ve gecikme olmaksızın satılanın ayıpsız bir benzerinin gönderilmesi mümkünse satıcıya bu hakkın tanınması gerektiği savunulmaktaydı⁶⁹. 6098 sayılı TBK. m. 227/f.3 hükmünde mesafe satışında satıcının ayıplı satılanı değiştirme hakkına sahip olmadığına yönelik ifadeler yer verilmemiştir. Bu nedenle, satış sözleşmesinin türüne bakılmaksızın TBK. m. 227/f.3 hükmü uygulanacaktır⁷⁰.

Kanun ayıplı ifadan dolayı kusursuz olsa dahi sorumlu tutulan satıcıya ikinci kez borcunu gereği gibi ifa ederek⁷¹, ayıptan kaynaklanan sorumluluğundan kurtulma şansı tanımaktadır. Bu şekilde menfaatleri tatmin edilen alıcının ayıptan kaynaklanan haklarını kullanmakta ısrar etmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu nedenle TBK. m. 227/f.3 hükmünün dürüstlük kuralının bir yansıması olduğu söylenebilir⁷².

2. Şartları

a. Satılanın Ayıpsız Bir Benzerinin Alıcıya Derhal Teslim Edilmesi

Kanun hükmünde yer alan “*satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek...*” ifadelerinden, satılanın ayıpsız bir benzeri-

⁶⁹ HONSELL, Kurzkomentar, Art. 206, N. 1; TANDOĞAN, s. 199; Petra GINTER, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung, Zürich, Basel, Genf, 2005, s.64, s.79; YAVUZ, s. 147; HONSELL, OR, s.118; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.390; HUGUENIN, s.728; MÜLLER- CHEN, Art. 206, N.5; HONSELL, Basler, Art. 206, N. 1.

⁷⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 161; ATAMER, Taşınır, s.206; BİLGİN, s. 397-398.

⁷¹ MÜLLER- CHEN, Art. 205, N.7; ATAMER, Taşınır, s.205.

⁷² İNCEOĞLU, s.190.

ni alıcıya derhal teslimi anlaşılmalıdır. Bu nedenle, satış sözleşmesinde hasarın teslimden önce alıcıya geçeceği kararlaştırılmış olsa bile, satıcının alıcının haklarını TBK. m. 227/f.3 hükmüne uygun olarak bertaraf edebilmesi için, satılanı alıcıya teslim etmesi zorunludur⁷³.

Kanunda geçen “*hemen*” ifadesinden, işin niteliğine uygun en kısa süre anlaşılmalıdır. Bu süre ayıp ihbarıyla alıcının haklarını kullanması arasında yer alır⁷⁴. O halde, alıcının ayıplı ifadan doğan haklarını kullanmasını engellemek isteyen satıcı, ayıp ihbarından sonra derhal harekete geçmelidir⁷⁵. Satıcının alıcının haklarını kullanmasını engelleyebilmesi için, satılanın ayıpsız bir benzerini alıcıya teslim etmesi zorunludur. Alıcı haklarını kullanabilmek için satıcıyı beklemek zorunda değildir. Bu nedenle, satıcının satılanın ayıpsız bir benzerini teslim etmeyi sadece teklif etmiş olması alıcının haklarını kullanmasını engellemez⁷⁶.

Bu hak satıcı tarafından tek taraflı kullanılan bir haktır. TBK. m. 227/f.3 hükmünün uygulanma şartları gerçekleşmişse, alıcı ayıplı ifaya ilişkin haklarını yitirir. Eğer alıcı geçerli bir neden olmaksızın satıcının teklif ettiği satılanın ayıpsız bir benzerini teslim almaktan kaçınırsa ayıptan doğan haklarını kullanamaz. Ancak satıcının da satılanın ayıpsız bir benzerini koruma yükümlülüğü devam eder. Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinin aynen ifa talebinin bir görünümü olduğu kanaatini ileri sürmüştük. O halde, satıcının bu hakkı da satıcıya bir kez daha borcunu gereği gibi ifa etme imkanı görülmelidir. Bu görüşün sonucu olarak, alıcının satılanın ayıpsız bir benzerini teslim almaması durumunda, satıcının dilerse alıcı temerrüdü hükümlerine dilerse borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmesi gerekir. Zira satılanın teslim alınması alıcı açısından sadece bir hak olmayıp, aynı zamanda bir borçtur⁷⁷.

Satıcının ayıplı satılan yerine teslim ettiği benzeri eşya da ayıplı çıkarsa, satıcı tekrar aynı imkana başvuramaz. Bu durumda alıcı ayıplı ifadan kaynaklanan haklarını kullanabilecektir⁷⁸. Hatta alıcı, eğer

⁷³ Bkz., BUCHER, s. 117; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 161.

⁷⁴ MÜLLER- CHEN, Art. 205, N. 6.

⁷⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 161; YAVUZ N., s. 2543; ŞAHİNİZ, s. 114.

⁷⁶ MÜLLER- CHEN, Art. 206, N. 6.

⁷⁷ EREN, s. 168.

⁷⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 162; YAVUZ, s. 147- 148; YAVUZ N., s. 254.

menfaatlerine uygun görüyorsa, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini de talep edebilir⁷⁹.

b. Alıcının Ayıplı İfadan Kaynaklanan Zararlarının Tazmin Edilmesi

Satıcının alıcının haklarını kullanmasını engelleyebilmesi için, satılanın ayıpsız bir benzerini derhal teslim etmesi yeterli değildir. Ayrıca satıcının alıcının uğradığı zararları tazmin etmesi gerekir. Kanun hükmünde her ne kadar alıcının uğradığı zararların giderilmesinden bahsetmişse de, satıcının ciddi şekilde zararları tazmin etmeyi teklif etmesi yeterli görülmelidir. Alıcının talebi halinde satıcı zararları tazmin edemeyecekse, TBK. m. 227/f.3 hükmünün uygulanma şartı gerçekleşmemiş sayılır⁸⁰.

Satıcı alıcının uğradığı zararın tamamını kusursuz olsa bile karşılamalıdır⁸¹. Satıcının tazmin etmekle yükümlü olduğu zarar kalemlerinin kapsamına ayıp nedeniyle yaptığı giderler, ayıplı ifanın neden olduğu zararlar, değiştirme giderleri, değiştirmenin yol açacağı gecikmeden kaynaklanan zararlar, muayene giderleri girer⁸². Mesafe satışlarında göndermenin giderleri de satıcı tarafından karşılanmalıdır⁸³. Alıcının fiili zararları ve yoksun kalınan karı da bu kapsamda görülmelidir⁸⁴.

Satıcı alıcının zararlarından sadece bir kısmını tazmin etmeyi teklif ederse, alıcı satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini reddedebilir⁸⁵. Satıcının sadece ayıplı satılanı değiştirmeyi teklif edip, alıcının uğradığı zararları tazmin etmeyi teklif etmemesi halinde, alıcı dilerse satıcının bu teklifini kabul edebilir. Ancak alıcının bu davranışı

⁷⁹ MÜLLER- CHEN, Art. 206, N. 6; TANDOĞAN, s. 200.

⁸⁰ Farklı görüşte: BECKER, Art. 203, N.3; YAVUZ N., s. 254. Yazarlara göre, tazminatın derhal ödenmesinin gerekli olduğu yönünde kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Tazminat miktarının tespiti zor olduğundan satıcının zararı derhal tazmin etme yükümlülüğünden bahsedilemez.

⁸¹ BECKER, Art. 203, N.3; YAVUZ N., s. 254.

⁸² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 161; ŞAHİNİZ, s. 114; YAVUZ, s. 147; BECKER, Art. 203, N.3; bkz., EREN, s. 131-132.

⁸³ BUCHER, s. 117; KAPANCI, s. 48, dn. 226.

⁸⁴ EREN, s. 132.

⁸⁵ GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.108.

uğradığı zararların tazminini talep etme hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

c. Alıcının Menfaatlerine Aykırı Olmaması

Satıcıya sözleşmeye aykırı davranmasına rağmen ikinci kez satılanı ayıpsız haliyle teslim etme hakkı tanınmaktadır. Satıcıya tanınan bu hakkın sadece çeşit satışları açısından değil, parça satışları açısından da geçerli olduğu kanaatindeyiz. Özellikle parça satışı söz konusu olduğunda, satıcının bu hakkı kullanılırken alıcının menfaatlerini ihlal etmemesi gereklidir. O halde satıcının alıcıya sunduğu satılanın ayıpsız benzerinin alıcı tarafından kabulü dürüstlük kuralı gereğince alıcıdan beklenebilmelidir⁸⁶.

Sonradan ifanın alıcı açısından bir anlam ifade etmediği hallerde, satıcı da bu hakkını kullanamaz. Örneğin üreticiden malı satın alan alıcının kendi müşterisi ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönmüşse ve alıcının satış konusu malı bir başkasına zahmetsiz bir şekilde satması mümkün değilse, üretici satıcı bu hakkı kullanamamalıdır. Yine mutlak kesin vadenin kararlaştırıldığı durumlarda, sonradan ifa alıcı açısından bir anlam ifade etmez. Belirli bir tarihte yapılacak bir gösteri için satın alınan dekoratif bir eşyanın ayıplı çıkması bu duruma örnek gösterilebilir. Bu durumda, gösteri tarihi geçtikten sonra satılanın ayıpsız bir benzerinin teslim edilmesinin alıcı açısından bir anlamı yoktur.

H. Birden Çok Mal Satışına İlişkin Sınırlamalar

1. Genel Olarak

TBK. m. 230 hükmüne göre, birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir. Ancak, satış sözleşmesinin taraflarına önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkı satılanın tamamını kapsar. Satılanın aslı için satıştan dönülmesi, ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar; fakat eklentiler için dönme, satılanın aslını kapsamaz.

⁸⁶ GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.108.

TBK. m. 230 hükmüyle, alıcının sözleşmeden dönme hakkı sınırlandırılmıştır⁸⁷. Bu sınırlama, ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkına da uygulanmalıdır⁸⁸. Zira ayıplı satılanın değiştirilmesinde de satılan satıcıya iade edilmektedir. Ayrıca satılanın ayıplı kısmının değiştirilmesinin alıcı veya satıcı açısından önemli bir zarara neden olmaksızın mümkün olduğu durumlarda, satılanın tamamının değiştirilmesini gerektirecek bir menfaat bulunmamaktadır.

2. Şartları

a. Birden Çok Eşyanın Satış Sözleşmesi Kapsamında Alıcıya Teslim Edilmiş Olması

TBK. m. 230/f.1 hükmündeki sınırlamaların geçerli olabilmesi için, birden çok malın aynı sözleşme kapsamında alıcıya teslim edilmesi gerekir. Birden çok eşyadan bahsedebilmek için ya birden fazla bağımsız eşya aynı sözleşme kapsamında alıcıya teslim edilmiş olmalıdır veya satılanlar eşya birliği oluşturmalıdır⁸⁹. Ard arda teslimli satışlarda da alıcı tek bir teslim konusu ayıplı satılanın değiştirilmesini sadece bu satılan açısından talep edebilecektir⁹⁰. Ard arda teslimli satışlarda çoğu kez hakkın kısmi olarak kullanılması gündeme gelecektir. Ancak ayıplı teslimlerden, ilerideki teslimlerin de ayıplı olacağı anlaşılıyorsa, alıcı haklarını tam olarak ileri sürülebilir⁹¹.

TBK. m. 230/f.1 hükmünün uygulanması açısından satış bedelinin parça başına veya eşyaların tamamı üzerinden belirlenmesinin bir önemi olmadığını belirtmek gerekir⁹².

⁸⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 164. TBK. m. 230/f.1 hükmüyle, kısmi dönmenin yasal bir zorunluluk haline geldiğine ilişkin: ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 135.

⁸⁸ MÜLLER- CHEN, Art. 209, N.1; YAVUZ, s. 151. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 165. Yazarlar TBK. m. 230/f.1 hükmündeki sınırlamaların, alıcının tüm seçimlik haklarına ilişkin olduğunu belirtmektedirler.

⁸⁹ HONSELL, Basler, Art. 209, N. 1; MÜLLER- CHEN, Art. 209, N.2; YAVUZ, s. 151; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 165; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 227.

⁹⁰ HONSELL, OR, s. 98; HONSELL, Basler, Art. 209, N. 1; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 165.

⁹¹ TANDOĞAN, s. 195; YAVUZ, s. 153; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 136; KREN KOSTKIEWICZ/HENOP REICH, Art. 209, N. 5.

⁹² HONSELL, Basler, Art. 209, N. 1; İNAL, s.1016.

Satış sözleşmesinin konusu birleşik eşya ise, TBK. m. 230/f.1 hükmü uygulanmaz. Zira, birleşik eşyada birden çok eşya bağımsızlıklarını yitirerek tek bir eşya oluşturur. Benzeri şekilde, ticari teamül gereğince birden çok eşya tek bir eşya olarak görülüyor ise TBK. m. 230/f.1 hükmü uygulama alanı bulmaz⁹³.

Birden çok eşyanın alıcıya teslim edildiği bir diğer durum ise asıl eşya ile eklentisinin aynı sözleşme kapsamında alıcıya teslim edilmiş olma ihtimalidir. Eklentinin veya asıl eşyanın ayıplı çıkması halinde, TBK. m. 230/f.1 değil, TBK. m. 230/f.2 hükmü uygulanır.

Satıcının ayıplı satılanları alıcıya teslim etmiş olması gereklidir. Satıcı birden çok malı teslim etme borcu üstlenip, bunlardan sadece bir kısmını teslim ettiği hallerde, ayıplı ifa değil, eksik ifa söz konusu olur. Bu durumda alıcı satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurmalıdır⁹⁴.

b. Satılanların Sözleşmenin Taraflarına Önemli Bir Zarar Vermeksizin Birbirlerinden Ayrılmalarının İmkansız Olması

TBK. m. 230/f.1, c.2, satış sözleşmesinin taraflarına önemli bir zarar vermeksizin, satılanların ayrılmalarının mümkün olmaması halinde, alıcının sözleşmenin tamamından dönmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu ihtimalde, alıcı satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkını da kısmi değil, bütün satılanlar açısından kullanacaktır⁹⁵. Alıcı ayıpsız satılanları da satıcıya iade edecek, satıcı da ayıplı olsun veya olmasın tüm satılanları ayıpsız benzerleriyle değiştirecektir. Bu durumda, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinin satıcı açısından mümkün olup olmadığı tüm satılanlar açısından dikkate alınmalıdır.

Kanun hükmü, alıcının hakkını tüm satılanlar için kullanması zorunluluğunu, satılanların satıcıya veya alıcıya önemli ölçüde zarar vermeden ayırlamamaları haline özgülemiştir. O halde, satılanların bir kısmının ayrılmasının ne zaman sözleşmenin taraflarına önemli ölçüde zarar vereceğinin tespiti gerekmektedir.

⁹³ MÜLLER- CHEN, Art. 209, N.3; HONSELL, Basler, Art. 209, N. 1.

⁹⁴ MÜLLER- CHEN, Art. 209, N.5.

⁹⁵ MÜLLER- CHEN, Art. 209, N.7; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 166.

İlk olarak, satılanların birbirlerinden ayrılmasının satış sözleşmesinin taraflarından sadece birine önemli ölçüde zarar vermesi kanun hükmünün uygulanması için yeterli olduğunu belirtmek gerekir. TBK. m. 230/f.1, c.2 hükmünün uygulanması için hem alıcının hem de satıcının zarara uğraması gerekmez. Bu husus tespit edilirken, dürüstlük kuralı çerçevesinde, sözleşme taraflarının makul ihtiyaç ve menfaatlerine dikkat edilmeli⁹⁶, satılanlar arasında işlem hayatı kapsamında ekonomik ve fiziksel bütünlük olup olmadığına⁹⁷ bakılmalıdır. Eğer satılanlar fiziksel veya ekonomik açıdan fazla değer kaybetmeksizin birden fazla kişiye satılarak teslim edilebilecekse, satılanların birbirinden ayrılması satıcıya veya alıcıya önemli ölçüde zarar vermiyor demektir⁹⁸. Örneğin, bir mobilya takımındaki koltuklardan birinin ayıplıysa, mobilya takımının bu koltuk olmaksızın ekonomik açıdan fazla değer kaybetmeksizin satışının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Şayet buna imkan yoksa, ayıplı satılanın değiştirilmesi ve dönme hakkı tüm takım için kullanılacaktır⁹⁹.

Ayıplı satılanların ayıpsızlardan ayrılmasının çok fazla zaman alacağı durumlarda da, satılanların ayrılmalarının önemli ölçüde zarara neden olacağı kabul edilmelidir¹⁰⁰. Ayıplı satılanların ayıpsızlardan ayrılmasının fazla masrafa neden olduğu hallerde de alıcı hakkının satılanların tamamı açısından kullanılmalıdır. Satılanların birlikte değerinin, tek tek parça değerlerinin toplamından büyük olması durumunda da, satılanların ayrılabilir olmadıkları söylenebilir¹⁰¹. Tarafların sözleşmenin kurulması esnasında satılanları aynı hukuki kadere tabi kılmaları hali de, alıcının hakkını kısmen kullanamadığı bir diğer durumdur¹⁰².

⁹⁶ YAVUZ, s. 152; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 166; ŞAHİNİZ, s. 120.

⁹⁷ GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.113; HONSELL, Basler, Art. 209, N. 2; KAPANCI, s. 67.

⁹⁸ Bkz. MÜLLER- CHEN, Art. 209, N.6.

⁹⁹ Benzeri şekilde: GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.113.

¹⁰⁰ FURRER, s. 70; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 166; YAVUZ, s. 152; BGE 34 II 701.

¹⁰¹ HONSELL, Basler, Art. 209, N. 2; BGE 4C. 152/2003 E 2.2.

¹⁰² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 166; bkz., FURRER, s. 70.

Birbirlerinden ayrılmaları halinde önemli ölçüde zarara neden olabilecek eşyalara örnek olarak, birlikte terbiye edilmiş bir çift koşum atı, porselen çay takımı, kahve takımı örnek gösterilmektedir¹⁰³.

c. Satılanların Asıl Eşya ve Eklenti Olması

TBK.m. 230/f.2 hükmü gereğince, alıcının satılanın aslı için hakkını kullanması, ayrı bir bedelle satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar. Ancak eklentiler için kullanılan hak satılanın aslını kapsamaz.

TBK. m. 230/f.2 hükmündeki “*eklenti*” ifadesiyle teknik anlamıyla eklenti kastedilmemektedir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanununda da, “*eklenti*” anlamına gelen “*Zugehör*” ifadesi değil, ikincil, ferî, bağlı, yan eşya anlamına gelecek şekilde “*Nebensache*” ifadesi kullanılmıştır. TBK. m. 230/f.2 hükmü de mehaza uygun şekilde “*ikincil, ferî, bağlı eşya*» şeklinde okunmalıdır¹⁰⁴. TMK. m. 686 anlamında “*eklenti*”nin ikincil eşya kavramına dahil olacağı şüphesizdir. Ancak TBK. m. 230/f.2 anlamında “*ikincil, ferî, bağlı eşya*” teknik anlamıyla eklenti kavramını aşan bir anlama sahiptir. TBK. m. 230/f.2'deki bahsi geçen «*eklenti*” kavramının kapsamına nelerin girdiği tespit edilirken somut olayın özellikleri¹⁰⁵, işlem hayatı ve taraf iradeleri dikkate alınmalı¹⁰⁶ ve eklenti ile asıl eşya arasındaki ekonomik bağlılık derecesi belirlenmelidir¹⁰⁷. TBK. m. 230/f.2 hükmündeki eklentinin, asıl eşya olmaksızın tek başına satış sözleşmesine konu edilmesi mümkün olmayan eşyalar olduğu söylenebilir¹⁰⁸.

IV. Hakkın Kullanılmasının Sonuçları

Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkını kullanan alıcının ayıplı satılanı satıcıya iade etmesi; satıcının da satılanın ayıpsız bir benzerini alıcıya teslim etmesi gerekir. Bu nedenle, hakim ayıplı

¹⁰³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 166; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 136; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 228.

¹⁰⁴ YAVUZ, s. 153; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 167; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 114; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 227.

¹⁰⁵ YAVUZ, s. 153; MÜLLER-CHEN, Art. 209, N. 8.

¹⁰⁶ FURRER, s.70; HONSELL, Basler, Art.209, N.3; HONSELL, Kurzkomentar, Art.209, N.3; KREN KOSTKIEWICZ/HENOP REICH, Art.209, N.4.

¹⁰⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 167.

¹⁰⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 167.

satılanın değiştirilmesine karar verirken, satılanın da iadesi gerektiğini hüküm altına almalıdır¹⁰⁹. Tarafların sözleşme konusu malların karşı tarafa teslimi borçlarını ne zaman ifa edecekleri konusunda TBK. m. 97 hükmü uygulanmalıdır¹¹⁰. Alıcıya satılanın ayıpsız bir benzerini teslim eden satıcının, alıcıdan ayıplı satılanın iadesi talebi, sözleşme ilişkisi ayakta kaldığından, kişisel nitelikte ve sözleşmeye dayalı bir taleptir. Bu nedenle, satıcının bu yöndeki talebi 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Kanaatimizce, ayıplı satılanın değiştirilmesi talebi aynen ifa talebi niteliğinde olduğundan, satıcı satılanın ayıpsız bir benzerini teslim etme borcunu, ilk satılanı nerede teslim etmek zorundaydı, orada ifa etmekle yükümlüdür.

Alıcının satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talebine satıcının uymaması halinde, alıcı diğer haklarından birini kullanabilir¹¹¹. Satıcının teslim ettiği ikinci malın da ayıplı çıkması halinde aynı sonuca varılmalıdır¹¹². Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talebi, aynen ifanın bir görünümü olduğundan, alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri yerine, satıcının temerrüde düştüğü gerekçesiyle TBK. m. 125 hükmüyle düzenlenen haklarını ileri sürebilir¹¹³. Bu durumda, satıcının ayıptan sorumluluğu kapsamında sözleşmeden dönemeyen alıcının, ayıplı satılanın değiştirilmesini talep edip; bu talebi karşılanmadığı takdirde borçlu temerrüdü hükümlerine dayanarak sözleşmeden dönmesi mümkün olacaktır¹¹⁴.

¹⁰⁹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 207.

¹¹⁰ Tüketici Hukuku açısından, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep eden alıcının, satılanın ayıpsız benzeri kendisine teslim edilinceye kadar elindeki satılanı iade etmekle yükümlü olmadığına ilişkin: KAHVECİ, s. 113. Tüketici Hukuku için kabul edilen bu sonucun, tüketici işlemi niteliğinde olmayan taşınır satış sözleşmeleri için de kabul edilmesine engel olacak bir durum bulunmamaktadır.

¹¹¹ BAŞOĞLU, s. 117; KAPANCI, s. 45-46; KAHVECİ, s. 109-110; İNCEOĞLU, s.191; ATAMER/BAŞ, s. 35.

¹¹² FURRER, s. 77; ATAMER, Taşınır, s.207.

¹¹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 206; KAPANCI, s. 46-47; KAHVECİ, s. 110; BUZ, s. 172; ARAL/AYRANCI, s. 139; YAVUZ, s. 190. Satıcının gecikmesi halinde, alıcının ayrıca gecikme tazminatı talep edebileceği yönünde: YAVUZ N., s. 252.

¹¹⁴ KAHVECİ, s. 110.

Bu noktada alıcının ayıplı satılanın değiştirilmesini ne kadar beklemek zorunda olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi aynen ifanın bir görünümü olduğundan borçlu temerrüdüne ilişkin kurallar kıyasen uygulanabilir. Kanaatimizce alıcı, ayıplı satılanın değiştirilmesi için satıcıya uygun bir süre tanıyabilmelidir¹¹⁵. Alıcı hakkını kullanırken belirli bir süre öngörebilir. Alıcı, bu süre sonuna kadar ayıplı satılan değiştirilmezse, diğer haklarını veya borçlu temerrüdüne ilişkin kuralları kullanma imkanına sahip olacaktır¹¹⁶. Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep hakkı aynen ifa talebi niteliğinde olduğundan, satılanın ayıpsız bir benzerinin alıcıya teslimi satıcının ifada gecikmesi anlamı taşır. Bu nedenle, alıcı ifanın gecikmesinden kaynaklanan zararlarının tazminini de kusurlu satıcıdan TBK. m. 118 hükmüne dayanarak talep edebilir. Kanaatimizce, kusursuz satıcının sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 229/f.1,b. 3 hükmünün ayıplı satılanın değiştirilmesi talebine uygulanması mümkün değildir¹¹⁷.

Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi satıcı açısından mümkün değilse ve alıcının bu durumu bilmesi kendisinden beklenemez ise satıcının bu durumu alıcıya bildirmesi gerekir. Alıcı bu şekilde, ayıplı ifadan doğan diğer haklarını kullanabilir. Satıcının bu ihbar yükümlülüğünün kaynağı dürüstlük kuralıdır.

Alıcının satılan için yaptığı giderleri talep edebilecektir. Ancak bu giderlerin sözleşmeden dönme hakkına ilişkin düzenlenmiş olan TBK. m. 229 hükmündeki düzenlemeye göre talep edilemeyeceği ka-

¹¹⁵ FURRER, s. 77.

¹¹⁶ Bu durumda ayıplı ifadan doğan diğer hakların kullanılabilmesine yönelik: FURRER, s. 77.

¹¹⁷ FURRER, s. 77-78; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 206, N.7; GINTER, s.63. Aksi kanaatte: YAVUZ, s. 191; HONSELL, Basler, Art. 208, N. 7. Bu görüşe göre ayıplı satılanın değiştirilmesi talebiyle birlikte, dönme hakkında öngörülen tazminata ilişkin hükümlere (818 sayılı BK. m. 205/f.2, c.son ve f.son; 6098 sayılı TBK. m. 229/f.1,b.3, f.son) başvurulabilir kanaatindedir. Bu görüş farklılığı aslında sözleşme dönme halinde alıcının talep edebileceği tazminata ilişkin bir düzenleme olan TBK. m. m. 229/f.1,b. 3 ve f.son hükümlerinin, alıcının diğer hakları kullanmasında da ileri sürülüp sürülemediğine ilişkindir. Bu tartışmalar hakkında, bkz., GINTER, s.61 vd.; YAVUZ, s. 187 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 203 vd.; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s.105-106.

naatindeyiz. Bu nedenle alıcının yaptığı giderlere ilişkin talebi sebepsiz zenginleşme kurallarına tabi olacaktır.

Alıcının şartları oluşmadığı halde ayıplı satılanın değiştirilmesini talep ettiğinin anlaşılması halinde hakim sadece talebin reddine karar vermekle yetinmelidir. Kanun, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinin mümkün olmadığı hallerde, hakime alıcının talebini değiştirme yetkisi tanımamıştır. Sözleşmeden dönme hakkında hakime bu yönde yetki tanıyan TBK. m. 227/f.4 hükmünün ise satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkında uygulanma alanı bulmadığı kanaatindeyiz¹¹⁸. Her ne kadar sözleşmeden dönme ve ayıplı satılanın değiştirilmesi hakları arasında benzerlik olsa da, bu iki hakkın sonuçlarının birebir aynı olduğu söylenemez. Her iki hakkın sonucunda alıcı elindeki satılanı satıcıya iade etmektedir. Ancak bu iki iade yükümlülüğü birbirinden nitelik itibarıyla ayrılır. Sözleşmeden dönen alıcının satılanı iadesi dönme sonucunda ortaya çıkan tasfiye ilişkisinin bir parçasıdır. Oysaki satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinde alıcının satılanı iadesi satıcının aynen ifa borcunun bir sonucu olarak gözükmektedir¹¹⁹. Bu durumda alıcı diğer haklarından birini kullanırken yeni bir dava açmak zorunda kalmamalı, aynı dava içinde talebini değiştirme yetkisine sahip olmalıdır¹²⁰.

V. Sonuç

TBK. m. 227/f.1, b.4 hükmüyle düzenlenen ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkı, aynen ifa talebinin bir görünümüdür. Bu hakkın kulla-

¹¹⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 206, N.5; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 158; KAPANCI, s. 66; ŞAHİNİZ, s. 111. Farklı görüşte: ÇETİNER, s. 35; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 207. Yazarlar, bu durumda hakimin satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi yerine sözleşmeden dönmeye veya bedelin iadesine, dönmenin koşulları yoksa diğer haklardan birine (onarım veya satış bedelinden indirim) karar vermesi gerektiği kanaatindeirler. Bu sınırlamanın ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkına da uygulanacağına yönelik Yargıtay'ın verdiği bir karar da mevcuttur. Bkz., Y. 19. HD., 22.10.2009, 8128/9772, (karar için, bkz., ATAMER/İNCEOĞLU, s. 58- 59).

¹¹⁹ KAPANCI, s. 47-48; KAHVECİ, s. 112-113; ŞAHİNİZ, s. 163; ARAL/AYRANCI, s. 139. Aksi kanaatte: AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 206-207; ÇETİNER, s. 35.

¹²⁰ YAVUZ, s. 191. Onarım hakkı açısından, alıcının diğer haklarından birini seçebileceği yönünde: BİLGİN, s. 410.

nilabilmesi için, satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi gerekir. Alıcı bu hakkını satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi içinde kullanmalıdır.

Alıcı, ayıplı ifadan doğan diğer seçimlik haklarından birini kullanmışsa, kural olarak artık ayıplı satılanın değiştirilmesini talep edemez. Ancak bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur.

TBK. m. 227/f.1, b.4 hükmünde ayıplı satılanın değiştirilmesinin “*imkan varsa*” istenebileceği belirtilmektedir. Kanun hükmünde bir ayırım yapılmadığından, satışın parça veya çeşit olmasına bakılmaksızın bu hak kullanılabilir. Kanun hükmünde yer alan “*imkan varsa*” ifadesi “*satıcıdan beklenebilir ise*” şeklinde yorumlanmalıdır. Ayıplı satılanın değiştirilmesini talebi, aynen ifayı talebi niteliğinde olduğundan aynen ifanın tabi olduğu sınırlamalar bu talep için de geçerli olacaktır. Bunun dışında, satışın belirli bir stoktan yapıldığı hallerde, stokun tamamı ayıplıysa satılanı değiştirme imkanı olmadığından bu hak kullanılamaz. Ayrıca çeşit satışlarında alıcının kural olarak ayıplı satılanın değiştirilmesini talep etmesi mümkünse de; parça satışlarında bu hakkın kullanılabilmesi için sözleşmenin konusunun çeşit satışı ile karşılaştırılabilir nitelikte olması gerekir. Bu açıdan satılanın konusunun misli eşya olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Satıcının alıcıya sunacağı satılanın bir benzerinin muhakkak satılanla aynı model ve marka olması gerekmez. Ancak satıcının alıcıya en azından ayıplı satılanla aynı kalitede mal sunması gereklidir. Bu konuda, 6502 sayılı TKHK. m. 11/f.3 hükmü yol gösterici olabilir. Bu bağlamda, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinin neden olacağı giderler, satıcı açısından aşırı sayılabilecek bir boyuta ulaşırsa alıcı satılanın değiştirilmesini talep edemeyecektir.

Ayıplı satılanın değiştirilmesi talebi açısından TBK. m. 228 hükmünün de uygulama alanı bulacağını belirtmek gereklidir. Benzeri şekilde, TBK. m. 230 hükmü de, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkı açısından uygulanabilir niteliktedir. Ayrıca satıcının TBK. m. 227/f.3 hükmü uyarınca, satılanın ayıpsız bir benzerini derhal alıcıya teslim edip, alıcının uğradığı zararların tamamını tazmin ederek, alıcının haklarını kullanmasını engelleyebileceğine dikkat etmek gerekir.

Ayıplı satılanın değiştirilmesini talebinin yerinde olduğuna karar veren hakim ayrıca alıcının da satılanı iadesine hükmetmelidir. Alı-

cının satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talebine satıcının uymaması halinde, alıcı diğer haklarından birini kullanabileceği gibi, dilerse borçlu temerrüdüne ilişkin hakları ileri sürebilir. Alıcı ayıplı satılanın değiştirilmesi için satıcıya belirli bir süre tanıyabilir. Eğer satıcı bu süre sonuna kadar ayıplı satılan değiştirilmezse, alıcı borçlu temerrüdünden kaynaklanan veya ayıplı ifadan doğan diğer haklarını kullanma imkanına sahip olur.

Alıcının şartları oluşmadığı halde ayıplı satılanın değiştirilmesini talep ettiğinin anlaşılması halinde hakim sadece talebin reddine karar vermelidir. TBK. m. 227/f.4 hükmü, ayıplı satılanın değiştirilmesi hakkına uygulanmaz.

Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk



Yrd. Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL* / Yrd. Doç. Dr. Candan YASAN**

GİRİŞ

Türk mahkemeleri önündeki gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan bir uyuşmazlık yabancılik unsuru¹ taşıdığı takdirde, hâkimin bu uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede yabancılik unsuru, iş gören ya da iş sahibinin yabancı olması; işin yabancı bir ülkede görülmesi veya işin görülmesi suretiyle gerçekleşen hak ihlalinin yabancı bir ülkede meydana gelmesi şeklinde ortaya çıkabilir.

27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da² vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk düzenlenmemiştir. Bu çalışmada, Türk milletlerarası özel hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun tespiti, karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. Kavram

A. Tanım

Vekâletsiz iş görme, gerçek ve gerçek olmayan (hukuka uygun ve hukuka aykırı) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek olmayan

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Yabancılik unsuru, bir hukuki ilişki veya olayın, kişi, coğrafi konum veya konu itibarıyla birden çok hukuk sistemi ile bağlantılı halde olmasını ifade eder. Nomer, s.5; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.22; Çelikel/Erdem, s.10; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.5; Doğan, s. 25-26.

² RG. 12.1.2.2007-26728.

vekâletsiz iş görme, Türk Borçlar Kanunu'nun³ 530. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir kişinin, yetkisiz olarak ve kendi ya da üçüncü kişi menfaatine veya iş sahibinin yasaklamasına aykırı olarak bir iş görmesi suretiyle başkasının hukuk alanına müdahale etmesi halinde, elde etmiş olduğu menfaati, iş sahibine devretmesi gerekir⁴. Dolayısıyla gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin iki türü vardır. İlk türünde, iş gören, işi kendi ya da başka biri menfaatine görürken; ikinci türde, iş gören işi, iş sahibi hesabın ancak onun yasaklamasına karşı gelerek görmektedir.

İlk türe örnek olarak, bir kişinin, bir başkasına ait olan günlükleri yayımlatması verilebilir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelebilmesi için öncelikle, tanımda da ifade edildiği üzere, bir iş görmenin varlığı aranır. Bu örnekte günlüğün yayımlatılması, bir iş görmedir. Tanımdan ortaya çıkan bir diğer unsur, bu kişinin, diğerinin günlüklerini yayımlatması hususunda bir yetkisinin bulunmaması gereğidir. Ancak yetkisizlik unsuru da yeterli değildir. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, yetkisiz temsilden farklı olarak, görülen iş, iş sahibi menfaatine ve onun adına görülmez. Sonuç olarak işin, iş sahibinin menfaati dışında, iş gören ya da bir üçüncü kişi menfaatine görülmesi ya da iş sahibinin yasaklamasına rağmen görülmesi gerekir⁵.

