



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl 4 Sayı 1 - Haziran 2018

Year 4 Issue 1 - June 2018

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Sahibi

Dr. Mustafa Aydın

İngilizce Redaksiyonu

Çiğdem Taş

ISSN 2149-5890

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Zeynep Akyar

Yayın Periyodu

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Editör

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yayın Dili

Türkçe

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Dr. Öğr. Üyesi Pakize Ezgi Akbulut

Dr. Öğr. Üyesi Buse Aksaray

Yıl 4 Sayı 1 - Haziran 2018

Year 4 Issue 1 - June 2018

Yazışma Adresi

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör

Gamze Aydın

Baskı

CB Matbaacılık San. ve Tic. Ltd Şti. Litros Yolu 2. Matbaa Sit. ZA-16

Topkapı/İSTANBUL

Tel: 0212 612 65 22

E.mail: cbbasimevi@gmail.com

Grafik Tasarım

Elif Hamamcı

Türkçe Redaksiyonu

N. Dilşat Kanat

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, *Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Arif KOCAMAN, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*

Prof. Dr. Atilla ÖZER, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

Prof. Dr. Cemal OĞUZ, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Cemil KAYA, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Emin MEMİŞ, *İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Enver BOZKURT, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Gürsel TEKİN, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Haluk Sadi SÜMER, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, özgün bilimsel araştırmalar ile uygulama çalışmalarına yer veren ve bu niteliği ile hem araştırmacılara hem de uygulamadaki akademisyenlere seslenmeyi amaçlayan hakem sistemini kullanan bir dergidir.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. İsmail KAYAR, *Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı*
Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kadir ARICI, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kudret GÜVEN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Levent AKIN, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Murat YAVAŞ, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Rıza AYHAN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, *FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Timuçin MUŞUL, *Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Ali Hakan EVİK, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Ekrem KURT, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI, *Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksek Okulu*
Doç. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Serdar Mustafa ÖZBEK, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan ÖZTEZEL, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Başak BAŞOĞLU, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İPEK İŞLETEN, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Nuri ERDEM, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Umut YENİOCAK, *İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

İçindekiler

Engellilerin Anayasal Haklarını Kullanmalarını Zorlaştıran Sebepler

Reasons That Make It Difficult for Disabled People to Use Their Constitutional Rights

Eyyup Günay İSBİR, Hülya ÇUBUK 1

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Assessment of the Amendments on Act of Mediation in Civil Disputes Which Comes With Act of Labor Court No. 7036

Fahrettin KORKMAZ, Emre KIYAK 31

Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme

Concepts of Causality and Abstraction in Transfer of Movable Property, and Unjust Enrichment within These Contexts

Halûk BURCUOĞLU 57

Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğunun Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

The Liability Arising From the Non-Observance of the Burden of Notice at Bills of Exchange

Ömer Adil ATASOY, Burcu KANDEMİR 83

Türk Hukukunda Soybağının Kurulması

Establishment of Lineage in Turkish Law

Sırac SÜLEYMAN, Mehtap İpek İŞLETEN 105

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre

Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması

Consumer Credit Agreement Insurance According To The Law On Consumer Protection Number 6502

Mahmut YILMAZ, Ekrem KURT 121

Avrupa Birliği'nin Karma İdari İşlemleri

Giancinto Della CANANEA

Çeviren: Umut DOĞU 137

EDİTÖRDEN

Bu sayımızda; Prof. Dr. Eyyup Günay İsbir ve İstanbul Aydın Üniversitesi yüksek lisans öğrencisi Hülya Çubuk'un "*Engellilerin Anayasal Haklarını Kullanmalarını Zorlaştıran Sebepler*" isimli makalesi, Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz ve Dr. Öğretim Üyesi Emre Kıyak'ın "*7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi*" isimli makalesi, Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'nun "*Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme*" isimli makalesi, Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy ve Av. Burcu Kandemir'in "*Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğunun Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk*" isimli makalesi, İstanbul Aydın Üniversitesi yüksek lisans öğrencisi Sirac Süleyman ile Dr. Öğretim Üyesi Mehtap İpek İşleten'in "*Türk Hukukunda Soybağının Kurulması*" isimli makalesi, Av. Mahmut Yılmaz ve Dr. Öğretim Üyesi Ekrem Kurt'un "*6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması*" isimli makalesi ve Prof. Dr. Giacinto Della Cananea'a ait Öğr. Gör. Umut'un çevirisini gerçekleştirdiği "*Avrupa Birliği'nin Karma İdari İşlemleri*" isimli makale yer almaktadır. Böylece hukukun farklı alanlarından biri çeviri olmak üzere sekiz makale bu sayımızda bulunmaktadır.

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi gerek Fakültemizin, gerekse Üniversitemizin tanıtımında önemli rol oynamaktadır. Hukuk Dergileri, hukuki düşüncelerin ortaya konulması için önemli fırsatlar yaratmaktadır. Ayrıca hukuk dünyasında hukuki tartışmaların yapılabileceği bir zeminde hukuk alanındaki önemli sorunların çözüm yollarını araştırmada katkılar sunmaktadır. Bu sayımızda dergimize katkı sunan değerli akademisyenlere ve yazarlara şükranlarımızı sunarız. Her zaman yanımızda olarak destekleriyle bize güç veren değerli hakemlerimize de çok teşekkür ederiz.

Doç. Dr. Ebru Ceylan

ENGELLİLERİN ANAYASAL HAKLARINI KULLANMALARINI ZORLAŞTIRAN SEBEPLER

***Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR¹
Hülya ÇUBUK²***

Öz

Engellilik tarih boyunca insanoğlunun anlamaya, tanımlamaya ve ortadan kaldırmaya çalıştığı bir olgu olmuştur. Engellilerin yaşadığı zorluklar ilk önce bir sağlık sorunu olarak algılanmıştır. Ancak daha sonra zorlukların nedeni olarak toplum görülmeye başlanmıştır. Engellilerin öncelikli sorunları erişim, istihdam ve ayrımcılık olmaktadır. Devletler bu sorunları çözmek için çeşitli hukuki düzenlemeler yapmaktadırlar. Özellikle engelli ayrımcılığına karşı ciddi önlemler alınmıştır. Engellilerin hakları her zaman korunmalıdır. Zira sonuç olarak insanlar ya engellidir ya da bir gün muhakkak engelli olacaklardır.

Anahtar Kelimeler: Engelli, Engelli Hakları, Anayasa.

Reasons That Make it Difficult for Disabled People to use Their Constitutional Rights

Abstract

Disability has been a case that mankind struggle to understand, identify and eliminate throughout the history. The difficulties of the disabled was perceived as a health problem at first. But then the cause of the difficulties has begun to be seen as the society. The primary issues of disabled people are accessibility, employment and discrimination. Various states are making legal arrangements to solve these problems. Especially with disabilities, serious measures were taken against discrimination. The rights of the disabled must always be protected. Since as a result, people are either disabled or one day will certainly be impaired.

Keywords: Disabilities, Disability Rights, Constitution.

¹Dr. Öğr. Üyesi Prof. Dr , İstanbul Aydın Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilimdalı Başkanı

²İstanbul Aydın Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

1. Engelli Kavramı

Engelli, farklı disiplinler açısından, farklı yönleriyle ele alınması ve tanımlanması gereken bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel eğilim, etnik geçmiş gibi kavramların tanımlanması da tartışmalara yol açmakla birlikte; engelliliğin tanımında, bir “eksikliğin” hangi ölçüde engellilik olarak kabul edileceği sorusu ve tıp alanında sağlanan gelişmelerin etkisi, bu kavramı tanımlamayı daha da zorlaştırmaktadır. Bunun yanında engelli kavramı; görme engelliler, duyma engelliler, zihinsel engelliler, fiziksel engelliler gibi ilk akla gelen alt grupların yanında, engelliliğe yol açan çeşitli hastalıkları taşıyanları da kapsamaktadır. Bu bakımdan engelliler arasındaki çeşitlilik, farklı tanımlarda farklı niteliklerin ön plana çıkmasına sebep olabilmektedir ^[1].

Hukuk alanında ise, kavramın ele almış biçimi ve kavrama verilen tanımlar, engelli bireye yönelik bir hukuki statü yaratmaktadır. Bu sebeple özellikle sosyal hukuk alanında engelli tanımları, hukuki statülere yönelik düzenlemeleri ve bu hukuki statülerin kişi bakımından kapsamını belirlemesi bakımından önemlidir. Buna karşın engelli alanında yapılan hukuki çalışma ve düzenlemelerde tanım, tartışma konusu olmakta ve bugün hala çözülemeyen bir sorun halini almaktadır ^[2].

Engelli kavramının tanımlanmasında yaşanan sorunun temel sebebi, tanım çalışmaları ile tanımlama amacı arasındaki ilişki eksikliğidir. Oysa hukuki düzenleme ve incelemelerde kavramlar, bu düzenleme ve incelemenin amacına ve cevap vereceği ihtiyaca göre belirlenmek zorundadır. Bu kapsamda, Örneğin iş hukukunda, engelli istihdamına ilişkin bir konu incelenirken çalışabilme kriteri, temel hak ve özgürlükler alanında haklardan yararlanabilme kapasitesi, sosyal güvenlik ve sosyal politika alanlarında gelir garantisi, erişebilirlik, toplumla uyum sağlama kriteri dikkate alınmalıdır ^[3].

Hukuk belgelerinde engelli kavramı, düzenlemenin kişi bakımından kapsamını belirlemesi bakımından önemlidir. Ulusal hukuk belgelerine göre daha genel hükümler içeren uluslararası hukuk belgeleri, engelli alanındaki sosyal politikaları ortaya koymakta ve bu kapsamda yukarıda açıklanan yaklaşımları yansıtmaktadır. Engelliler alanında, hukuki kaynak niteliği taşıyan uluslararası belgeler çok sayıda olmadığından, kişiler

üzerinde doğrudan etkiye sahip olan ulusal düzenlemelerdir. Bu bakımdan ulusal düzenlemelerde engelli kavramının ele alınış biçimi, bir taraftan uluslararası plandaki genel eğilimi yansıtırken diğer taraftan engellinin hukuki bir statüye girmesini sağlamakta ve engelliye hak sahibi niteliği kazandırabilmektedir. Bu sebeple engelli kavramının hukuki belgelerde ele almış biçimi, uluslararası belgeler ve Türk mevzuatı ayrımıyla incelenecektir.

2. Ulusal ve Uluslararası Belgelerde Engelli Kavramı

Engellilere ilişkin düzenlemelere, hem uluslararası hem de ulusal belgeler çerçevesinde Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği normları kapsamında değinilecektir.

2.1 Birleşmiş Milletlere Göre Engelli Kavramı

BM bünyesinde engelli alanında ilk düzenleme olan 1971 tarihli Zihinsel Engelli Bireylerin Hakları Hakkında Bildiri’de tanıma yer verilmemiş olup engelli kavramı ilk olarak 1975 tarihli Engelli Bireylerin Hakları Hakkında Bildiri’de yer almıştır. Bildirimin birinci maddesine göre “engelli birey, doğuştan ya da sonradan olan fiziksel veya zihinsel bir bozukluğun sonucu olarak, normal kişisel ve sosyal hayatın gereklerini tamamen ya da kısmen, tek başına yerine getiremeyen kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda BM bünyesinde ilk tanım çalışmalarında, kişinin özelliklerini temel alan tıbbi model yaklaşımı görülmektedir. Ancak 1980 tarihli Dünya Sağlık Örgütü sınıflandırmasında yer alan engelli tanımı çerçevesinde oluşan tartışmaların etkisiyle, 1993 yılında kabul edilen “Engelli Kişilere Fırsat Eşitliği Sağlamada Standart Kurallar”, kavram sorununun hukuk politikasının belirlenmesindeki önemini vurgulamış, engel (handicap) ve sakatlık (disability) kavramları arasında ayrıma gitmiştir. Buna göre sakatlık, her türlü işlevsel sınırlandırmaları; engel ise toplumsal hayatta diğer bireylerle eşit fırsatlara sahip olmadaki kısıtlama veya kayıpları ifade eder. Bu kapsamda Fırsat Eşitliği Sağlamada Standart Kurallar ile engelli kavramının, konu ve amacına uygun olarak fırsat eşitliği ve katılım kısıtlılıklarını temel alan bir yaklaşımdan ele alınmış olması önemlidir. Buna karşın gerek Standart Kurallar gerekse bundan önceki anılan bildiriler, devletlere yükümlülük getirecek bağlayıcı nitelik taşımamaktadır.

Engelli alanına münhasır ilk bağlayıcı belge ise 13 Aralık 2006 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilen BM Engelli Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin birinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “Engelli, diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir”. Bu kapsamda Sözleşme hükmüyle verilen tanım, engelliliği, sadece kişinin sahip olduğu özelliklerle açıklaması sebebiyle, Dünya Sağlık Örgütü’nün son sınıflandırmasına nazaran daha fazla tıbbi model ağırlıklı bir yaklaşım benimsemiştir. Toplumsal yapının engellilikteki etkilerine ise, Sözleşme’nin başlangıç bölümünde değinilmekle yetinilmiştir. Buna karşın Sözleşme ile ayrımcılık yasağı, fırsat eşitliği, katılım, erişebilirlik ilkelerine dayanan birçok hak öngörülmüş olması sebebiyle, engelli tanımı doğrultusunda konunun sağlık politikasıyla sınırlı olarak ele alındığı söylenemez.

Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) belgelerinde de hemen her zaman, istihdam temelli faaliyet alanına uygun olarak, Dünya Sağlık Örgütü tanımına atıf yapılmaktadır. Nitekim Engelli Kişilerin Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında 159 sayılı Sözleşme uyarınca engelli, uygun bir iş bulma ve bu işi koruma beklentisi, fiziksel ya da ruhsal bir eksikliği sebebiyle önemli ölçüde azalmış olan kişi olarak tanımlanmıştır.

2.2 Avrupa Konseyi’ne Göre Engelli Kavramı

Avrupa Konseyi bünyesinde engellilere münhasır düzenlemeler, Konsey’in tavsiye kararları ve Parlamento’nun ilke kararlarından oluşmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Konseyi tarafından yapılan düzenlemelerde engelli tanımına sık rastlanmamakla birlikte, kavrama bir tanım verildiği hallerde Dünya Sağlık Örgütü’nün tanımlarının temel alındığı görülmektedir. Nitelim Konsey’in 1992 tarihli “Engellilere Yönelik Bütüncül Bir Politika Konusunda Tavsiye Kararı”nda ve Avrupa Parlamentosu’nun “Engellilerin Mesleki Değerlendirilmesine İlişkin Şartın Oluşturulması Yönünde İlke Kararı”nda Dünya Sağlık Örgütü” sınıflandırmaları aynen yer almıştır.

2.3 Avrupa Birliği’ne Göre Engelli Kavramı

Avrupa Konseyi bünyesinde engellilere münhasır düzenlemeler, Konsey’in tavsiye kararları ve Parlamento’nun ilke kararlarından oluşmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Konseyi tarafından yapılan düzenlemelerde engelli

tanımına sık rastlanmamakla birlikte, kavrama bir tanım verildiği hallerde Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımlarının temel alındığı görülmektedir. Nitelim Konsey'in 1992 tarihli "Engellilere Yönelik Bütüncül Bir Politika Konusunda Tavsiye Kararı"nda ve Avrupa Parlamentosu'nun "Engellilerin Mesleki Değerlendirilmesine İlişkin Şartın Oluşturulması Yönünde İlke Kararı"nda Dünya Sağlık Örgütü" sınıflandırmaları aynen yer almıştır.