İkinci tür gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise, iş sahibinin yasaklamasının olduğu halde, işin görülmesinin, iş sahibinin menfaatine olamayacağı, zira kişinin neyin kendi menfaatine olduğuna en iyi kendisinin karar verebileceği varsayımından yola çıkılmaktadır⁶.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımını, iş görenin elde ettiği menfaatleri devretmesidir.⁷ Devredilecek menfaat, zararın varlığı

³ RG. 4.2.2011-27836.

⁴ Baş Süzel, s.7-8; Friedrich, s.15; Bucher, s.261; Schmid, N.730; Hofstetter, s.211. Aynı yönde, BGer 45 II 208; BGer 47 II 198; BGer 51 II 583; BGer 68 II 36.

⁵ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baş Süzel, s.21 vd.

⁶ Baş Süzel, s.35-36; Kötz, s.584; Weber, Gewinnherausgabe, s.340-341; Yavuz/Acar/Özen, Dersler, s.641; Özdemir, s.137; Tandoğan, Borçlar Özel, s.677. Aksi görüşte, Baygın, s.575; Arkan Akbıyık, s.15-16.

⁷ Huguenin, N.901; Baş Süzel, s.78; Schmid, GoA, N.831; Schmid/Gauch, Art.423 OR, N.93; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.13; Huguenin/Jenny, Art.423 OR, N.13; Arkan Akbıyık, s.47; Zevkliler/Gökyayla,

ğından ve miktarından bağımsızdır⁸. Buna karşılık, iş görenin de, işin görülmesi sırasında yapmış olduğu masraflara yönelik bir talebi söz konusu olabilir⁹.

B. Hukuki Nitelik

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliği, uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından önem taşır. Nitekim bu borç kaynağının temeli, sözleşme, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme değildir. Bunu ortaya koymak adına aşağıda anılan borç kaynakları ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme karşılaştırılacaktır. Buna ek olarak, vekâlet sözleşmesine benzeyen gerçek vekâletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin de ayırt edilmesi gerekmektedir.

1. Sözleşmeden Ayırt Edilmesi

Türk hukukunda sözleşmesel sorumluluk kusur prensibine dayanmaktadır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelebilmesi için de iş gören kişinin, iş sahibinin hukuk alanına müdahale ederek menfaat elde ettiğini “biliyor olması ya da bilmesi” gerekir¹⁰. Bununla kastedilen, kast ve ağır ihmaldir¹¹. Sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak, hafif ihmal ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelmez¹².

s.631; Yavuz/Acar/Özen, Dersler, s.646. Aynı görüşte, İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGer 126 III 69; 126 III 382.

⁸ Edelman, s.82; Baş Süzel, s.80, s.179-182.

⁹ Bu talebin sınırları hakkında bkz. Baş Süzel, s.105-114.

¹⁰ Bucher, s.261; Baş Süzel, s.45; Friedrich, s.39; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.8; Huguenin, N.899; Schmid/Gauch, Art.423 OR, N.23-24; Hofstetter, s.211; Lischer, s.73; Gümü, s.219. Yargıtay da aynı görüştedir: YİBK, 4.6.1958, 15/6, RG, 01.10.1958, S.10021. Federal Mahkeme de aynı görüştedir: bkz. BGer 129 III 422.

¹¹ Baş Süzel, s.45-46. Aynı doğrultuda, haksız zilyetlik açısından, kötüniyet ile kusur kavramlarının birbirinden farklı olduğu ancak bu alanda kötüniyetin pratik anlamda kusura denk geldiği yönünde bkz. Koç, s.606.

¹² Örneğin bir kişi, kendi telefonu sanarak, kendi telefonuna tıpatıp benzeyen bir başkasına ait telefonu sattı ise, burada gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kuralı uygulanmaz. Baş Süzel, s.233.

Sözleşmesel sorumluluk ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, yaptırım açısından önemli farklılıklar taşır. Sözleşmeye aykırılığın yaptırımı kural olarak BK m.112'de tazminat olarak belirlenmiştir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımı ise menfaat devridir. Zararın, tazminatın üst sınırını teşkil ettiği hukuk sistemimizde, menfaat devri yaptırımı istisnai bir özellik taşır ve bir özel hukuk cezası olarak¹³, iş sahibinin zararı olmasa da, iş görenin elde ettiği tüm menfaati devretmesi gerekir.

2. Haksız Fiilden Ayırt Edilmesi

Haksız fiil ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlık amacı ve sağlamak istedikleri tatmin farklıdır¹⁴. Haksız fiil hukuku esas olarak zararın sonradan telafisi amacını taşırken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun amacı, zararın varlığından bağımsızdır¹⁵. Nitekim gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, zararın meydana gelmesi aranmaz ve şayet ortada bir zarar varsa onun telafisi ile yetinilmez; haksız elde edilen menfaatin devredilmesi gerekir. Haksız fiiller, “haksız kayıpları”; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise “haksız elde edilen kazancı” esas alır¹⁶.

Bundan başka, haksız fiilin ortaya çıkması için kusurun derecesi önemsizdir. Hafif ihmal de haksız fiil sorumluluğu doğurur. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi için nitelikli bir kusur aranacağı yukarıda ifade edilmiştir.

Bir diğer fark ise, her iki borç kaynağının sonuçları açısından kendisini gösterir¹⁷. Haksız fiil sonucu talep edilebilecek tazminat, zararın varlığı ve miktarına bağlı iken; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme sonucu talep edilebilecek menfaat, iş sahibinin zararından bağımsızdır.

¹³ Baş Süzel, s.179 vd.; BGer133 III 153; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.23; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N. 13; Serozan, Eşya, s.196.

¹⁴ Baş Süzel, s.235, s.145.

¹⁵ Yavuz/Acar/Özen, s.1331; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.86; Edelman, s.82.

¹⁶ Baş Süzel, s.236.

¹⁷ Friedrich, s.51-52; Suter, s.137; Oser/Schönenberger, Art.423 OR, N.3; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11; Lischer, s.186; Weber, Gewinnherausgabe, s.338; Chappuis, s.122; Moser, s.181,182; Yavuz/Acar/Özen, s.646.

Son olarak, talep temellerinin tâbi oldukları zamanaşımı süreleri de farklıdır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, BK m.146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbi iken; haksız fiil, BK m.72 uyarınca iki ve on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir¹⁸.

3. Sebepsiz Zenginleşmeden Ayırt Edilmesi

İki kurum arasındaki farkların ilki ve en önemlisi, sebepsiz zenginleşmede iadenin, fakirleşme şartını arayan görüş¹⁹ kapsamında fakirleşme miktarı ile; fakirleşme şartını aramayan görüş²⁰ bağlamında ise objektif zenginleşme ile sınırlı olmasıdır²¹. Buna karşılık, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımını olan menfaat devri bu tür bir sınırlamaya tâbi değildir²². Başka deyişle, çoğu zaman menfaat devri talebi, sebepsiz zenginleşme talebini miktar itibarıyla aşacaktır²³. Zira sebepsiz zenginleşmenin iadesi, elde edilen menfaatin yanında mağdurun kaybını da esas alır²⁴. Oysa menfaat devri yalnızca karşı tarafın elde ettiği menfaati esas alır.

Bundan başka, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede bir “işin görülmesi” aranmaktadır. Oysa sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesi

¹⁸ Bu konuda doktrinde var olan tartışmalar için bkz. Baş Süzel, s.130-137.

¹⁹ Oğuzman/Öz, Cilt II, s.324; Kılıçoğlu, s.507; Öz, s.40. Fakirleşme şartının aranmasına bir gerekçe olarak da, bu şartın aranmadığı takdirde BK m.530'un boşta döneceği ifade edilmektedir. Bkz. Nomer, Borçlar, N.140; Öz, Yenilikler, s.13; Oğuzman/Öz, Cilt II, s.325. Serozan ise, fakirleşme şartını arayan görüşün, fakirleşme olmayan halleri BK m.530 kapsamında çözmeye çalışmalarını eleştirmektedir. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.9,10. Kanaatimizce de, fakirleşme şartının aranmaması BK m. 530'un uygulanmasına engel değildir. Zira her iki kurumun farklı şartları söz konusudur. Fakirleşme şartını arayarak, bunun dışında kalan durumların gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmesine getirilen eleştiriler için bkz. Holenstein, s.123; Lischer, s.179,180; Schmid/Gauch, Art.423 OR, N. 185. Aynı yönde, BGer 119 II 43, BGer 126 III 72. BK m. 77 düzenlemesinin yeni Borçlar Kanunu itibarıyla fakirleşme şartını kaldırdığı yönünde, Yeniocak, s.109. Aksi yönde, Öz, Yenilikler, s.13.

²⁰ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.9,10; Özen, s.5, dn.6; Yeniocak, s.109.

²¹ Baş Süzel, s.237.

²² Yavuz/Acar/Özen, s.1331; Tandoğan, Borçlar Özel, s.676; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.18; Oğuzman/Öz, Cilt II, s.341.

²³ Friedrich, s.51-52; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.11.

²⁴ Dickonson, N.11.04; Birks, Enrichment, s.23; Baş Süzel, s.238.

için, zenginleşme olgusu yeterlidir. Bir işin görülmesine yönelik irade veya işin görülmesi aranmaz²⁵. Zenginleşme bir doğa olayı ya da ayırt etme gücü bulunmayan kişinin fiili ile de gerçekleşebilirken²⁶, bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olamaz²⁷. Bunun bir diğer sonucu olarak, sebepsiz zenginleşmede ne kusur ne de hukuka aykırılık unsuru aranmaktadır. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin kast ya da ağır ihmal derecesinde kusuru olması gerekir.

Sebepsiz zenginleşmede, malvarlıkları arasında sebepsiz yere gerçekleşen kayma, iade ile düzeltilirken, menfaat devri yaptırımında, daha önce kişinin malvarlığında hiç bulunmayan bir değer devredilir²⁸. Başka bir deyişle, her iki kurumun varlık amacı farklıdır. Sebepsiz zenginleşme, bir hukuki sebebe dayanmayan malvarlıkları arasındaki kaymaları engellemek, haksız zenginleşmeyi tasfiye etmek ister²⁹. Bu açıdan sebepsiz zenginleşmenin denkleştirici adaleti gerçekleştirme, iadeyi sağlama, düzeltme gibi işlevleri vardır³⁰. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin ve yaptırımı olan menfaat devrinin ise bu tür bir denklik sağlama işlevi yoktur³¹. Bu kurumun amacı, hukuka aykırı şekilde elde edilen menfaatin, iş görende kalmasının uygun bulunmaması nedeniyle, gerçek hak sahibine verilmesi ve iş görenin masraf taleplerinin sınırlı tutulması suretiyle, bir başkasının hukuk alanına müdahale eden

²⁵ Schmid, GoA, N.1297; Baş Süzel, s.239.

²⁶ Schmid, GoA, N.1298; Oğuzman/Öz, Cilt II, s.308; Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.11. Serozan, bu kurumu haksız zenginleşme olarak nitelendirmekle birlikte, “haksız” ifadesinin, hukuka aykırılığa denk gelmediğini de açıkça ifade etmektedir. Bkz. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.12. “Haksız” ifadesinin kapsamı ve neyin haksız zenginleşme sayılacağı hakkında bkz. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.12.

²⁷ Baş Süzel, s.240.

²⁸ Baş Süzel, s.239.

²⁹ Serozan, Haksız Zenginleşme, § 24, N.7; Edelman, s.80;

³⁰ Edelman, s.86; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.10; Öz, s.10-13; Oğuzman/Öz, Cilt II, s.308; Bussy (çev. Gürsoy K.), s.20; Reisoğlu, s.1-3; Ulusan, s.139; Öz, s.10.

³¹ Edelman, s.79; Birks, UWAL, s.22; Birks, Texas LR, s.1774.

kişinin iki kere cezalandırılmasıdır³². Yoksa bir malvarlığından diğerine değer kayması her zaman gerçekleşmemiş olabilir³³.

Son olarak bu iki talep temelinin tâbi olduğu zamanaşımı süreleri de farklıdır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, BK m.146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbi iken, sebepsiz zenginleşme BK m.82 gereği iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbidir³⁴.

4. Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Ayırt Edilmesi

Gerçek vekâletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekâletsiz iş görme arasındaki en önemli fark, iş görenin niyetinde gizlidir³⁵. Gerçek vekâletsiz iş görmede, iş görenin asıl amacı, iş sahibine yardım etmektir; bu niyetle bir başkasının hukuk alanına müdahale eder. Zaten yardım amacı taşıdığı için bir başkasının hukuk alanına müdahale etmesi hukuk düzeni tarafından yasaklanmamıştır. Bu tür bir ilişki meydana geldiğinde, bu ilişki, tıpkı taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi varmışçasına değerlendirilir³⁶. Zira gerçek vekâletsiz iş görme, bir sözleşme benzeri olarak nitelendirilmektedir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise, tam tersine, hukuk alanına yapılan müdahaleye izin verilmez. Zira bu müdahale, iş sahibinin menfaatine ya da ona yardım amaçlı değil, bir hakkı gasp etmek amacıyla yapılır. Bu açıdan iki kurum adlarının benzerliği haricinde yapı ve hukuki nitelik olarak çok farklıdır.

³² Baş Süzel, s.239-240.

³³ Örneğin haksız zilyedin, mala yaptığı masraf, bütünleyici parçası teşkil ediyorsa, eşyanın mülkiyeti iş sahibinde olduğu için, artış doğrudan iş sahibinin malvarlığında gerçekleşmiştir. Bu örnekte haksız zilyedin malvarlığında herhangi bir artış söz konusu olmadığından, hak sahibinin malvarlığından, haksız zilyedin malvarlığına bir değer kaymasından da söz edilemez.

³⁴ Bu konuda doktrinde var olan tartışmalar için bkz. Baş Süzel, s.130-137.

³⁵ Baş Süzel, s.230.

³⁶ Baş Süzel, s.230; Kötz, s.586; Friedrich, s.21;, s.332; Oser/Schönenberger, Art.419, N.1a; Guhl/Merz/Druey, s.503; Moser, Herausgabe, s.88, s.91; Schmid, GoA, N.31; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.26-27.

II. Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk Konusunda Yabancı Hukuktaki Çözümler

A. İşin Görüldüğü Ülke Hukukunun Uygulanması

11.7.2007 tarihli ve 864/2007 sayılı Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AT Tüzüğü (Roma II)³⁷ öncesi AB üyesi ülkelerin hukukunda, vekâletsiz iş görmenin işin görüldüğü ülke hukukuna tabi olacağı genel olarak benimsenmiştir.

Buna göre Alman³⁸, İtalyan³⁹ ve İspanyol⁴⁰ hukukunda vekâletsiz iş görmeye işin görüldüğü ülke hukukunun uygulanacağı yönünde düzenlemeler mevcuttur. Benzer bir düzenleme Avusturya MÖHK m.46'da öngörülmüş; ancak görülen işin, bir başka hukuki ilişkiyle daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukuki ilişkiye uygulanan hukukun gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de uygulanacağı kabul edilmiştir.

Fransız doktrininde bir görüş⁴¹, işlerin daha önceden idare edildiği yer varsa, o yer hukukunun vekaletsiz iş görmeye uygulanacağını ifade etmiştir. Bu görüşe göre, örneğin eğer bir taşınmazla ilgili vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan bir talep söz konusu ise, taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Başka deyişle, işin görüldüğü yer hukuku uygulanmaktadır. Bununla birlikte, daha önce taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki varsa o ilişkiye uygulanan hukukun yetkili olacağı ileri sürülmüştür⁴².

³⁷ Règlement (CE) No. 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JO L 199/40, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&rid=2>, (erişim tarihi: 12.1.2014).

³⁸ EGBGB § 39'un birinci fıkrasında vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiği yer hukukunun yetkisi kabul edilmiştir. Hükmün ikinci fıkrası, bir borcun ödenmesine ilişkin iş görme olasılığından bahsetmektedir. Ne var ki, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme zaten bu fıkrayı uygulama alanı dışında bırakmaktadır.

³⁹ 31.5.1995 tarihli ve 218 sayılı Kanun m. 61.

⁴⁰ İspanyol Medeni Kanunu'nun milletlerarası özel hukuka ilişkin kuralların yer aldığı dördüncü bölümdeki m.10'un İngilizce metni için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221320 (erişim tarihi: 26.4.2016).

⁴¹ Dominique Bureau/ Horatia Muir Watt, Droit international privé, Tome II Partie spéciale, 2. édition, Themis droit 2007, s.453-454.

⁴² Bureau/Muir Watt, s.453-454.

Hollanda hukukunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin 23.2.1996 tarihli bir kararında⁴³ vekâletsiz iş görmeye, işin görüldüğü yer hukukunun uygulanacağı; işin birden fazla yerde görülmesi söz konusu ise o iş ile en sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir.

İngiliz hukukunda ise vekâletsiz iş görme bir kurum olarak var olmamakla birlikte, söz konusu durum sebepsiz zenginleşme altında çözüme kavuşturulduğu için⁴⁴, uygulanacak hukukun da sebepsiz zenginleşmeye uygulanan hukuka göre tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵.

B. Roma II Tüzüğü'nde Benimsenen Çözüm

11.1.2009 tarihinde yürürlüğe giren Roma II Tüzüğü (*Tüzük*), Danimarka dışındaki tüm AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanmaktadır (Tüzük m.1, f.4; Tüzük Başlangıç Bölümü par.40). Böylelikle uygulama alanına giren konularda Tüzük'teki düzenlemeler, AB üye ülkelerin iç hukuku haline gelmiştir⁴⁶.

Tarafların, Tüzük m.14 uyarınca hukuk seçimi yapmadıkları halde vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk, Tüzük m.11'de⁴⁷ özel

⁴³ Netherlands Supreme Court, 23 February 1996, Netherlands Case Law 1997, 276, http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_net_en.htm#III.2 (erişim tarihi: 14.09.2016).

⁴⁴ Dickinson, s.511.

⁴⁵ http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_eng_en.htm#III.2 (erişim tarihi: 14.09.2016). Doktrinde sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması gerektiği ancak, taraflar arasında önceden var olan söz gelimi, geçersiz hale gelmiş bir sözleşme ilişkisi var ise sözleşmeye uygulanacak hukukun, sebepsiz zenginleşmeye de uygulanacağı ileri sürülmektedir. Bu hususta bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_eng_en.htm#III.2 (erişim tarihi: 26.04.2014).

⁴⁶ Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanı hakkında ayrıntılı olarak bkz. Dickinson, s.276; Halfmeier/ Sonder, s.399; Clarkson/Hill, s.261; Tarman, Roma II, s.196-198.

⁴⁷ Tüzük'ün İngilizce metninde vekâletsiz iş görme için, Roma hukuku terimi olan "*negotium gestio*" terimi kullanılmıştır. Latince bir terimin tercih edilme sebebi, Anglosakson hukuk düzenlerinde vekâletsiz iş görme kurumunun var olmaması ve vekâletsiz iş görmeyi karşılayan bir kavramın İngilizce'de bulunmaması olarak gösterilmiştir (Dickinson, N.11.06; Demirkol, s.37).

olarak düzenlenmiştir⁴⁸. Tüzük'ün sistematigi açısından bu düzenleme, *sui generis* yapıda olduğu ifade edilen sözleşme dışı borç ilişkilerine özgü bölümde yer almaktadır⁴⁹.

Vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuku düzenleyen Tüzük m.11'deki hüküm, kademeli bir bağlama kuralı öngörmektedir⁵⁰. Hükümün ilk fıkrasında, vekâletsiz iş görme, sözleşme ya da haksız fiil gibi taraflar arasında önceden var olan bir hukuki ilişki ile sıkı ilişkili ise, mevcut hukuki ilişkinin tâbi olduğu hukukun vekâletsiz iş görmeye de uygulanacağı öngörülmüştür⁵¹. Görüldüğü üzere, söz konusu hüküm, vekâletsiz iş görmenin sözleşme ya da haksız fiil gibi taraflar arasında önceden var olan bir hukuki ilişki ile sıkı ilişkili olması kriterini getirmektedir⁵². Düzenlemenin amacı, taraflar arasındaki tüm hukuki ilişkinin tek bir hukuk düzenine tâbi olmasını sağlamaktır⁵³. Vekâletsiz iş görmede var olan “yetkisizlik” unsuru, tarafların arasında hiçbir ilişki olmadığı anlamına gelmez. Özellikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, tarafların arasında bir ilişki var olabilir. Böyle bir durumda, taraflar arasındaki hukuki ilişki ile sıkı ilişkili olması kaydıyla vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bir uyumsuzluk, mevcut ilişkiye uygulanan hukuka tabi olacaktır.

⁴⁸ Bazı hukuk sistemlerinde vekaletsiz iş görmeye uygulanan hukukun düzenlenmiş olmasına karşın; diğer pek çok hukuk sisteminde bu hususta açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle bu hususta Roma II Tüzüğü'nde özel bir bağlama kuralına yer verildiği hakkında bkz. Huber, Art. 11 Rome II, N.1. Vekâletsiz iş görmenin düzenlenmediği ülkelerle ilgili olarak bkz. Bkz. Commission's Explanatory Memorandum, COM (2003) 427, s.21; ayrıca karşılaştırmalı bakış için Study Group on European Civil Code/Acquis Group, Comment on Art.V. – 1:101 DCFR, notes I.1. Bu kurumun düzenlendiği ülkelerle ilgili olarak bkz. Study Group on European Civil Code/ Acquis Group, Comment on Art.V. – 1:101 DCFR, notes I.2.

⁴⁹ Callies/Schinkels, Art.11 Rome II, N.1. Bu karma yapıya ilişkin olarak bkz. Carrella, s.74 vd.

⁵⁰ Tüzük m.11'deki bağlama kuralının, sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen hüküm ile paralellik taşıdığı hakkında bkz. Tarman, Roma II, s.213.

⁵¹ Huber, Art. 11 Rome II, N.13; Callies/Schinkels, Art.11 Rome II, N.9; Dicey/Morris/ Collins, N.36-118.

⁵² Dickinson, N.10.25; Huber, Art. 11 Rome II, N.15-16; Tarman, Roma II, s.213.

⁵³ Commission's Explanatory Memorandum (COM 2003), 427, s.21 (Art.9). Aynı yönde, Huber, Art. 11 Rome II, N.13; Callies/ Schinkels, Art.11 Rome II, N.9.

Tüzük m.11, f.1 kapsamında taraflar arasında mevcut bir sözleşme ilişkinin bulunmasına örnek olarak, kiracının caiz olmayan bir alt kira sözleşmesi yapması ya da yayıncı ile 100 adet kitap basımı ve bunların satılmaması için yapılan sözleşmenin ihlal edilerek, 1000 adet kitabın basılıp satılması suretiyle meydana gelen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gösterilebilir. Bu gibi durumlarda, taraflar arasında halihazırda mevcut olan ilişkinin (ilk örnekte kira sözleşmesinin, ikinci örnekte yayıncılık sözleşmesinin) esas alınması, ve vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun, mevcut sözleşme ilişkisine uygulanan hukuka göre belirlenmesi taraf menfaati açısından elverişli bir çözüm sunmaktadır.

Tüzük m.11, f.1 kapsamındaki bir diğer ihtimal ise uygulanacak hukukun, haksız fiil ile yakın ilişkili ise, haksız fiilin tâbi olduğu hukuka göre belirlenmesidir. Örneğin, yabancı bir kişiye ait boş arsanın, paralı otopark olarak kullandırılması suretiyle para kazanılması halinde, ortada bir yabancılık unsuru vardır ve uygulanacak hukukun tespiti gerekir. Burada mülkiyet hakkının ihlali suretiyle bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelmiştir. Bu nedenle arsanın haksız işgal edilmesi nedeniyle elde edilen menfaatin devredilmesi talep edilebilir. Bu örnekte gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, aynı zamanda bir haksız fiil ile sıkı ilişkili olduğundan uygulanacak hukuk, buna göre belirlenir.

Uygulanacak hukukun Tüzük m.11, f.1 uyarınca belirlenememesi halinde⁵⁴ ise Tüzük m.11, f.2 uyarınca zarara yol açan olayın (vekâletsiz iş görmenin) meydana geldiği tarihte tarafların mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunması şartıyla bu ülke hukukunun (*lex domicilii communis*) uygulanacağı düzenlenmiştir⁵⁵.

Vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiği tarihte tarafların müşterek mutad mesken hukuku bulunmadığı takdirde ise Tüzük m.11, f.3 uyarınca vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiği ülke hukukunun (*lex loci gestionis*) uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁵⁶. Örneğin, yabancı ülke va-

⁵⁴ Bu durum, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin bulunmamasından kaynaklanabileceği gibi taraflar arasında bir hukuki ilişki bulunmasına rağmen vekaletsiz iş görmenin, bu hukuki ilişki ile sıkı ilişkili olmamasından da kaynaklanabilir.

⁵⁵ Dicey/Morris/Collins, N.36-118; Dickinson, N.11.20; Huber, Art. 11 Rome II, N.13; Callies/ Schinkels, Art.11 Rome II, N.18. Roma II'den bağımsız olarak, aynı yönde, Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.395, dn.147.

⁵⁶ Huber, Art. 11 Rome II, N.21; Callies/ Schinkels, Art.11 Rome II, N.20.

tandaşı (A)'ya ait bir başka ülkede bulunan taşınmazı, taşınmaz ile aynı ülkede bulunan (B)'nin kiraya vermesi ve bu yolla menfaat elde etmesi halinde, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki bulunmadığı takdirde, tarafların mutad meskenleri de aynı ülkede olmadığından, Tüzük m.11, f.3 gereği vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiği (kiraya vermenin ve menfaatin elde edildiği) ülke hukuku uygulanacaktır⁵⁷.

Bununla birlikte Tüzük m.11, f.4'te daha sıkı ilişkili hukuk istisnasına (*escape clause, clause d'exception*) yer verilmiştir. Buna göre halin bütün şartları dikkate alındığında, vekâletsiz iş görme, ilk üç fıkrada belirtilen ülkeden bir başka ülke ile "açıkça daha sıkı ilişkili" ise bu daha sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanacaktır. Tüzük m.11, f.4'teki daha sıkı ilişkili hukuk kuralı, esneklik sağlayarak denge kurmayı amaçlamaktadır⁵⁸. Böylelikle somut uyuşmazlıkla yakın ilişkili olmayan tesadüfi bir hukukun uygulanması engellenmiş olacaktır⁵⁹.

Tüzük m.11, f. 4 uyarınca daha sıkı ilişkili hukuk, somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir⁶⁰. Kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukuktan farklı olarak, somut olaydaki unsurların bir başka ülke hukukunu işaret etmesi halinde bu hukukun, daha sıkı ilişkili hukuk olduğuna karar verilebilir. Taraflar arasında daha önceden mevcut olan bir hukuki ilişki veya tarafların müşterek mutad meskeni, yerleşim yeri

⁵⁷ Bununla birlikte iş görme birden çok ülkede gerçekleştiği takdirde hangi yerin esas alınacağı hakkında bkz. Palandt/Thorn, Art.11 Rome II, N.8; Bamberger/Roth/Spickhoff, Art.42 EGBGB, N.87; Huber, Art. 11 Rome II, N.22; Dicey/Morris/Collins, N.36-118.

⁵⁸ Huber, Art. 4 Rome II, N.79.

⁵⁹ Tüzük m.11, f.4'teki daha sıkı ilişkili hukuk kuralının bir istisna olarak değerlendirilmesi gerektiği, aksi halde söz konusu düzenlemenin, hâkimlere *lex fori*'yi uygulamak hususunda bir araç yaratabileceği ifade edilmektedir (COM 2003, 427, s.12. Aynı yönde, Huber, Art. 4 Rome II, N.80). Bu sebeple, uygulanacak hukukun dördüncü fıkra uyarınca belirlenirken itinalı olunması gerektiği ve kuralın, dar bir uygulama alanına sahip olması gerektiği belirtilmektedir (Dicey/Morris/Collins, N.35-197; Dickinson, N.4.85; Bamberger/Roth/Spickoff, Art.42 EGBGB, N.37; Fentiman, s.2048; Fröhlich, s.57).

⁶⁰ *Proper law* doktrinin, Kıta Avrupası hukukuna teşmili olarak nitelendirilen daha sıkı ilişkili hukuk kuralı, somut olayın tüm şartları değerlendirildiğinde uyuşmazlıkla açıkça daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanmasına imkan tanımaktadır (Bureau/Watt, s. 400; Bucher, Cours Général, s. 95; Graziano, s. 26-27).

ya da müşterek vatandaşlığı bulunması gibi haller, somut olayda daha sıkı ilişkili hukuku gösterebilir.

Ancak daha sıkı ilişki kurabileceği kabul edilen bu hallerden bir kısmı, Tüzük m.11'deki önceki fıkralarda, vekâletsiz iş görme için zaten düzenlenmektedir. Başka deyişle sorun, daha önceki basamaklar varken, dördüncü fıkradaki basamağın hangi hallerde uygulama alanı bulabileceğine ilişkindir. Doktrinde, hükmün özellikle ilk fıkrasının, dördüncü fıkranın uygulanma ihtimalini sınırladığı ifade edilmekle birlikte⁶¹; çok taraflı hukuki ilişkiler gözetilerek son fıkradaki kuralın düzenlendiği belirtilmektedir⁶².

III. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk

A. Sorunun Ortaya Konması: Kanun Boşluğu

Türk hukukunda borçlar hukuku alanında sözleşmeler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir (MÖHUK m.24-39). Ancak sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmenin yanında, dördüncü bir borç kaynağı olduğu kabul edilen vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'ta bir düzenleme yapılmamıştır⁶³.

Bu şekilde kanunda bir düzenleme olmadığı durumda, kanunda bir boşluk olduğu akla gelir. Boşluk, hüküm içi boşluk olabileceği gibi, kanun boşluğu da olabilir⁶⁴. Ne tür boşluk olduğunun tespiti, nasıl bir çözüm getirileceği açısından önemlidir.

Öncelikle hüküm içi boşluğun hangi durumlarda var olacağından kısaca bahsetmek gerekir. Kanun koyucunun hükmün içinde isteyerek bıraktığı bir boşluk varsa ve kanun bu boşluğun doldurulması için örneğin ahlak kuralına işaret ediyorsa hüküm içi boşluk söz konusu olur⁶⁵. Bir diğer olasılıkta ise, kanun bu boşluğun doldurulması için örf-âdete

⁶¹ Callies/Schinkels, Art.11 Rome II, N.23-23.

⁶² Callies/Schinkels, Art.11 Rome II, N.23.

⁶³ Nomer, s.360; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.308-309; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.394; Demirkol, s.38, 40-41.

⁶⁴ Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.27 vd.; Oğuzman/Barlas, s.96.

⁶⁵ Örneğin, TMK m. 364-bakma yükümlülüğü.

yollama yapar⁶⁶. Bundan başka, hüküm içi boşluk durumunda, kanun hükmünün uygulanması için hâkime takdir yetkisi tanınmış⁶⁷ ya da başka bir kanun hükmüne yollama yapılmış olabilir⁶⁸.

Hüküm içi boşlukta bir hukuki düzenleme vardır. Ancak, çalışmaya konu mesele bir hüküm içi boşluk meselesi değildir. Sonuç olarak, vekâletsiz iş görme hususunda, MÖHUK'ta karşıt anlamdan dahi sonuç çıkartılabilecek bir düzenleme bulunmadığından, kanun boşluğu söz konusudur⁶⁹.

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda vekâletsiz iş görme açısından bir kanun boşluğunun bulunması, vekâletsiz iş görme kurumunun Türk Borçlar Kanunu'ndaki yerinden kaynaklanıyor olabilir. Zira vekâletsiz iş görme, borçlar hukukunun özel hükümler kısmında, vekâlet sözleşmesinin hemen arkasından düzenlenmektedir. Ancak vekâletsiz iş görmenin ayrı bir borç kaynağı olduğu ve bu nedenle Kanun'un genel hükümler kısmında yer alması gerektiği doktrinde baskın görüş olarak savunulmaktadır⁷⁰. Maddi hukuktaki bu isabetsiz konumlandırma,

⁶⁶ Burada, örf-âdete yollama yapılması ile kanun boşluğunun doldurulması için TMK m.1/II uyarınca örf âdet hukukuna başvurulması karıştırılmamalıdır. Zira örf-âdete başvurulması başka, örf âdet hukukuna başvurulması başkadır.

⁶⁷ Örneğin TMK m.4.

⁶⁸ Örneğin, BK m. 114, BK m.246.

⁶⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.308; Demirkol, s.38. Karşıt anlamdan sonuç çıkarma hakkında, Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.31a; Oğuzman/Barlas, s.97; Meier-Hayoz, Art.1, N.255; Edis, s.124.

⁷⁰ Baş Süzel, s.15; Holenstein, s.160; Schmid, GoA, N.820; Brinner, s.5; Friedrich, s.20; Fischer, s.23; Josef Hofstetter, "Gewinnherausgabe und Aufwendersatz des unechten Gesch.ftsführers ohne Auftrag", ZBJV 100/1964, s.221 vd, s.250, s.336; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529, 5. Auflage, 2011 Basel, Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.2; Moser, s.118; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85; Alper Gümüş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2012, s.235; Hofstetter, s.177; Chappuis, s.42; Gauch/ Schmid, Art.423 OR, N.6; Moser, s.118; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.65; Suter, s.114; Sungurbey, Kullanım Karşılığı, s.85; Nomer, Karar İncelemesi, s.30; Gümüş, C.II, s.235; Schmid, GoA, N.820; Brinner, s.5; Friedrich, s.20; Holenstein, s.160-161; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.65; Suter, s.114; Rolf H. Weber, "Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht", ZSR 111/1992 I, s.336; Fischer,

vekâletsiz iş görmenin, bir sözleşme benzeri olarak nitelendirilmesi ve kanunlar ihtilafı kuralları hazırlanırken meselenin o şekilde çözüme kavuşturulabileceği yanılıgısına yol açmış olabilir. Dolayısıyla tarihi sebepler yüzünden, Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında, vekâlet sözleşmesinin arkasında düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme unutulmuş görünmektedir. Öte yandan MÖHUK'un hazırlanmasında mehz teşkil eden⁷¹ İsviçre MÖHK'da⁷² da benzer bir eksikliğin söz konusu olduğuna ve vekâletsiz iş görmenin İsviçre MÖHK'da da düzenlenmemiş olduğuna dikkat çekmek gerekir.