2.4 Türk Hukukunda Engelli Kavramı

Uluslararası hukuk metinlerinden farklı olarak, ulusal mevzuatta yer alan engelli tanımları genellikle hak kazanma kriteri niteliğindedir. Böylece sağlanacak edimlerin kişi bakımından kapsamı belirlenmektedir. Bu sebeple, ulusal mevzuatta yer alan engelli tanımlarının, sağlanacak hizmet veya yardımların amacı ve niteliğiyle uyumlu olması önem arz etmektedir.

Engelliler, 1982 Anayasasının sosyal güvenlik hakkına ilişkin 61. maddesinde yer almıştır. Anayasada engellinin tanımı verilmemiş olmakla birlikte; engelli, "sosyal güvenlik bakımından Özel olarak korunması gerekenler" içerisinde yer almaktadır. Hukukumuzda, engellilere ilişkin birçok alanda düzenlemeler getiren ve "Engelliler Hakkında Kanun" olarak anılan 5378 sayılı Kanun, tıbbi değerlendirmelere göre belirlenen engellilik ölçütlerine başurmaktadır. Kanun'un "tanımlar" başlıklı 3. maddesine göre;

"Engelli: Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi ifade eder. Aynı tanım, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu (SHÇEK) Kanunu'nun 3. maddesinde de yer almaktadır. 5378 sayılı Kanun ile engelli, "eksikliklerine" göre tanımlanmış olmakla birlikte, söz konusu eksiklikleri giderme yolu olarak sosyal hizmet nitelikli edimlerin gösterilmiş olması olumludur.

Türk hukukunda engellilere yönelik sosyal yardımların başında, 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında 2022 sayılı Kanun uyarınca sağlanan aylıklar gelmektedir. 2022 sayılı Kanun, hak sahibi olarak "engelli"yi göstermiş; engellinin tanımını vermemiştir. "Engelli" tanımı, 2022 sayılı Kanun'un uygulanması için düzenlenen 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve

Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelikte yer almaktadır. Buna göre 2022 sayılı Kanun'un uygulanmasında;

Çalışma güçlerini % 40 ile % 69 arasında kaybedenler “engelli” olarak kabul edilir. Çalışma gücü kaybı oranı, tıbbi ölçütlere göre tespit edilmektedir.

Sonuç olarak Türk mevzuatında yer alan engelli tanımlarında, ağırlıklı olarak tıbbi ölçütlerle belirlenen çalışabilme kapasitesine ilişkin kavramlara başvurulduğu söylenebilecektir. Engelli bireye tanınan hakların, engel çeşidine ve düzeyine göre belirlenmesi ihtiyacı, hak sahibi engellileri tanımlarken tıbbi ölçütlere başvurma zorunluluğu doğurmaktadır. Bununla birlikte Türk mevzuatında, tıbbi ölçütlerin kullanılması, her zaman bu zorunluluğa dayanmamakta; tanınan hak ile kullanılan sınıflandırma ölçütü, tutarlılık göstermemektedir. Örneğin, rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanma bakımından, çalışma gücü kaybı oranına başvurularak hak sahipliğinin belirlenmesi ve belli bir oranın altında kalan engellilerin bu haktan mahrum bırakılması, düzenlemenin amacına aykırıdır. Aynı şekilde gelir garantisi sağlamaya yönelik sosyal yardım düzenlemelerinde, % 60'tan daha az oranda çalışma gücü kaybına sahip engellilerin kapsam dışı bırakılması, sosyal yardımın niteliğiyle uyumlu değildir. Zira engellilerin istihdam dışı kalmalarının ve gelir garantisine ihtiyaç duymalarının, tek ya da başta gelen sebebi, çalışma gücü kaybı değildir.

Bu kapsamda istihdam temelli yaklaşımlarla, düzenlemenin amacına aykırı olarak, kimi ihtiyaç sahiplerini kapsam dışı bırakan hukuki statüler yaratılması, bir hukuk politikasından çok ekonomik gerekçelerle, sağlanan sosyal hakların kapsamını daraltma ve düzeyini düşürme kaygısıyla açıklanabilecektir. Oysa engelli bireyin sosyal yardım ve sosyal hizmetler alanında hak kazanmasında, düzenlemenin cevap verdiği sorun ya da ihtiyacın tanımlanması ve hak kazanma şartı olarak tespit edilmesi önemlidir. Bu sebeple hak niteliğinde sosyal yardım ve sosyal hizmetlere ilişkin hukuki düzenlemelerde, kişilere yönelik engelli kavramının değil, sorunlara yönelik engel kavramının tanımlanması gerekmektedir.

3. Engellilerin Anayasal Hakları ve Kullanmalarını Zorlaştıran Nedenler

3.1 Engellilerin Anayasal Hakları

Engelli haklarının anayasalarda yer alması, devletin bu hakları teminat altına aldığı bir göstergesidir. Sadece engelli haklarını koruyan hükümler değil, diğer hak ve özgürlüklerle ilgili olan hükümler de engelliler için önem arz etmektedir.

Anayasalar bir ülke içerisindeki temel normlardır. Çıkarılacak diğer bütün kanun ve düzenleyici işlemler, anayasanın belirlediği ölçütler dâhilinde yasama geçirilirler. Yasama, yürütme ve yargı organları anayasaya aykırı hareket edemezler. Ayrıca devletin yapmak zorunda olduğu tüm faaliyetler de anayasada belirtilmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken iki husus karşımıza çıkmaktadır. Birincisi devletin anayasada belirtilen vazifeleri yapmak zorunda olduğudur. İkincisi ise devletin, faaliyetlerini gerçekleştirirken anayasada yer alan hükümlere aykırı davranmamasıdır. Anayasa, hem yol gösterici hem de koruyucu olmaktadır.

Bir hakkın anayasada tanınması demek, o hakkın ülke sınırlarında o andan itibaren kabul edilmiş ve teminat altına alınmış olduğunu gösterir. Ancak hakkın tanınması elbette ki yeterli olmamaktadır. Bu hakkı ve gereken uygulamaları hayata geçirecek faaliyetlerinde yerine getirilmesi gerekir. Bununla birlikte yine o hakkın ihlali durumunda devreye girecek olan koruma mekanizmalarının da bulunması şarttır. Aksi halde ilgili hak, kâğıt üzerinde tanınmış olmaktan öteye gidemeyecektir.

Kanaatimizce önemli olan nokta, hakların uygulamaya geçirilmesi ve korunması aşamasında, devletin üstlendiği etkin roldür. Bugün çoğu devletin anayasasındaki hükümler hemen hemen birbiri ile aynı veya çok benzer maddeler içermektedir. Uluslararası anlaşmalar, uluslararası örgütlerin faaliyetleri ve toplumlar arasındaki etkileşimler nedeniyle dünya toplumları, birçok konuda birbirine yaklaşır hale gelmiştir. Ancak anayasalar birbirine benzer olsa da uygulamalar çok farklı olmaktadır. Konumuz olan engelliler bu duruma güzel bir örnek teşkil etmektedir. Engellilerin korunması anayasalarda yer almasına rağmen, bazı ülkelerde engelliler (örneğin tekerlekli sandalye kullananlar), yapılan çevresel

düzenlemelerle sokaklarda kendi başlarına dolaşabilmekte, buna karşın bazı ülkelerde ise uygulamalardaki yetersizlikler nedeniyle kendi evlerinden dışarıya dahi çıkamamaktadırlar.

Anayasada öngörülen hakların yaşama geçirilmesi, idare teşkilatının faaliyetleri ile olacaktır. Aksi halde bu haklar, teşkilatın organlarıyla halka ulaştırılmadığı sürece etkisiz kalacaktır. Yerinden yönetim kuruluşları, görevli oldukları coğrafi bölge veya hizmetle ilgili oldukları alanda gereken tedbirleri alırken; merkezi idare de tüm ülkeye yayılmış olan teşkilat ağıyla hizmetlerin bütün bireylere ulaşmasını sağlayacaktır.

Dikkat edilmesi gereken bir nokta da temel haklar konusundadır. Temel haklar anayasalarda yer almasına ve korunmasına rağmen “devlet tarafından yaratılmış değillerdir, onun tanınmasına gereksinimleri yoktur ve onun tarafından kesinlikle ortadan kaldırılamazlar”. Temel haklar “sadece yasa dışı baskılara değil devlet yasalarının baskısına karşı da özgürlüğü garantilerler”^[4].

Kişiler toplumun kendilerini engelli olarak dışlaması sonucu temel haklarından yeterli ölçüde yararlanamayabilirler. Her ne kadar bu haklara doğuştan sahip olsalar bile; bir hakka sahip olmak onun kullanılabilirliğini de beraberinde getirmemektedir. Gerekli hukuki ve fiziksel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. En temel hak olan yaşama hakkını ele alalım. Bizler yaşama hakkına sahip olduğumuz için biyolojik olarak yaşamıyoruz; kişiler veya olaylar hayatımıza son vermediği için yaşamaktayız. İşte birilerinin veya olayların hayatımızı sona erdirmeye tehlikesine karşı bireyleri korumak devletin görevi olmaktadır. Ceza yasaları, kolluk kuvvetleri gibi mekanizmalar bu hakkın çiğnenmesini engellemektedir.

Anayasalarda engellilere yönelik hiçbir hüküm bulunmasa bile devlet; engellileri korumak, gözetmek, eğitmek ve gereken tedbirleri almak zorundadır. Çünkü devletin varoluş nedenlerinden bir tanesi kamuya hizmet etmektir. Bu hizmetin içinde, hizmetin türüne ve bu hizmetin ulaşacağı kişilere göre ayarlamalar yapmak da dâhildir.

Devletin bu görevlerinin anayasada yer alması, hizmetin daha belirgin bir şekilde ve aynı zamanda farklı yorumlara yer vermeksizin, hizmetin hızla yerine getirilmesi için önem taşır. Ayrıca bu türden hükümlerin anayasada

yer alması, anayasanın hiyerarşik olarak altında bulunan kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi normların yapıları yön vereceği için ayrı bir önemi de haizdir.

Anayasa, tüm bireyleri ve idareyi kapsadığı için bütün düzenlemeler, bir “birey” olarak engellileri de ilgilendirmektedir. Ancak bazı düzenlemeler doğrudan engellilerin hukuki ve sosyal yaşamlarına ilişkin anayasal hükümlerdir. Engellilere doğrudan işaret eden hükümleri üç başlık altında görmekteyiz.

Eğitim-Öğretim Hakkı ve Engelliler: Anayasanın Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi’ni düzenleyen 42. Maddesine göre “Hiç kimse eğitim-öğrenim hakkından mahrum bırakılamaz”. Bu madde bütün bireylerin eğitim-öğrenim hakkından yararlanacağını göstermektedir. Ancak kişilere eğitim ve öğrenim hakkını yalnızca tanımak yeterli olmayacaktır, bunların kullanabilmesini sağlamak da gereklidir.

Engelli bireylerin belli bir bölümü Özel Eğitime ihtiyaçları varken belli bir bölümü normal koşullarda eğitimlerine devam etmektedirler. Bütün engelli bireylerin özel eğitime ihtiyacı yoktur.

Özel eğitime ihtiyacı olan engelli bireyler kadar Özel eğitime ihtiyacı olmayan engelli bireylerin de korunması gerekir.

Engellilerin eğitim haklarıyla ilgili bir düzenleme 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 15. maddesinde yer almaktadır^[5]. Maddede yer alan “bütünleştirilmiş ortam” kavramı kanaatimizce son derece önemlidir. Engellilere yönelik eğitimin, engelli olmayan öğrencilerle birlikte verilmesi (özel engel grupları hariç olmak üzere) hem engelliler hem de toplum için son derece yararlı ve gereklidir. Bir yandan toplum engellilere alışırken diğer yandan da engelliler topluma adapte olacaklardır. Toplumun engellilere alışması uzun vadede, engelli kişilerin ihtiyaçlarının neler olduğu hususunda toplumu bilinçlendirecektir. Engelli arkadaşlara sahip olan kimseler, gerek iş bölümü yaparken gerekse bir faaliyette bulunurken engeli olan kimseleri dikkate almayı öğreneceklerdir.

Özel Eğitim: Türkiye’de özel eğitim ilk olarak üstün zekâlı ve üstün özel yetenekli çocukların eğitimi ile başlamış; 1365 yılında II. Murat döneminde

kurulan İç Oğlanların Şehzade Okulu, daha sonra Fatih Sultan Mehmet döneminde kurulan Enderun Mektebinin bir nüvesi olmuştur. Enderun Mektebi, üstün zekâlı ve üstün özel yetenekli çocukların yetiştirildiği ilk örgün eğitim kurumudur^[6].

Günümüzde bazı engellilerin, engelsiz öğrencilere göre düzenlenmiş eğitim sisteminden faydalanması olası değildir. Özel eğitim sistemiyle eğitim ve öğrenimde bulunmaları gerekir. Nitekim Anayasanın 42. Maddesinin devamında “Devlet durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır” şeklinde bir düzenleme getirilerek özel eğitim de hüküm altına alınmıştır.

Özel eğitimle ilgili olan hükümle ilgili olarak eleştirmek istediğimiz bir nokta mevcuttur. Cümle içerisindeki bakış açısının “topluma yararlı olmak açısından” değil de “engelsizlerle eşit imkânlara sahip olmak”, “refah içinde yaşamak” veya “kendi hayatını devam ettirebilmek” şeklinde olması daha yerinde olurdu. Zira cümlenin tersinden (mefhum–u muhalifinden) özel eğitime ihtiyacı olan kimselerin bu eğitimi almamaları halinde topluma yararlı olmayan bireyler oldukları gibi bir sonuç çıkmaktadır. Kaldı ki yukarıda belirttiğimiz gibi devlet, özel eğitime ihtiyacı olanları zaten korumak ve eğitmek zorundadır. Zira eğitim bir hizmettir ve devletin de bu hizmeti vermesi gereklidir. Bu zorunluluğu yerine getirirken de haliyle değişik insan gruplarının özelliklerini dikkate alarak koruma ve eğitim vazifesini ifa edecektir.

573 sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. Maddesine göre:

- Özel eğitim gerektiren kişi, farklı sebeplerle, kişisel özellikleri ve eğitim yeterlilikleri bakımından yaşlarından beklenen seviyeden anlamlı farklılık gösteren kişiyi,
- “Özel eğitim, özel eğitim gerektiren kişilerin eğitim ihtiyaçlarını gidermek için özel olarak eğitim almış personel, geliştirilmiş eğitim programları ve metotlarıyla onların engel ve özelliklerine uygun ortamlarda sürdürülen eğitimi” ifade etmektedir.

Özel eğitim hizmetleri Milli Eğitim Bakanlığı ve Bu bakanlığa Bağlı Özel eğitim, Rehberlik ve Danışma Hizmetleri Genel Müdürlüğünce yürütülmektedir.

Özel eğitim alacak olan bireylerin eğitim masraflarının, her sene bütçe uygulama talimatında belirlenen miktarı, Milli Eğitim Bakanlığı Bütçesine konulan ödenekten karşılanmaktadır^[7].