B. Sorunun Çözümü: Hâkimin Hukuk Yaratması

Kanunlar ihtilafı alanında kanun boşluğu olan durumlarda bu boşluk, iç hukuktaki yöntemle doldurulur (TMK m.1)⁷³. Buna göre hâkim öncelikle örf âdet hukukuna⁷⁴ bakacaktır. Buradan sonuç alınmıyorsa, hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre hükmedecektir (*modo legislatoris*)⁷⁵. Bununla kastedilen hâkimin, genel ve soyut nitelikte bir kural koyması; tarafların karşılıklı

s.23; Hofstetter, Gewinnherausgabe, s.250; Hofstetter, s.177; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.423 OR, N.2; Schmid/Gauch, Art.423 OR, N.6; Moser, s.118. Alman hukukunda, BGB § 687 açısından, Wittmann, s.151, s.160; Julius von Staudinger, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 657-704, Berlin 2006, Staudinger/Bergmann, § 687, N.43.

⁷¹ Özellikle sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK'taki bağlama kurallarında, İsv.MÖHK'dan yararlanıldığı hakkında bkz. Tiryakioğlu, s. 211; Tekinalp, Turkish Code, s. 320, 337

⁷² *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (RS 291)*, RO 1988 1827, <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>, (erişim tarihi: 2.5.2016).

⁷³ Nomer, s.85; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.309.

2675 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar Türk milletlerarası özel hukukunun ana kaynağını oluşturan 23.2.1330 (1915) tarihli Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun'da düzenlenmemiş konularda boşluk doldurma metodundan yararlanılması hakkında bkz. Uluocak, s.13-14.

⁷⁴ Örf adet hukuku hakkında bkz. Oğuzman/Barlas, s.105-112.

⁷⁵ Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.28; Oğuzman/Barlas, s.96; Meier-Hayoz, Art.1, N.251-252; Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s.120-123.

menfaatlerini tespit etmesi; adil ve hayatın ihtiyaçlarını karşılayan bir çözüm üretmesidir⁷⁶. Bu çözümün mevcut hukuk düzeni ve hukuk güvenliği ile bağdaşması gerekir⁷⁷. Milletlerarası özel hukuk açısından da, hâkimin söz konusu uyuşmazlıkta yer alan taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁸.

Hukuk yaratmada, yararlanılabilecek imkânların başında kıyas gelir⁷⁹. Kanunda doğrudan kıyas yapılabilecek bir düzenleme yoksa, kanunun ruhuna bakmak gerekir. Başka deyişle ilke kıyası yapmak gerekir. Kıyas ya da ilke kıyası yoluna gidilerek bir çözüme ulaşılamıyorsa, kanunda geniş anlamda bir boşluk, bir ilke boşluğunun olduğu söylenebilir⁸⁰.

Bu durumda hâkim kanun koyucu gibi davranarak, hukukun temel ilkelerine uygun, anayasal değerlerle bağdaşan, sosyal gerçekliğe uyan bir kural koymalıdır. Bunu yaparken de yararlanılması gereken kaynakların başında doktrin, mahkeme içtihatları ve karşılaştırmalı hukuk verileri gelmektedir⁸¹. Sonuç olarak hâkime, çözülmesi gereken hayat ilişkisinin ağırlık noktasını ve yerini araştırmak ile menfaat durumlarını karşılaştırmak suretiyle, milletlerarası özel hukuk adaletini kuracak en uygun hukuk kuralına, söz konusu uyuşmazlığı bağlamak görevi yüklenmektedir⁸².

Yukarıdaki ilkeler göz önünde bulundurulduğunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından⁸³ öncelikle hâkimin kıyas yoluna git-

⁷⁶ Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.29; Oğuzman/Barlas, s.114-115; Edis, s.136-137; Meier-Hayoz, Art.1, N.316. Aynı yönde, YHGK 13.12.1989, 11-706/661; YHGK 10.12.1997, 19-665/1018; YHGK 25.2.2004, 10-109/115; YHGK 27.2.2008, 21-140/205, Kazancı İctihat Bilgi Bankası, 15.5.2014.

⁷⁷ Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.29; Oğuzman/Barlas, s.114-115.

⁷⁸ Nomer, Borçlar, s.86.

⁷⁹ Nomer, Borçlar, s.86; Oğuzman/Barlas, s.117; Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.32a.

⁸⁰ Serozan, Genel Bölüm, I § 5, N.37.

⁸¹ Oğuzman/Barlas, s.118.

⁸² Nomer, Borçlar, s.85-86.

⁸³ Gerçek vekâletsiz iş görme, bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Doktrinde gerçek vekâletsiz iş görmenin sözleşme benzeri olması sonucunda uygulanacak hukukun, MÖHUK m.24 uyarınca tespit edileceği ifade edilmiştir (Uluocak, Dersler, s.208; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.394; Özel, s.749). Bununla birlikte

mek suretiyle bir çözüm elde edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir. Bu mümkün değilse, özellikle karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanmak suretiyle bu boşluğun doldurulması gerekecektir.

Öncelikle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin haksız fiil benzeri olduğu görüşünden⁸⁴ yola çıkılarak, haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.34'ün kıyasen uygulanma olasılığını incelemek gerekir⁸⁵. Bilindiği üzere MÖHUK m.34, f.1'de haksız fiilin işlendiği ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu hüküm, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye kıyasen uygulandığı takdirde işin görüldüğü ülke hukuku yetkili olacaktır.

Doktrinde de Alman, İspanya, İtalya ve Avusturya hukukunda benimsenen çözümün Türk hukuku açısından da kabul edilebileceği ve vekâletsiz iş görmeye, işin görüldüğü ülke hukukunun uygulanabileceği ifade edilmektedir⁸⁶. İşin görüldüğü ülke hukukunun uygulanmasına gerekçe olarak, anılan ülkenin tarafsız bir yer olduğu, "hizmeti veren" ile "hizmeti alan" tarafın menfaatlerinin burada tesadüfen karşılaştığı ifade edilmektedir⁸⁷.

Bu gerekçe, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için tartışmaya açıktır. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, bir hizmet alan ile veren ve onların kesişen bir menfaati yoktur. Bu çözüm, gerçek

MÖHUK m.24, f.4'teki karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanmasının bazen imkânsız olması sebebiyle genel bir kural koyulması yerine daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması yoluna başvurulmasının gerekli olduğu da belirtilmiştir (Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.394). Yine, gerçek vekâletsiz iş görmeye kıyasen MÖHUK m.24'ün uygulanmasının söz konusu olabileceği; ancak daha uygun çözümün MÖHUK'taki kanun boşluğunun Roma II Tüzüğü m.11 hükmüne paralel olarak doldurulması olduğu da ileri sürülmüştür (Demirkol, s.40-41).

⁸⁴ Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.68, 73; vekâletsiz iş görme ilişkisinin bazı hallerde haksız fiil niteliği taşıyabileceği hakkında bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.394; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir anlamda haksız fiil olarak nitelendirildiği görüşünde bkz. Özel, s.750.

⁸⁵ Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, hukuki nitelik açısından temsil ve yetkisiz temsilden farklıdır (Baş Süzel, s.231-232). Bu sebeple gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, temsile uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.30'un kıyasen uygulanması yoluyla yetkili hukukun tespitinin uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

⁸⁶ Nomer, s.360; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.309.

⁸⁷ Nomer, s.360.

vekâletsiz iş görme açısından düşünülebilir. Ancak tam aksine gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede bir kişinin, bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek onun üzerinden menfaat elde etmesi söz konusudur. Bu durumda, uygulanacak hukukun belirlenmesinde tarafsız bir yerin aranması da gerekli olmayabilir. Ayrıca burada, gerçek vekâletsiz iş görmeden farklı olarak bir “mağdur” (mutlak hakkı ihlal edilen iş sahibi) vardır. Buna ek olarak, yukarıda anılan ülkelerde Roma II Tüzüğü’nün bu konuda iç hukuk düzenlemesi olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.34’ün ikinci fıkrası ise zarar odaklı olduğu için kıyasen uygulanmaya müsait değildir. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, zarar bir sorumluluk şartı değildir. Sorumluluğun doğmasından sonra talep edilen de esas olarak zarar değil, menfaatin devridir ki bu iki talep birbirinden çok farklıdır.⁸⁸

Mevcut kanun boşluğunun kıyas yoluyla doldurulmasında MÖHUK m.34, f.3’ün kıyasen uygulanması düşünülebilir⁸⁹. Düzenlemeye göre, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanacaktır. Buna göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, tarafların müşterek vatandaşlığı, mutad meskeni veya yerleşim yeri bulunması ve bunun daha sıkı ilişkiyi kurması halinde, bu hukukun uygulanması söz konusu olabilir.

Son olarak ise, MÖHUK m.34, f.5 uyarınca taraflara, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçme imkânı tanınmıştır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından da MÖHUK m.34, f.5’in kıyasen uygulanabileceği; böylelikle iş görmenin meydana gelmesinden sonra tarafların açık hukuk seçimi imkânına sahip olduğu ve bu halde birinci derecede bağlama noktasının, tarafların seçtikleri hukuk olacağı kanısındayız⁹⁰.

⁸⁸ Bu husus yukarıda açıklanmıştı. Bkz. s.370-371, dn.13’ün bulunduğu paragraf. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Baş Süzeli, s.145 vd.

⁸⁹ Nomer, s.360. Nitekim işin görüldüğü ülke hukukunun en sıkı ilişkiliyi temin etmesi sebebiyle uygulanabileceği; ancak işin görüldüğü yerin geçici nitelikte olması halinde tarafların müşterek mutad mesken hukukunun uygulanabileceği hakkında bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.394-395.

⁹⁰ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede tarafların hukuk seçiminde bulunmasını engelleyecek herhangi bir sebep bulunmaması ve buna ek olarak MÖHUK’ta

Bununla birlikte esas olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından MÖHUK'taki mevcut olan kanun boşluğunun, Roma II Tüzüğü m.11 hükmü dikkate alınarak doldurulmasının daha yerinde olacağı görüşüne katılmaktayız⁹¹. Nitekim, MÖHUK'un genel gerekçesinde, modern milletlerarası hukuk düzenlemelerinden ve bu anlamda Avrupa Birliği mevzuatından yararlanıldığı belirtilmektedir⁹². Bu husus, hâkimin hukuk yaratırken, Avrupa Birliği mevzuatından yararlanmasının mümkün olduğuna bir gerekçe olarak da gösterilebilecektir. Ayrıca, 12.12.1999 tarihinde Helsinki Zirvesi'nde resmi olarak AB'ye aday ülke sıfatını kazanan Türkiye açısından, Topluluk müktesebatının (*acquis communautaire*) önem arz ettiği göz ardı edilmemelidir⁹³.

C. Özel Durumlar

MÖHUK m.23'te fikri mülkiyete ilişkin haklar; m.35'te medya ve kitle iletişim araçlarıyla kişilik haklarının ihlali; m.37'de ise haksız rekabete uygulanacak hukuk hakkında özel kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir. Bu özel durumlar, aynı zamanda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel görünümlerinden bazılarını oluşturmaktadır.

Dolayısıyla Türk mahkemeleri önündeki vekâletsiz iş görme teşkil eden mevcut hukuki ilişki, MÖHUK'ta düzenlenmiş yukarıda sayılan hukuki ilişkilerden biri olarak vasıflandırıldığı takdirde, söz konusu

hem haksız fiiller hem de sebepsiz zenginleşmede tarafların sınırlı olarak hukuk seçiminde bulunmasına imkân tanınmış olmasına dayanarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesinden sonra tarafların hukuk seçiminde bulunabilecekleri kanaatindeyiz.

⁹¹ Bu görüşte bkz. Demirkol, s.41.

⁹² MÖHUK'a ilişkin Genel Gerekçe'de Topluluk müktesebatı ile uyumlu bir Kanun'un kabulü ile ona ilişkin uygulamanın gelişmesinin, bazı zorlukları aşmakta yardımcı olacağı belirtilmiştir (5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>), (erişim tarihi: 2.8.2014); s.8. Ayrıca MÖHUK'un hazırlanması sırasında, henüz Tüzük Teklifi halinde olan Roma II Tüzüğü'nün gözetildiği hakkında bkz. Tekinalp, Turkish Code, s.321; Tekinalp, Yeni Kanun, s.19.

⁹³ Tekinalp, Turkish Code, s.316-317; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.7. Nitekim MÖHUK'a ilişkin Genel Gerekçe'de Topluluk müktesebatı ile uyumlu bir Kanun'un kabulü ile ona ilişkin uygulamanın gelişmesinin, bazı zorlukları aşmakta yardımcı olacağı da belirtilmiştir (5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 8; ayrıca bu yönde bkz. Tekinalp, Yeni Kanun, s. 14).

hükümler gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel görünümüleri açısından uygulama alanı bulacaktır. Başka deyişle, aşağıda açıklanacak alanlarda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk konusunda bir kanun boşluğu olmadığı ifade edilebilir.

Bundan başka, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana geldiğinde görülen iş, iş sahibi tarafından uygun bulunursa, bu halde uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği aşağıda ortaya konulacaktır.

1. Kişilik Hakkı İhlali

MÖHUK m.35, f.1 gereği, “*Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlalinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre; a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku; b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya; c) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanır.*”

Kişilik hakkı ihlali, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana getirebilir⁹⁴. Örneğin bir ünlünün bebeğinin fotoğraflarını izinsiz çekip, magazin dergisinde bastırın kişinin davranışı, kişilik hakkı ihlali suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil ettiği için, bu yolla elde ettiği menfaatin devri talep edilebilecektir. İşte böyle bir uyuşmazlık yabancılık unsuru taşıdığı takdirde uygulanacak hukuk, MÖHUK m.35 uyarınca belirlenecektir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, MÖHUK m.35'teki kanunlar ihtilafı kuralı, medya ve kitle iletişim araçları yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine ilişkindir⁹⁵. Başka deyişle ihlalin, mutlaka kamuya açık ortamda gerçekleştirilmesi gerekir⁹⁶. Bununla birlikte, kanaatimizce, genel olarak vekâletsiz iş görme konusunda bir kanun boşluğu olduğu için, diğer yollarla kişilik hakkı ihlali suretiyle vekâletsiz iş gör-

⁹⁴ Baş Süzel, s.273 vd.

⁹⁵ Nomer, s.356; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.466; Çelikel/Erdem, s.424 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.297.

⁹⁶ Nomer, s.356; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.297; Çelikel/Erdem, s.427. Bu açıdan hükmün başlığına yönelik eleştiriler için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.297; Tiryakioğlu, s.212.

me söz konusu olduğunda da, kıyasen MÖHUK m.35'in uygulanması, yani boşluğun bu denli yakın bir kuralla doldurulması düşünülmelidir.

Doktrinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın, yalnızca diğer kişilik hakkı ihlallerinin genel haksız fiil düzenlemesi kapsamına dâhil olması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁷. Gerçekten de tazminat talepleri için haksız fiil hükmü yeterlidir. Bununla birlikte, medya ve kitle iletişim araçları yoluyla gerçekleşmeyen bir şekilde kişilik hakkının ihlali suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme meydana gelmiş ve menfaat devri talep ediliyorsa, kanunda bir boşluk olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, niteliği elverdiği ölçüde kıyasen MÖHUK m.35'ten yararlanılması mümkün olabilir.

Buna göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görme suretiyle kişilik hakkı ihlali sonucu menfaat devri talep edildiğinde MÖHUK m.35, f.1 düzenlenmesi şu şekilde yorumlanabilir. Öncelikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme sonucu bir zarar da ortaya çıkmışsa, MÖHUK m.35, f.1'deki kural olduğu şekilde okunarak kıyasen uygulanabilecektir. Ancak bir zarar meydana gelmemiş ise, uygulanacak hukuku zarara göre belirleyen MÖHUK m.35, f.1'in nasıl okunması gerektiği sorusu gündeme gelecektir. Kanaatimizce, hükmün (b) bendindeki “zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku” düzenlemesi, “zarar verenin” yerine, “gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin” iş yeri ya da mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku olarak uygulanabilir. Kuralın (a) bendi ise, “iş gören, menfaatin bu ülkede meydana geldiğini bilebilecek durumda ise, iş sahibinin mutad meskeni hukuku” ve (c) bendi ise, “iş gören, menfaatin bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise menfaatin meydana geldiği ülke hukuku” şeklinde okunarak uygulanacak hukuk tespit edilebilir.

2. Haksız Rekabet

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme teşkil edebilecek bir diğer hal ise, haksız rekabettir⁹⁸. Haksız rekabete uygulanacak hukuk MÖHUK m.37'de özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “1) Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan

⁹⁷ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.466; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.297; Tiryakioğlu, s.212; Özel, Kitle İletişim Araçları, s.225.

⁹⁸ Baş Süzel, s.312 vd.

etkilenen ülke hukukuna tâbidir. (2) Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlal edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında bir haksız rekabet eylemine karşı menfaat devri talebi söz konusu olduğunda, bunu talep edebilecek kişi yalnızca iş sahibi olarak ifade edilen, kendisine haksız rekabet yapılan kişidir⁹⁹. İşletmenin faaliyet gösterdiği piyasa üzerinde herhangi bir ekonomik etki söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, haksız rekabet, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme suretiyle gerçekleşmiş ise, uygulanacak hukukun MÖHUK m.37, f.2 gereği belirleneceği kanaatindeyiz. Başka deyişle, ilk fıkra uygulama alanı bulmayacak, işletmenin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Zira birinci fıkrada korunan piyasanın kendisidir¹⁰⁰. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve menfaat devri yaptırımını bu amaca hizmet etmemektedir. Bu nedenle söz konusu normun koruma amacı dışında kalmaktadır.

3. Fikri Mülkiyet Hakkı İhlali

Fikri mülkiyet ihlali, yetkisi olmayan kusurlu bir kişi tarafından bir işin görülmesi suretiyle gerçekleştiriliyorsa, burada bir gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olacaktır. Bu tür durumlara özgü olarak, FSEK m.70/III menfaat devri yaptırımını düzenlemektedir. Doktrinde, yerinde olarak, bu düzenlemenin, BK m.530'da genel hükümlerle düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir uygulama alanı olduğu ifade edilmektedir¹⁰¹.

Yabancılık unsuru taşıyan bir fikri mülkiyet ihlali söz konusu olduğunda uygulanacak hukuk, MÖHUK m.23'te özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre MÖHUK m.23, f.2 taraflara sınırlı bir hukuk seçim imkânı tanımaktadır¹⁰². Fikri mülkiyet ihlali gerçekleştikten sonra ta-

⁹⁹ Baş Süzel, s.322.

¹⁰⁰ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.470; Nomer, s.357; Çelikel/Erdem, s.418; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.302; Sarıöz, s.116 vd.

¹⁰¹ Schmid/Gauch, Art.423 OR, N.47; Moser, s.256 vd.; Fischer, s.25; Schmid, GoA, N.948; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.334; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s.331; Arkan Akbıyık, s.84; Erel, s.349; Ayiter, s.262; Bozbel, s.581; Şahin, s.191; Öztan, Fikir, s.677; Kılıçoğlu, Kazancın İadesi, s.197.

¹⁰² Nomer, s.302-303; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.338; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.304.

raflar, ihlalden doğan talepler için mahkemenin hukukunun (*lex fori*) uygulanmasını kararlaştırabilirler. Ancak taraflar bu imkânı kullanmadıkları takdirde ilk fıkra gereği, hangi ülke hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuk (*lex loci protectionis*) uygulama alanı bulacaktır.

Bu bağlamda yabancı bir yazara ait kitabın, yazarın rızası olmadan çoğaltılması ve satılması halinde menfaat devrine yönelik talebe uygulanacak hukuk, MÖHUK m.23 uyarınca belirlenecektir.

4. Görülen İşin İş Sahibi Tarafından Uygun Bulunması

Doktrinde gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ayrımı yapılmaksızın hesabına iş görülen kişi, yapılan iş için icazet verdiği takdirde taraflar arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁰³. Nitekim BK m.531'de iş sahibine, görülen işi uygun bulma hakkı tanınarak¹⁰⁴, bu halde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Ancak her şeyden önce Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu hüküm, esasa uygulanacak hukuk Türk hukuku olduğu takdirde bir anlam ifade edecektir. Üstelik söz konusu maddi hukuk düzenlemesine ilişkin doktrinde, iş sahibi tarafından görülen işin uygun bulunmasının, taraflar arasında vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılmasına yol açmayacağı da ifade edilmektedir¹⁰⁵.

Buna bağlı olarak, somut bir uyuşmazlıkta görülen iş, iş sahibi tarafından uygun bulunduğu takdirde sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.24'ün kıyasen uygulanması yerine, Roma II Tüzüğü m.11'deki düzenleme esas alınarak uygulanacak hukukun tespit edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

¹⁰³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.394.

¹⁰⁴ Bu hakkın, yalnızca gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında mı tanındığı, yoksa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de var olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye de iş sahibinin uygun bulma hakkı mevcuttur. Ayrıntılı olarak bkz. Baş Süzel, s.140-142.

¹⁰⁵ Huguenin, N.909; Hofstetter, s.249; Honsell/Vogt/Wiegand (işleyen: Weber), Art.424 OR, N.1; Baş Süzel, s.138-139.

III. Yabancı Hukukun Uygulanmasını Engelleyen Haller

A. Kamu Düzeni

MÖHUK m.5 gereği, “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.” Görüldüğü üzere, MÖHUK m.5’de öngörülen kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun uygulanmasını önleyen bir istisna niteliğindedir¹⁰⁶. Buna göre yabancı bir hukuk yetkili olduğunda, yetkili yabancı hukuktaki belirli bir hükmün uygulanması neticesinde doğacak sonuç, Türk kamu düzenine tahammül edilemez ölçüde aykırı olduğu takdirde yabancı hukuktaki ilgili hüküm uygulanmayacaktır.

İç hukukta emredici kurallarla düzenlenmiş, tarafların irade serbestisine sahip olmadığı her hususa aykırılık, milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin müdahalesine yol açmayacaktır¹⁰⁷. Zira milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, toplumun temel yapısı ile temel çıkarlarını koruyan kurallar bütününe ifade eder¹⁰⁸. Bu kurallar, hâkimin hukukunun “dokunulmaz kısmını”, “sert çekirdeğini” oluşturur¹⁰⁹. Hâkimin hukukunun vazgeçilemez temel prensipleri ile genel hukuk politikası, Anayasa ve milletlerarası sözleşmeler ile koruma altına alınmış temel hak ve özgürlükler, dürüstlük kuralı gibi hukukun temel ilkeleri ile genel ahlak anlayışı olarak somutlaşır¹¹⁰.

¹⁰⁶ Nomer, s.158; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.52; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.75-76; Çelikel/ Erdem, s.156; Doğan, s.213.

¹⁰⁷ Çelikel/Erdem, s.149, 158; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.52; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.86; Dayınlarlı, s.663-664, s.676; Doğan, s.216; Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s.37.

10.2.2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında da her emredici hükmün ihlalinin veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın, Türk kamu düzenine aykırı sayılmayacağı ifade edilmiştir (YİBK, 10.2.2012, E. 2010/1, K. 2012/1 (RG. 20.10.2102-28417)).

¹⁰⁸ Bucher, Ordre Public, s.25; Çelikel/Erdem, s.149; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.52; Doğan, s.213.

¹⁰⁹ Nomer, s.163; Bucher, Ordre Public, s.26.

¹¹⁰ Nomer, s.168-176; Çelikel/Erdem, s.162-163; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.73-74; Doğan, s.214-216; Özdemir Kocasakal, s.21; Demir Gökyayla, Tanıma ve Tenfiz, s.9; Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s.26-27.

Her ne kadar sınırlı bir sayım yapılması mümkün olmasa da diğer borçlar hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda olduğu gibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de sorumluluğun şartları, sonuçları ve zamanaşımı bakımından kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabileceği ifade edilebilir.

Burada önemli olan, yetkili yabancı hukukun bir bütün olarak veya mevcut uyuşmazlıkta uygulanacak somut hükmünün hâkimin hukukundakinden farklı olmasının veya yabancı hukuktaki kurumun, hâkimin hukukunda bulunmamasının bir etkisi olmadığıdır¹¹¹. Zira kamu düzeninin müdahalesi için gerekli olan, yetkili yabancı hukuk hükmünün uygulanmasının, *for* hukukunun temel prensip ve değerleri açısından kabul edilemez bir sonuç yaratmasıdır.

Bu bağlamda yetkili yabancı hukukun, menfaat devri yaptırımı öngörmediği, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi bir haksız fiil benzeri olarak nitelendirmesi sebebiyle yalnızca tazminat öngördüğü durumda Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç meydana gelmeyecektir. Menfaat devri yaptırımı, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ana yaptırım olmakla birlikte, menfaat devri talep eden iş sahibi, iş görenin bir takım masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Oysa bu durumu basit bir haksız fiil olarak çözümleyen yetkili hukuk, masraf karşılama yükümlülüğü öngöremeyeceğinden, hükmün kendi içinde dengeli olduğu söylenebilir. Ayrıca tazminat yaptırımı Türk hukukunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin de içinde bulundurduğu bir yaptırımdır. Öte yandan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı menfaat devri hükmü, bir özel hukuk cezası olarak prensip olarak Türk kamu düzeni müdahalesine uğramamalıdır.

B. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Bazı kurallar, ülkelerin sosyal ve ekonomik politikasına ait görevler taşıyor ve özel öneme sahip olurlar. “Doğrudan uygulanan kurallar” olarak adlandırılan bu kurallar, uygulama alanlarına giren ve ülke ile ilişkili tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında, o uyuşmazlık yabancılik unsurunu taşıyın veya taşımasın, öngörülme amaçlarını gerçekleştirmek için zorunlu olarak uygulanırlar¹¹².

¹¹¹ Nomer, s.160, 167; Çelikel/Erdem, s.158; Dayınlarlı, s.687; Doğan, s.214; Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s.37; Bucher, *Ordre Public*, s.22.

¹¹² Özdemir Kocasakal, s.12-13, 16; Nomer, s.181; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.59; Çelikel/Erdem, s.155; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.7-8; Doğan, s.229.

MÖHUK m.6'da da bu hususta genel bir hüküm öngörülerek, “yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır.” denmiştir.

Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilâfî kurallarından bağımsız olarak, kendi uygulama alanlarını tayin ederler¹¹³. Ülke ile bağlantılı olan ve uygulama alanlarına giren tüm olay ile ilişkilerde kanunlar ihtilafî kurallarının devreye girmesini engelleyerek, onlara rağmen uygulanırlar¹¹⁴. Kamu düzeni müdahalesinin aksine, doğrudan uygulanan kurallar düzeltici bir işlev görmez; kanunlar ihtilafî kurallarını bertaraf ederler.

Bir hükmün doğrudan uygulanan kural olup olmadığı, hükmün amacından yola çıkılarak tespit edilebilir¹¹⁵. Başka deyişle bu bir yorum meselesidir¹¹⁶. Doğrudan uygulanan kurallara genel olarak ithalat ve ihracat mevzuatı, rekabet yasaları, döviz mevzuatı gibi sermaye, mal ve hizmetlerin kontrolü; sosyal devlet anlayışına bağlı olarak tüketicinin korunması, işçinin korunması, iş güvenliği, ürün güvenliği ve toplum sağlığı, taşınmaz kiralari, sigortalının korunması ile kültür varlıkları ve çevrenin korunması gibi alanlarda karşılaşıldığı belirtilmektedir¹¹⁷.

Bu bağlamda tespit edebildiğimiz ölçüde Türk hukukunda vekâletsiz iş görme açısından doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip bir hüküm bulunmadığı kanaatindeyiz. Bu açıdan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin düzenlendiği TBK m.530 hükmü, kamu menfaatinin gözetilen, devletin sosyal ve ekonomik politikasına hizmet eden bir kural olmadığı için, “doğrudan uygulanan kural” olarak kabul edilme-
mesi gerekir.

¹¹³ Özdemir Kocasakal, s.28; Nomer, s.181, 182; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.59; Çelikel/Erdem, s.397; Doğan, s.229.

¹¹⁴ Özdemir Kocasakal, s.17, 22; Nomer, s.181; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.59; Doğan, s.229; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.90, dn. 87.

¹¹⁵ Özdemir Kocasakal, s.16-17; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.59; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s.10; Nomer, s.181.

¹¹⁶ Çelikel/ Erdem, s.155; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.59; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s.10;

¹¹⁷ Nomer, s.180-181, 183; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.379; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.8-10, s.285; Çelikel/Erdem, s.397; Özdemir Kocasakal, s.16-17.

SONUÇ

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, bağımsız bir borç kaynağı olup, sözleşmeden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden ayrı bir hukuki niteliğe sahiptir. Bu bakımdan, bu kuruma uygulanacak hukukun tespitinde, Türk hukukunda var olan kanun boşluğunun doldurulması gerekir.

Kanun boşluğunun doldurulmasında yararlanılan kaynaklardan karşılaştırmalı hukuk, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme konusunda önem kazanmaktadır. Kanun boşluğunun doldurulmasında, Borçlar Kanunu için nasıl ki İsviçre ya da Alman hukukuna sıklıkla başvurulmakta ise MÖHUK'taki gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımından söz konusu kanun boşluğu için de Roma II Tüzüğü'ne başvurularak; Tüzük m.11 uyarınca bu boşluk doldurulabilir.

Bununla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel görünümleri olan kişilik hakkı ihlali, haksız rekabet ve fikri mülkiyet hakkı ihlalinden kaynaklanan talepler için MÖHUK'taki mevcut hükümler uygulanacaktır. Bu halde, bir kanun boşluğundan söz edilemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Arkan Akbıyık, Azra, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1999
- Ayiter, Nûşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1983
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297-2385, Rom I-VO, Rom II-VO, EGBGB, 3.Aufl., München 2012 (*Bamberger/Roth/Spickhoff*)
- Baş Süzel, Ece, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul, Şubat 2015
- Baygın, Cem, “Edim Dışı Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İade Talebinin Haksız Fiil ve Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Talepler Karşısındaki Durumu”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2002
- Berki, Osman Fazıl/ Ergüney, Hilmi, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1963
- Birks, Peter, Unjust Enrichment, Oxford University Press, Oxford 2005 (*Enrichment*)
- Birks, Peter, “The Law of Restitution at the End of an Epoch” *University of Western Australia Law Review (UWAL)*, vol.28(1) (*UWAL*)
- Birks, Peter, “Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment”, *Texas Law Review*, 2001, vol.79 (*Texas LR*)
- Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012
- Bucher, Andreas, La dimension sociale du droit international privé, Recueil des cours de l’Académie de Droit International, C. 341, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, (Cours Général).
- Bucher, Andreas, L’Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 239, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, (Ordre Public)
- Bucher, Eugen, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 1988
- Bureau, Dominique/Watt, Horatia Muir, Droit international privé, Tome II Partie spéciale, 2. edition, Themis droit 2007
- Bussy, André (çev. Gürsoy K.), İsviçre Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap), Ankara 1948
- Carella, Gabriella, “The Law Applicable to Non-Contractual Obligations Other Than Tort or Delict”, *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Ed. A. Malatesta
- Chappuis, Christine, La Restitution des profits illégitimes, Helbing 1991
- Cheshire, Geoffrey / North, Peter / Fawcett, James J., Private International Law, Butterworth, London 1999
- Clarkson, C. M. V. / Hill, Jonathan, The Conflict of Laws, Clarkson&Hill, Fourth Edition, New York: Oxford University Press, 2011

- Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır B., Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016
- Dayınlarlı, Kemal, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara, Olgaç Matbaası, 1988
- Demir Gökyayla, Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, (Kamu Düzeni)
- Demir Gökyayla, Cemile, “Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 105-106, 2013, (*Tanuma ve Tenfiz*)
- Demirkol, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014
- Dicey, Albert Venn/ J.H.C., Morris/ Collins, Lawrence, Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th ed. Vol.2, Sweet&Maxwell, London 2012
- Dickonson, Andrew, The Rome II Regulation, The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford University Publishing, Oxford 2008
- Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013
- Edelman, James, Gain-Based Damages, Oxford 2002
- Erel, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 2009
- Fentiman, Richard, Conflict of Laws, New York 1996
- Friedrich, Hans Peter, “Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR), insbesondere bei Annahme einer für einen Andern bestimmten Leistung”, ZSR, N.F. 64 (1954), s.9-56,
- Fröhlich, Claus Wilhelm, The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, Hamburg 2008
- Graziano, Thomas Kadner, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, Bâle: Helbing&Lichtenhahn, 2004
- Gümüş, M. Alper, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2012
- Halfmeier, Axel/ Sonder, Nicolas, “Article 3- Universal Application”, Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 3)
- Hofstetter, Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, Basel-Genf- München 2000
- Holenstein, Patrizia, Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 1983
- Huber, Peter, Rome II Regulation, Pocket Commentary, München 2011, Sellier

- Huguenin, Claire, Obligationenrecht Besondererteil, 3. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2012
- Isidro, Marta Requejo, "Punitive Damages from a Private International Law Perspective", Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives, Eds. Koziol Helmut/ Wilcox Vanessa, Newyork/ Wien 2009
- Kılıçoğlu, Ahmet M., "Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul s.193-200.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Ankara 2011
- Koç, Nevzat, "Kötüniyetli Zilyedin İade Borç ve Hakları", Ernst. E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986
- Kötz, Heinz, "Geschäftsführung ohne Auftrag aus rechtsökonomischer Sicht", Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65.Geburstag, Herausgegeben von Unrich Hübner und Werner F. Ebke, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg 1999
- Lischer, Ulrich, Die Gesch.ftsführung ohne Auftrag in schweizerischen Recht, Reihe A, Band 20, Basel 1990
- Meier-Hayoz, Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art.1-10 ZGB), Bern 1962
- Moser, Rudolf, Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Gesch.ftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR., Zürich 1940
- Nomer, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 19. bası, İstanbul 2013
- Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, (*Borçlar*)
- Nomer, Haluk N., "Karar İnceleme-506 Sayılı SSK m.10'a göre İşverene Açılan Rücu Davaları Hangi Zamanaşımına Tabidir?" Çimento İşveren Dergisi, s.28 vd. (*Karar İnceleme*)
- Oğuzman M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2013
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I-II, Vedat Kitapevi, İstanbul 2013
- Oser, Hugo/Schönenberger Wilhelm, Schweizerisches Zivilgezetzbuch mit Obligationenrecht, Zürich 1956
- Öz, Turgut, Uygulama ve Öğretide Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990
- Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Yayınevi, İstanbul 2011, (*Yenilikler*)
- Özdemir, Gökçe H., Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Seçkin Yayınevi, Ankara 2001
- Özdemir Kocasakal, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001

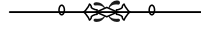
- Özel, Sibel, “Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi”, MHB, Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19-20, S.1-2, 1999-2000
- Özel, Sibel, “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010, (*Kitle İletişim Araçları*)
- Özen, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck Verlag, München 2010
- Reisoğlu, Seza, Seza Reisoğlu, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961
- Rushworth, Adams/Scott, Andrew, “Rome II: Choice of Law for Non-Contractual Obligations”, 2008 LMCLQ s. 274 vd., (<http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=165221>, 25.04.2014)
- Sarıöz, İpek, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme”, İstanbul 2012
- Schinkels, Boris/Calliess, Graf-Peter, Rome Regulations Commentary, Kluwer 2015
- Schmid, Jörg, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg Schweiz 1992 (*GoA*)
- Schmid, Jörg/ Gauch, Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR
- Scott, Andrew, “The Scope of Non-Contractual Obligations”, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Ed. John Ahern/ William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston 2009, s.57 vd.
- Serozan, Rona, Eşya Hukuku I, İstanbul 2014 (*Eşya*)
- Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapevi, İstanbul 2013 (*Genel Bölüm*)
- Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı), Borçlar Hukuku Genel B.lüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2009 (*Haksız Zenginleşme*)
- Sungurbey, İsmet, “Kazandırıcı Yıllanma ve Kullanma Karşılığı”, Medeni Hukuk Eleştirileri, C.I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s.83 vd. (*Kullanma Karşılığı*)
- Suter, Richard, Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Obligationenrecht, Bern 1933
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989, (*Borçlar Özel*)

- Tandoğan, Haluk, Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957, (*Vekâletsiz İş Görme*)
- Tarman, Zeynep Derya, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Tüzüğü” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.57, Y.2008, s.194-221 (*Roma II*)
- Tekinalp, Gülören, “The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure”, Yearbook of Private International Law, C. 9, 2007, (*Turkish Code*)
- Tekinalp, Gülören, Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (*Yeni Kanun*)
- Tekinalp, Gülören/Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011
- Guhl, Theo/ Merz, Hans /Kummer, Max (işleyenler: Koller Alfred/Druey Jean Nicolas), Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1991 (*Guhl/ Merz/Koller, Guhl/Merz/Druey*)
- Tiryakioğlu, Bilgin, “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Korunmasına Uygulanacak Hukuk”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi, No.2, İstanbul 2010
- Uluocak, Nihal, Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul, 1971
- Uluocak, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989 (*Dersler*)
- Ulusan, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu (BK m.63/I), İstanbul 1984
- Weber, Rolf H., Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 111/1992 I, s.333 vd.
- Weber, Rolf H., Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529, 5. Auflage, Herausgeber Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 2011 Basel (*Honsell/ Vogt/ Wiegand (işleyen: Weber)*)
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012 (*Dersler*)
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014
- Yeniocak, Umut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler – Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
- Zevkiliiler, Aydın/ Gökyayla Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2013

Aspekte des neuen italienischen Scheidungsrechts: “verkürzte Scheidung” und die damit in der Lehrmeinung einhergehenden Auslegungsprobleme

Yeni İtalyan Boşanma Hukukuna Bakış: “Kısaltılmış Boşanma” ve Bu Bağlamda Öğretideki Karma Yorum Sorunları

Recent aspects on the new italian divorce law: “shortened divorce” and the thereby combined interpretation problems in the doctrine.