Üniversite Öğreniminde Engelliler: İsteyen engelli bireyler, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezinin düzenlediği üniversitelere giriş sınavlarında, engel durumlarına göre özel olarak sınava tabi tutulmaktadır. Bu durum zorunlu olmayıp isteğe bağlıdır.

Üniversite öğrencisi olan engelliler için Yükseköğretim Kurumları Özürlüler Danışma ve Koordinasyon Yönetmeliği'nin^[8] 1. Maddesinde “ Yüksek öğrenim gören engelli öğrencilerin, Öğrenim yaşantılarını kolay duruma getirebilmek için gerekli önlemleri almak ve bunlarla ilgili düzenlemeleri yapmak üzere, Yükseköğretim Kurulu Engelli Öğrenciler Komisyonu, Engelli Öğrenciler Danışma ve Koordinasyon Birimi, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Engelli Öğrenciler Danışma ve Koordinasyon Birimi ile yükseköğretim kurumları bünyesinde oluşturulacak engellilerle ilgili birimlerin” oluşturacağı düzenlenmiştir.

Çalışma Hakkı ve Engelliler: Engellileri ilgilendiren bir başka hüküm de Anayasanın 50. Maddesinde düzenlenen “ Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı”dır. Buna göre: “Hiç kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.”^[9] Burada geçen “gücüne uymayan” kavramı çok geniş kapsamlı anlamlar ihtiva etmesine rağmen, bu kapsam içine engellilerin de sokulabileceği kanaatindeyiz.

Bedenî ve ruhî yetersizlik betimlemesi ise son derece olumlu olup, çalışma şartları açısından engelli olmanın kesinliğine (mutlak olmasına) zorunluluk bırakmamaktadır. Başka bir deyişle fıkra, engellileri kapsamakla beraber, geçici olarak bedenî veya ruhî yetersizlik durumunda olanları da düzenleme alanı içine almaktadır.

Sosyal Güvenlik Hakkı ve Engelliler: Sosyal güvenlik: insanın yarınından emin olmak ihtiyacının bir ifadesidir. Sosyal güvenlik; hem sosyal, ekonomik ve fiziki öğeler hem de güven hissi, umut ve fırsat eşitliği gibi ruhsal öğeleri de kapsamaktadır [10].

Sosyal güvenlik sistemi, sosyal sigortalar ve sosyal yardımlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Sosyal sigortalar mesleki, fizyolojik ve sosyo-ekonomik tehlikelerde ötürü geliri devamlı olarak azalan bireylerin geçimini ve yaşama ihtiyacını gideren, devlet güvencesine dayalı zorunlu sistemdir. Sosyal yardımlar ise, sosyal sigortaların kapsayamadığı grupları ya da sosyal sigortalara sahip olup korunamayanları farklı toplumsal tehlikelere karşı korumaktadır^[10].

Sosyal güvenlik hakkı engelliler bakımından son derece önemli haklardan bir tanesidir. Türkiye’de ortopedik, görme, işitme, dil ve konuşmayla zihni engelli olanların %47.55’i, kronik hastalığı olanların ise %63.67’si sosyal güvenliğe sahiptir^[11]. Bu araştırmaya göre neredeyse engellilerin yarısının sosyal güvenliği bulunmamaktadır.

Anayasa’nın 61. Maddesi “Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” başlığı ile engellilerin sosyal güvenlik haklarını düzenlemiştir. Bu maddeye göre: “Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır. Yaşlılar, Devletçe korunur, Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.”

Anayasa’nın 61. maddesinin ikinci fıkrası doğrudan engellilere yöneliktir. Bu hüküm, bütün olarak engellileri içine alır. Engellilerin korunmasını ve toplum hayatına intibaklarının sağlanmasını devletin yerine getirmek zorunda olduğunu göstermektedir.

Hemen belirtelim ki, maddedeki “sakat” kelimesinin, hiç değilse “engelli” kelimesi ile değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Anayasa’nın 61. maddesi ne yazık ki engellilere karşı yapılan ayrımcılıkla ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Her ne kadar Anayasanın 10. Maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu kabul edilse de bu düzenlemeler, engelli ayrımcılığını ortadan kaldırmakta yetersiz kalmaktadır.

Yukarıda saymaya çalıştığımız maddeler içinde engellilerin adının geçtiği, bir bakıma doğrudan engellilerin sosyal yaşamlarıyla ilgili maddelerdir. İçinde engel, özür, sakatlık gibi kelimeleri barındırmasa bile yine doğrudan engellileri ilgilendiren anayasa hükümleri de mevcuttur. Bunlardan en önemlisi kanaatimizce Anayasanın 5.maddesidir. Anayasa'nın 5. maddesine göre: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milleti'nin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

Maddeye göre devletin görevlerinden bir tanesi de kişinin temel hak ve hürriyetlerine yönelik engelleri kaldırmaktır. Kanaatimizce bu maddenin önemi, engellilere yönelik olan uygulamaların, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinden yola çıkarak değerlendirilmesidir. Engellilerin yaşamını hukuken veya fiziken zorlaştıracak engeller koymak veya bu engelleri kaldırmamak temel hak ve hürriyetlere karşı bir ihlal olacaktır. Maddenin devamında yer alan maddi ve manevi varlığın gelişmesini sağlamak da devletin amacı ve görevidir.

Yukarıdaki maddeler çerçevesinde değerlendirdiğimizde devletin bir başka görevi de Toplum Temelli Rehabilitasyon denen stratejinin gelişmesi ve yaygınlaşması için faaliyetlerde bulunmaktır. 1994 yılında yayınlanan Birleşmiş Milletler Ortak Bildirisine göre Toplum Temelli Rehabilitasyon, “Tüm engelli bireylerin rehabilitasyonu, eşit haklardan yararlanması ve sosyal hayata uyum sağlaması için toplumun bilinçlendirilmesini sağlayacak bir stratejidir. Bu stratejinin hayata geçirilmesi için engellinin kendisinin, ailelerin ve sivil toplum örgütlerinin ortak çabası gerekmekte ve bu ortak çabanın gerçekleşmesi için uygun sağlık, eğitim, mesleki ve sosyal servislerin kurulması gerekmektedir ^[12].”

Toplum Temelli Rehabilitasyonun yaşatılması için en önemli rol hükümete düşmekte, Toplum Temelli Rehabilitasyonun tüm toplumu kapsaması ve sürdürülebilirliğinin sağlanması için Devletin işbirliği, desteği ve katılımı gerekmektedir ^[12].

Kanaatimizce devletin hem bir devlet olarak hem de sosyal devlet ilkesini kabul etmiş bir devlet olarak Toplum Temelli Rehabilitasyon stratejisinin programlar aracılığıyla hayata geçirilmesinde plânlamalar yapması gerekir. Destek ise çok yönlüdür. Parasal destekten iş birliği sağlama faaliyetine kadar bütün alanlarda ve konularda devletin aktif rol alması gerekmektedir.

Rehabilitasyon engelliler için önemli bir olgudur. Rehabilitasyon “engelli kişinin fizyolojik, anatomik ve çevresel limitasyonları içerisinde mümkün olabilen en üst fonksiyonel, psikososyal ve mesleki bağımsızlığa ulaştırılması olarak” tanımlanabilir. Rehabilitasyon faaliyeti; Tıbbi Rehabilitasyon, Mesleki Rehabilitasyon ve Sosyal Rehabilitasyon olmak üzere üç aşamada gerçekleşir^[13].

Tıbbi Rehabilitasyon engellinin fiziksel kapasitesinin geliştirilmesi; Sosyal Rehabilitasyon çevresel, sosyal ve kültürel alanlarda çalışmalar yapılması; Mesleki Rehabilitasyon ise engellilerin çalışma, istihdam ve ekonomik yaşamlarıyla ilgili olan faaliyetleri kapsamaktadır [13].

Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti: Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti, Anayasanın 23. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede herkesin yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğu ve ayrıca bunların sınırlandırılma şartları belirtilmiştir.

Yerleşme ve seyahat hürriyeti, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de yer almaktadır. Beyannamenin 13. maddesine göre:

1. “Herkesin bir devletin toprakları üzerinde serbestçe dolaşma ve oturma hakkı vardır.
2. Herkes, kendi ülkesi de dâhil olmak üzere, herhangi bir ülkeden ayrılmak ve ülkesine yeniden dönmek hakkına sahiptir.”
3. Bu hürriyetleri olumsuz etkileyen faktörlerden ilk akla gelen genelde insan unsuru olmaktadır. Örneğin, bir şahsın başka bir şehre gitmek üzere yola çıkması ve yolculuğunun bir kişi tarafından engellenmesi halinde seyahat hürriyeti ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca söz konusu ihlal, ceza kanununa göre de suç sayılacaktır^[14].

Kişinin yerleşme ve seyahat hürriyetini engelleyen insan dışı faktörler de olabilir. Örneğin, Anayasada korunan yerleşme ve seyahat hürriyetini engelleyen bir kanun veya düzenleyici işlem bu hakkın kullanılmasını

zorlaştırabilir. Böyle bir durumda ilgili kanun veya düzenleyici işlemler, yargı yoluyla ortadan kaldırılacaktır. Konumuz açısından ele aldığımızda, idarenin sorumluluğunu gündeme getiren bazı faaliyetler de yerleşme ve seyahat hürriyetini engelleyebilir.

Anayasa ve diğer mevzuatta gösterilen görevlerin idarece yapılmaması, eksik yapılması veya hizmet sunumunda gereken özenin gösterilmemesi gibi durumlarda kişilerin ve/veya engellilerin yerleşme ve seyahat hürriyetleri kısıtlanabilir.

Anayasada, uluslararası anlaşmalarda, birçok kanunda ve düzenleyici işlemlerde engellilerin hayatını kolaylaştıracak düzenlemelerin yapılması öngörülmüştür ve idarenin bu faaliyetleri gerçekleştirmemesi veya eksik gerçekleştirmesi kanaatimizce hizmet kusurunu gündeme getirmektedir. Engelli bireyler idarenin bu kusurundan dolayı hareket yeteneklerini kullanamıyorlar ise seyahat ve yerleşme özgürlüklerine zarar verilmiş demektir. Çünkü gerekli fiziksel düzenlemeler olmadan engellilerin cadde ve sokaklarda, kamuya açık alanlarda hareket etmeleri oldukça güçtür.

Anayasanın 5. Maddesinde de belirtildiği gibi, yerleşme ve seyahat hürriyeti de temel hak ve hürriyetlerden olduğundan bu hürriyetin kullanılmasını güçleştiren ya da imkânsız duruma getiren engellerin de ortadan kaldırılması gerekir.

Kanaatimizce çevresel düzenlemelerin yetersiz olması, sosyal engele neden olan faktörlerden bir tanesidir. İnsanın sosyalleşebilmesi için her alanda toplum içine çıkabilmesi gerekir. Bunun şartı ise sağlıklı ve düzenli bir çevredir. İnsanların sosyal yaşama dâhil oldukları yerler, çoğunlukla ev dışında yer alan işyerleri, eğlence mekânları, kültürel mekânlar gibi mekânlardır.

Anayasa'nın 61. maddesinde düzenlenen "Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır" hükmünde, maddede yer alan toplum hayatına intibakın sağlanması için, biraz önce belirttiğimiz gibi kişileri toplumsal mekânlara ulaştırmayı kolaylaştıran fiziki düzenlemelerin de yapılması gerekir. Bu nedenlerden dolayı, engelliler açısından yerleşme ve seyahat hürriyeti salt bir noktadan başka bir noktaya hareket etmek değildir. Sosyalleşme, sosyal yaşama intibak, çalışmak gibi olguları ve bunların olumlu psikolojik sonuçlarını (mutlu

olmak, kendi hayatını devam ettirebilmek vb.) sağlamaya yarayan bir hürriyettir.

Anayasal hakların getirisi olarak engellilere ilişkin kamusal hizmetlerin kullanımına ilişkin belli başlı haklardan da bahsetmek mümkündür.

Devletin bireylere sunduğu hizmetlerin büyük bir kısmı teknik anlamda kamu hizmeti kavramının içerisinde yer almaktadır. Kamu hizmetinin ne anlama geldiğini bilmek konumuz açısından önemlidir.

Engelliler Açısından Kamu Hizmeti Kavramı: Kamu hizmeti kavramı çok yönlü ve tanımlaması zor bir kavramdır. Çalışmamızda kamu hizmetinin anlamı ve özelliklerini detaylı olarak incelemek yerine engelli haklarının kamu hizmetleri içerisindeki yerini tartışmayı uygun görmekteyiz.

Kamu hizmeti, siyasi makamlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen bir faaliyetin, bir kamu kuruluşunca görülmesi veya kamu kuruluşunun denetimi ve gözetimi altında özel sektöre gördürülmesidir [15, 16, 17, 18, 19, 20, 21]. Kısaca kamu hizmeti, bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında özel kişi tarafından kamuya sağlanan hizmetlerdir [22].

Kamu hizmetinin organik, maddi ve şekli tanımları yapılmaktadır. Ayrıca bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığının belirlenmesinde de çeşitli görüşler ortaya atılmıştır [23].

Konumuz açısından önemli olan kamu hizmetinin niteliğinin saptanması değil, herhangi bir görüş doğrultusunda oluşmuş bir kamu hizmetinde engelli haklarının durumudur. Bu çerçevede kanaatimizce, engellilerin kamu hizmetlerinden yararlanmasının, kamu hizmetinin niteliğiyle de bir ilgisi bulunmamaktadır.

Kamu hizmeti kavramı ile engellilere sunulan diğer sosyal hizmetler birbirine karıştırılmamalıdır. Hizmet alanları bazı hallerde çakışmasına rağmen bu iki kavram birbirinden farklıdır. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununa göre “Sosyal Hizmetler; kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunluklarının giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına, sosyal sorunlarının önlenmesi

ve çözümlenmesine yardımcı olunmasını ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini amaçlayan sistemli ve programlı hizmetler bütünü” olarak tanımlanmıştır. Kamu hizmetinde ise faaliyetin kamuya yararlı herhangi bir faaliyet olması yeterli olup; ayrıca maddi, manevi veya sosyal yoksunluğun mevcut olmasına gerek yoktur. Ancak bir sosyal hizmetin, bir kamu hizmeti olarak devlet tarafından görülmesi veya özel sektöre gördürülmesi mümkündür.

Engellilere yönelik olan faaliyetlerin kamu hizmeti kavramı içinde yer alması, bu faaliyetlerin hukuki açıdan sağlam temellere oturmasına ve bir doktrin etrafında gelişmesine yardımcı olacaktır. Teknik anlamda kamu hizmeti, halka yapılan bütün hizmetler anlamına gelmemektedir. Aksi halde halka yararı olan her hizmet kamuya hizmettir şeklinde bir yaklaşım bizi bütün hizmetlerin birer kamu hizmeti olduğu gibi bir sonuca götürecektir.

Verilen bir hizmetin kamu hizmeti olarak sayılabilmesi için: “hizmetin kamu yararına olması ve kamu için yapılması”, “verilen hizmetin kamu kuruluş veya ilgili kamu kuruluşunun denetiminde denetleyiciler tarafından yapılması gerekmektedir”^[22].

Kamu hizmetleri genel olarak idari (yönetmel) kamu hizmetleri, iktisadi kamu hizmetleri, sosyal kamu hizmetleri ve bilimsel, teknik ve kültürel kamu hizmetleri olarak dört grupta toplanmaktadır^[22, 23]. İlk bakışta engelliler açısından sosyal kamu hizmetleri daha fazla önem taşıyor gibi görünse de esasen tüm kamu hizmetleri engelliler açısından aynı öneme sahiptir. Engellilerin sorunu sosyal kamu hizmetlerinden faydalanamamak değil; tüm kamu hizmetlerinden yararlanabilecek alt yapıya sahip olabilmektir. Örneğin, Devlet Opera ve Balesi, kültürel anlamda kamu hizmeti vermektedir. Ancak engellilerin tiyatro salonlarına erişimleri sağlanmazsa engelliler, bu hizmetten mahrum kalacaklardır. Oysaki kültürel kamu hizmeti verme faaliyetinin içerisinde, tiyatro müstemilatında yer alan erişim imkânlarının da dâhil olması gerekir. Görüldüğü gibi sadece sahnede bir tiyatro oyununun oynanması, kültürel bir kamu hizmetinin tamamlanması açısından yeterli değildir. Bu kültürel faaliyetin kitlelere ulaştırılması da görülen kamu hizmetinin bir parçası olarak algılanmalıdır.

Kamu Hizmeti Genel İlkelerinin Engellilerin Hizmetlerinden Yararlanmaları Açısından Durumu: Kamu hizmetlerinin genel ilkeleri de

engelliler açısından önem arz etmektedir. Kamu hizmetleri; sürekli olma, değişken olma, nesnel ve eşit olma ve en son olarak bedelsiz olma şeklinde dört temel ilkeye sahiptir ^[17, 18, 24, 25, 26].

Sürekli Olma (Süreklilik İlkesi): Kamu hizmetleri toplumun ortak ihtiyaçlarını karşıladıkları için sürekli ve düzenli olarak görülmeleri gerekmektedir ^[23]. Ancak bu süreklilik yani hizmetlerin kesintiye uğramadan görülmesi anlayışı, hizmetlerin gece-gündüz görülmesi anlamında değildir ^[23]. Amaç sürekliliğin sağlanmasıdır. Kamu hizmetlerinde grev yasağı veya görevi sona eren kamu görevlisinin yerine yenisi göreve başlayana kadar görevine devam etmesi gibi uygulamalar, Devamlılık ilkesi olarak da adlandırılan bu ilke sonucudur ^[21].

Bu ilkenin engelliler açısından önemi, özellikle bakıma muhtaç engellilere verilen bakım hizmetlerinde sürekliliğin bozulmamasının sağlanmasıdır.

Değişken Olma (Değişkenlik İlkesi): Bu ilke “kamu hizmetinin değişen koşullara ve kamunun ihtiyaçlarına uyumlu bir şekilde görülmesi, teknolojik gelişmelerin dikkate alınması, hizmetin nicelik ve nitelik olarak geliştirilmesini” ifade etmektedir ^[23]. Bu nedenle, ilkenin engelliler açısından önemi büyüktür.

Teknolojik gelişmeler bazen engellilerce bizzat kullanılmaktadır (konuşan saatler, elektronik protezler gibi). Bazı durumlarda da teknolojik gelişmeler dış dünyada uygulanmak suretiyle engellilerin yaşamına girmektedir (asansörlü yaya geçitleri, hidrolik kaldırıcısı bulunan ve aşağı-yukarı inip çıkabilen otobüs modelleri gibi).

Teknoloji hayatın her alanında bulunduğuna göre, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında da böyle teknolojik yeniliklere ihtiyacımız vardır. Bu tür gelişmelerin kamu hizmetlerinde uygulanması engellilerin sosyal yaşamla bütünleşmeleri ve hizmetten tam olarak yararlanması açısından gereklidir. Bir kamu hizmeti teknolojik olarak geliştirilirken, engellilere yönelik adaptasyonlarla birlikte hayata geçirilmelidir.

Nesnel ve Eşit Olma (Hizmetten Herkesin Eşitçe Faydalanabilmesi İlkesi): İdare kamu hizmetlerini yürütürken nesnel ve tarafsız hareket etmek zorundadır ^[17]. Kişiler, kamu hizmetlerinden yararlanma ve bu

hizmetlere katılma açısından eşit konumdadırlar. Bu ilke, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin bir yansımasıdır^[21].

Bu ilke de konumuz açısından oldukça önemlidir. Kamu hizmetlerinden herkesin eşit olarak faydalanabilmesi engellilerin de bu haklardan diğer insanlarla eşit olarak yararlanacağı anlamına gelmektedir. Ancak ne yazık ki, hizmet sunumundaki düzensizlikler ve yetersizlikler nedeniyle engelliler, kamu hizmetlerinden her zaman etkin bir biçimde yararlanamamaktadırlar. Özellikle hizmetlerin sunumunda engellilerin erişimini sağlayacak alt yapının eksik olması nedeniyle engelliler, engelsizlerle eşit durumda olamamaktadırlar. Ulaşım, sağlık, kültürel ve sanatsal hizmetler gibi alanlarda verilen birçok hizmetten engelliler ya hiç yararlanamamakta veya yararlanırken eziyet çekmektedirler. Bu nedenle, kamu hizmetlerinden engellilerin de diğer insanlarla eşit biçimde yararlanabilmesi için, hizmetlerin niteliklerinde düzenlemeler yapılmalıdır.

Bedelsiz Olma (Uygun Bedel İlkesi): İdarenin kamu hizmetlerini görme amacı, özel kişilerin özel kâr ve menfaat sağlama amacının aksine, toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması ve kamu yararının gerçekleştirilmesidir^[23].

Bu noktada engellileri hedef alan kamusal hizmetler ile diğer tüm kamu hizmetlerinde “toplumsal ihtiyaç karşılama ve kamu yararı sağlama” ilkesi nedeniyle dar gelimli ve çalışmayan engellilerin hizmetten yararlanmalarında bir takım kolaylıklar sağlanmalıdır. Her ne kadar kamu hizmetinin özelliklerinden bir tanesi de bu hizmetlerin bedelsiz olması ilkesi olsa da; günümüzde hizmetlerin çoğalmasından dolayı parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünün o hizmetten yararlanmayanlara yüklenmesini önlemek amacıyla, hizmetten yararlananlardan katılma payı alınmaktadır^[17, 23].

Bu uygulamada engelliler için bazı ayrıcalıkların olması gerektiği kanaatindeyiz. Engelsiz bir kimse, bedel ödemek istemediği için belli bir kamu hizmetinden yararlanmak hakkından vazgeçebilir. Buna karşılık bazı kamu hizmetleri engelliler için zaruridir ve mutlaka bu hizmetlerden yararlanmaları gerekmektedir. Bu kamu hizmetlerinden yararlandıkları kesin olduğu için engellilerden, katılma payının çok düşük alınması veya

alınmaması düşünülebilir. Nasıl ki milli güvenlik ve eğitim hizmetlerinden herkes eşit olarak faydalanmakta ve bu hizmetler bedelsiz ise; bazı kamu hizmeti türleri de engellilerin tamamının yararlanmak zorunda oldukları kamu hizmetleridir. Bu konuya sağlık ve ulaşım hizmetlerini örnek gösterebiliriz.

Engellilere Verilen Hizmetin Kamu Hizmeti Niteliği: Engellilere verilen kamu hizmetinin “kamu hizmeti olma” niteliği, salt engelli oldukları için yapılmasından kaynaklanmamaktadır.