Dr. Filippo Luigi GIAMBRONE, (Uni Salzburg)

ÖZET

Bu çalışma, İtalyan Aile Hukukunda ayrılık ve boşanma bakımından yapılan reformu konu almayı amaçlamaktadır. Söz konusu reform, kısa boşanma ve desteklenmiş uzlaşmaya ilişkin 55/2015 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte gerçekleştirilmiştir. 162/2014 sayılı yasa ile İtalyan kanun koyucusu ayrılık ve boşanma süreçlerini desteklenmiş uzlaşma gibi yeni hukuki araçlar getirerek basitleştirmeyi amaçlamıştır. Son olarak yeni süreler öngören 55/2015 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle de, ayrılık ve boşanma süreçlerinin hızlandırılabilmesi hususu temin edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yeni – Hukuk – Ayrılık – Boşanma – İtalya

ABSTRACT

This article deals with the enter into force of the Law Nr. 55/2015 about the so called “ short divorce ”, which introduced new procedural time - limits in regard of the separation and divorce trials in Italy and its resulting consequences in the italian jurisdiction. The new foreseen procedural time – limits amount to six months in case of a consensual separation and in case of a contentious separation the time – limits amount to twelve months. In a strengthened legal system, where the judge has an exclusive access to separation and divorce trials of the spouses, the italian legislator decided to introduce new procedures for

separation and divorce, which came into effect through the Law Nr. 162/2014, in order to confer the spouses a broader way for claiming the resolution of the civil effects, arising from their marriage. Through the new conceived legal instruments, which came into force through the Law Nr. 162/2014, such as the separation or divorce transactions attended by the legal counsel of lawyers or through the achievement of an agreement in front of the major, we notice the incredible change of the Italian jurisdiction role. The article will also deal with interpretation problems arising from the doctrine concerning the coordination between separation and divorce trials of the couple and the specific solutions offered by the jurisprudence. This article will also focus on the draft legislation about a “direct divorce”, which is currently discussed in the parliament and shows the new perspectives of Italian family law. At the end of the article it will be highlighted the positive and problematic aspects, which are combined with the come into force of both laws¹”.

Keywords: *New – Law – Separation – Divorce – Italy*

1- Einführung in die durch den italienischen Gesetzgeber herbeigeführten Neuerungen bezüglich des italienischen Scheidungsrechts

Im Amtsblatt Nr. 107 der Italienischen Republik ist das neue Gesetz über die verkürzte Scheidung am 11. Mai 2015, “divorzio breve” (Gesetz 6. Mai 2015, Nr. 55) verkündet worden, welches die Herabsetzung der bisher geltenden Fristen von 3 Jahren bezüglich der Einreichung und Erhebung eines Scheidungsantrages zum Gegenstand hat. Die Frist begann an dem Tag zu laufen, an welchem die Ehegatten vom zuständigen Landesgerichtspräsidenten (udienza presidenziale) zur getrennten Lebensführung ermächtigt wurden. Zum Zeitpunkt der Erhebung des jeweiligen eingereichten einvernehmlichen bzw. gerichtlichen Scheidungsantrages musste das Trennungsurteil in Rechtskraft erwachsen sein.² Das neue der Untersuchung zugrundeliegende vom

¹ Zu einer tiefgreifenden Auseinandersetzung mit der Funktion der Rechtsnorm vgl.: Karagöz, *Hukuk Kurali (Regula iuris) Kavrami*, Istanbul, 2010; Für eine einführende Einsicht ins Italienische Recht vgl.: J. Michael Rainer, *Introduction to Comparative Law*, 2012, Manz; Oberto, *Divorzio breve, Separazione legale e comunione tra coniugi*, in: *Famiglia e diritto*, 2015, 6, 615 ff.

² Legge 6 Maggio 2015, n 55” *Disposizione in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*”;

Parlament verabschiedete Gesetz, vervollständigt das vom Gesetzgeber vorgesehene Ziel Beschleunigungsmaßnahmen zur Abwicklung von Trennungs- und Scheidungsverfahren in Italien zu bekräftigen. Vor Kurzem hat das italienische Parlament das Umwandlungsgesetz vom 10. November 2014, Nr. 162 zum Gesetzesdekret vom 12. September 2014, Nr. 132 zur Justizreform verabschiedet, mit dem beabsichtigten Ziel, zum einen die Dauer der Gerichtsverfahren einer Kürzung zu unterziehen und zum anderen, der besseren Einschätzung des Prozessrisikos Sorge zu tragen.³ Durch Letzteres wird den streitigen Parteien eines Gerichtsprozesses bei zukünftigen anbahnenden Streitigkeiten die Möglichkeit eingeräumt, durch bekundetes gegenseitiges Einvernehmen die Verweisung des Verfahrens an ein Schiedsgericht zu beantragen.⁴ Des Weiteren wurde eine "Schlichtung mit Beistand" als zusätzliche Neuerung eingeführt, durch welche die Parteien einen Rechtsstreit durch Einvernehmen beilegen können. Die dadurch erzielte Einigung genießt die Stellung eines Vollstreckungstitels. Eine weitere Neuerung bezüglich der Prozessökonomie liegt darin, dass behängende oder einzuleitende Vollstreckungsverfahren dann zu unterbrechen sind, wenn es offensichtlich ist, dass die geltend gemachten Ansprüche des Gläubigers, unter Würdigung der anfallenden Verfahrenskosten und des daraus resultierenden Erlöses des Schuldnervermögens, nicht beglichen werden können.⁵ Das Gesetz 55/2015 bezweckt die bisher vorgesehene Bedenkzeit, der italienischen Lehrmeinung unter dem Begriff "spatium deliberandi" geläufig, für einen etwaigen Versöhnungsversuch herabzusetzen, allerdings wurde der Gesetzesentwurf zur Abschaffung der Trennphase nicht umgesetzt, um die sofortige Aufhebung der aus der Ehe resultierenden zivilrechtlichen Ehwirkungen herbeizuführen. Das entsprechende Gesetz hat dazu beigesteuert, einerseits die sog. verkürzte Scheidung einzuführen (*divorzio breve*) andererseits hat es die direkte Scheidung "*divorzio diretto*", nämlich die Scheidung ohne

Eccher/Schurr/Christiandel, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 543ff; KassGH 14.12.2004, Nr. 23309; KassGH 18.07.2005, Nr. 15157.

³ D.lg. 12 settembre 2014, n. 132 "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile".

⁴ L. 132/2014; *Danovi*, Al via il divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione, in *Fam. e dir.*, 2015, 607 ff; *Dosi*, I tempi ora indicati non variano in caso di figli minori, in *Guida al dir.*, 23 maggio 2015, n. 23, 15 ff.

⁵ L. 132/2014.

vorausgehende Trennung, überbrückt.⁶ Das Gesetz setzt sich aus 3 Artikeln zusammen. Art. 1 des entsprechenden Gesetzes 55/2015 hat den Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Nr. 2) Buchstabe b) des Gesetzes 898/1970 geändert. Letzterer sah vor, dass die Trennungsfrist vor Erhebung der Klage, welche auf die Auflösung bzw. auf den Entfall der zivilrechtlichen Wirkungen gerichtet ist, drei Jahre betragen musste. Die Frist begann im Trennungsverfahren dann zu laufen, wenn die Ehegatten vor dem Vorsitzenden des Gerichts erschienen.⁷ Diese Frist fand auch dann auf jenen Fall Anwendung, in welchem das streitige Verfahren in ein einverständliches Verfahren übergeleitet wurde.⁸ Jetzt sieht das Gesetz vor, dass sich die Frist im streitigen Trennungsverfahren auf 12 Monate beläuft und wird dann in Gang gesetzt, wenn die Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten erscheinen.⁹ Im Falle einer einvernehmlichen Trennung beläuft sich die Trennungsfrist auf einen sechsmonatigen Zeitraum, auch wenn das Trennungsverfahren von einem streitigen auf einen einvernehmlichen übergeleitet wurde.¹⁰ Art. 2 des Gesetzes 55/2015 hat den normativen Gehalt des Art. 191 Abs. 2 ZGB erweitert.¹¹ Letzterer sieht vor, dass es im Falle der persönlichen Trennung der Ehegatten erst dann zur Auflösung der Gütergemeinschaft kommt, wenn der Präsident des Gerichts sie zum Getrenntleben ermächtigt bzw. sobald am Tag der Unterschreibung der Sitzungsniederschrift der einvernehmlichen Scheidung der Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten stattgegeben wird.¹² Der Beschluss, durch welchen die Ehegatten zum Getrenntleben ermächtigt werden, wird dem Standesbeamten

⁶ L. 55/2015.

⁷ Vgl. J. Michael Rainer, *Corso di sistemi giuridici comparati*, 2004, Giappichelli, 55 ff; A. e M. Finocchiaro, I, Milano, 1984, 1128 ff; Scardulla, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, 2008, 505 ff; M. Finocchiaro, *AutORIZZAZIONE A VIVERE SEPARATI E PRETESO SCIoglimento del regime di comunione dei beni dei coniugi*, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 210 ff.

⁸ Gesetz vom 1. Dezember 1970, Nr. 898, Das reformierte Gesetz über die Auflösung von Ehen.

⁹ J. Michael Rainer, *Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung*, 2. Auflage, 2007, Peter Lang, 136 – 145, 148 ff.

¹⁰ L. 55/2015.

¹¹ L. 55/2015;

¹² Di Pirro, *Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali*, in *Lex Orienta*, 2015, 1 ff.

im Hinblick auf die Vermerkung der Auflösung der Gütergemeinschaft zugeleitet.¹³ Art. 3 des Gesetzes Nr. 55/2015 hält fest, dass obige Anordnung auf jene Verfahren Anwendung findet, die bis zum Inkrafttreten des entsprechenden Gesetzes eingereicht werden und auf solche Verfahren, die ab dem in Kraft treten des Gesetzes noch behängen.¹⁴

2. Trennung und Scheidung in Italien: zur Begriffsbestimmung

2.1. Die Trennung

Die persönliche Trennung der Ehegatten muss von der Scheidung strengstens differenziert werden. Die Scheidung dient dem Zweck die Auflösung der Ehe herbeizuführen und bewirkt, letzten Endes, die Ehegatten erneut in den Ledigenstand hineinzusetzen.¹⁵ Der Trennung wird eine eheerhaltende Aufgabe zugeschrieben.¹⁶ Sie lässt die Ehe in ihrem Bestand weiter aufrecht, allerdings kommt ihr die Aufgabe zu, den Ehegatten erneut die Gelegenheit anzubieten, sich mit ihrer Situation auseinanderzusetzen, um eine potenziell in Frage kommende Versöhnung zu erzielen.¹⁷ Unter Versöhnung ist die Übereinkunft der getrennten Ehegatten zu verstehen, sich zur Wiederaufnahme der geistigen und materiellen ehelichen Lebensgemeinschaft bereit zu erklären.¹⁸ Die Trennung bewirkt eine Abschwächung der Ehepflichten und versetzt die Ehe in einen vorübergehenden Ruhestand.¹⁹ Die maßgeblich der Trennung innewohnende Aufgabe ist es, den Ehegatten zur Überwindung von Ehekonflikten zu verhelfen. Allerdings kann sie eine dauerhafte Lösung derer Konfliktsituation bezwecken. Meistens wird der Trennung allerdings in der anwaltsrechtlichen Praxis die

¹³ L.55/2015.

¹⁴ L. 55/2015.

¹⁵ *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 523ff; *Breccia*, Separazione personale die coniugi, Dig. Disc. Priv., sez. Civo (1998) 351 ff.

¹⁶ Für einen Einblick ins Türkische Obligationenrecht vgl. *Kaçanci*, Türk Borçlar Kanununun 14. Maddesinin öngördüğü yeni Sekil Düzenlemesinin Getirdikleri, in *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Issue 18, N. 1, 2012, 403 – 430.

¹⁷ *Caringella/de Gioia*, Compendio di Diritto Civile, 679 ff.

¹⁸ KassGH 12.11.1998, Nr11418.

¹⁹ *Zatti* in *Rescigno Trattato, Persone e famiglia*, 103 ff.

Rolle als Vorstufe zur Scheidung zugeschrieben.²⁰ Die Trennung bedarf einer Untersuchung. Der italienische Gesetzgeber unterteilt die persönliche Trennung in zwei Unterarten. Er differenziert zwischen der gesetzlichen und der faktischen Trennung. Bei der gesetzlichen Trennung müssen sich die Ehegatten an das Gericht wenden, welches die Trennung ausspricht und ihr Rechtswirksamkeit verleiht.²¹ Bei der faktischen Trennung besinnen sich die Ehegatten ohne Anrufung des Gerichts zu einer getrennten Lebensführung. Sie wird nicht ausdrücklich vom italienischen Gesetzgeber geregelt, jedoch ist sie als rechtmäßig zu verzeichnen und im Anschluss daran sind die gemäß Art. 1322 ZGB bedungenen eingegangenen Vereinbarungen als rechtskonform zu erachten.²² Bei einer faktischen Trennung kommen die Ehegatten über die zu vollziehende Trennung überein und somit unterbrechen sie sie ohne dabei die Genehmigung des Gerichtes zu beantragen. Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die faktische Trennung bis auf die abgeschlossenen Vereinbarungen der Ehegatten keine rechtliche Wirkung für die Ehe begründet.²³ Dies weist auf den Umstand hin, dass die Ehegatten im Sinne des Gesetzgebers als nicht getrennt gelten und die aus der Ehe erwachsenden Verpflichtungen weiterhin aufrecht bleiben. Die gesetzliche Trennung wird ausdrücklich vom italienischen Gesetzgeber in Art. 149 ZGB und folgende bedacht und geregelt. Die gesetzliche Trennung untergliedert sich in die gerichtliche und einvernehmliche Trennung.²⁴ Die gerichtliche Trennung kommt dann in Betracht, wenn die Ehegatten kein Einvernehmen über die Trennungsfolgen erzielen können und sie wird mittels Gerichtsurteil erwirkt. Sie liegt dann vor, wenn gemäß Art. 151 ZGB gewisse Umstände eintreten, welche für die Unerträglichkeit der Fortsetzung des Zusammenlebens oder für die Zufügung von schweren Schäden im Hinblick auf die Erzi-

²⁰ *Marozzo Della Rocca*, Separazione personale, Enc. Dir., 1376ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 523ff.

²¹ *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 523ff; *Auletta*, Diritto di famiglia, 206.

²² *Caringella/de Gioia*, Compendio di Diritto Civile, 679ff.

²³ *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff.

²⁴ *Brescia*, Separazione personale die coniugi, 368 ff; *Caringella/de Gioia*, Compendio di Diritto Civile, 679ff; *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2ff.

ehung der Kinder ursächlich sind.²⁵ Bei Ausspruch der Trennung hält das Gericht fest, wenn Umstände hierfür gegeben sind und ein erforderlicher Antrag eingereicht worden ist, welchem Ehegatten aufgrund seines den ehelichen Verpflichtungen zuwiderlaufendes Verhalten die erhobene Trennung anzulasten ist.²⁶ Im Gegensatz dazu ist die einvernehmliche Trennung auch unter die gesetzliche Trennung zu subsumieren, allerdings unterscheidet sie sich von der gerichtlichen Trennung insoweit, als sie auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Ehepartner beruht und für deren Wirksamkeit die gerichtliche Genehmigung erforderlich ist.²⁷ Die Ehegatten müssen, im Falle einer einvernehmlichen Trennung, eine einvernehmliche Übereinkunft bezüglich der Trennung, der Trennungsfolgen und der Kinderobsorge getroffen haben.²⁸ Diese Übereinkunft muss sich auch auf die zu entrichtende Unterhaltsleistung erstrecken, welche in sich den Unterhaltsbeitrag für den wirtschaftlich bedürftigen Ehegatten, die Unterbringung und den Unterhalt der Abkömmlinge sowie das Wohnrecht in der Familienwohnung vereinigen.²⁹

2.2. Die Scheidung in Italien

Das italienische Scheidungsrecht, wie es im Allgemeinen in Anbetracht des ehelichen Rechtsgeschäfts bekannt ist, umschließt mehrere Aspekte, die publizistischen Zwecken dient und unterliegt einer spezifischen gesetzlichen Regelung, welche im Gesetz 898/1970 verankert ist, kraft dessen die Scheidung nur aufgrund eines vom Gesetzgeber in Art. 3 des entsprechenden Gesetzes vorhergesehenen Scheidungsgrundes beantragt werden kann.³⁰ Um eine diesbezügliche Scheidung

²⁵ *Eccher/ König/ Kreuzer/ Zanon*, Italienisches Zivilgesetzbuch, Zweisprachige Ausgabe, fünfte Überarbeitete Auflage, Art. 151 ZGB; *Garofoli*, Diritto Civile, Corso di Magistratura, Nel Diritto Editore, 1202 ff.

²⁶ *Eccher/ König/ Kreuzer/ Zanon*, Italienisches Zivilgesetzbuch, Art. 151 ZGB; *Garofoli*, Diritto Civile, Corso di Magistratura, Nel Diritto Editore, 1202ff.

²⁷ KassGH 20.10.2005 Nr 20290; *Breccia*, Separazione personale die coniugi, 377 ff; *Zatti* in *Rescigno Trattato*, Persone e famiglia 3, 149ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 526ff.

²⁸ *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff.

²⁹ *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 526ff.

³⁰ *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2ff.

zu beantragen, bedarf es des erforderlichen Rechtsbeistandes durch einen Anwalt.³¹ Wie es im Gesetz 898/1970 Art. 3 N. 2) Buchstabe b) statuiert wird, kann die Scheidung, welche auf die Auflösung bzw. die Beendigung der zivilrechtlichen Wirkungen gerichtet ist, beantragt werden, wenn durch rechtskräftiges Urteil die gerichtliche Trennung der Ehegatten ausgesprochen oder die einverständliche Trennung bestätigt wurde oder sich eine faktische Trennung angebahnt hat, sofern letztere wenigstens zwei Jahre vor dem 18. Dezember 1970 eingetreten ist.³² Es handelt sich dabei in der Praxis um die weitaus häufigste Scheidungsvoraussetzung. Daraus lässt sich schlussfolgern, dass um einer Scheidung stattgeben zu können, ihr ein persönliches Trennverfahren, sei es einvernehmlich oder gerichtlich, vorausgehen muss.³³ Zusammenfassend muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass um ein Scheidungsverfahren einleiten zu können, das Trennverfahren mit Gerichtsurteil abgeschlossen sein muss.³⁴ Die gerichtliche Trennung, welche von einem der Ehegatten mit Rekurs erhoben wird, muss mit einem in Rechtskraft erwachsenen Gerichtsurteil abgeschlossen sein, wenn das Gerichtsurteil beim Oberlandesgerichtshof bzw. beim Kassationsgerichtshof angefochten wird, muss auf das Ergebnis des anhängigen Verfahrens abgewartet werden.³⁵ Das Gesetz 55/2015 wirkt sich auf die bisher geltende erforderliche ununterbrochene dreijährige Trennfrist der Ehegatten herabsetzend aus, um schneller zum Entfall bzw. zur Auflösung der zivilrechtlichen Wirkungen zu kommen.³⁶ Die ursprünglich vorgesehene dreijährige Frist ist herabgesetzt worden.³⁷ Die neuen Fristen bezüglich der Erhebung des Scheidungsantrages belaufen sich

³¹ *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2ff.

³² Gesetz vom 1. Dezember 1970, Nr. 898, Das reformierte Gesetz über die Auflösung von Ehen; Bzgl. einer tiefgreifenden historischen Auseinandersetzung vgl.: *J. Michael Rainer*, Das Römische Recht in Europa, Manz, 2012.

³³ *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2ff.

³⁴ Gesetz 898/1970.

³⁵ Für eine tiefreichende Einsicht ins Römische recht vgl. *Karagöz*, Hukuk Kurali (Regulae iuris) Kavrami, Istanbul, 2010; *Karagöz*; *Infita Hakkanin Roma Hukukundaki Gelisimi ve Türk Hukunanu Etkisi*, Istanbul, 2003; *Karagöz*; *Hukuk Kurali (Regulae Iuris) Kavrami*, Istanbul, 2010.

³⁶ Gesetz 898/1970; *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2ff.

³⁷ *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2 ff.

auf 12 Monate, welche erst ab dem Erscheinen der Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten zu laufen beginnen, wenn ein Streitiges Trennverfahren eingeleitet wurde. Wurde das Trennverfahren einvernehmlich von den Ehegatten eingeleitet bzw. wurde das schon eingeleitete Streitige Trennverfahren in ein einvernehmliches übergeleitet, beträgt die Frist zur Erhebung der Scheidung sechs Monate.³⁸ Die neuen vorgesehenen Fristen finden auch auf, seit dem Inkrafttreten des entsprechenden Gesetzes, behängende Verfahren Anwendung. Die einvernehmliche³⁹ Trennung wird der Streitigen Scheidung vom Gesetzgeber vorgezogen und dies wird aufgrund des 6 monatigen Fristlaufs zur Einreichung der Scheidung gegenüber der 12 monatigen Frist bei Streitigen Verfahren ersichtlich.⁴⁰ In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes hingen die Fristen des Scheidungsverfahrens davon ab, ob die Scheidung von den Ehepartnern gemeinsam bzw. von einem Ehepartner alleine eingeleitet wurde. Das Scheidungsverfahren unterlag folglich unterschiedlichen Verfahrensregeln. Die endgültige verabschiedete Fassung des Gesetzes 55/2015 stellt es nur auf die Ergebnisse der eingeleiteten Trennverfahren ab.⁴¹ Daraus ist herzuleiten, dass, obwohl die Ehegatten ein Streitiges Trennverfahren eingereicht haben und dieses in ein einvernehmliches überführt wurde, sich die Ehegatten trotzdem auf die verkürzte Frist von 6 Monaten zur Scheidungserhebung berufen können.⁴² Des Weiteren ist der Beginn des Fristenlaufes mit dem Erscheinen der Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten anzusetzen, der sie zum Getrenntleben ermächtigt. In Folge der Fällung des Gestaltungsurteils, wenn die zwölfmonatige Frist seit dem persönlichen Erscheinen der Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten gelaufen ist, kann jeder der Ehegatten die Scheidung begehren.⁴³ Im Gegensatz dazu kann die einvernehmliche

³⁸ *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2 ff.

³⁹ Bzgl. einer im Römischen Privatrecht wurzelnden historischen Auseinandersetzung der Willenserklärung vgl. *Karagöz*, Dolus Malus un vizio della volonta in Diritto Romano, Annales de la Faculte de droit d Istanbul, 2011.

⁴⁰ *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2 ff.

⁴¹ Für eine rechtsvergleichende Einsicht vgl. *Kapançi*; Turkish Report on Contractualisation of Family Law, 19 th International Congress of Comparative Law, Vienna, 2014.

⁴² L. 55/2015.

⁴³ *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2 ff; *Al Mureden*, Breve durata del matrimonio ed esclusione dell assegno di mantenimento, in:

Trennung, die durch gemeinsamen Antrag von den Ehegatten mittels Rekurses beim Landesgericht eingereicht wird, bestätigt werden, wenn die Trennfolgen von den Ehegatten, welche persönlich vor dem Gerichtspräsidenten erscheinen müssen, bestätigt bzw. einer Änderung unterzogen und vom Gericht bestätigt werden.⁴⁴ Auch in letzterem Fall ist der sechsmonatige Beginn des Fristenlaufes auf den Tag anzusetzen, an welchem die Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten erschienen sind. Das Gesetz 55/2015 hat dazu beigetragen, die ursprünglich vorgesehenen Scheidungsfristen herabzusetzen um die italienische Gesetzgebung an die der europäischen Union anzugleichen.⁴⁵ Die endgültige Fassung des Gesetzes ist als Ergebnis einer Absprache der politischen Kräfte zu bewerten. Trotz der Gesetzesänderung konnte die Zweispurigkeit des Scheidungsverfahrens nicht durchbrochen werden, welches sich immer noch durch ein zweiphasiges Verfahren, nämlich das Trenn- und Scheidungsverfahren, auszeichnet. Nichts desto trotz wird von dem italienischen Gesetzgeber noch die erforderliche ununterbrochene persönliche Trennung verordnet und vorausgesetzt, um die Scheidung beantragen zu können.⁴⁶ Ein ursprünglich vorgesehener Gesetzesentwurf, der die Übergehung der Trennphase zum Gegenstand hatte und auf die Einführung einer direkten Scheidung abzielen vermochte, wurde durch das Gesetz 55/2015 ersetzt. Die hauptsächliche Einwendung, welche gegen das beabsichtigte Änderungsvorhaben zum Gesetz 898/1970 erhoben wurde, bestand darin, dass die Herabsetzung der Scheidungsfristen das Rechtsgebilde der Ehe und der Familie abgeschwächt hätte.⁴⁷ In Wirklichkeit trägt der Ablauf von längeren Fristen, im Hinblick auf die Aufhebung und Auflösung der zivilrechtlichen Wirkungen, zur Aufheizung von Konfliktsituationen statt dem Wiederaufleben der Fürsorgepflicht und der Solidarität zwischen den Ehegatten, bei.⁴⁸ Durch das Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 55/2015 wollte der Gesetzgeber dem Grundsatz der Wahrung der Familienkultur Rech-

Famiglia e diritto, 2016, 1, 29 ff.

⁴⁴ L. 55/2015; J. Michael Rainer, Europäisches Privatrecht, 311 ff;

⁴⁵ L. 55/2015.

⁴⁶ Di Pirro, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2ff.

⁴⁷ L. 55/2015, Art. 1; Vgl. J. Michael Rainer, Das Römische Recht in Europa, 2012, Manz.

⁴⁸ Di Pirro, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 2ff.

nung tragen, nach welchem die Familie auch dann aufrecht bleiben soll, wenn die eheliche Gesinnung zwischen den Ehegatten unheilbar zerrüttet ist.⁴⁹ Das Gesetz 55/2015 muss dennoch für das Institut der Familie als begünstigende Maßnahme erachtet werden, welche auch im Falle einer eintretenden unheilbaren Zerrüttung weiter fortbestehen muss, jedoch kommt durch die Beilegung der Konfliktsituation zwischen den Ehegatten auch das Leiden der Kinder zum Stillstand.⁵⁰

2.3. Die Scheidung ohne vorausgehende Trennung: ein gescheiterter Versuch?

Das Gesetz 55/2015 hat dazu geführt, den zwischen der Trennung und Scheidung bis vor Inkrafttreten der entsprechenden Reform geltenden Fristenlauf herabzusetzen. Allerdings ist es an der Abschaffung der Trennung als unabdingbare Scheidungsvoraussetzung, sei es als gerichtliche oder als einvernehmliche, gescheitert. Aus dem entsprechenden Gesetz wurde der Absatz, welcher die vom Parlament ausgearbeitete Regelung für eine etwaige direkte Scheidung zum Gegenstand hatte, gestrichen.⁵¹ Letzterer sah die Möglichkeit vor, die Auflösung oder Aufhebung der zivilrechtlichen Wirkungen auch dann beantragen zu können, wenn beide Ehegatten einen gemeinsamen Rekurs an das zuständige Landesgericht, auch ohne vorausgegangene gesetzliche Trennung, stellen. Allerdings mussten keine minderjährigen bzw. unzurechnungsfähigen volljährigen oder mit schweren Behinderungen belasteten Kinder, die noch nicht das 26. Lebensjahr erreicht haben und noch wirtschaftlich unabhängig sind, aus der Ehe hervorgetreten sein.⁵² Die direkte Scheidung ist von der in Rechtskraft erwachsenen Reform gestrichen worden. Sie wurde zu einem autonomen Gesetzesentwurf Nr. 1504 bis erhoben und unterliegt zur Zeit dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren.⁵³

⁴⁹ *Oberto*, Divorzio breve, 616 ff; *Al Mureden*, Breve durata del matrimonio ed esclusione dell assegno di mantenimento, 29 ff.

⁵⁰ L 55/2015, Art. 1; *Al Mureden*, Breve durata del matrimonio ed esclusione dell' assegno di mantenimento, 29 ff.

⁵¹ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 2 Commissione permanente (Giustizia) Seduta Nr. 221, 70 ff.

⁵² D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 2 Commissione, 72 ff.

⁵³ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 2 Commissione, 72 ff.

2.3.1. Gründe für die Einführung einer in Frage kommenden direkten Scheidung

Der entsprechende Gesetzesentwurf ist als Ergebnis der Streichung vom Abs. 2 des Artikels 1 vom Gesetzesentwurf 1504 (heute G. 6 Mai 2015, Nr. 55) zu verzeichnen. Die Justizkommission hatte sich positiv über den entsprechenden Gesetzesentwurf über die direkte Scheidung ausgesprochen.⁵⁴ Die Justizkommission merkt an, dass die unausweichliche, erforderliche parlamentarische Auseinandersetzung der direkten Scheidung aufgrund des aus der Tradition herrührenden Kontrastes zwischen den Befürwortern und den Gegnern eines solchen Gesetzesentwurfes gespalten ist.⁵⁵ Die Befürworter sehen in der Vereinfachung eines Scheidungsverfahrens einen Reiz dazu, bewusster eine Eheschließung zu vollziehen. Im Gegensatz dazu sind die gegnerischen Kräfte der direkten Scheidung, welche zwar die Eheschließung als Rechtsgeschäft⁵⁶ konzipieren, noch vom kirchenrechtlichen Grundsatz der Unauflösbarkeit der Ehe beeinflusst.⁵⁷ Die Einführung einer solchen Vereinfachung des Scheidungsverfahrens würde dazu führen, den Parteien mehr Freiraum und Bewusstsein im Hinblick auf den zu fassenden Ehemillen zu gebieten. Diesbezüglich merkt die Justizkommission an, dass der Annahme und Verabschiedung des ScheidungsG zufolge, welchem eine Volksabstimmung über das entsprechende Gesetz im Wege eines abschaffenden Referendums im Mai 1974 vorausgegangen war, sich das Volk eindeutig für die Scheidung entschied. Im Jahre 1975 in Folge des abschaffenden Referendums konnte eine Zunahme an Eheschließungen registriert werden.⁵⁸ Allerdings muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass diese Gesetzesvorlage zwar eine Beschleunigung des Scheidungsverfahrens zum Gegenstand hat, aller-

⁵⁴ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 2 Commissione, 72 ff.

⁵⁵ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 70 ff; *Al Mureden*, Breve durata del matrimonio ed esclusione dell' assegno di mantenimento, 29 ff.

⁵⁶ *Karagöz*, Hukuk Kurali (Regula iuris) Kavrami, Istanbul, 2010; Für eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit dem römischen Fruchtgenußrecht vgl. *Karagöz*, Intifa Hakkinin Roma Hukukundaki Gelismi ve Türk Hukukuna Etkisi, Istanbul, 2003.

⁵⁷ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 70 ff; Bezüglich des historischen Kontext vgl. *J. Michael Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 11. Auflage, 2014, Beck- Verlag.

⁵⁸ *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 538 ff.

dings würde es trotzdem verfahrensrechtlichen Überprüfungen unterliegen. Der Entwurf sieht nämlich vor, dass obwohl sich die Ehegatten der unheilbaren Zerrüttung derer Ehe bewusst sind, sie sich im Hinblick auf die Scheidungsfolgen einigen müssen. Diese Scheidungsvereinbarungen müssen in Form eines von beiden Ehegatten unterschriebenen Rekurses umgegossen und beim örtlich zuständigen Gericht eingereicht werden.⁵⁹ Das jeweilige örtliche zuständige Gericht muss einen Verhandlungstermin der Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten festlegen, an welchem sie persönlich erscheinen müssen.⁶⁰ Nach einem formal erforderlichen Versöhnungsversuch setzt sich das Gericht mit der Überprüfung der von den Ehegatten vorgebrachten Scheidungsvoraussetzungen auseinander und muss sie bestätigen.⁶¹ Dem Gerichtspräsidenten obliegt die wesentliche Aufgabe die Umstände zu hinterfragen, ob die Scheidungsbedingungen rechtmäßig sind und der Scheidungswille der Ehegatten frei abgegeben wurde. Die Scheidung muss durch Gerichtsurteil ergehen. Des Weiteren müssen aus der Ehe keine minderjährigen oder keine unzurechnungsfähigen bzw. mit schwereren Behinderungen betroffenen einschließlich Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht erreicht haben und wirtschaftlich unabhängig sind, zum Zeitpunkt der Scheidung hervorgetreten sein.⁶² Andere politische Kräfte sehen die direkte Scheidung mit Skepsis an und verweisen auf eine entscheidende Auseinandersetzung mit dem entsprechenden Gesetzesentwurf. Die Unsicherheit bezüglich der Einführung der direkten Scheidung beruhe auf dem Umstand, dass sie zu einer radikalen Umgestaltung des italienischen Scheidungsrechts führe.⁶³ Die direkte Scheidung würde dazu führen, die Trennung in ihrem Bestand abzuschaffen, mit der Folge, dass sie keine Bedenkzeit im Falle der Versöhnung der Ehegatten zur Fortführung der Ehe zuließe. Andere politische Kräfte unterstellen der direkten Scheidung, dass sie zu missbräuchlichen Ma-

⁵⁹ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 70 ff; *Oberto*, *Divorzio breve*, 618 ff.

⁶⁰ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 70 ff; *Danovi*, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in *Codice della famiglia* a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, 2534 ff; *Danovi*, *I processi di separazione e di divorzio tra autonomia normativa e necessità di integrazione*, nota a Trib. Vercelli 15 gennaio 2002, in *Dir. Fam. e pers.*, 2002, 457 ff.

⁶¹ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 70 ff.

⁶² D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 70 ff.

⁶³ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 70 ff.

chenschaften führe, die Eheschließung einzugehen, um nur die aus ihr herrührenden wirtschaftlichen und begünstigenden Vorteile daraus zu ziehen.⁶⁴ Art. 3 Nr. 2 Buchstabe b) des Gesetzes 898/1970 geändert durch das Gesetz 162/2014 sieht vor, dass der Fristenlauf von 12 bzw. 6 Monaten erst ab dem Tag zu laufen beginnt, an welchem die Beurkundung der Scheidungsbedingungen infolge der Vereinbarung durch Rechtsbeistand, bei welcher zumindest ein Anwalt pro Partei mitwirken soll, erzielt wurde.⁶⁵ Der Fristenlauf wird ab dem Tag, an welchem die Ehegatten die Scheidungsvereinbarung vor dem Standesbeamten erzielt haben, in Gang gesetzt.⁶⁶ Aus den parlamentarischen Gesetzesvorlagen kann entnommen werden, dass die Herabsetzung der erforderlichen Frist zur Auflösung der zivilrechtlichen Wirkungen dazu führe, die Ehegatten zur Kompromissbereitschaft im Hinblick auf den Abschluss von Scheidungsvereinbarungen anzuregen. Den Ehegatten wird trotz allem eine angemessene Bedenkzeit zur Annahme, der vom Richter überprüften und ausgebesserten Scheidungsbedingungen, falls etwaige Rechtswidrigkeiten festgestellt wurden, eingeräumt. Die vom Richter für rechtswidrig erachteten Scheidungsbedingungen werden seiner Kontrolle unterzogen und ausgebessert. Sie müssen den Interessen der Ehegatten und der Herbeiführung eines ausgewogenen Verhältnisses zu deren Kindern Rechnung tragen.⁶⁷ Dies würde der Erzielung von drei wesentlichen Umständen, nämlich der Beilegung der Streitigkeiten zwischen den Ehegatten, der gerichtlichen Entlastung von Trenn- und Scheidungsverfahren und letzten Endes der Herabsetzung der Gerichtskosten dienen.⁶⁸ Diese Reform trägt den Ansprüchen der heutigen Gesellschaft Rechnung und dies konkretisiert sich in dem Umstand, dass das Gesetz 55/2015 vom Parlament zügig binnen eines einjährigen *spatium temporis* verabschiedet wurde. Allerdings wird in der Rechtsprechung die wichtige Frage aufgeworfen, ob es angesichts der Herabsetzung der Trennfristen, welche als Bedenkzeit dienen, noch sinnvoll ist, eine verkürzte Trennzeit beizubehalten oder ob es

⁶⁴ D.d.l. 1504-BIS- XVII Leg., 70 ff.

⁶⁵ *Di Pirro*, Il Divorzio breve. Separazione e divorzio senza tribunali, 12ff.

⁶⁶ L. 10.11.2014, 162, G.U. 10.11.2014.

⁶⁷ *Danovi*, Al Via “ il divorzio breve”: Tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione, in: *Famiglia e Diritto*, 6, 2015, 607ff.

⁶⁸ *Danovi*, Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio, in *Codice della famiglia* a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, 2534ff.

stattdessen sinnvoller wäre, sowohl die vom Gesetzgeber eingeführten Änderungen als auch die Bedürfnisse der Gesellschaft wahrzunehmen und die italienische Gesetzgebung an die der europäischen Staaten anzugleichen. In den europäischen Rechtsordnungen stellt die direkte Scheidung eine direkte unmittelbare Lösungsmöglichkeit dar, bei welchen die Trennung als Vorstufe zur Scheidung entbehrlich ist.⁶⁹ Der herrschenden Lehrmeinung entsprechend konnte schon in der italienischen Rechtsordnung mit der Einführung der europäischen Richtlinie Nr. 1259/2010 eine wesentliche Änderung festgestellt werden. Nach dieser wird den Ehegatten die Möglichkeit eingeräumt, wenn sie bspw. italienische Staatsbürger sind allerdings ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat haben, im Hinblick auf deren persönliche Scheidung bzw. Trennung die Berufung eines ausländischen Gesetzes zu begehren, welches auf sie zurückzuführen ist.⁷⁰ Voraussetzung dafür ist allerdings, dass sie vor der Anrufung des Gerichtes eine schriftliche Vereinbarung darüber abgeschlossen haben (Art. 5 Abs. 2 RL).⁷¹ Durch die Einführung dieser Richtlinie wird ersichtlich, dass der parlamentarische Gesetzesentwurf einer direkten Scheidung in Italien mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in Rechtskraft erwachsen könnte.⁷² Die herrschende Lehrmeinung wirft weiters andere Fragestellungen auf, nämlich muss das italienische Parlament mit der Einführung der direkten Scheidung behutsam vorgehen, da die Abschaffung solcher Trennfristen dem Nachteil der in der Ehe wirtschaftlich unterlegenen und aus psychologischer Sicht schwächeren Partei, aufgrund erlittener Misshandlungen während der Ehe, gereichen.⁷³ Wie es in Italien allgemein bekannt ist, kennt der italienische Gesetzgeber keine Verschuldensscheidungen. Somit behauptet die Lehrmeinung, dass wenn die Trennung nicht abgeschafft wäre, würde dem Institut des

⁶⁹ Danovi, *Al Via "il divorzio breve": Tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, in: *Famiglia e diritto*, 607 ff.

⁷⁰ Danovi, *Al Via "il divorzio breve": Tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 607 ff.

⁷¹ Tommaso, *La crisi della famiglia nel diritto internazionale privato e processuale*, in: *Famiglia e Diritto*, 2013, 85 ff.

⁷² Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in *Codice della famiglia a cura di Sesta*, III ed., Milano, 2015, 2534ff.

⁷³ Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534 ff.

Verschuldens keine Bedeutung mehr, mit allen daraus herrührenden Folgen, beigemessen werden.⁷⁴

2.4. Die neuen Scheidungsfristen und die damit verbundenen Problemstellungen

Wie schon an anderer Stelle erörtert hat Art. 1 des Gesetzes 55/2015 dazu beigesteuert, die Trennfristen von 12 auf 6 Monate herabzusetzen, je nachdem ob sich die Ehegatten für eine streitige bzw. einvernehmliche Scheidung entscheiden. Somit wird vollkommen die ursprüngliche Gesetzesvorlage der Abgeordnetenkommission überwunden, nach welcher die Scheidungsfrist von der Art des eingeleiteten Scheidungsverfahrens abhing, ungeachtet davon, ob das Streitige Verfahren in ein einvernehmliches übergeleitet wurde. Im Sinne des entsprechenden Gesetzes beginnen die Fristen erst dann zu laufen, wenn sie vor dem Gerichtspräsidenten erscheinen.⁷⁵ Dies sorgt für Probleme im Hinblick darauf, wie diese neue Regelung mit den außergerichtlichen Instituten des Rechtsbeistandes bzw. mit der Vereinbarung vor dem Bürgermeister zu vereinbaren sind.⁷⁶ Eines der wichtigsten Auslegungsprobleme in der Lehrmeinung ist es, wie zu verfahren ist, wenn ausgehend von der ersten Verhandlung des gerichtlichen Trennverfahrens, bei welcher die Ehegatten erscheinen müssen, nach Verstreichen eines gewissen Zeitraumes sie das eingeleitete gerichtliche Trennverfahren in ein einvernehmliches überführen möchten. An dieser Stelle erweist sich für die Ehegatten die Berufung auf den sechsmonatigen Fristenlauf vom ersten Termin zum Erscheinen gemäß Art. 711 ZPO vor dem Gerichtspräsidenten nicht mehr sinnvoll zu sein und somit würde der Fristenlauf von zwölf Monaten vom Tag der ersten Erscheinung auf sie besser zutreffen.⁷⁷ Eine logische Auslegung besagt, dass die einvernehmliche Scheidung dann von den Rechtsgenossen bevorzugt wird,

⁷⁴ Danovi, Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio, 2534 ff.

⁷⁵ Danovi, I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti, in Fam. E dir., 2014, 1141 ff; Polisenò, La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio, in Foro it., 2015, V, 1 ff.

⁷⁶ Danovi, Al via il divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione, in Fam. E dir., 2015, 607 ff.; Cass 8 gennaio 2014, Nr. 139, in Dir. E giust., 9 gennaio 2014.

⁷⁷ Tizi, La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici, in Nuove Leggi Civ. Comm., 2015, 6, 1079ff.

wenn der sechsmonatige Fristenlauf auf die Verhandlung zum Erscheinen gemäß 708 ZPO angesetzt wäre, anstelle den erneuten Fristenlauf auf die nächste Verhandlung gemäß Art. 711 ZPO zu verschieben.⁷⁸ Im Hinblick auf das Zusammentreffen und die Koordination zwischen der Scheidung gemäß Art. 1 G. Nr. 55/2015 und den außergerichtlichen Verfahren muss die logische Auslegung zu Rate gezogen werden. Das Gesetz über die verkürzte Scheidung hat es unterlassen sich, bezüglich der Institute des Rechtsbeistandes und der vor dem Standesbeamten abgeschlossenen Vereinbarungen, zum einen über die ununterbrochene Trennfrist um eine etwaige Scheidungsklage zu erheben, zum anderen die explizite Individualisierung des “dies a quo”, nämlich den genauen Tag des Fristbeginnes, auszusprechen.⁷⁹ Im Sinne der Lehrmeinung hat der Gesetzgeber, der den Fristbeginn ab dem Tag der Verhandlung zum Erscheinen der Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten verordnet, nicht sorgfältig den Umstand bedacht, dass sich die Ehegatten auch der außergerichtlichen Institute des Rechtsbeistandes und der Scheidung vor dem Standesbeamten bedienen können, ohne die Notwendigkeit vor dem gesetzlichen Richter zu erscheinen.⁸⁰ Angesichts des Schweigens der Rechtsnorm über die entsprechende Situation und aufgrund der vollkommenen Gleichstellung, gemäß Art. 6 und 12 des Gesetzes Nr. 162/14, zwischen der abgeschlossenen Vereinbarung durch Rechtsbeistand und den gerichtlichen Verfügungen,⁸¹ verrät uns die logische Auslegung, dass nur die sechsmonatige Frist auf beide außergerichtliche Rechtsinstitute Anwendung finden kann, da es sich

⁷⁸ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 6, 1079ff.

⁷⁹ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1079ff; Bove, *Sul c.d. arbitrato forense*, in *Fam. E dir.*, 2015, V, 17ff; Navarrini, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo arbitrato deflattivo*, in *www.Judicium.it*, 2014 3ff; Valerini, *Il trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinnanzi all'autorità giudiziaria*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato. Commento al D.l. Nr. 132/2014, conv. In L. Nr. 162/2014*, a cura di Luiso, Torino, 2014, 1ff.

⁸⁰ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1079ff; Bove, *Sul c.d. arbitrato forense*, 17ff.

⁸¹ Danovi, *Al via il divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 609ff.

hierbei nur um einvernehmliche Trennungen handelt.⁸²In Anbetracht der Vereinbarung durch Rechtsbeistand muss der Fristbeginn auf den Tag angesetzt werden, an welchem die Rechtsanwälte die abgeschlossene Vereinbarung beurkundet haben, vorausgesetzt die Ehegatten haben die hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Im Falle der Vereinbarung durch Rechtsbeistand trifft der Tag des Fristbeginnes auf jenen, an welchem die Anwälte die Beurkundung der Vereinbarung vornehmen, vorausgesetzt, dass der Vereinbarung die Unbedenklichkeitserklärung des Staatsanwaltes folgt, zu. Im Falle der Scheidung vor dem Bürgermeister beginnt die Frist, ab dem Tag der Unterschreibung der Scheidungsvereinbarung durch die Ehegatten vor ihm zu laufen, vorausgeschickt, dass sie im Verlauf der nächsten dreißig Tagen genehmigt wird.⁸³ Wie schon an anderer Stelle erörtert sind sowohl die abgeschlossene Scheidungsvereinbarung durch zumindest den Rechtsbeistand eines Anwaltes als auch die durch die Ehegatten erzielte Scheidungsvereinbarung ohne Vorliegen von Kindern und durch den fakultativen Rechtsbeistand eines Anwaltes vor dem Standesbeamten, der einvernehmlichen Scheidung vollkommen gleichgestellt.⁸⁴ Der Zeitpunkt der Abfassung der Scheidungsvereinbarung der Ehegatten, welche zum einen von den Rechtsanwälten beurkundet zum anderen vor dem Bürgermeister von den Ehegatten unterschrieben wird, stellt die erste Maßnahme dar, durch welche die Ehegatten ihren Scheidungswillen preisgeben und wird der Verhandlung zum Erscheinen vor dem Gerichtspräsidenten gleichgehalten. Dabei werden von der Lehrmeinung neue Problemstellungen erhoben. Da die erforderlichen Fristen, im Hinblick auf die Auswahl der Art des Verfahrens zur Anstrengung der Scheidungsklage variieren, werden auch die unterschiedlichen ihnen zugeordneten Überprüfungsmaßnahmen über deren rechtmäßigen Verlauf von besonderer Relevanz sein. Wenn die einvernehmliche bzw. streitige Scheidungsklage bei Gericht erhoben wird, dann wird der gesetzliche Richter mit der Scheidung betraut, anderenfalls wenn sich die Ehegatten für die außergerichtlichen Verfahren entscheiden,

⁸² Danovi, Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio, in Codice della famiglia, a cura di Sesta, Milano, 2015, 2534 ff.

⁸³ Dosi, I tempi ora indicati non variano in caso di figli minori, in Guida al diritto, 23 maggio 2015, Nr. 23, 15-18.

⁸⁴ Dosi, I tempi ora indicati non variano in caso di figli minori, in Guida al diritto, 23 maggio 2015, Nr. 23, 15-18.

werden die Überprüfungsmaßnahme sowohl den Anwälten als auch dem Standesbeamten anheimgestellt.⁸⁵ Im Falle der Verhandlung durch Rechtsbeistand obliegt die Überprüfung des sechsmonatigen Fristenlaufes den Rechtsanwälten, welche dafür Gewähr leisten, dass die unter ihrem Beistand abgeschlossene Scheidungsvereinbarung die wesentlichen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, die vom Staatsanwalt zu fassende Unbedenklichkeitserklärung zu ergattern. Die erste Überprüfung wird im Sinne des Art. 2 G. Nr. 162/14 vom Anwalt des antragsstellenden Ehegatten vorgenommen, die darauf folgende Überprüfung wird von dem Anwalt der antragsnehmenden Partei, vorgenommen.⁸⁶ Kommen die Ehegatten überein die Scheidung vor dem Standesbeamten vorzunehmen, wird Letzterer mit der Wahrung und Überprüfung der von den Ehegatten vollzogenen, ununterbrochenen Trennfrist betraut.⁸⁷ Wie die Lehrmeinung zu Recht anmerkt, handelt es sich bei der Einführung solcher außergerichtlichen Institute, nämlich der Scheidungsverhandlung durch Rechtsbeistand und der Scheidung vor dem Standesbeamten, um einen der umfassendsten familienrechtlichen Reformen, die der Gesetzgeber je in Angriff genommen hat.⁸⁸ Das Gericht nahm im Hinblick auf das Scheidungsrecht fast eine monopolähnliche Stellung ein. Durch die Einführung solcher außergerichtlichen Institute wurde die Zuständigkeit des Gerichtes wesentlich entkräftet und den zwischen den Ehegatten abgeschlossenen Vereinbarungen deutlich mehr Erheblichkeit zugesonnen.⁸⁹ Die herrschende Lehrmeinung merkt an, dass die Rechtsprechung, bezüglich der Statusänderung durch die Scheidung, schon das Recht zur Trennung und Scheidung der Ehegatten statuiert hatte. Dieses von der Rechtspre-

⁸⁵ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1079ff; Bove, *Sul c.d. arbitrato forense*, 17ff; Navarrini, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo arbitrato deflattivo*, in www.Judicium.it, 2014 3ff; Valerini, *Il trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinnanzi all autorità giudiziaria*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato. Commento al. D.l. Nr. 132/2014, conv. In L. Nr. 162/2014*, a cura di Luiso, 1ff.

⁸⁶ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff.

⁸⁷ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff.

⁸⁸ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione*, 1043 ff.

⁸⁹ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione*: 1043 ff.

chung statuierte Recht ist persönlich und vollkommen objektiver Scheidungsgründe entledigt.⁹⁰ Es ist offensichtlich, dass dadurch die Privatautonomie der Ehegatten deutlich ausgeweitet wurde. Vor kurzem hat die herrschende Lehrmeinung behauptet, dass wenn keine minderjährigen oder schutzbedürftigen Kinder vorliegen, die Ehe als “private Angelegenheit” der Ehegatten bewertet werden muss.⁹¹ Wenn man sich diese Überlegung zu eigen macht, wird wohl nicht zu übersehen sein, dass das Recht zur Trennung ein verfügbares Recht der Ehegatten geworden ist, wo die Kontrolle des Staatsanwaltes über die abgeschlossene Vereinbarung bezüglich der Trennungsfolgen durch den Rechtsbeistand nur formaler Natur ist.⁹² Dies gilt allerdings nicht für die Scheidung, da der italienischen Rechtsordnung eine direkte Scheidung noch nicht geläufig ist. In Anbetracht der parlamentarischen Gesetzesmaterialien über eine direkte Scheidung scheint der italienische Gesetzgeber den Weg der Verfügungsberechtigung der Scheidung, im Hinblick auf die eingeführten Rechtsinstitute, zu ebnen.⁹³ Bezüglich der abgeschlossenen Vereinbarungen, welche die Regelung über die Trennungs- und Scheidungsfolgen zum Gegenstand haben, hat der Gesetzgeber immer der Verfügungsberechtigung der Ehegatten über ihre subjektive Stellung Schranken gesetzt. Solche Schranken, bezüglich der Verfügungsberechtigung über deren subjektive Stellung, sind als materiellrechtliche Einschränkungen aufzufassen. Im Gegensatz dazu werden den Ehegatten verfahrensrechtlich mehr Verfügungsbechtigungen zugestanden.⁹⁴ Die Rechtsprechung misst den zwischen den Ehegatten abgeschlossenen Vereinbarungen Rechtswirksamkeit zu, allerdings dürfen keine minderjährigen Kinder bzw. wirtschaftlich unselbstständigen Kinder aus der Ehe hervorgekommen sein. Die ent-

⁹⁰ Cass. 21 gennaio 2014, Nr. 1164, in *Foro it.*, 2014, I, 463 ff.

⁹¹ Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, cit., 2015, 525.

⁹² Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione*, 1043 ff; Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534 ff.

⁹³ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1043 ff; Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534 ff.

⁹⁴ Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534 ff; Danovi, *Al via il divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 609ff.

sprechenden Vereinbarungen werden trotzdem der gerichtlichen Kontrolle unterzogen.⁹⁵ Im streitigen Verfahren kommt dem Klageverzicht, der die Rechte der Ehegatten wie Trennungsunterhalt, Schuldspruch zum Gegenstand hat, Rechtswirksamkeit zu. Das Gericht setzt sich mit dem Klagebegehren der antragsstellenden Partei auseinander, allerdings darf es nicht mehr über den erhobenen Klageverzicht seitens der Partei erkennen.⁹⁶ Dies entspricht dem Grundsatz “ne eat iudex ultra petita partium”, nämlich der Richter darf nicht mehr zusprechen als von den Parteien beantragt wird.⁹⁷ In der heutigen italienischen Rechtsordnung kommt der Gerichtsbarkeit keine ausschließliche Zuständigkeit mehr über die Aufhebung der zivilrechtlichen Wirkungen zu, allerdings ist eine Filterfunktion des Staatsanwaltes neu eingeführt worden. Die Lehrmeinung hinterfragt die ständige der öffentlichen Gewalt beiwohnende Zuständigkeit bei der Auflösung der zivilrechtlichen Wirkungen der Ehe.⁹⁸ Die Anwesenheit der Figur des Staatsanwaltes im Bereich des Familienrechts bezeugt, dass es wohl nicht der gerichtlichen Kontrolle entbunden ist und wird unter anderem bei der Verfügungsbeschränkung über die den Parteien zukommenden Rechte ersichtlich. Allerdings muss an dieser Stelle differenziert werden. Angesichts der Umstände, dass die Ehegatten nur über ihre Rechte verhandeln, reicht die Anwesenheit des Staatsanwaltes nicht aus, um den tradierten Eigenschaften verfügbarer und unverfügbarer Rechte zu genügen.⁹⁹ Eine formale Kontrolle und eine darauf folgende Bestätigung des Staatsanwaltes, welche den Charakter einer Beurkundung aufweist,

⁹⁵ Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534 ff; Danovi, *Al via il divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 609ff; Cass. 19 marzo 2014, Nr. 6289; Al Mureden, *Il diritto a formare una seconda famiglia tra doveri di solidarietà postconiugale e principio di autoresponsabilità*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 1043ff.

⁹⁶ Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534 ff.

⁹⁷ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione*, 1043 ff.

⁹⁸ Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 295 ff; Buffone, *La riforma del processo civile 2014. Tutte le novità*, in: *Il civilista*, Milano 2014; Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. Giur.*, 2015, 515 ff.

⁹⁹ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1043 ff.

können nicht als Schranke der Privatautonomie der Ehegatten aufgefasst werden.¹⁰⁰ Es obliegt den Rechtsanwälten die Aufgabe zu überprüfen, ob die Vereinbarung nicht zwingenden Vorschriften widerspricht und somit deren Züge der Unabdingbarkeit von den erkennenden Anwälten überprüft und vervollständigt werden.¹⁰¹ Im Falle, dass die zu scheidenden Ehegatten noch minderjährige bzw. schutzbedürftige Kinder haben, hat hierbei der Gesetzgeber andere Schutzmaßnahmen vorgesehen. Der Staatsanwalt ist hierbei ermächtigt die Vereinbarung meritorisch zu überprüfen und dies bezeugt den Mangel des Verfügungsrechtes, welches den Ehegatten innewohnt. Die Scheidung vor dem Bürgermeister obliegt bei Vorliegen von Kindern derselben Regelung.¹⁰² Während die einvernehmliche Scheidung keine Probleme im Hinblick auf die Koordination der Verfahren zu bereiten vermag, kann hingegen eine chronologische Überlappung zwischen Trennung und Scheidung solche Probleme verursachen. Diese Problemstellung kann erst dann auftreten, wenn die Trennungsklage bei Gericht erhoben wurde und ein Zwischenurteil über den aktuellen Stand der Ehegatten ergangen ist.¹⁰³

2.5. Die Beiordnung zwischen verkürzter Scheidung und anhängiger Trennungsverfahren

Die Herabsetzung der Scheidungsfristen hat sich keineswegs auf die notwendige Voraussetzung, bei der Anstrengung der Trennungs- bzw. Scheidungsklage, der Bedürftigkeit einer endgültigen Maßnahme über den Trennungsstand der Ehegatten, ausgewirkt. Die Wartezeit bis zum Erwachsen in Rechtskraft des Trennungsurteils führt, aufgrund der

¹⁰⁰ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1043 ff.

¹⁰¹ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1046 ff.

¹⁰² Sesta, *Negoziante assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 295 ff; Buffone, *La riforma del processo civile 2014. Tutte le novità*, in: *Il civilista*, Milano 2014; Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. Giur.*, 2015, 515ff

¹⁰³ Luiso, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, Milano, 2013, 337ff; Caporusso, sub art. 6 L. Nr. 162/2014, in *AA.VV., La nuova riforma del processo civile*, a cura di Santangeli, Roma, 2015, 99ff.

neuen Gesetzgebung, zu einer beschleunigenden Wirkung. Diese beschleunigte Wirkung findet allerdings im Verlauf des Trennungsverfahrens bei der Fällung eines Zwischenurteils über die Stellung der Ehegatten keine Anwendung und kann unter Umständen sogar Probleme im Hinblick auf die Koordination und Überlappung der Verfahren auslösen. Um die Problemstellung deutlicher zu veranschaulichen, hat die Rechtsprechung dafür Sorge geleistet, dass sich das Hinausziehen des Trennungsurteils ein Hindernis für die Erhebung der Scheidungsklage darstellen würde.¹⁰⁴ Gemäß dem Gesetzesdekret Nr. 35/05 wurde diesem Anliegen Rechnung getragen und aufgrund des entsprechenden Dekrets wurde der Artikel 709 bis ZPO eingeführt. Diese Norm besagt, dass wenn das Trennungsverfahren wegen der Schuldzuweisung bzw. der Obsorge der Kinder und aufgrund der wirtschaftlichen Folgen sich länger hinzieht, den Ehegatten die Möglichkeit eingeräumt wird ein Zwischenurteil bezüglich der Trennung zu erwirken.¹⁰⁵ Verzögert sich das Trennungsverfahren, aufgrund der noch zu entscheidenden mit dem Trennungsverfahren zusammenhängenden erhobenen Anträge, wie bspw. die Schuldzuweisung, die Obsorge der Kinder und die wirtschaftlichen Trennungsfolgen, berechtigt das schon in Rechtskraft erwachsene Zwischenurteil die Ehegatten dazu, im Verzug des Verfahrens die entsprechende Scheidungsklage zu erheben.¹⁰⁶ Bezüglich dieser Gesetzesänderung sah der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Abgeordnetenkommission vor, dass, um eine mögliche Koordination zwischen Trennung und Scheidung zu erzielen, sich die Trennungs- und Scheidungsverfahren überschneiden konnten und um diesem Umstand vorzubeugen, verordnete er die funktionale Zuständigkeit des

¹⁰⁴ Trib. Vercelli 27 maggio 1992, in *Dir. E Famiglia e pers.*, 1993, 624 ff; Cass. 29 novembre 1999, Nr. 13312, in *Fam. e dir.*, 2000, 234 ff, con nota di Delconte; Cass. Sez. un., 3 dicembre 2001, Nr. 15248 e Cass. Sez. un., 4 dicembre 2001, Nr. 15279, in *Foro it.*, 2002, I, c. 384ff, con nota di Cipriani, *Sulle domande di separazione, addebito e divorzio*; Cass. 18. Luglio 2005, Nr. 15157, in *Mass. Giust. Civ.*, 2005, 6ff.

¹⁰⁵ Luiso, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, Milano, 2013, 337ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff.

¹⁰⁶ Luiso, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, Milano, 2013, 337ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff.

erkennenden Richters bezüglich der persönlichen Trennung auch auf das eventuelle Scheidungsverfahren der Ehegatten zu erstrecken. Allerdings hat dieser Gesetzesentwurf keinen Eingang ins italienische Gesetz gefunden. Wäre dieser Gesetzesentwurf verabschiedet worden, hätte er trotzdem nicht im Sinne der h.L. das Problem bezüglich der Koordination zwischen Trennungs- und Scheidungsverfahren behoben.¹⁰⁷ Dies auch aus dem Grunde, weil es in manchen Fällen, in denen die Ehegatten ermächtigt sind die Scheidungsklage anzustrengen, das Trennungsverfahren allerdings noch beim Oberlandesgerichtshof wegen einer möglichen Anfechtung seitens eines Ehegatten anhängig ist, unbedenklich wäre, demselben für das Trennungsverfahren zuständige Richter auch mit dem Scheidungsverfahren zu betrauen.¹⁰⁸ Da es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung im Hinblick auf die Koordinierung und das Zusammenwirken sowohl des Trennungs- als auch des Scheidungsverfahrens mangelt, erscheint es naheliegend sich mit den von der Lehrmeinung und Rechtsprechung erarbeiteten Lösungsansätzen bezüglich der Überlappungen zwischen Trennungs- und Scheidungsverfahren auseinanderzusetzen.¹⁰⁹ Der Kassationsgerichtshof hat, wenn auch nur im Hinblick auf die gleichzeitige Rechtsanhängigkeit zwischen Auflösung der zivilrechtlichen Ehwirkungen und der Aufhebung der einvernehmlichen Trennung, welche von beiden Ehegatten bestätigt wird, die Möglichkeit in Erwägung gezogen die beiden Verfahren durch die Aussetzung des Scheidungsverfahrens gemäß Art. 295 ZPO zu koordinieren.¹¹⁰ Im Falle der gleichzeitigen Rechtsanhängigkeit zwischen Scheidungsverfahren und dem Verfahren, welches die Anfechtung der bestätigten Vereinbarung der Ehegatten zum Gegenstand hat, erscheint die Aussetzung des Scheidungsverfahrens wegen einer präjudiziellen Vorfrage sogar gerechtfertigt und geboten zu sein.

¹⁰⁷ Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, I processi speciali, Milano, 2013, 337ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff; Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1043 ff.

¹⁰⁸ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 1045 ff.

¹⁰⁹ Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra coniugi*, in *Fam. E Dir.*, 2015, 615ff; Dosi, *La comunione legale viene sciolta alla prima udienza*, in *Guida al dir.*, 23 maggio 2015, 19ff.

¹¹⁰ Cass. 22 febbraio 1979, Nr.1120, in *Mass. Giust. Civ.*, 1979, 498 ff.

So mangelt es in den anderen Fällen an einer Rechtfertigung des Scheidungsverfahrens auszusetzen, wenn nach Erlassen eines gerichtlichen Teilurteils über den getrennten Stand der Ehegatten, das Trennungsverfahren über die damit zusammenhängenden Fragen fortgesetzt werden muss.¹¹¹ Die Lehrmeinung unterstellt diesem höchstrichterlichen Lösungsansatz, dass dadurch zum einen die beschleunigende Wirkung des ergangenen richterlichen Zwischenurteils zum Erliegen kommen würde, zum anderen wie es schon von der höchstrichterlichen Rechtsprechung mehrmals beteuert, könnte ein präjudizieller Zusammenhang zwischen Trennungs- und Scheidungsverfahren nicht mehr festgestellt werden.¹¹² Des Weiteren stellt die Überlappung beider anhängigen Verfahren aufgrund deren Beiordnung ein nicht zu unterschätzendes Problem dar. Die Lehrmeinung ist darüber gespalten und sieht unterschiedliche Lösungsansätze vor, die voneinander divergieren. Nach der einen Lehrmeinung müsse der Umstand unterschieden werden, indem die zusammenhängenden klärungsbedürftigen erhobenen Hilfsanträge der Ehegatten in beiden Verfahren “symmetrisch und identisch”¹¹³ erhoben werden können. Nach einer gegensätzlichen Lehrmeinung, könnten beide Nebenanträge nicht in beiden Verfahren erhoben werden, weil sie sich ihrer Struktur entsprechend unterscheiden würden. Des Weiteren sieht eine andere Ausströmung vor, dass beide Lösungsansätze abzuweisen seien, da das zum Verhandlungsergebnis erlassene Scheidungsurteil die noch rechtsanhängige Trennungsklage für sich vereinnahmt. Das ist dann der Fall, wenn der Inhalt der Klage den erkennenden Richter dazu verpflichtet, eine gleichwertige Beurteilung sowohl beim Trennungs- als auch beim Scheidungsverfahren vorzunehmen.¹¹⁴ Das ist der Fall der Zuweisung der

¹¹¹ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff; Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1043 ff; Cass. 16 dicembre 1985, Nr. 6372, in *Dir. E fam.*, 1986, 475 ff.

¹¹² Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff.

¹¹³ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff; Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1043 ff.

¹¹⁴ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1080 ff; Trib. Messina 18 gennaio 2013, in *Dir. Fam. E pers.*, 2013,

Ehewohnung bzw. der Überlassung der Kinder zur Betreuung oder des Kinderunterhalts.¹¹⁵ Aus dem Grunde, dass über die Nebenanträge auch im Scheidungsverfahren geurteilt werden muss, welches dem Trennungsverfahren nachfolgt und eine beständigere Regelung der getrennten Ehegatten zum Gegenstand hat, hat die Lehrmeinung für naheliegend befunden, die noch anhängigen Trennungsanträge im Scheidungsurteil zu vereinnahmen.¹¹⁶ Die Absorbierung der noch nicht in der Sache entschiedenen zusammenhängenden Nebenanträge im Trennungsverfahren kann im Hinblick auf das zu ergehende Scheidungsurteil für eine Lehrmeinung sich auch dann bewahrheiten, wenn die beiden Verfahren zugrundeliegenden Anträge sich deren Struktur nach unterscheiden.¹¹⁷ Das ist der Fall, wenn bei der Einreichung der Scheidungsklage Nebenanträge wie die Schuldzuweisung bzw. Unterhaltsansprüche, zusammenhängend erhoben werden. Wenn man sich diesbezüglich einer kollidierenden Lehrmeinung anschließt, wird man wohl hervorheben müssen, wie sehr sich die Klage über den Scheidungsunterhalt im Hinblick auf die Voraussetzungen, Zielsetzungen und Wirkungen von der Klage über die Forderung eines Trennungsunterhalts unterscheidet. Durch die Trennung werden die persönlichen Rechte und Pflichten, welche aus der Ehe herrühren, abgeschwächt. Nach ständiger Rechtsprechung erlöschen die Treue und Beistandspflicht nicht, sie werden lediglich abgeschwächt. Die Ehegatten dürfen während der Trennung kein Verhalten an den Tag legen, welches sich auf die Ehre und das Ansehen des anderen Ehegatten verletzend aus-

I, 995; Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1045 ff.

¹¹⁵ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1045 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613ff; Cass. 16 febbraio 2012, Nr. 2275.

¹¹⁶ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

¹¹⁷ Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff; “Die von einem Ehegatten gegenüber dem anderen erhobenen wirtschaftlichen Ansprüche verfolgen unterschiedliche Zielsetzungen. Danovi hebt hervor, dass sich die Ansprüche sogar aufgrund des ihnen zgedachten *nomen iuris* unterscheiden, weil im Trennungsverfahren von einem Trennungsunterhalt die Rede ist während im Scheidungsverfahren von Scheidungsunterhalt gesprochen.

wirkt. Bezüglich des Trennungsunterhaltes bleibt die materielle Beistands und Beitragspflicht der Ehegatten bestehen.¹¹⁸ Gemäß Art. 156 ZGB hat der Ehegatte, dem die Trennung nicht angelastet wird, Anspruch auf die volle Unterhaltsleistung. Voraussetzung dafür ist, dass er über kein ausreichendes persönliches Einkommen während aufrechter Ehe verfügte.¹¹⁹ Die entsprechende Ehedauer spielt im Hinblick auf die Zusprechung eines Trennungsunterhaltes keine Rolle. Für die Zusprechung des Trennungsunterhaltes muss zum einen dem beantragenden Ehegatten die Trennung nicht angelastet werden, zum anderen muss Bedürftigkeit vorliegen.¹²⁰ Es ist schon dann von Bedürftigkeit zu sprechen, wenn der Ehegatte die während aufrechter Ehe genossene oder im Hinblick auf die Vermögenssituation der Ehepartner mögliche Lebensführung aus seinen persönlichen Gütern oder durch die eigene Berufstätigkeit nicht mehr bestreiten kann.¹²¹ Im Sinne von Art. 5 Abs. 6 ScheidungsG kann ein Scheidungsunterhalt nur dann zugesprochen werden, wenn der beantragende Ehegatte über keine oder ausreichende Mittel verfügt oder aus objektiven Umständen auch nicht in der Lage ist, ausreichende Mittel zu erzielen. Nach ständiger Rechtsprechung liegt dieser Umstand dann vor, wenn der Ehegatte nicht in der Lage ist seinen während aufrechter Ehe genossenen Lebensstandard weiterzuführen.¹²² Diese gerichtlich vorzunehmende Be-

¹¹⁸ Carleo in Bessone Trattato, Il diritto di famiglia IV/1, 174ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff; *Brescia*, Separazione personale die coniugi, 358 ff.

¹¹⁹ Carleo in Bessone Trattato, Il diritto di famiglia IV/1, 174ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff; *Brescia*, Separazione personale die coniugi, 358 ff.

¹²⁰ Carleo in Bessone Trattato, Il diritto di famiglia IV/1, 174ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff; *Brescia*, Separazione personale die coniugi, 358 ff; Cass. 21.11.2008, Nr 27775; Cass. 12.9.2008, Nr 23549; Cass 7.7.2008, Nr 18613. Vgl Zanetti Vitali in Schlesinger, Art. 150-158 (2006) 425 ff.

¹²¹ Carleo in Bessone Trattato, Il diritto di famiglia IV/1, 174ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff; *Brescia*, Separazione personale die coniugi, 358 ff; Cass. 21.11.2008, Nr 27775; Cass. 12.9.2008, Nr 23549; Cass 7.7.2008, Nr 18613. Vgl Zanetti Vitali in Schlesinger, Art. 150-158 (2006) 425 ff.

¹²² Carleo in Bessone Trattato, Il diritto di famiglia IV/1, 174ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff; *Brescia*, Separazione personale die coniugi, 358 ff; Cass. 21.11.2008, Nr 27775; Cass. 12.9.2008, Nr 23549; Cass 7.7.2008, Nr 18613. Vgl Zanetti Vitali in Schlesinger, Art. 150-158 (2006) 425 ff

urteilung hat die Einkünfte und alle sonstigen, auch nicht baren Vermögenswerte der antragsstellenden Partei in Erwägung zu ziehen.¹²³ Daraus wird der Unterschied ersichtlich. Der Trennungsunterhalt rührt aus der materiellen und moralischen Solidaritätspflicht zwischen den Ehegatten, nach welcher der eheliche Band zwischen den Ehegatten nicht aufgehoben sondern nur abgeschwächt wird. Bezüglich der Zusprechung eines Trennungsunterhaltes besagt der wörtliche Sinngehalt der Norm, dass der empfangsbedürftige Ehegatte über keine ausreichenden Mittel verfügen muss. Die Zuerkennung eines Scheidungsunterhaltes unterliegt strengeren Voraussetzungen. Der Ehegatte muss zwar über keine ausreichenden Mittel verfügen, jedoch muss er nicht in der Lage sein aus objektiven Gründen sich solche Mittel zu verschaffen. Dies beruht auf dem Umstand, dass nach Auflösung bzw. Aufhebung der zivilrechtlichen Wirkungen die Ehegatten nach mehr Unabhängigkeit plädieren müssen.¹²⁴ Der Kassationsgerichtshof lässt die Fortführung des Scheidungsverfahrens, unabhängig davon ob die Scheidungsklage erhoben wurde, zu. Die Zusprechung eines Scheidungsunterhaltes scheint jegliche erhobenen Unterhaltsansprüche im Trennungsverfahren auszuschließen.¹²⁵ Daraus folgt, dass sobald ein Scheidungsurteil ergeht und über den Scheidungsunterhalt befunden wird, kommt ein geltend zumachender Trennungsunterhaltsanspruch zum Erliegen, da die Ehe bereits aufgehoben wurde.¹²⁶ Schließlich erscheint auch die Feststellungsklage bezüglich der Anlastung der Trennung, welche in der Vergangenheit eine erhebliche Rolle bezüglich der Bestimmung der Höhe des Scheidungsunterhaltes gespielt hatte, heute, aufgrund der dem Scheidungsunterhalt innewohnenden Fürsorgepflicht, im Hinblick auf die Bestimmung des zu entrichtenden Scheidungsunterhaltes, kaum mehr darauf Einfluss zu nehmen.¹²⁷ Die Anlas-

¹²³ *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff.

¹²⁴ Cass. 16 febbraio 2012, Nr 2275; Tizi, La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici, 1082 ff.

¹²⁵ Cass. 16 febbraio 2012, Nr 2275; Tizi, La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici, 1082 ff.

¹²⁶ Cass. 16 febbraio 2012, Nr 2275; Tizi, La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici, 1082 ff.

¹²⁷ Bezüglich der Fürsorge- und Vorsorgeleistung des Scheidungsunterhaltes Vgl. Cass. 12 febbraio 2013, Nr 3389, in Foro it., 2013, I, 1464. Nach konsolidierter Fassung des Kassationsgerichtshofes ist die ursprüngliche "gemischte" dem

tung der Trennung bringt eine Reihe wirtschaftlich benachteiligender Wirkungen vor. Aus diesem Grunde wird die Klage zur Feststellung der Schuld erhoben.¹²⁸ Der Schuldausspruch führt einerseits zum Verlust der erbrechtlichen Ansprüche andererseits zum Verlust des Trennungsunterhaltes. Diese nachteiligen Wirkungen können auch mittels Scheidungsurteils herbeigeführt werden.¹²⁹ Das Feststellungsurteil über den Geschiedenenstand der Ehegatten bewirkt einerseits die endgültige Aufhebung der Erbansprüche andererseits wird das Unterhaltsrecht des bedürftigen Ehegatten im voraussichtlich auszusprechenden Scheidungsunterhalt vereinnahmt.¹³⁰ Die fast konsolidierte Fassung der Für- und Vorsorgefunktion des Scheidungsunterhaltes bringt mit sich, dass die Bemessung der Höhe des entsprechenden Scheidungsunterhaltes von dem ausgesprochenen Schuldausspruch im Trennungsverfahren entbunden ist.¹³¹ Die herrschende Lehrmeinung ist jenem Lösungsansatz treu, nach welchem der Scheidungsrichter dem noch rechtanhängigen auszusprechenden Schuldspruch im Trennungsverfahren entbunden ist, allerdings trägt die Befindung im Scheidungsverfahren über den Scheidungsunterhalt mit sich, das Interesse des Antragstellers zur Erwirkung eines Schuldspruches im Trennungsverfahren zum Erliegen

Scheidungsunterhalt innewohnende Aufgabe, welche sich aus einer für- und vorsorglichen, einer schadensersatzrechtlichen und schließlich einer ausgleichenden Funktion auszeichnete durch eine reine für- und vorsorgliche Maßnahme ersetzt worden; ; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

¹²⁸ *Eccher/Schurr/Christiandel*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 528 ff; Kindler, Einführung in das italienische Recht, 174ff.

¹²⁹ Cass. 12 febbraio 2013, Nr 3389, in *Foro it.*, 2013, I, 1464; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1083 ff.

¹³⁰ Sesta, *Manuale di Diritto di famiglia*, 163ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff; Bonilini in Schlesinger, *Trattato di diritto di famiglia*, 598 ff; Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in *Codice della famiglia a cura di Sesta*, III, Milano, 2015, 2534ff.

¹³¹ Sesta, *Manuale di Diritto di famiglia*, 163ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff; Bonilini in Schlesinger, *Trattato di diritto di famiglia*, 598 ff; Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in *Codice della famiglia a cura di Sesta*, III, Milano, 2015, 2534ff.

zu bringen.¹³² Obwohl der Gesetzgeber das Problem der Beiordnung und Koordination der Verfahren nicht durch gesetzgeberischen Akt gelöst hat und somit eine Gesetzeslücke vorliegt, hat er allerdings bezüglich der Auflösung der Gütergemeinschaft Stellung genommen. Auf diese Weise hat er dazu beigetragen, den genauen Zeitpunkt der Auflösung der Gütergemeinschaft festzustellen, welcher allerdings in der vorherigen Gesetzgebung sowohl in der Lehrmeinung, als auch in der Rechtsprechung uneinheitlich mehreren Lösungsansätzen zugeführt wurde.¹³³

2.6. Die Auflösung der Gütergemeinschaft

Die neue vom Gesetzgeber eingeführte Gesetzesänderung betrifft den Zeitpunkt zur Auflösung der Gütergemeinschaft, welcher heute nach Ergehen von präsidentiellen Verfügungen bzw. nach der Unterschreibung der einvernehmlichen Scheidungsvereinbarung gemäß Art. 191 Abs. 2 ZGB stattfindet.¹³⁴ Wie es schon allgemein bekannt ist, stellt die persönliche Trennung der Ehegatten der häufigste Auflösungsgrund der Gütergemeinschaft dar.¹³⁵ Aufgrund der langen Verfahrensdauer erscheint das Interesse der Ehegatten offenkundig zu sein, die Gütergemeinschaft schnellstens aufzulösen, um Einkünfte vornehmen zu können ohne dem anderen Ehegatten Rechenschaft schuldig zu sein, da sie der Solidaritätspflicht entbunden sind.¹³⁶ Nach der höchst-

¹³² Sesta, *Manuale di Diritto di famiglia*, 163ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff; Bonilini in Schlesinger, *Trattato di diritto di famiglia*, 598 ff; Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534ff; Oberto: *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra coniugi*, in *Fam. E dir.*, 2015, 615ff.

¹³³ Oberto: *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra coniugi*, in *Fam. E dir.*, 2015, 615ff; Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 390 ff; Oberto, *La comunione legale tra i coniugi*, in *Tratt. Cicu- Messineo*, II, Milano, 2010, 1768; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1084 ff.

¹³⁴ Ferrando, *Il Divorzio breve: Un importante novità legislativa nel solco della tradizione*, in: *Corriere Giur.*, 2015, 8-9, 1041 ff. (commento alla normativa).

¹³⁵ Ferrando, *Il divorzio breve: Un importante novità legislativa nel solco della tradizione*, in: *Corriere Giur.*, 1041 ff.

¹³⁶ Ferrando, *Il divorzio breve: Un importante novità legislativa nel solco della tradizione*, in: *Corriere Giur.*, 1041 ff.

trichterlichen Rechtsprechung setzt die Auflösung der Gütergemeinschaft das in Rechtskraft erwachsene Trennungsurteil oder die Genehmigung der einvernehmlichen Trennung voraus, da die präsidentiellen Verfügungen, aufgrund derer vorläufigen Natur, nicht dafür geeignet erschienen zwischen den von den Ehegatten und Dritten eingegangenen Rechtsverhältnissen Sicherheit zu vermitteln.¹³⁷ Diese Lösung war nicht mehr mit den Anliegen der getrennten Ehegatten zu vereinbaren. Das Gesetz 55/2015 hat den Art. 191 ZGB geändert und sieht vor, dass die Auflösung der Gütergemeinschaft zum Zeitpunkt der Verhandlung zum Erscheinen vor dem Gerichtspräsidenten stattfindet. Bezüglich der Einwendbarkeit gegenüber Dritten sieht Art. 69, d) Standesamt vor, dass das Trennungsurteil bzw. die Bestätigung der einvernehmlichen Trennung in das Standesamtsregister eingetragen werden. Art. 191 ZGB ordnet an, dass die Verfügung, durch welche die Ehegatten zum Getrenntleben ermächtigt werden, dem Standesbeamten zwecks Anmerkung der Gütergemeinschaftauflösung mitgeteilt wird um somit dem Öffentlichkeitsgebot bezüglich der Einwendbarkeit gegenüber Dritten Rechnung zu tragen.¹³⁸ Bezüglich der Beiordnung und Koordination der Verfahren über die verkürzte Scheidung und die außergerichtlichen Institute zur Aufhebung der zivilrechtlichen Wirkungen, wird von der Lehrmeinung hervorgehoben, dass der Gesetzgeber die Auflösung der Gütergemeinschaft in jenen Umständen nicht bedacht hat, in denen die Scheidungsvereinbarung mittels Rechtsbeistand der Anwälte oder die Vereinbarung vor dem Bürgermeister erfolgt und es zu keinem Termin zum Erscheinen vor dem Gerichtspräsidenten kommt.¹³⁹ Wie schon an anderer Stelle erörtert, sieht Art. 6 Abs. 2 G. Nr 162/14 eine vollkommene Gleichstellung zwischen der durch

¹³⁷ Ferrando, *Il divorzio breve: Un importante novita legislativa nel solco della tradizione*, in: *Corriere Giur.*, 1041 ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, 530 ff; Kindler, *Einführung in das italienische Recht*, 174ff.

¹³⁸ Ferrando, *Il divorzio breve: Un importante novita legislativa nel solco della tradizione*, in: *Corriere Giur.*, 1041 ff; *Eccher/Schurr/Christiandel*, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, 530 ff; Kindler, *Einführung in das italienische Recht*, 174ff.

¹³⁹ Sesta, *Manuale di Diritto di famiglia*, 163ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff; Bonilini in Schlesinger, *Trattato di diritto di famiglia*, 598 ff; Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in *Codice della famiglia a cura di Sesta*, III, Milano, 2015, 2534ff.

den Rechtsbeistand der Rechtsanwälte erzielte Scheidungsvereinbarung und den gerichtlichen Verfügungen vor. Demnach müssten die Rechtswirkungen am selben Tag des Abschlusses der Scheidungsvereinbarung durch Rechtsbeistand hervortreten.¹⁴⁰ Sowohl bei Mangel von Kindern als auch bei Vorliegen von ihnen muss der Staatsanwalt im ersten Fall die Scheidungsvereinbarung bestätigen im zweiten Fall sie genehmigen. Daraus folgt, dass die Auflösung der Gütergemeinschaft zum Zeitpunkt der Unterschreibung der Scheidungsvereinbarung durch die Ehegatten durch Rechtsbeistand der Anwälte stattfindet, vorausgesetzt die Scheidungsvereinbarung vom Staatsanwalt bestätigt bzw. genehmigt wird.¹⁴¹

2.7. Schlussfolgerungen

Art. 3 der der Untersuchung unterliegenden Regelung sieht nicht nur eine zeitliche Vorverlegung der ursprünglich vorgesehenen Fristen zur Erhebung der Scheidungsklage für die rechtsanhängigen Trennungsverfahren zum Zeitpunkt des Erwachens in Rechtskraft des entsprechenden Gesetzes vor, sondern beinhaltet sogar eine Herabsetzung der Fristen bezüglich der Auflösung der Gütergemeinschaft.¹⁴² Letzterer Punkt bereitet die meisten Auslegungsschwierigkeiten in der Lehrmeinung. Ein Teil der Lehrmeinung vertritt die Ansicht, dass zum einen aufgrund des in Art. 11 über die Gesetze im Allgemeinen statuierten Grundsatzes über das Rückwirkungsverbot und zum anderen aufgrund des Fehlens ausdrücklicher Übergangsbestimmungen bezüglich der Auflösung der Gütergemeinschaft, könne Art. 191 ZGB im Hin-

¹⁴⁰ Sesta, *Manuale di Diritto di famiglia*, 163ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff; Bonilini in Schlesinger, *Trattato di diritto di famiglia*, 598 ff; Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534 ff; Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 159 ff.

¹⁴¹ Sesta, *Manuale di Diritto di famiglia*, 163ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff; Bonilini in Schlesinger, *Trattato di diritto di famiglia*, 598 ff; Danovi, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, 2534 ff; Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 625 ff.

¹⁴² Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 625 ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

blick auf die anhängigen Verfahren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der entsprechenden Norm nicht zur Anwendung kommen.¹⁴³ Dies bringt mit sich, dass die gesetzesändernden Vorschriften über die Auflösung der Gütergemeinschaft nur auf die Ermächtigungen zum Getrenntleben oder auf die unterschriebenen einvernehmlichen Scheidungsvereinbarungen der Ehegatten vor dem Gerichtspräsidenten nach in Kraft treten des entsprechenden Gesetzes Anwendung finden können.¹⁴⁴ Der herrschenden Lehrmeinung entsprechend erscheint obige Auslegung nicht statthaft zu sein und wird wohl als einschränkende Auslegung erachtet.¹⁴⁵ Nach herrschender Lehrmeinung darf die neue Regelung über die Auflösung der Gütergemeinschaft gemäß Art. 191 ZGB schon bereits auf rechtsanhängige Trennungsverfahren Anwendung finden. Allerdings gilt, bezüglich solcher Verfahren, die Gütergemeinschaft nur dann als aufgelöst, wenn das Gesetz über die verkürzte Scheidung in Rechtskraft erwachsen ist. Eine divergierende Auslegung würde zu unheilbaren Problemen im Hinblick auf die Anwendbarkeit gegenüber Dritten der zwischen den Ehegatten in der Zwischenzeit eingegangenen Rechtsgeschäfte, führen.¹⁴⁶ Die neuen Scheidungsfristen gemäß Art. 1 des Gesetzes über die verkürzte Scheidung werden sowohl auf alle neu eingeleiteten Verfahren, unabhängig vom Stadium des Trennungsverfahrens, als auch auf jene Trennungsverfahren, die während der vorherigen Gesetzgebung eingeleitet wurden, bei welchen noch eine dreijährige Trennungsfrist galt, zutreffen.¹⁴⁷

¹⁴³ Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 625 ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

¹⁴⁴ Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 625 ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

¹⁴⁵ Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 625 ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

¹⁴⁶ Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 625 ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

¹⁴⁷ Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 625 ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

Die neue Regelung findet auch auf jene Trennungsverfahren Anwendung, sei es einvernehmlich oder streitig, die noch zum Zeitpunkt des in Krafttretens des Gesetzes 55/2015 noch anhängig sind.¹⁴⁸ Die am meisten hervorstechende Neuerung ist die in den Hintergrund tretende Erforderlichkeit der gesetzmäßigen Gerichtsbarkeit für die Veränderung des persönlichen Standes. Das durch den Art. 6 des Gesetzes 162/2014 eingeführte Institut der Scheidungsvereinbarung durch Rechtsbeistand höhlt das herkömmliche System, nach welchem für jede Standesänderung der Eingriff des Gerichts erforderlich war, aus.¹⁴⁹ Die Idee, nach welcher sowohl im Trennungs- als auch im Scheidungsverfahren der unverzichtbare “konstitutive” Eingriff seitens der herkömmlichen, zur Verwaltung der Zivilgerichtsbarkeit, zuständigen Organe vonnöten ist, wird gesetzlich vorgesehen. Diese Idee wurde schon von der Lehrmeinung einer nachgiebigen Diskussion ausgesetzt, welche der einvernehmlichen Scheidungsvereinbarung großes Gewicht beigemessen hatte, allerdings wurde ihr von einer anderen Lehrmeinung die unersetzbare Rolle der Verhandlung zum Erscheinen, an welcher die Bestätigung zu erfolgen hatte, entgegengesetzt.¹⁵⁰ Aufgrund der vom Staatsanwalt wahrgenommenen Filterfunktion, muss er als Gerichtsbehörde erachtet werden, welche für die Überprüfung der Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen zuständig ist. Allerdings ist diesbezüglich hervorzuheben, dass die durch das Gesetz 162/2014 eingeführten Änderungen dazu beigetragen haben das Trennungs- und Scheidungsverfahren zu vereinfachen und es auch im Hinblick auf die Rolle des Staatsanwaltes ersichtlich wird, dass dadurch die Entlastung der Gerichte angestrebt wird. Dies wird gemäß Art. 12 G. Nr. 162/2014, nach welchem die Ehegatten die Trennungs- bzw. Scheidungsverein-

¹⁴⁸ Oberto, *Divorzio breve, separazione legale e comunione legale tra i coniugi*, 625 ff; Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici*, 1082 ff.

¹⁴⁹ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1045 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613ff; Cass. 16 febbraio 2012, Nr. 2275.

¹⁵⁰ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11.1045 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff; Cass. 16 febbraio 2012, Nr. 2275 ff.

barung vor dem Bürgermeister erreichen können, ersichtlich.¹⁵¹ Durch das Gesetz 162/2014 wird die ausschließliche gerichtliche Zuständigkeit bezüglich der Auflösung der zivilrechtlichen Wirkungen seitens des Gerichts beseitigt.¹⁵² Es bleibt eine eventuelle Residualkompetenz des Gerichtspräsidenten unter besonderen Umständen erhalten. Dabei muss an dieser Stelle vermerkt werden, dass es sich um eine bemerkenswerte Änderung handelt, welche den erforderlichen gerichtlichen rechtsbegründenden Schutz bezüglich der Standesänderung ausschwenkt.¹⁵³ Zum ersten Mal wird gesetzlich vorgesehen, dass es möglich ist, von der Auslösung bzw. Aufhebung der zivilrechtlichen Wirkungen der Ehe durch die Anrufung des Gerichts abzusehen.¹⁵⁴ Positiv hervorzuheben ist die Tatsache, dass das Gesetz Nr. 162/2014 dazu geführt hat, die notwendigen Fristen zur Abwicklung des Scheidungsverfahrens herabzusetzen. Sobald die Scheidungsvereinbarung erzielt wird, muss sie bei der Staatsanwaltschaft beim Landesgericht eingereicht werden, welche daraufhin vom zuständigen Staatsanwalt einer Überprüfung unterzogen werden muss. Das Landesgericht Mailand hat präzisiert, dass die Unbedenklichkeitserklärung bzw. die Genehmigung seitens des Staatsanwaltes binnen dreißig Tagen seit der Einlegung der Scheidungsvereinbarung erteilt wird. Das ist als wesentlicher Fortschritt zu verzeichnen, wenn man es mit den üblichen erforderlichen Fristen zur Festsetzung eines präsidentiellen Verhandlungstermins bei den einvernehmlichen Trennungsverfahren und für die darauf folgend zu erteilende Genehmigung vergleicht, welche bei manchen Gerich-

¹⁵¹ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1045 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁵² Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1045 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁵³ Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in: *Famiglia e diritto*, 2015, 295ff; Buffone, *La riforma del processo civile*, 2014; Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. Giur.*, 2015, 515 ff.

¹⁵⁴ Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in: *Famiglia e diritto*, 2015, 295ff; Buffone, *La riforma del processo civile*, 2014; Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. Giur.*, 2015, 515 ff.

ten eine Wartezeit von einigen Monaten beträgt.¹⁵⁵ Die in den Vordergrund stechende Eigenschaft der neuen Institute im Hinblick auf die Aufhebung der zivilrechtlichen Wirkungen liegt darin, dass dadurch die Streitigkeiten der zu scheidenden Ehegatten herabgesetzt und die Scheidungen “familiär” verwaltet werden.¹⁵⁶ Dadurch wird vermieden, dass die mit den einvernehmlichen bzw. streitigen Verfahren verbundenen Unebenheiten zwischen den Ehegatten, immer den Eingriff des Richters erforderlich machen.¹⁵⁷ Die herrschende Lehrmeinung vermerkt, dass die Ehegatten sich intensiv mit der Scheidungsvereinbarung auseinandersetzen müssen und auf die Ansprüche des entsprechenden Ehegatten aufeinander gehen müssen um die gerichtliche Mitwirkung auszuschließen.¹⁵⁸ Dieser gute Wille würde sich zu ihren Gunsten auswirken.¹⁵⁹ Die neu vom G. Nr. 162/2014 vorgesehenen Scheidungsformen tragen wesentlich dazu bei, die neue Natur der Scheidung und die aus ihr herrührenden subjektiven Rechtspositionen der Ehegatten zu beeinflussen. Die neue Gesetzgebung hat die Privatautonomie der Ehegatten wesentlich bestärkt, sodass die herrschende Lehrmeinung sogar, wenn keine minderjährigen bzw. wirtschaftlich unabhängigen Kinder vorliegen, die Ehe als persönliche Angelegenheit der Ehegatten erachtet.¹⁶⁰ Das Trennungsrecht kann sogar als verfügbares Recht der Ehegatten, angesichts des Verhandlungsverfahrens

¹⁵⁵ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1045 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁵⁶ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1048 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁵⁷ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1048 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁵⁸ Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1048 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁵⁹ Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff; Cass. 19 marzo 2014, Nr. 6289; Al Mureden, *Il diritto a formare una seconda famiglia tra doveri di solidarietà postconiugale e principio di autoresponsabilità*, 1043ff.

¹⁶⁰ Sesta, *Negoziata assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, 296 ff.

mit Rechtsbeistand, erachtet werden. Dasselbe Verfügungsrecht besteht allerdings nicht im Hinblick auf die Scheidung, da die italienische Rechtsordnung zur Zeit keine direkte Scheidung kennt und sieht für die Erhebung der entsprechenden Scheidungsklage die Erfüllung der vorgesehenen Voraussetzungen des Sondergesetzes vor.¹⁶¹ Bezüglich der Scheidung ist hervorzuheben, dass den neuen Reformen keine marginale Bedeutung zukommt, da ihretwegen das Verfügungsrecht der Ehegatten im Hinblick auf die Arten des Scheidungsverfahrens wesentlich ausgeweitet wurde.¹⁶² Darüber hinaus ist es an dieser Stelle geboten, sich der neuen dem Gericht geschienen Rolle anzunehmen.¹⁶³ Durch das Gesetz Nr. 162/20014 wurde das Gerichtswesen entlastet und das Familienrecht wird im Sinne der Lehrmeinung als "öffentliche Befugnis" angesehen. Durch die Scheidungsvereinbarung durch Rechtsbeistand bzw. durch die abgeschlossene Scheidungsvereinbarung vor dem Bürgermeister wird ersichtlich, wie sehr der "gesetzmäßige" Charakter der Scheidung abhandenkommt und wie er durch den Charakter einer sozialen Dimension ersetzt wird.¹⁶⁴ Schließlich stellt sich die herrschende Lehrmeinung die Frage, welche Rolle die Gerichtsbarkeit bezüglich des Familienrechts in der Zukunft einnehmen wird. Im Sinne der herrschenden Lehrmeinung ist diesbezüglich anzumerken, dass die im Familienrecht herbeigeführten Änderungen sich auf empfindliche Aspekte des Lebens auswirken und aus diesem Grunde zeugt die der Rechtsprechung innewohnende Rolle von erheblicher Relevanz, die Gesetzgebung an die Bedürfnisse der Gesellschaft anzu-

¹⁶¹ Sesta, *Negoziatazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, 296 ff.

¹⁶² Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, 525ff; Sesta, *Negoziatazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, 296 ff; Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1048 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁶³ Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, 525ff; Sesta, *Negoziatazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, 296 ff; Danovi, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1048 ff; Danovi, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁶⁴ Ferrando, *Il divorzio breve: Un importante novita legislativa nel solco della tradizione*, 271ff.

passen.¹⁶⁵ Gleichzeitig pflegt die herrschende Lehrmeinung zu behaupten, dass von der herkömmlichen Rolle der Gerichtsbarkeit, im Sinne der ihr zukommenden Monopolstellung auf jedem konkreten Sachverhalt, abzusehen ist, welche sich neulich durch die Züge der Symmetrie und Gleichstellung der Parteien auszeichnet.¹⁶⁶ Der unverzichtbare Schutz der Gerichtsbarkeit muss nur in jenen Fällen zum Tragen kommen, in denen schutzbedürftige Parteien wie minderjährige bzw. wirtschaftlich unselbstständige Kinder vorliegen. Nach *Danovi* handelt es sich bei diesen Reformen um eine Umstellung der tradierten Sichtweise der Gerichtsbarkeit. Man müsse der Rechtswissenschaft die Möglichkeit gebieten, sich an die veränderten Lebensumstände unter Vorbehalt einer strengen gesetzlichen Bewertung, anzupassen.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Ferrando, *Il divorzio breve: Un importante novita legislativa nel solco della tradizione*, 271ff; *Danovi*, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1048 ff; *Danovi*, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁶⁶ Ferrando, *Il divorzio breve: Un importante novita legislativa nel solco della tradizione*, 271ff; *Danovi*, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1048 ff; *Danovi*, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

¹⁶⁷ *Danovi*, *Crisi della Famiglia e Giurisdizione: Un progresso distaccato*, 1048 ff; *Danovi*, *Al via al divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, 613 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

- Bove*, Sul c.d. arbitrato forense, in questa Rivista, 2015, p. 205 ff.
- Balena*, Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti, in *Foro it.*, 2015.
- Coppola*, Separazione consensuale all'estero, e mutamento del titolo in Italia, in *FPS*, 2006.
- Corder*, Accordi tra i coniugi precedenti, coevi e successivi alla separazione consensuale, in *AA.VV.*, *Diritti e tutele nella crisi familiare*, Padova, 2007.
- Danovi*, Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, Milano, 2015, p. 2534.
- Danovi*, Al via il divorzio breve: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione, in *FD*, 2015.
- D'Antonio*, Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione, in *RDC*, 1959, II.
- Dell'Utri*, Autonomia familiare e tutela dei terzi, in *Famiglia*, 2006.
- Di Gregorio*, Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre, Milano, 2003.
- Donato*, Accordi patrimoniali «atipici», contenuti nel ricorso per separazione consensuale, in *FPS*, 2011;
- Doria*, Autonomia privata e “causa” familiare, Milano, 1996.
- Danovi*, Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 949 ss., spec. p. 950.
- Lombardi*, Divorzio breve, legge 6 maggio 2015 (G.U. 11 maggio 2015, n. 107), *Sant'Arcangelo di Romagna*, 2015, p. 14 s.
- Legge 6 Maggio 2015, n 55*” Disposizione in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi”.
- Patti/ Cubeddu*, Introduzione al diritto della famiglia in Europa, Milano, 2008.
- Tizi*, La nuova normativa sul divorzio breve: Analisi della disciplina e aspetti problematici, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015.
- Karagöz*, Traditio (Teslim)'nun Tariksel Gelisimi ve Constitutum Possessorium (Zilyetlik Anlasmasi), Istanbul, 2001.
- Karagöz*, Infita Hakkanin Roma Hukukundaki Gelisimi ve Türk Hukunana Etkisi, Istanbul, 2003.
- Karagöz*, Hukuk Kurali (Regula iuris) Kavrami, Istanbul, 2010.
- Karagöz*, Roma Hukukunda Adalet (iustitia) ve Hakkaniyetin (aequitas) Anlami ve Gerce klesme Bicimi, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 7: saya: 1,5. 35 – 55, 2010.
- Karagöz*, Roma Hukukunda Mandatum Post Mortem (Ölümden Sonra Baslayan Vekalet), *Uluocak'a Armagan*, Istanbul, 1998.

- Kaçanci*, Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey? (Aile Hukunun Sözleşmesel Temellere Duyandırılması: Türkiye de Mümkün Olabilir mi) Turkish Reports to the XIX th International Congress of Comparative Law, Ed. Rona Serozan, Basak Basoglu.
- Kaçanci*, Satis Hukukunda Ayrıptan Dogan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Tahütleri, Oniki Levka Yayenlari, Istanbul, Eylül, 2012.
- Kaçanci*, Birlikte Borclulukta Borclular Arasi Iliskiler, Vedat Kitapcilik, Istanbul, Ocak 2014.
- Oberto*, Divorzio breve, Separazione legale e comunione tra coniugi, in: Famiglia e diritto, 2015, 6, 615 ff.
- Rescigno P.*, Persona e comunità, I-II-III, Padova, 1987 (rist.)-1988-1999.
- Rescigno P.*, Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto di famiglia, Torino, 2000.
- Riccio*, La famiglia di fatto, Padova, 2007.
- Roppo*, Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici, Bologna, 1981.
- J. Michael Rainer*, Introduction to Comparative Law, Manz, 2012.
- J. Michael Rainer*, Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung, 2. Auflage, Peter Lang, 2007.
- J. Michael Rainer*, Corso di sistemi giuridici comparati, Giappichelli, 2004.
- J. Michael Rainer*, Das Römische Recht in Europa, Manz, 2012.
- J. Michael Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 11. Auflage, 2014.
- Uccella*, La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna, in Giur. it., 1997.
- Navarrini*, Riflessioni a prima lettura sul nuovo " arbitrato deflattivo " (art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132), in www.judicium.it, 2014, p. 3.
- Valerini*, Il trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinnanzi all'autorità giudiziaria, in Processo civile efficiente e riduzione arretrato. Commento al d.l. n. 132/2014, conv. in l. n. 162/2014, a cura di Luiso, Torino, 2014, p. 1 ss., spec. p. 2.

Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılaması Üzerindeki Etkisinin Hukuki Niteliği Üzerine

The Legal Basis Of The Authority Of The Criminal
Res Judicata in Civil



Ar. Gör. Ozan TOK*

ÖZET

Hukuk mahkemesi hâkimi, ceza mahkemesi tarafından yapılan her tespitle bağılı değildir. Zira ceza hukuku ve özel hukuk birbirinden farklı hukuk dallarıdır. O hâlde hukuku hâkimi ceza mahkemesi tarafından yapılan “altlama” faaliyetiyle bağılı olamaz. Hukuk hâkimi ceza mahkemesi tarafından yaptığı vakıa tespitleriyle ise bağılı olarak kabul edilecektir. Kesin hükmün olumlu ve olumsuz etkilerinden söz edebilmek için iki yargılamadaki tarafların ve dava konusunun aynı olması gerekir. Hâlbuki ceza yargılamasında ve hukuk yargılamasında taraflar ve dava konusu aynı olmadığından ceza mahkemesi kararının bağlayıcı etkisinin temelinde kesin hüküm etkisi yer almaz. Ceza mahkemesinin yapmış olduğu tespitlerin, hukuk hâkim tarafından reddi kamu düzenini ihlâl edeceğinden, bağlayıcı etkinin teorik temeli kamu düzenine dayanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Altlama, sorumluluk hukuku, vakıa, kesin hükm, kamu düzeni*

ABSTRACT

The civil judge is not bound by any findings made by the criminal court. So the criminal law and civil law are quite different fields. While the civil court can not be bound by the subsuming made by the criminal judge by against it must respect the findings of fact made by

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

the criminal court. For the existence of positive and negative effect of res judicata, it is necessary that the parties and claims are the same. While the parties and requests can not be accepted the same, one can not speak of the positive or negative effect of res judicata. The denial of civil judge of findings of fact by the criminal judge is likely to provoke a breach of public order. Then the public order is the basis of the effect of the criminal decision

Keywords: *Subsuming, responsibility law, fact, res judicata, public order*

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun 74. Maddesine göre: “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı ve ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hususlarıyla ilgili olarak karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz”

İlgili madde birçok tartışılması gereken haklı soruları gündeme getirmektedir. Öncelikle bir yargılama hukuku dalında verilen kararın, başka bir yargılama hukukuna ilişkin daldaki yargılamayı etkilememesi yargılama hukukunda kabul edilen bir prensiptir. Aksi takdirde yargılama hukukunun çeşitli branşlarının mevcudiyeti de anlamsız hâle gelecektir. O hâlde tartışılması gereken ilk sorun TBK m. 74(İBK m. 53) hükmünün bu kurala bir istisna teşkil edip etmediğidir. Zira maddenin lafzında esasen hukuk hâkiminin, ceza mahkemesinin hangi vakıalara ilişkin tespitleriyle bağlı olmadığı ifade edilmiş; ancak hukuk hâkiminin bağlı olduğu vakıa tespitlerine doğrudan doğruya yer verilmemiştir.

Şayet hukuk hâkiminin, ceza mahkemesinin bazı vakıa tespitleriyle bağlı olduğu kanaatine varılırsa bu takdirde iki önemli sorun daha ortaya çıkmaktadır. İlk olarak hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin hangi vakıa tespitleriyle bağlı olacaktır? Başka bir ifadeyle bu “bağlayıcı etkinin” kapsamı nedir? Bu sorunla bağlantılı olan ve çalışmamızın da konusu oluşturan diğer sorun ise bu etkinin hukuki niteliğidir. Gerçekten de medeni usul hukukunda bir mahkeme kararında tespit edilen vakıaların diğer mahkemeyi bağladığı hâlleri düzenleyen müesseseler bulunmaktadır. Bunlar ise olumlu ve olumsuz etkisiyle kesin hüküm ve fer'i müdahalenin etkisi müesseseleridir. Şayet bir mahkeme kararı,

başka bir mahkeme için bazı vakıaların tespiti anlamında bağlacıysa ya ilk mahkeme kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir ya da fer'i müdahil etkisi söz konusudur. Aksi takdirde bir “bağlayıcılıktan” söz etmenin imkânı da bulunmamaktadır. İşte TBK m. 73(İBK m 53)'de düzenlenen ceza mahkemesinin kararlarının, hukuk mahkemesi üzerindeki etkisi de öncelikle bu müesseseler üzerinden incelenmelidir. Ceza mahkemesi kararlarının etkisi kesin hüküm etkine mi yoksa fer'i müdahil etkisine mi dayanmaktadır? Bu sorulara verilecek cevap olumsuzsa bu etkinin hukuki niteliği nasıl değerlendirilecektir?

Çalışmamızda da öncelikle bu etkinin kapsamı ve şartları bakımından doktrinde ve uygulamada kabul edilen esaslar üzerinde kısaca durulacak; ve bağlayıcı etkiye sahip kesin hüküm ve fer'i müdahil etkisi incelenerek, ceza mahkemesi kararlarının etkisinin hukuki niteliği bakımından çıkarımlarda bulunulmaya çalışılacaktır.

1. CEZA MAHKEMESİ KARARININ BAĞLAYICI ETKİSİNİN KAPSAMI

A. TBK m. 74 Hükümünün Yorumlanması

Kanuna göre hukuk hâkimi ceza mahkemesinin kusura, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına ilişkin tespitleri ve ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararıyla ve ceza mahkemesinin zarara ilişkin tespitleriyle bağlı değildir(TBK m. 74)¹.

Görüldüğü üzere Kanun, hukuk hâkiminin ceza yargılaması sırasında gerçekleştirilen tespitlerin hangileriyle bağlı olduğunu belirtmiş ancak sayılı hususların dışında kalan tespitler bakımından herhangi bir prensip ortaya koymamıştır. İlk bakışta bu sayımdan kanun koyucunun farklı yargılama hukuku branşlarının birbiri üzerindeki etkisi olamayacağı hususunu² vurgulamak istediği fikrini savunmak mümkündür.

¹ Hukuk hâkiminin haksız file ilişkin esaslar bakımından ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmaması doktrinde “bağımsızlık(istiklal) prensibi” olarak ifade edilmektedir(TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 349).

² Nitekim ceza yargısı, ceza hukuku alanındaki yargısal faaliyeti konu alırken; medeni usul hukukunun konusu özel hukuka ilişkin yargılamadır(KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt I, İstanbul 2001, s. 8).

Ancak doktrinde³ ve Yargıtay⁴ kararlarında açıkça ifade edildiği üzere esasen kanun koyucu, bu sayım dışında kalan hususlara ilişkin tespitlerin hukuk yargılamasında etki etmesini istemiştir. Ancak Eren, hâkim görüşün aksine bağımsızlık(istiklal) prensibinin istisnasız olarak uygulanması gerektiğini ve hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin maddi vakıalara ilişkin tespitleriyle dahi bağlı olmayacağını ifade etmektedir⁵. İsviçre Hukukunda Engel de, Eren gibi burada mutlağa yakın bir bağımsızlığın söz konusu olduğunu belirtmektedir⁶.

³ ARSEBÜK, Esat, Borçlar Hukuku, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul 1943, s. 591; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Refet ÖZDEMİR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 138; ATAAY, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 3. Baskı, İstanbul 1981, s. 302; OLGAÇ, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve Hususi Kanunlar, Cilt 1, İstanbul 1959, s. 515; OSER, H., W. SCHÖNENBERGER, Borçlar Hukuku(Çev. Recai Seçkin), Birinci Kısım, 2. Baskı, Ankara 1947, s. 495; KILIÇOĞLU, Ahmet, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi”, AÜHFD, C. XXIX, S. 3-4, Y. 1973, s. 199; FEYZİOĞLU, Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul 1976, s. 446; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 518; OĞUZMAN, M. Kemal, M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2013, s. 81; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku, 8. Baskı, Konya 2013, s. 286; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015, s. 483-484; UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu, Cilt III, 3. Bası, Ankara 2010, s. 2679; ROSSEL, Virgile, Manuel de Droit Fédéral Des Obligations, Tome Premier, Geneve 1920, s. 105; ENGEL, Pierre, Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO, 2e édition, Bern 1997, s. 575.

⁴ “(...)Dairemizin yukarıda anılan bozma ilamında belirtildiği gibi her ne kadar ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de **maddi olayın bu şekilde cereyan ettiğine dair ceza hakiminin tespiti hukuk hakimini bağlar**(...) Yargıtay 11. HD, T. 11.1.2016, E. 2015/6013, K. 2016/71. “(...)Dosyaya sunulan Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/42 E.; 2008/73 K. sayılı ceza dosyası içeriğinden dava konusu çeklerdeki imzanın davacıya ait olmadığı saptandığı ve ceza mahkemesinin kararının kesinleştiği görülmüştür. Bu durumda mahkemece, TBK.nun 74. madde hükmü uyarınca **ceza mahkemesinin maddi vaktayı saptayan kararının hukuk hakimini bağlayacağı gözetilerek** sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir(...)” Yargıtay 19.HD, T. 2.11.2015, E. 2015/2398, K. 2015/13766(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14.05.2016).

⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015, s. 829.

⁶ ENGEL, s. 575.

Gerçekten de Kanun, hukuk hâkiminin, ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmayacağı hususları menfi olarak saymıştır. O hâlde Kanunda gösterilen vakıaların dışında kalan vakıa tespitleriyle hukuk hâkiminin bağlı olduğu sonucuna varmak gerekecektir. Aksi takdirde Kanunda ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılaması üzerindeki etkisini düzenleyen bir hükmün varlığı da manasız hâle gelmiş olacaktır⁷. İleri de değineceğimiz üzere bu “bağlayıcı etkinin” altında yargılama hukukuna hâkim olan prensipler bulunmaktadır.

O hâlde ceza hâkiminin dava dosyasındaki vakıalara ilişkin yaptığı hukuki değerlendirmeye bağlı olmayan hukuk hâkimi bir vakıanın varlığına veya yokluğuna ilişkin ceza hâkiminin yapmış olduğu tespitle bağlı olmaktadır. Esasen bunun sebebi vakıa tespitleri bakımından uygulanacak hukukun niteliğinin öneminin olmamasıdır.

B. Ceza Yargılamasındaki Altlama Faaliyetinin ve Maddi Vakıa Tespitinin Bağlayıcılığı

Altalama, hâkimin dava dosyasındaki somut vakıaların, uygulanacak normların koşul vakıalarına uyup uymadığına ilişkin yapmış olduğu faaliyeti ifade eder⁸. Altlama faaliyeti sonucunda hâkimin verdiği sonuç ise hukuki sonucu gösterir⁹. Buna göre hâkim somut vakıanın uygulanacak normlardan birinin veya birkaçının soyut vakıalarıyla çakıştığını saptadığı takdirde bu normda gösterilen hukuki sonuçlar gerçekleşir. Altlama faaliyetinin bizatihi kendisi ve bu faaliyetle birlikte normun uygulanmasıyla ortaya çıkan hukuki sonuçlar ceza yargılaması bakımından verilen kararların hukuk yargılaması etkisi bakımından büyük önem taşımaktadır. Buna göre ceza hukuku ve özel hukuk bir-

⁷ Yargıtay bir kararında bu hususu açıkça belirtmiştir: “(...) Her ne kadar BK'nun 53. Maddesi metninde ceza mahkemesince verilen kararların hukuk hâkimini bağlayacağına dair açık bir hüküm yoksa da, bu maddenin genel yorumundan ve özellikle son cümlelin karşı anlamından, ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararlarındaki, fiilin hukuka aykırılığını ve illiyet bağını saptayan maddi vakıa konusundaki kabulün hukuk hâkimini de bağlayacağı hem ilmi, hem de kökleşmiş kazai içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır(...)” Yargıtay 11. HD, T. 26.11.1984, E. 5785/1983, K. 5810/1984(UYGUR, s. 2683).

⁸ ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 48; ATALAY, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 58; AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 206.

⁹ AKKAYA, s. 206.

birinden bağımsız hukuk alanları olduğu için her ne kadar iki hukuk alanına giren vakıalar ortak olsa bile (ortak vakıalar)¹⁰ bunlara uygulanacak normlar birbirinden farklıdır. Bu hâlde TBK m. 74 esasen varılması gereken bir sonucu teyit etmektedir. Buna göre hukuk hâkimi, ceza yargılamasında yapılan atılma faaliyeti ile bağılı olmadığı gibi bu faaliyetle birlikte mevcut olan hukuki sonuçlarla da bağılı olamaz¹¹. Esasen TBK m. 74 hükmü bu hukuki ve mantiki çıkarımın bir teyidinden ibarettir. Şayet bir hukuki müessesesinin var olabilmesi için iki hukuk alanı bakımından aranan şartlar farklıysa bu takdirde bir yargılamada yapılan tespit diğerini bağlamayacaktır. İşte Kanunda belirtilen “kusur” ile bağılı olmama bu prensibin teyit edilmesinden ibarettir. Gerçekten de ceza hukuku ve medeni hukukun “kusur” bakımından kabul ettiği esaslar birbirinden farklıdır¹². O hâlde iki yargılama bakımından yapılacak atılma faaliyeti de birbirinden farklı olacaktır. Buna göre hukuk hâkimi, ceza yargılamasında sanığın kusurunun olmadığına ilişkin yapılan tespitle bağılı değildir; ancak hukuk hâkimi sanığın kusurlu olduğuna ilişkin yapılan tespitle bağılı olmalıdır. Zira her ne kadar kusura ilişkin saptama ceza hâkimi tarafından yapılan bir atılma da olsa ceza hukukunda kusura ilişkin kurallar, özel hukuka göre daha sıkı olarak tespit edildiği için¹³ kusurun bulunduğuna ilişkin yapılan atılamada ceza hukuku ve medeni hukuk kusura ilişkin prensipler bakımından çıkarılır; bu hâlde ceza hâkiminin yaptığı atılmanın hukuk hâkimini bağlaması tabiidir¹⁴. Ancak nedensellik bağı ile ilgili olan tartışmalar

¹⁰ Ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcı etkisinin kapsamı ise bu ortak vakıalarla sınırlıdır. Fransız Yüksek Mahkemesinin bu hususu tespit eden bir kararı için bkz. Cour de cassation, chambre sociale, 16.03.2016(www.legifrance.gouv.fr, Erişim tarihi: 15.05.2016).

¹¹ Aynı hususu Fransız Yüksek Mahkemesi de ifade etmektedir. Mahkemeye göre hukuk hâkimi ceza hâkiminin yapmış olduğu maddi vakıa tespitleriyle bağılı olsa da atılma faaliyetini bizzat kendi gerçekleştirmek zorundadır. Karar için bkz. Cour de cassation, chambre sociale, 6.10.2015(www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 10.05.2016).

¹² KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 479.

¹³ TANDOĞAN, s. 23.

¹⁴ “(...)818 sayılı BK'nın 53 üncü maddesine (6098 sayılı TBK m. 74) ve yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, hukuk hâkimi, ceza hâkiminin belirlediği kusur oranı ve delil yetersizliğine dayalı beraat kararıyla bağılı değil ise de; sanığın isnat edilen eylemi gerçekleştirmediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayalı beraat kararı ile o eylemin hukuka aykırılığını ve failini belirleyen mahkumiyet kara-

ışığında ceza hukuku ile medeni hukuk arasında farklı teorilerin benimsendiği düşünülürse¹⁵ nedensellik bağının varlığı veya yokluğuna ilişkin ceza mahkemesi kararları hukuk hâkimini bağlamamalıdır¹⁶. Zira bu hâlde iki mahkemenin altlamasının çakışmasından bahsedilemeyecektir. Yargıtay da bir kararında kanaatimizce isabetli olarak illiyet bağına ilişkin tespitle hukuk hâkiminin bağlı olmaması gerektiği ifade etmiştir¹⁷.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında şu sonuçlara varılmalıdır: Ceza hâkiminin beraat kararı veya mahkûmiyet kararı vermesinin bir önemi bulunmaksızın hukuk hâkimin ceza mahkemesince kesin olarak tespit edilen maddi vakıalarla mutlak olarak bağlıdır¹⁸. Ancak hâkim “kusura” ilişkin altlama hariç olmak üzere¹⁹ ceza mahkemesinin diğer

rının bu yönleriyle bağlıdır(...)” Yargıtay 17. HD, T. 27.6.2013, E. 2013/6888, K. 2013/10145(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14.05.2016).

¹⁵ **EREN**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 97 vd.

¹⁶ **EREN**, Borçlar, s. 828.

¹⁷ “(...)Bu açık hüküm karşısında ceza mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, **illiyet gibi** esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, gerek öğretide ve gerekse Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle “filin hukuka aykırılığı” konusu ile hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir(...)” Yargıtay HGK, T. 13.05.2015, E. 2013/2152, K. 2015/1340(<http://emsal.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.05.2016).

¹⁸ “(...)Her ne kadar, 6098 Sayılı T.B.K.nun 74. (818 Sayılı B.K.nun 53.) maddesi hükmüne göre ceza mahkemesince verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de, beraatin gerekçesini teşkil eden maddi olgular yönünden hukuk hakiminin bağlı olacağı tartışmasızdır(...)” Yargıtay 1. HD, T. 25.3.2015, E. 2014/4916, K. 2015/4189(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14.05.2016) “(...)Kural olarak hukuk mahkemesi, ceza hukukunun kusur ve sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı değildir. (818 s. BK m. 53, 6098 s. TBK m. 74) Ancak; ceza mahkemesi tarafından **maddi olaya ilişkin saptanan olgular hukuk mahkemesini de bağlar**. Bu durumda, hukuk hakiminin tazminat kapsamını belirlerken ceza mahkemesinde tespit edilen bu maddi vakıayı da dikkate alması gerekmektedir(...)” Yargıtay 4.HD, T. 04.12.2014, E. 2014/2190, K. 2014/16637(<http://emsal.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.05.2016).

¹⁹ Yeni tarihli bir kararında Metz İstinaf Mahkemesi de hukuk hâkiminin ceza mahkemesi tarafından gerçekleştirilen maddi vakıaya ilişkin tespitlerle bağlı olduğu

atlama faaliyetleriyle de bağlı olmamalıdır. Örneğin hukuk hâkimi ceza hâkiminin x vakiasının varlığının sanığı kusurlu göstermediğine ilişkin tespitiyle bağlı değildir; zira bu bir atlama faaliyetidir. Ancak hukuk hâkimi, x vakiası ceza mahkemesi tarafından kesin olarak tespit edildiğinden artık bu vakianın mevcudiyetini yeniden inceleyemez²⁰. Ceza hâkiminin yaptığı atlama faaliyetiyle hukuk hâkiminin bağlı olması ise mümkün değildir. Zira atlama faaliyeti uygulanacak normun koşul vakialarıyla ilgilidir. Uygulanacak normun koşul vakiaları ise ceza hukuku ve medeni hukuk farklı hukuk dalları olduğundan birbirinden farklıdır. Ancak bazı hâllerde atlama faaliyetleri çakışmaktadır. Alt-lama faaliyetinin çakıştığı bu hâllerde hukuk hâkimi, ceza hâkiminin atlamasıyla bağlıdır. Bunun en iyi örneğini şüphesiz ceza mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararı oluşturmaktadır. Sanığın mahkûm edilebilmesi için suçun manevi unsuru olan kusurun mutlaka gerçekleşmesi gerektiğinden ve ceza hukuku bakımından sanığın kusurlu olması, medeni hukuk bakımından evleviyetle kusurlu sayılmasını gerektireceğinden, hukuk hâkimi ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararıyla bağlıdır²¹. Ancak her ne kadar bir mahkûmiyet kararı varsa da hâkim ceza hâkiminin illiyet bağına ilişkin atlamasıyla bağlı olma-

gibi aynı zamanda kusurun varlığına ilişkin tespitlerle de bağlı olduğunu ifade etmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi de yeni tarihli bir kararında aynı istinaf mahkemesi gibi maddi vakıalar ve kusurun varlığına ilişkin tespitle hukuk hâkiminin bağlı olduğunu ifade etmektedir. Kararlar için bkz. Cour d'appel de Metz, 5ème chambre, 27.05.2015, Cour de cassation, chambre civile 1, 13.04.2016, (www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 15.05.2016).

²⁰ Burada söz konusu olan husus maddi vakıyla atlama faaliyetinin birbirinden tamamen ayrılmasıdır. Zira maddi vakıa ile atlama faaliyetinin ayrılamaması hâlinde ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi üzerindeki etkisini incelemek imkansız hâle gelmektedir. Maddi vakianın atlama faaliyetinden mutlak olarak ayrılması hakkında bkz. **AKİL**, s. 206 vd.

²¹ Ancak bu hâlde hukuk hâkimi, kusurun ilişkin tespitle (atlamayla) bağlıdır. Ceza mahkemesi tarafından kusurun belirlenmesinde hükme esas alınan bilirkişi raporuyla bağlı değildir. Bağlayıcı kuvveti ceza mahkemesi kararı bakımından söz konusudur. Hukuk hâkiminin ceza mahkemesi tarafından değerlendirilen ve hükme esas alınan delillerle bağlı olması düşünülemeyecektir. Bu konuda isabetsiz bir karar: "(...)Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 23.6.1197 gün ve 1997/4072-6493 sayılı ilâmı ile, aynı olay sebebiyle ceza mahkemesince saptanan maddi olgular ve davalı Niyazi Çelik'in olayda kusurlu bulunduğu dair anılan mahkeme tarafından alınan bilirkişi raporu hukuk hâkimini de bağlar. Bu nedenle, mahkemece alınan ve davalının olayda kusurlu bulunmadığı yolunda görüş bildiren bilirkişi

malı ve illiyet bağının varlığını yeniden tahkik edebilmelidir. Dolayısıyla mahkûmiyet kararıyla bağlı olma ifadesinden yalnızca hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin kusurun varlığına ilişkin atlamasıyla bağlı olması anlaşılmalıdır.

Fransız-Belçika Hukukunda ise Türk-İsviçre Hukukunda hâkim görüş gibi, hukuk hâkiminin ceza hâkimi tarafından gerçekleştirilen atlama faaliyetiyle bağlı olmadığı ve fakat maddi vakıalarla bağlı olduğu ifade edilmektedir²². Nitekim Fransız Yüksek Mahkemesinin eski²³ ve yeni²⁴ tarihli içtihatlarında hukuk hâkiminin ceza mahkemesinde suçun oluşumuna ilişkin maddi vakıalarla bağlı olduğu ifade edilmektedir²⁵. Aynı husus Belçika Yüksek Mahkemesi tarafından da ifade edilmektedir²⁶. Buna göre hâkim suçun dayanağını oluşturan maddi vakıalara ilişkin tespitlerle mutlak olarak bağlıdır²⁷. Ekleme gerekir ki

raporuna itibar edilmemesi yerindedir(...)" YGHK, T. 17.6.1198, E. 19-523, K. 508(UYGUR, s. 2689).

- ²² **TERRÉ**, François, Philippe **SİMLER**, Yves **LEQUETTE**, Droit Civil, Les Obligations, 10 ième édition, Paris 2009, s. 887; **PLANİOL**, Marcel, Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Deuxième, 4 ième édition, Paris 1952, s. 315; **DEKKERS**, René, Précis de Droit Civil Belge, Tome II, Bruxelles 1959, s. 120; **LALOU**, Henri, Traité Pratique de la Responsabilité Civile, Paris 1943, s. 18; **MAZEAUD**, Henri, Léon **MAZEAUD**, Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, Tome, II 4 ième édition, Paris 1932, s. 631.
- ²³ Bkz. **LEVENEUR**, Laurent, Code Civil, 35 ième édition, Paris 2016, s. 1028'de zikredilen kararlar.
- ²⁴ Cour de cassation, chambre civile 2, 17.03.2016; Cour de cassation, chambre sociale, 2.03.2016(www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 15.05.2016).
- ²⁵ Belirtmek gerekir ki ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcı etkisi konusu yalnızca hukuk yargılaması bakımından değerlendirilmemektedir. Öyle ki doktrin ve Fransız İdari Yüksek Mahkemesi ceza mahkemesinin vakıa tespitlerinin, ilgili hükmün şekli anlamda kesinleşmesiyle birlikte, idari yargıyı bağladığını ifade etmektedirler(**DEBBASCH**, Charles, Jean-Claude **RİCCİ**, Contentieux Administratif, 8 ième édition, Paris 2001, s. 58; **YÜZBAŞIOĞLU**, Cihan, "Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi", Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/1, Cilt I, s. 697 vd. Karar için bkz. Conseil d'État, 6ème SSJS, 09/11/2015).
- ²⁶ Cour de cassation, Belgique, N:9428, 06.05.1993(<http://jure.juridat.just.fgov.be>, Erişim Tarihi: 15.05.2016).
- ²⁷ Cour d'appel de Basse-Terre, chambre sociale, 5.10.2015(www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 15.05.2016).

Fransız-Belçika Hukukunda Türk-İsviçre Hukukunda olduğu gibi ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılaması üzerindeki etkisini düzenleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu husus ise, ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılaması üzerindeki etkisinin kanuni bir gereklilikten değil ve fakat başkaca mülahazalardan doğduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Zira ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcı etkisi Kanundaki düzenlemeden ziyade bizzat çelişkili kararların ortaya çıkmasının önlenmesi²⁸ ve bununla bağlantılı olarak kamu düzenin tesis edilmesi fikrine dayanmaktadır²⁹.

C. Bağlayıcı Etkinin Yalnızca Sorumluluk Hukuku Bakımından Geçerli Olmaması

TBK m. 74 hükmünün lafzı incelendiğinde maddenin kusur ve ayırt etme gücü gibi sorumluluk hukuku bakımından önem taşıyan unsurlara atıf yapıldığı görülmektedir. Buna göre maddenin lafzına bağlı kalınırsa ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcı etkisinin yalnızca sorumluluk hukuku bakımından söz konusu olduğu gibi kanaatimizce hatalı bir fikir oluşabilecektir. Hâlbuki kanun koyucunun ceza mahkemesi tarafından gerçekleştirilen vakıa tespitlerinin hukuk yargılamasına etkisinin yalnızca sorumluluk hukuku bakımından istemesi düşünülmemeyecektir. Gerçekten de ceza mahkemesi tarafından gerçekleştirilen maddi vakıa tespitlerinin, ceza yargılamasında dava malzemesinin toplanması³⁰ ve delillerin değerlendirilmesi³¹ bakımından kabul edilen

²⁸ Yargıtay da bir kararında aynı hususu vurgulamıştır: “(...)Dava, vekaletin kötüye kullanılması sonucu olduğu iddia edilen zararın tahsiline ilişkin olup, mahkemece yukarıda açıklanan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir. 818 sayılı BK'nun 53. maddesine (TBK m.74) göre ceza hakiminin mahkumiyet kararı ve mahkumiyet hükmünde tespit olunan maddi vakalar ile maddi vakayı belirleyen beraat kararı hukuk hakimini bağlar. **Bu hükmün amacı adalete güveni sağlamak ve çelişik hükümlerin çıkmasını önlemektir(...)**” Yargıtay 11.HD, T. 12.10.2015, E. 2015/8695, K. 2015/10282(<http://emsal.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.05.2016).

²⁹ LALOU, s. 19.

³⁰ Ceza yargılamasında bütün uyuşmazlıklar kamu düzeninden kabul edildiği için dava malzemesinin toplanmasında re'sen araştırma ilkesi geçerlidir(KUNTER, Nurullah; Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 35).

³¹ Ceza yargılamasında uyuşmazlıkların kamu düzeninden sayılması gereği amaç hukuk yargılamasının aksine mutlak olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması oldu-

ilkeler gereği hukuk yargılamasını bütün alanlarda bağlamasının gerektiğini düşünülmalıdır.

Bağlayıcı etkinin alanın sadece sorumluluk hukuku olmadığı yargı kararlarında da vurgulanmaktadır. Örneğin eşin ceza yargılamasına konu olmuş fiillerinin(maddi vakıaların) tespitiyle boşanma davasında da hukuk hâkimi bağlı olmaktadır³². Fransız Yüksek Mahkemesi³³ de bir kararında, eşini aşağılayıcı ifadeler sarf eden eşin bu fiilinin ceza mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde boşanma davası bakımından hukuk hâkiminin bu tespitle bağlı olduğunu ifade etmiştir. Esasen bu yargı kararları da ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcı etkisinin teorik temelini Kanun hükmü olmadığını göstermektedir. Zira Kanun açıkça hukuk hâkiminin, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili kurallarıyla ve ceza hâkiminin bu alan bakımından verdiği kararlarla bağlı olmadığını belirtmiştir. Ancak Kanunun lafzına rağmen ceza mahkemesinin sorumluluk hukuku dışında kalan hususlarda da gerçekleştirmiş olduğu maddi vakıa tespitlerinin hukuk hâkimini bağlaması gerektiğini kanaatine varılmalıdır.

ğu için delillerin değerlendirilmesi bakımından, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmektedir(AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara 2014, s. 27).

³² “(...)Davalı kocanın boşanma davasının açılması tarihinden önce, 2010 yılında davacı eşine fiziksel şiddet uygulaması eyleminden dolayı Ankara 4. Sulh Ceza Mahkemesinin 2010/860 esas-2011/35 karar sayılı ilamıyla cezalandırılmasına karar verildiği ve ceza hükmünün kesinleştiği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 53. maddesi (yeni Türk Borçlar Kanunu m.74) uyarınca ceza mahkemesinin eylemin gerçekleştiğine ilişkin mahkumiyet kararının hukuk hâkimini bağlayacağı göz önüne alındığında; mahkemenin kocanın şiddet olayının eski olay olduğuna yönelik değerlendirmesinde bir isabet bulunmamaktadır. Bu durumda, davalı kocanın eşine fiziksel şiddet uygulamak suretiyle kusurlu ve bu nedenle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olduğunun anlaşılmasına, davacı kadının da kusurlu bir davranışının kanıtlanamamasına göre; davanın kabulü ile boşanmaya (TMK.m.166/1) karar verilecek yerde; yetersiz gerekçeyle davanın reddine hükmedilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir(...)” Yargıtay 2.HD, T. 5.7.2012, E. 2012/12881, K. 2012/18861(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.05.2016).

³³ Cour de cassation, chambre civile 1, 27 janvier 2016(www.legisfrance.com, Erişim Tarihi: 26.05.2016).

2. BAĞLAYICI ETKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Maddi Alamda Kesin Hüküm Etkisi

Maddi anlamda kesin hüküm, şekli anlamda kesinleşmiş bir kararın tarafları, dava sebepleri ve dava konusu aynı olan ikinci yargılamada yeniden tartışma konusu yapılamamasını ifade eder³⁴. Bu anlamıyla şekli anlamda kesin hükmün amacı tarafların arasındaki yargılamayı sona erdirmek olduğu hâlde; maddi anlamda kesin hükmün amacı tarafların arasındaki uyumsuzluğu sona erdirmektedir³⁵. Bu sebeple maddi anlamda kesin hüküm müessesesi kamu düzeninden sayılır³⁶.

Bir kararın, başka bir yargılama bakımından maddi anlamda kesin hüküm teşkil edebilmesi için iki yargılamadaki tarafların, dava sebeplerinin ve dava konusunun aynı olması gerekir(HMK m. 303). Belirtmek gerekir ki bir kararın başka bir yargılamada kesin hüküm teşkil edebilmesinin öncelikli şartı iki yargılamanın da “hukuk yargılaması” olmasıdır. Zira dikkat edilirse maddi anlamda kesin hükmün amacının daha önce gerçekleştirilmiş hak veya hukuki durum tespiti- nin, bir başka mahkeme tarafından tartışılmasının engellenmesi olduğu görülecektir. Bu sebeple maddi anlamda kesin hükmün varlığı bakımından aranan bir diğer şart da dava konusu bakımından ayniyettir.

³⁴ **BİLGE**, Necip, Ergun ÖNEN, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 690 vd.; **POSTACIOĞLU**, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 679 vd.; **KURU**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: V, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 4987 vd.; **ALANGOYA**, Yavuz, M. Kamil YILDIRIM, Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 557 vd.; **PEKCANITEZ**, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 847 vd.; **KARSLI**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 607; **ERDEMİR**, İlter, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt: I, 2. Bası, Ankara 1998, s. 1028 vd.

³⁵ **GÜRDOĞAN**, Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 17.

³⁶ **MEKKİ**, Soraya Amrani, Yves STRİCKLER, Procédure Civile, Paris 2014, s. 750. Kesin hükmü kamu düzeninden sayılması bir çok sonucu da beraberinde getirmektedir. Bunlardan biri de maddi hukuka ilişkin haktan feragat edebilecek tarafların “kesin hükmün etkilerinden” feragat edememeleridir (**İYİLİKLİ**, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016, s. 35).

Dava konusu bakımından ayniyet ise usuli talep bakımından ayniyeti gündemi getirmektedir³⁷. Usuli talep bakımından ayniyetin söz konusu olabilmesi içinse yargılama türlerinin aynı olması konusu şüphe yoktur. Zira hukuk yargılamasında usuli talep özel hukuktaki bir hakkın veya hukuki durumun tespiti veya gerçekleştirilmesidir; o hâlde dava konusu bakımından ayniyetin söz konusu olabilmesi için aynı talep sonucunun başka bir hukuk yargılaması önünde dermeyan edilmesi gerekir.

Bu hâlde maddi anlamda kesin hükmün olumsuz etkisi olan tekrar yasağı³⁸ ve olumlu etki olan bağlayıcılık³⁹ yalnızca aynı yargılama hukuku branşları bakımından mümkün olabilir. Belirtmek gerekir ki yalnızca bir hukuk mahkemesi kararı; başka bir hukuk yargılaması bakımından kesin hükmün olumsuz veya olumlu etkisine sahip olabilecektir. Bu gerekçeyle ceza mahkemesi yargılaması sonucunda verilen şekli anlamda kesinleşmiş kararların, hukuk yargılaması bakımından maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi mümkün değildir⁴⁰.

³⁷ ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 140. Aynı husus idare yargılama hukuku bakımından da kabul edilmektedir. Bkz. CHAPUS, René, Droit du contentieux administratif, 13 ieme édition, Paris 2008, s. 1087.

³⁸ ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 11; KARILA de VAN, Juliana, Chose Jugée, Editions Dalloz, Répertoire de procédure civile, 2008, s. 2; BOUTY, Cédric, Chose Jugée, Répertoire de procédure civile, Editions Dalloz, 2012, s. 49.

³⁹ Kesin hükmün olumlu etkisinden anlaşılması gereken husus; tarafları ve dava sebepleri aynı olan iki yargılamada ilk davada verilen şekli anlamda kesinleşmiş hükümdeki vakıa tespitleriyle, bu tespitlerin kesin hükmün objektif sınırları kapsamında kaldığı nispette, ikinci yargılama bakımından etki etmesi; başka bir ifadeyle bu vakıaların artık çürütülemez nitelik taşımasıdır. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. AKKAN, Mine, “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Özel Sayı 2009, Cilt: 11, Basım Yılı: 2010.

⁴⁰ Öyle ki ceza yargılamasındaki kesin hüküm müessesesiyle, hukuk yargılamasındaki kesin hüküm müessesesi bakımından kabul edilen prensipler de birbirinden farklıdır. Örneğin hukuk yargılamasında tasarruf ilkesi egemen olduğundan gerekçe kesin hükmün objektif kapsamında kabul edilmemekte kural olarak yalnızca hükmün fıkrasının kesin hükmün objektif kapsamında kalması gerektiği ifade edilmektedir (ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 178-179). Buna benzer şekilde hukuk yargılamasının konusunu özel hukuka ilişkin hakların tespiti oluşturduğundan kesin hüküm cüz'i ve külli halefler bakımından da etkili olmaktadır; hâlbuki ceza yargılaması bakımından aynı hususun kabul edilmesi mümkün

Şayet, ceza yargılaması sonucunda yapılan vakıa tespitlerinin hukuk yargılaması üzerindeki etkisinin kaynağı kesin hüküm olarak açıklanırsa başka bir sorun daha ortaya çıkmaktadır. Medeni usul hukukunda bir maddi anlamda kesin hüküm objektif kapsamına kural olarak yalnızca hüküm fıkrası dâhildir⁴¹. Hâlbuki Yargıtay kararlarında⁴² da kabul edildiği üzere ceza mahkemesi kararlarının yalnızca hüküm fıkrası değil; gerekçesi de hukuk hâkimini bağlamaktadır. Ceza mahkemesi kararının etkisinin kapsamının ceza mahkemesi tarafından gerçekleştirilen maddi vakıalara ilişkin tespitler olduğu düşünüldüğünde ceza mahkemesi kararlarının yalnızca hüküm fıkrası değil, ancak gerekçenin de bağlayıcı etkinin kapsamına girmesi doğal karşılanmalıdır⁴³.

Buna göre ceza mahkemesi kararının, hukuk mahkemesi üzerine kesin hükmünün olumlu veya olumsuz etkisine sahip olması düşünüle-meyecektir⁴⁴. Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi üzerinde bağlayıcı bir etkisinin olduğu şüphesizdir; ancak bu etkinin teorik sebebinin kesin hüküm etkisi olması mümkün değildir⁴⁵. Buna rağmen

değildir(AKKAN, s. 24-25). Bir başka örnekte dava takip yetkisinin kullanıldığı hâllerde, kesin hükmün, dava takip yetkisi kanuni dava yetkini tarafından kullanılan kişiye de sirayet etmesi hâlidir. Bu husus kesin hükmün sirayeti olarak isimlendirilmektedir(DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Türk İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 55 vd.; BUDAK, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması, İstanbul 2000, s. 18). Ceza muhakemesi hukukunda ise “dava takip yetkisi” ve “dava yetkinliği” kurumları mevcut değildir.

- ⁴¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 844; ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 50.
- ⁴² “(...)818 sayılı BK m. 53 (6098 s. TBK m. 74) uyarınca hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin **maddi olgunun tespitine yönelik** kararı ile bağlıdır.” Yargıtay 4. HD, T. 03.06.2014, E. 2013/14479, K. 2014/9152(www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 28.06.2016). “(...)Davalının kusurunun kesinleşen **ceza mahkemesi kararındaki maddi olgular** esas alınarak belirlenmesi gerekirken(...)” Yargıtay 4. HD, T. 18.06.2015 (http://emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2016).
- ⁴³ Nitekim Fransız Yüksek Mahkemesi de ceza mahkemesi kararının bağlayıcılık kapsamının “hüküm ve hükmü destekleyen vakıa tespitleri” olduğunu belirtmektedir. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 2, 10 septembre 2015(www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 15.05.2016).
- ⁴⁴ Aynı görüşte bkz. TUNÇOMAĞ, s. 518; KILIÇOĞLU, İlişki, s. 208.
- ⁴⁵ Karş. ARAS, Bahattin, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014, s. 161.

Yargıtay'ın ve Fransız Yüksek Mahkemesinin içtihatlarında⁴⁶ ceza mahkemesi kararının hukuk yargılaması üzerindeki etkisinin kesin hüküm etkisiyle açıklandığı görülmektedir. Yargıtay'ın bazı kararlarında⁴⁷ ceza mahkemesi kararının hukuk yargılaması bakımından kesin delil olduğu ifade edilmektedir. Hâlbuki bu sonuç ancak kesin hükmün olumlu etkisiyle mevcut olabilirdi. Ceza mahkemesi kararlarının ise hukuk yargılaması bakımından kesin hükmün hiçbir etkisini haiz olmadığı düşünüldüğünde ilgili kararlara katılma imkânı bulamıyoruz.

B. Fer'i Müdahil Etkisi

Fer'i müdahale, üçüncü kişiye derdest bir davada davayı kazanmasında hukuki yararı olan tarafın yanında davaya taraf yardımcısı olarak katılma olanağı veren bir kurumdur⁴⁸. Fer'i müdahale ve özellikle bunun sonucu ortaya çıkan fer'i müdahalenin etkisi kurumları maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olduğu gibi⁴⁹; davaların çoğalmasına da engel olarak usul ekonomisine hizmet etmektedir.

Fer'i müdahalenin en önemli sonucu şüphesiz fer'i müdahale etkisidir. Buna göre fer'i müdahilin katıldığı davada mahkeme tarafından yapılmış olan tespitler, fer'i müdahilin davaya yanında katıldığı tarafa açacağı müstakbel bir davanın hâkimini bağlar(HMK m. 69).

Fer'i müdahale etkisinin konumuz bakımından önem arz eden tarafı, bu etkinin hukuk yargılamasında bir mahkeme kararının diğer bir mahkemeye etkilemesidir. Fer'i müdahil etkisi de kesin hükmün et-

⁴⁶ Fransız Yüksek Mahkemesinin ceza mahkemesi kararının açıkça kesin hüküm etkisini(autorité de la chose jugée) haiz olduğunu belirten bir kararı için bkz. Cour de cassation, chambre civile 1, 6 avril 2016(www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 15.05.2016).

⁴⁷ "(...)Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemlerin varlığını saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden **kesin delil niteliğini taşır**(...)" Yargıtay HGK, T. 13.05.2015, E. 2013/2152, K. 2015/1340(http://emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 28.06.2016).

⁴⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 375; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 151; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 275; PEKCANITEZ, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 42; BUDAK, s. 50; YAVAS, Murat, "Hükme Karşı Üçüncü Kişilerin Müracaat İmkânı", MİHDER, S. 11, Y.2008/3, s. 606.

⁴⁹ PEKCANITEZ, s. 24.

kisi gibi derdest mahkemeyi bağlar. Belirtmek gerekir ki fer'i müdahil etkisi, kesin hüküm etkisinden farklı bir kurumdur; zira fer'i müdahil etkisinin kapsamı, kesin hüküm etkisinin aksine daha geniştir⁵⁰. Buna göre gerekçedeki vakıa tespitleri de fer'i müdahale etkisinin kapsamı içinde yer almaktadır. Görüldüğü gibi fer'i müdahale etkisi Kanunun fer'i müdahilin davaya katılmasına bağlamış olduğu bir sonuçtur ve bu sonuç yalnızca hukuk yargılaması bakımından söz konusu olabileceğinden ceza mahkemesinin kararının hukuk yargılaması üzerindeki etkisinin fer'i müdahale etkisi üzerinden açıklanması da mümkün değildir.

C. Kamu Düzenine Dayanan Bağlayıcı Etki

a. Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeni hukuk biliminde en fazla tartışılan kavramlardan biridir. Kamu düzeni hukuki bir kavram olmanın yanında aynı zamanda siyasi bir kavramdır⁵¹. Konumuz bakımından kamu düzeni kavramı ise elbette hukuk bilimi açısından ele alınacaktır. Kamu düzeninin siyasi bakımından incelenmesi ise modern devletin doğuşunu sağlayan fikirlerle birlikte mümkün olabilir⁵². Post modern dönemde ise siyasi temeli modernitenin doğuşunda atılmış kamu düzeni kavramının siyasi ve hukuki niteliği birbirinden ayrılmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki kamu düzeni kavramının siyasi nitelendirilmesinin hukukla olan yakınlaşması kendisini idare hukukunda göstermektedir. Zira idare hukukunun temel fonksiyonlarından birinin de kolluk faaliyeti olduğu düşünüldüğünde kamu düzeni kavramı daha ziyade kamu sağlığı, kamu esenliği, kamu güvenliği kavramlarını içine alacak şekilde somutlaştırılmaktadır⁵³. Bu haliyle özel hukukta ve

⁵⁰ DEREN-YILDIRIM, s. 64.

⁵¹ Siyasi bir kavram olarak kamu düzeninin gelişimi hakkında bkz. ŞİMŞEK, Aslı, Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni, Ankara 2012, s. 7 vd.

⁵² Nitekim Fransa'da siyasi anlamda kamu düzeninin muhafazası moderniteyle birlikte işlevi değişen polis kuvvetleriyle sağlanmaktadır (RENGLLET, Antoine, Des polices en qu'ete de modernitte? : systemes policiers et ordre public dans les villes de l'espace belge de la fin de l'Ancien Régime `a la fin de l'Empire napoléonien (1780-1814), These Doctorat, Université Lille-3 et Université de Namur, Janvier 2016).

⁵³ ATAKAN, Arda, "Kamu Düzeni Kavramı", MÜHF-HAD, C.13, S.1-2, Y. 2007, s. 98.

yargılama hukukunda daha soyut bir kavram olarak karşımıza çıkan kamu düzeni, idare hukukunda bu alanlara nazaran somutlaşabilmektedir. Şüphesiz bunun sebebi devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan toplum için düzeni sağlama, düzeni sağlamak için zor kullanma⁵⁴ ve bunun hukuki meşruiyetini ise idare hukuku kaynaklı re'sen icra yetkisidir⁵⁵. Bu hâlde özel hukukta ve yargılama hukukunda soyut bir müessese olan kamu düzeni; siyasi karakteri sebebiyle idare hukuku bakımından somut bir müessese olarak nitelendirilebilir⁵⁶. Şüphesiz idare hukuku bakımından kamu düzeni kavramının yorumu siyasi bir nitelik arz ettiğinden temel hak ve özgürlükler bakımından daraltıcı bir yorum yapılması demokratik bir hukuk düzeni bakımından tehlikeleri de gündeme getirmektedir. Örneğin Danıştay bir kararında Hristiyanlık propagandası yapan bir kişinin sınır dışı edilmesini, ilgili faaliyetin kamu düzenini bozması sebebiyle hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir⁵⁷. Kanaatimizce bu yorumun aksine temel hak ve özgürlüklerin daraltılması bizatihi kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Kamu düzeni kavramıysa temel hak ve özgürlükleri daraltıcı olarak değil; genişletici olarak yorumlandığı ölçüde hukuk devletine dayanan demokratik bir rejimin ve demokratik bir toplumun muhafazası olanaklı hâle gelebilir. Kamu düzeninin kavramının temel hak ve özgürlükleri daraltıcı olarak yorumlanması, yalnızca bir eylemin veya bir fiili durumun toplumda yaşayan başkalarının temel hak ve özgürlüklerini tehdit ettiği hâllerde mümkün olmalıdır⁵⁸.

Özel hukukta kamu düzeni kavramıysa özellikle borçlar hukuku bakımından kendini TBK m. 27(İsv.BK m. 20)' de kendini göstermektedir. Hükme göre bir sözleşmenin konusu kamu düzenine aykırı olmaz.

⁵⁴ Nitekim kolluk faaliyetinin amacı kamu düzeninin korunmasıdır(GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, CİLT II, 2. Bası, Bursa 2009, s. 472).

⁵⁵ DURAN, Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul 1982, s. 268; GÖZÜBÜYÜK, Şeref A., Turgut TAN, İdare Hukuku, Cilt I, 7. Bası, Ankara 2010, s. 518.

⁵⁶ İdare hukukunda kamu düzeni kavramının somutlaştırılmış içeriğine ilişkin olarak bkz. OKAY-TEKİNSOY, Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s. 40 vd.

⁵⁷ Danıştay 10. Dairesi, T. 19.10.1995, E. 1993/3535, K. 1995/4616.

⁵⁸ STİRN, Bernard, "L'ordre public et libertés publiques", Colloque sur l'Ordre public, 2015, s. 8-9.

Doktrinde kamu düzeninin tanımı konusunda da farklılıklar olduğu görülmektedir. Kamu düzeninin, “belli bir zaman diliminde, belli bir toplum için geçerli olan değerler” olduğuna ilişkin fikirler de mevcuttur⁵⁹. Buna göre bu değerler hukukileşmekte ve hukuk kuralı hâline gelmektedir. Bu sosyolojik tanım esasen hukuki olmayan bir sahanın çerçevesini çizmektedir. Gerçekten de toplumda farklı değerleri benimseyen sosyal sınıfların olduğu düşünüldüğünde hangi değerlerin esas alınacağı sorusu da cevapsız kalmaktadır⁶⁰. Ayrıca başka bir sorun da toplumsal değerlerle hukuk arasında ilişkidir. Toplumsal değerlerin hangileri siyasilenmek suretiyle hukuki boyut kazanabileceklerdir?

Fransız doktrinindeyse⁶¹ genel eğilimin kamu düzeni kavramıyla kamu yararı kavramlarını birlikte değerlendirmek olduğu görülmektedir. Öyle ki doktrine göre kamu düzeni için öngörülmüş olan normlar öyle normlardır ki bunların ihlali hâlinde kamu yararı ihlal edilmiş olur zira kamu düzeninin amacı bireysel çıkardan daha ziyade genel çıkarı korumaktır. Bu fikirde kamu düzeninin toplumsal değerlerle olan ilişkisi vurgulanmamakta; aksine kamu düzeninin hukuki prensipler olduğu dolaylı olarak belirtilmektedir. Kanaatimizce de kamu düzeninin ihlali hâlinde kamu yararı da ihlal edilmiş olacaktır. Zira kamu düzeninden sayılan hukuki prensipler mutlak olarak kamu yararını da korurlar.

⁵⁹ ALTUĞ, Yılmaz, Mustafa YASAN, “Milletlerarası Hukukta Kamu Düzeni”, İstanbul 2003, s. 109; RUHİ, Ahmet Cemal, Yavuz KAPLAN, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Ergun Nomer’e Armağan, Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.22, S. 2, Y. 2002, İstanbul 2002, s. 643; TUNÇOMAĞ, s.250; KILIÇOĞLU, s. 103.

⁶⁰ Öyle ki toplumsal değer, ahlak gibi muğlak kavramlar belli bir sınıfa ait değerlerin diğer bir sınıf üzerine empoze edilmesine hukuken meşruiyet sağlayabilecekleri gerekçesiyle eleştiri konusu da olmaktadır. Bkz. UNGAN-ÇALIŞKAN, Hazal, “Bırakınız Taşısınılar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 1, Y. 2016, s. 506.

⁶¹ TERRE/SİMLER/LEQUETTE, s. 389; BUFFELAN-LANORE, Yvaine, Virginie LARRİBAU-TERNEYRE, Droit Civil, Les obligations, 14 ieme édition, Paris 2014, s. 340; MALİNVAUD, Philippe, Dominique FENOUILLET, Manuel de Droit des obligations, 12 ieme édition, Paris 2012, s. 208; LEVY Jean-Philippe, André CASTALDO, Histoire du droit civil, 2 ieme édition, Paris 2010, s. 863. Feyzioğlu da kamu düzeni kavramını kamu yararı üzerinden açıklamaktadır(FEYZİOĞLU, s. 236).

Öncelikle kamu düzeni kavramının hukuki değerleri ihtiva ettiğini ifade etmek isteriz⁶². Gerçekten kamu düzeninin toplumsal değerleri ihtiva ettiğini ifade eden görüşe, toplumsal değerlerin hukuki karşılığının olmaması ve bu düşünceyle birlikte kamu düzeni kavramının belirsiz olmasına yol açılması sebebiyle katılamıyoruz. Bu anlamda kamu düzeniyle ilgili bütün değerler istinasız olarak hukuki değerlerdir.

Esas sorun hangi hukuki değerlerin kamu düzeni kavramı içine girdiğinin tespitidir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki kamu düzeninden sayılan her hukuki prensip emredicidir. Ancak her emredici norm mutlak surette kamu düzeninden sayılamaz. Kanaatimizce kamu düzeni, hukukun temel prensiplerini içerir. Bu hâlde suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bireyin hukuka güveninin korunması, temel hak ve özgürlükler, temel hak ve özgürlüklerle ilgili bütün hukuki düzenlemeler, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi gibi temel hukuki prensipler kamu düzeninden sayılır⁶³. Bu prensipler yazılı da olabileceği gibi herhangi bir mevzuatta düzenlenmemiş de olabilir. İlgili prensiplerin herhangi bir mevzuat tarafından düzenlenmemiş olması ise bu hususların kamu düzeninden sayılmamasını gerektirmez⁶⁴.

⁶² Aynı görüşte bkz. OĞUZMAN, M. Kemal, M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013, s. 85; ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 161-162.

⁶³ Yargıtay yeni sayılabilecek bir içtihadı birleştirme kararında benzer görüşler ileri sürmüştür: “(...)Ancak kararın Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel ahlak ve adap anlayışına, temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli olan prensiplere özel hukuka ilişkin hüsnüniyet kurallarına, Türk Devletinin siyasi rejimine, toplumun ekonomik yapısının temelinden sarsacak olan değerlendirmeye, temel insan haklarına, adalet anlayışına aykırılıklar, kamu düzenine aykırılık olarak kabul edileceğinden, yabancı mahkeme ilamının hüküm fıkrasının uygulanmasıyla, şu sonuçları doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tenfizi olanaklı değildir(...)” Yargıtay İBKG, T. 10.2.2012, E. 2010/1, K. 2012/1(www.resmigazete.gov.tr, Erişim Tarihi: 31.07.2016). Kararda belirtilen ahlak ve adaba uygunluk yönündeki ibare dışında sayılan tüm hukuki prensiplerin kamu düzeninden sayıldığı kanaatini taşıyoruz.

⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 549.

b. Kamu Düzenine Dayanan Bağlayıcı Etki Kavramı

Savunduğumuz fikre göre ceza mahkemesi kararlarının, hukuk yargılaması üzerindeki etkisinin teorik dayanağı kamu düzenidir⁶⁵. Öncelikle belirtmek gerekir ki kamu düzeni kavramı medeni usul hukukunda ve bununla bağlantılı olarak icra iflas hukukunda da kullanılmaktadır. Bunun sebebi elbette medeni usul hukukunun tüm yargılama hukuku dalları gibi toplumdaki adalet ihtiyacını karşılaması ve elbette bu surette hukuki barışı gerçekleştirmesidir.

Bu anlamda hukuki barışın teminini sağlayan kesin hüküm müessesesi⁶⁶, uyuşmazlığın ilgili konuda uzmanlaşmış olan mahkeme tarafından çözümüne olanak veren görev müessesesi⁶⁷, yargılamanın yürütülmesi için elzem olan hususları içeren dava şartları⁶⁸, adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olan hukuki dinlenilme hakkı⁶⁹ gibi müesseseler kamu düzeninden kabul edilmektedir. Zira bu ve benzeri müesseseler yargılamanın, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına elverişli şekilde yapılmasını, bireyin hukuka olan güveninin muhafazasını, hukuki barışın teminini sağlamaktadırlar. Öyle ki yargılama hukukunda ve icra iflas hukukunda kamu düzeninden sayılan bir müessese tarafların tasarrufuyla değiştirilemez. Şayet taraflar bu müesseseler ilişkin bir sözleşme yaparlarsa ilgili sözleşme yargılama hukuku veya icra iflas hukuku anlamında geçersiz olarak kabul edilecektir⁷⁰.

⁶⁵ Lalou da Fransız doktrinindeki genel eğilimden ayrılarak ceza mahkemesi kararının etkisinin kesin hüküm üzerinden değil; ancak kamu düzeni etkisi üzerinden açıklanması gerektiğini ifade etmektedir (LALOU, s. 19). Terré/Simler/Lequette de tarafları ve dava konusu birbirinden tamamen ayrı olan iki yargılama bakımından kesin hüküm etkisinden söz edilemeyeceğini; ancak şekli anlamda kesinleşmiş ceza mahkemesi kararının hukuk yargılaması üzerindeki etkisi kabul edilmezse bunun kamu düzenine aykırı olacağını ifade etmektedirler (TERRE/SİMLER/LEQUETTE, s. 888).

⁶⁶ MEKKİ/STRİCKLER, s. 751;

⁶⁷ BİLGE/ÖNEN, s. 151.

⁶⁸ GÖRGÜN, Şanal, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014, s. 153.

⁶⁹ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 40 vd.

⁷⁰ TAŞPINAR, Ayvaz, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 88; AŞIK, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 63 vd.

Yargılama hukuku bakımından kamu düzeninden sayılan müesseselerin bu nitelikleri pozitif düzenlemelerden değil ancak yargılama hukukunun yapısı ve amacından çıkartılmaktadır. Gerçekten de adaletin teminini ve hukuki barışı sağlayan bir hukuk dalının, bu amaca erişebilmesi bakımından ihtiyaç duyduğu temel ilkeler ve müesseseler tereddütsüz olarak kamu düzeninden sayılacaklardır. Bu husus, kamu düzeni tanımı bakımından katıldığımız görüşle de uyum göstermektedir. Öyle ki kamu düzeni, hukukun yazılı veya yazılı olmayan temel prensipleri olarak nitelendirildiğinde, bu temel prensiplerin yargılama hukukunun ve icra iflas hukukunun temel prensiplerini ve temel müesseselerini de içine aldığı sonucuna varılmalıdır. Örneğin İcra ve İflas Kanunu'nda şikâyet yolu için öngörülmüş olan süre işlemin tesisinin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün olarak belirlenmişken; işlemin kamu düzenine aykırı olması hâlinde icra dairesi işlemine karşı süresiz olarak şikâyet yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir⁷¹. Süresiz şikâyete ilişkin mevzuatta hiçbir düzenleme yer almamasına rağmen icra dairesi işleminin takibin esaslı unsurlarına(prensiplerine) aykırı olmasının kamu düzenin ihlal ettiği ifade edilmektedir⁷².

Ceza mahkemesinin şekli anlamda kesinleşmiş kararlarının, hukuk yargılaması üzerindeki etkisinin temelinde ise ceza mahkemesinde re'sen araştırma ilkesinin uygulanması yatmaktadır. Re'sen araştırma ilkesinde ise, klasik özel hukuk yargılamasında uygulanan taraflarca getirilme ilkesinin aksine dava malzemesi(vakıalar ve deliller) mahkeme tarafından toplanmakta⁷³; vakıalar ve deliller bakımından teksif ilkesi söz konusu olmamaktadır⁷⁴. Bu hâlde ceza mahkemesindeki tahkikatın, maddi gerçeğe ulaşma bakımından, özel hukuk yargılamasındaki tahkikattan daha üstün olduğu da ifade edilebilecektir.

Bu hâlde ceza mahkemesinin saptadığı bir vakıa, hukuk yargılamasında söz konusu olan taraflarca getirilme ilkesinden dolayı, hukuk

⁷¹ YILDIRIM, M. Kamil, Nevhis DEREN-YILDIRIM, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 34.

⁷² PEKCANITEZ, Hakan, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 86.

⁷³ ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 9 vd.

⁷⁴ ÖZMUMCU, Seda, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, SDÜHFD, C.4, S. 2, Y. 2014, s. 147.

mahkemesi tarafından saptanamayabilir. Böyle bir durumda ise hukuk sisteminde yer alan bir mahkeme tarafından varlığı tespit edilen vakıa başka bir mahkeme tarafından reddedilebilecektir. Bir hukuk sisteminde adaletin temini için yargı yoluna başvurmuş olan bireyin böylesi bir çelişkinin içinde bırakılması ise adalet düşüncesini yaralayacağı gibi toplumun hukuk düzenine olan inancının da sarsılmasına yol açar. Hukuk sistemine olan güvenin sarsılması ise kamu düzenini doğrudan doğruya ihlal eder⁷⁵. Bu sebeple ceza mahkemesi kararının hukuk yargılaması üzerindeki bağlayıcı etkisinin temelinde TBK m. 74 hükmü yer almamaktadır. Gerçekten de TBK m. 74 hükmü kusur, zarar gibi sorumluluk hukukuna ilişkin müesseseleri düzenlemektedir. Hâlbuki yukarı da belirtildiği gibi ceza mahkemesi kararının bağlayıcı etkisi yalnızca sorumluluk hukuku bakımından söz konusu olmaz. Fransız Yüksek Mahkemesi ve Yargıtay'ın da belirttiği gibi bu etki bir boşanma davası bakımından da söz konusu olabilir. Gerçekten de bağlayıcı etkinin teorik temeli ne kesin hüküm etkisiyle ne de kanun hükmüyle açıklanabilecektir. Bu durumda TBK m. 74, bağlayıcı etkinin sınırlı bir şekilde vurgulandığı bir hükümden ibarettir. Bağlayıcı etkinin varlığı ise herhangi bir pozitif düzenlemeye ihtiyaç duymamaktadır. Zira bu husus yargılama hukukunun yapısı ve amacı aracılığıyla da tespit edilebilecektir.

Buna göre re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı ceza mahkemesinin tarafından saptanan bir vakıanın, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir mahkemeyi bağlayamaması da kabul edilemeyecektir. Dava malzemesinin toplanmasında kabul edilen ilkelerden başka aynı hukuk sisteminde bir yargılamada saptanan bir vakıanın başka bir mahkeme tarafından reddi de bireyin hukuk sistemine güveni azaltacağından ceza mahkemesi kararının hukuk yargılaması üzerindeki etkisi "kamu düzenine dayanan bağlayıcı etki olarak" tespit edilmelidir.

⁷⁵ Yargıtay da bir kararında aynı hususları vurgulamıştır: "(...) Aynı maddi olgulara dayalı olan iki farklı mahkeme kararının ortaya çıkmasının **adalete duyulan güveni zedeleyeceği de kuşkusuz olup**, mahkemelere güveni sağlanması bakımından ceza davasının sonucu beklenmelidir(...)" Yargıtay 23.HD, T. 16.9.2013, E. 2013/2980, K. 2013/5432(www.kazancı.com, Erişim Tarihi: 15.05.2016).

SONUÇ

Ceza mahkemesinin kararlarının hukuk mahkemesi üzerindeki “bağlayıcı etkisinin” varlığı doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir. Ancak bu etkinin kapsamı ve hukuki niteliği üzerinde tartışmalar mevcuttur. Doktrin ve uygulamadaki genel eğilim etkinin kapsamının maddi vakılardan ibaret olduğudur. Gerçekten de ceza hukuku ve medeni hukukun ayrı hukuk dalları olması sebebiyle ceza mahkemesi tarafından yapılacak bir atılma faaliyetinin başka bir deyişle uygulanacak hukuk ve bu hukukun uygulanmasıyla beraber meydana gelen sonucun hukuk yargılaması üzerinde etkisinin söz konusu olamaması gerekir. Ancak en tartışılmalı sayılan husus bu etkinin hukuki niteliğidir. Buna göre etkinin hukuki niteliğiyle ilgili olarak “kesin hükmün olumlu etkisi” ve “doğrudan Kanundan kaynaklanan etki” savları ileri sürülebilir. Ancak bu iki sav da kanaatimizce bağlayıcı etkinin hukuki niteliğini açıklamaktan uzaktır. Zira kesin hükmün olumlu etkisi söz konusu olabilmesi için medeni usul hukukunun alanına giren iki yargılamanın yapılmış olması gerekir. Zira maddi anlamda kesin hüküm yalnızca tarafları, sebebi (dayanılan vakıaları) ve konusu aynı iki yargılama bakımından söz konusu olabilir. Hâlbuki ceza muhakemesi hukuku ve medeni usul hukukunun birbirinden farklı yapıları ceza mahkemesi kararının hukuk yargılaması üzerinde kesin hüküm etkisi doğurmasını engeller. Etkinin doğrudan Kanun hükmünden kaynaklandığını ileri süren görüşler ise kanaatimizce iki bakımından zayıftır. Öncelikle TBK m. 74 hükmünün lafzı ilgili bağlayıcı etkinin yalnızca sorumluluk hukukuna ilişkin müesseseler bakımından uygulanabileceğini göstermektedir. Hâlbuki ceza mahkemesi kararının, hukuk yargılaması üzerindeki etkisi yalnızca sorumluluk hukukuyla bağlantılı olarak kabul edilmesi önemli sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Mademki ceza mahkemesi tarafından gerçekleştirilen maddi vakıa tespiti hukuk yargılaması üzerindeki etkilidir o hâlde bu etki tüm maddi vakıa tespitleri bakımından geçerli olmalıdır. İkinci olarak şayet bağlayıcı etkinin sebebi Kanun hükmü olarak açıklanırsa ilgili Kanun hükmünün bulanmadığı faraziyesinde dava malzemesinin toplanmasında re’sen araştırma ilkesi uygulanan ceza yargılaması kararlarının hukuk yargılaması üzerinde hiçbir etkisi olamayacağı fikri vücut bulurdu ki bu fikir de hukuka güvenin zedelenmesi sonucuna varılabılırdi. Mukayeseli hukuk bakımındansa Fransız Hukukunda TBK m. 74 e benzer bir hüküm mevcut olmadığı

hâlde ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılaması üzerindeki etkisinin varlığı (bağlayıcı etki) kabul edilmektedir.

Kanaatimizce ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılaması üzerindeki etkisi yalnızca kamu düzeniyle açıklanabilecektir. Zira ceza mahkemesinde dava malzemesinin toplanmasına ilişkin ilkelerden re'sen araştırma ilkesi uygulanmaktadır. Başka bir deyişle hâkimin maddi vakıayı tahkik etmesini sağlayan olanaklar, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı hukuk yargılamasına göre daha elverişlidir. Bu hâlde ceza mahkemesi tarafından tespit edilmiş bir maddi vakıanın, hukuk hâkimi tarafından dikkate alınmaması hukuka olan güveni esaslı ölçüde zedelemekle birlikte çelişkili kararların ortaya çıkmasına da sebep olabilecektir. Fransız doktrininde bazı yazarlar tarafından ileri sürülen bu görüş kanaatimizce ceza mahkemesi kararlarının hukuk yargılaması üzerindeki etkisini açıklayan görüşlerden en isabetlisidir.

KAYNAKÇA

- AKKAN**, Mine, “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, Özel Sayı 2009, Cilt: 11, Basım Yılı: 2010, s. 3-61.
- AKKAYA**, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- ALANGOYA**, Yavuz, M. Kamil YILDIRIM, Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009.
- ALANGOYA**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- ALTUĞ**, Yılmaz, Mustafa YASAN, “Milletlerarası Hukukta Kamu Düzeni”, İstanbul 2003, s. 139-150.
- ARAS**, Bahattin, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014.
- ARSEBÜK**, Esat, Borçlar Hukuku, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul 1943.
- AŞIK**, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- ATAAY**, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 3. Baskı, İstanbul 1981.
- ATAKAN**, Arda, “Kamu Düzeni Kavramı”, MÜHF-HAD, C.13, S.1-2, Y. 2007, s. 59-136.
- ATALAY**, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- ATEŞ**, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007.
- AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku, 8. Baskı, Konya 2013.
- AYDIN**, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara 2014.
- BİLGE**, Necip, Ergun ÖNEN, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978.
- BOUTY**, Cédric, Editions Dalloz, Répertoire de procédure civile, 2012.
- BUDAK**, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması, İstanbul 2000.
- BUFFELAN-LANORE**, Yvaine, Virginie LARRİBAU-TERNEYRE, Droit Civil, Les obligations, 14 ième édition, Paris 2014.
- CHAPUS**, René, Droit du contentieux administratif, 13 ième édition, Paris 2008.
- DEBBASCH**, Charles, Jean-Claude RİCCİ, Contentieux Administratif, 8 ième édition, Paris 2001.
- DEKKERS**, René, Précis de Droit Civil Belge, Tome II, Bruxelles 1959.
- DEREN-YILDIRIM**, Nevhis, Türk İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- ENGEL**, Pierre, Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO, 2e édition, Bern 1997, s. 575.

- ERDEMİR**, İlter, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt: I, 2. Bası, Ankara 1998.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015.
- EREN**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi, Ankara 1975.
- FEYZİOĞLU**, Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul 1976.
- GÖRGÜN**, Şanal, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014.
- GÖZLER**, Kemal, İdare Hukuku, CİLT II, 2. Bası, Bursa 2009.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref A., Turgut TAN, İdare Hukuku, Cilt I, 7. Bası, Ankara 2010.
- GÜRDOĞAN**, Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- İYİLİKLİ**, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016.
- KARILA de VAN**, Juliana, Chose Jugée, Editions Dalloz, Répertoire de procédure civile, 2008.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi", AÜHFD, C. XXIX, S. 3-4, Y. 1973, s. 185-225(İlişki).
- KUNTER**, Nurullah; Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010.
- KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt I, İstanbul 2001.
- KURU**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: V, 6. Bası, İstanbul 2001.
- LALOU**, Henri, Traité Pratique de la Responsabilité Civile, Paris 1943.
- LEVENEUR**, Laurent, Code Civil, 35 ieme édition, Paris 2016.
- LEVY**, Jean-Philippe, André CASTALDO, Histoire du droit civil, 2 ieme édition, Paris 2010.
- MALINVAUD**, Philippe, Dominique FENOUILLET, Manuel de Droit des obligations, 12 ieme édition, Paris 2012.
- MAZEAUD**, Henri, Léon MAZEAUD, Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, Tome, II 4 ieme édition, Paris 1932.
- MEKKİ**, Soraya Amrani, Yves STRİCKLER, Procédure Civile, Paris 2014, s. 750.
- OĞUZMAN**, M. Kemal, M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2013,
- OKAY-TEKİNSOY**, Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011.
- OLGAÇ**, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve Hususi Kanunlar, Cilt 1, İstanbul 1959.

- OSER, H., W. SCHÖNENBERGER**, Borçlar Hukuku(Çev. Recai Seçkin), Birinci Kısım, 2. Baskı, Ankara 1947.
- ÖZEKES, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Özden**, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.
- ÖZMUMCU, Seda**, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, SDÜHFD, C.4, S. 2, Y. 2014, s. 145-171.
- PEKCANITEZ, Hakan**, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
- PEKCANITEZ, Hakan**, Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992.
- PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES**, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- PLANIÖL, Marcel**, Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Deuxième, 4 ième édition, Paris 1952.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- RENGLLET, Antoine**, Des polices en qu’ete de modernité ? : syst’emes policiers et ordre public dans les villes de l’espace belge de la fin de l’Ancien Régime `a la fin de l’Empire napol’eonien (1780-1814), These Doctorat, Université Lille-3 et Université de Namur, Janvier 2016.
- ROSSEL, Virgile**, Manuel de Droit Fédéral Des Obligations, Tome Premier, Geneve 1920.
- RUHİ, Ahmet Cemal, Yavuz KAPLAN**, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Ergun Nomer’e Armağan, Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.22, S. 2, Y. 2002, İstanbul 2002, s. 643-664.
- STİRN, Bernard**, “L’ordre public et libertés publiques”, Colloque sur l’Ordre public, 2015, s. 5-17.
- ŞİMŞEK, Aslı**, Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni, Ankara 2012.
- TANDOĞAN, Haluk**, Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul 2010.
- TAŞPINAR, Ayvaz**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- TERRÉ, François, Philippe SİMLER, Yves LEQUETTE**, Droit Civil, Les Obligations, 9 ième édition, Paris 2005.
- TUNÇOMAĞ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, 6. Bası, İstanbul 1976.
- UNGAN-ÇALIŞKAN, Hazal**, “Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 1, Y. 2016, s. 489-509.
- UYGUR, Turgut**, Borçlar Kanunu, Cilt III, 3. Bası, Ankara 2010.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim**, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.

- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, Refet ÖZDEMİR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.
- YAVAŞ**, Murat, “Hükme Karşı Üçüncü Kişilerin Müracaat İmkânı”, MİHDER, S. 11, Y.2008/3, s. 605-646.
- YILDIRIM**, M. Kamil, Nevhis DEREN-YILDIRIM, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- YÜZBAŞIOĞLU**, Cihan, “Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi”, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/1, Cilt I, s. 687-716.