Engellilerin yaşamasını kolaylaştıracak imkânların sağlanması ve hayat şartlarını zorlaştıracı sorunların giderilmesi toplumsal bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyacın tatmin edilmesi gereklidir. Ancak burada ilk göze çarpan bu hizmetlere toplumun değil, sadece engellilerin ihtiyacı olduğudur. Burada engellilerin toplumdan ayrıksı bir grup da olduğu düşünülebilir. Fakat kanaatimizce farklı kitlelere ayrı hizmetler götürülmesi toplum içinde ayrıksı grupların olduğu anlamına gelmez. Örneğin toplu taşımacılık bir kamu hizmetidir. Buna karşılık özel aracı olan veya yürümeyi tercih eden insanların da olduğu bir toplumda toplu taşımaya ihtiyacı olan insanlara ayrıksı grup demek nasıl yanlış olacaksa, engelli olmayanlar arasında yaşayan engellilere hizmet sunulması da aynı nedenle engellileri ayrıksı grup yapmaz. Başka bir deyişle her kamu hizmetinin toplumun bütün fertleri için aynı oranda ve aynı zamanda geçerli olması gerekliliği gibi bir zorunluluk yoktur. Milli savunma veya çöplerin toplanması toplum içindeki her bireyi ilgilendirir. Buna rağmen engellisine sahip çıkan toplum bilincine ulaşmak isteyen engelsizlerin de gelişmiş bir toplumda yaşama arzularının gerçekleşmesi açısından engellilere yönelik faaliyetlerden dolayı ve manevi bir tatmin duymaları, bizi bu faaliyetlerin tüm toplumu ilgilendirdiği gibi bir sonuca da götürebilir.

Kanaatimizce engelliler düşünülerek, yani unutulmadan kamu hizmeti görülmesi, zaten genel hizmetin bir parçası olarak kabul edilmelidir. Örneğin, toplu taşımacılık engelsizler için ayrı, engelliler için ayrı bir kamusal hizmettir demek yerine, toplu taşıma hizmetini tek bir hizmet sayıp, engellilerin hareketini kolaylaştıracı faaliyetlerin de zaten bu bir olan hizmetin içine dâhil olduğunu düşünebiliriz. Ancak böyle düşündüğümüz

zaman devletin engellilere yönelik verdiği imtiyazları bazı hallerde kırmış oluruz. Çünkü engelliye bazı konularda özel olarak hizmet verilmesi zarurî olmaktadır. Engelsize verilen hizmete engelliye dâhil edersek, engellilerin imtiyazlı haklarına az da olsa gölge düşürmüş oluruz.

Engellilerle yapılan hizmetleri ayırmadan doğrudan kamu hizmetinin içerisinde görmek, toplumda ve idarede, oturmuş bir “engelli insan” bilincine ihtiyaç duyar. Hizmetler sunulurken engellilerin unutulmaması gerektiğinin bilinci, idareye nitekim 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 14. Maddesinde “Belediye hizmetleri, vatandaşlara en yakın yerlerde ve en uygun yöntemlerle sunulur. Hizmet sunumunda engelli, yaşlı, düşkün ve dar gelirlilerin durumuna uygun yöntemler uygulanır” şeklinde bir düzenleme getirilerek, yapılacak tüm hizmetlerde engellilerin unutulmaması gerektiğine işaret edilmiştir.

Ulaşım araçlarının engellilere uygun hale getirilmesi ayrı bir hizmet değil, herkes için geçerli olan normal ulaşım hizmetinin içinde yer alan bir faaliyettir. Başka bir deyişle engelliye kolaylık sağlayan uygulamalar asıl hizmet olan ulaşım hizmetinin içinde kalmaktadır. Buna karşılık genç ve yetişkin engelliler için bölgenin işgücü piyasasına uygun olan mesleklerde, meslek ve beceri kazandırma kursları, iş eğitim merkezleri ve yaşam evleri açmak, başlı başına engellilere verilen özel hizmetlerdir.

Engellilere yönelik hizmetlerin görülmesi devletin tekelinde değildir. Özel sektör de bu türden hizmetler görebilir. Buna karşılık devletin engellilere yönelik hizmetler sunması mecburidir. Başka bir deyişle devlet, bu görevini kısmen dahi özel sektöre devrederek yükümlülükten kurtulamaz. Bu çerçevede örneğin hizmeti devretse dahi bedelini karşılamak zorundadır. Özel sektörün amacı kâr etmek olduğu için engelliye bedel almadan himaye etmesi mümkün değildir. Bu nedenle aynı eğitim hizmetinde olduğu gibi devlet ile özel sektör aynı anda faaliyet gösterebilirler. Buna karşılık devletin engellilere yönelik bir hizmeti topyekûn özel sektöre bırakılmasının, engelli haklarını zedeleyeceği açıktır. Böyle bir durum, Anayasanın 61. maddesinde yer alan “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır” hükmüne de aykırı olur.

Kanaatimize göre, engellilere yönelik olan hizmetlerin ücretsiz olarak verilmesi gereklidir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti'nin kabul ettiği “Avrupa Kentsel Şartı”, engellilerin bir mesleğe yönlendirilmesi, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanmalarının sağlanması ve özürülülerin geliştirilmesi ve bu hizmetlerin ücretsiz olarak özürülülere sunulmasını öngörmektedir ^[13]. Bu kıstas, sadece çalışma hakkı ile sınırlı kalmamalı, diğer alanlarda da uygulama alanı bulmalıdır.

Engellilere Yönelik Hizmetlerin Yerine Getirilmesinde İdarenin Sorumluluğu: Anayasanın 125. maddesine göre “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” ve “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür”. Engelliler hem bir birey hem de kendileriyle ilgili olarak bir “engelli birey” olarak idarenin sorumluluğuyla ilgili hukuki mekanizmaları harekete geçirebilirler.

Bilindiği gibi idarenin sorumluluğu, kusur sorumluluğu (kusurlu sorumluluk) ve kusursuz (objektif) sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Kusur sorumluluğu, “idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür” ^[27]. Bu durumda idarenin bir fiilden sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gereklidir ki bu kusura, “hizmet kusuru” adı verilir. İdarenin sorumluluğu hususundaki kusur anlayışı, “kişilerde aranan sübjektif mahiyetteki kusur olmayıp kişilerin dışında kalan ve her kamu hizmetinin kuruluşu ve işleyişi ile ilgili, objektif bir şekil ve mahiyette olan bir kusurdur” ^[28]. Kusursuz sorumlulukta ise “idarenin kusursuz eylem ve işlemlerinden doğan zararları bazı durumlarda tazmin etmesi yükümlülüğü” söz konusudur ^[21]. Kusursuz sorumlulukta “idarenin işlem ve eylemi dolayısıyla kendisine veya ajanlarına yüklenmesi mümkün bir kusur olmamasına rağmen, ortaya çıkan zararın idarece tazmin edilmesidir” ^[28]. Başka bir ifadeyle idarenin kusuruna bakmaksızın, faaliyetin niteliğini esas alarak idareyi bu faaliyetinden dolayı sorumlu olarak kabul etmekteyiz.

Hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi şeklinde karşımıza çıkan hizmet kusuru, “idarenin hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini yerine getirmemesindeki nesnel ve anonim nitelikteki kusuru” dur ^[23, 29]. Kusurun anonim olması, hizmet kusurunun belli bir ya da birkaç kamu ajanının tutum ve davranışına mal edilememesi, onlara atıf ve izafe

olunamaması anlamına gelmektedir [29]. “Hizmet kusurunda kusur, hizmetin yapısında aranmaktadır [23].

Engellilere yönelik hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin sorumluluğunun belirlenebilmesi için sorumlulukla ilgili hükümlerin engellilerin yaşam biçimleri açısından titizlikle değerlendirilmesi zorunludur.

Engellilere yönelik hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğunun söz konusu olması için, muhakkak açık, “maddi” bir zararın doğmuş olması zorunlu değildir. İdarenin, engellinin hareket kabiliyetini kısıtlaması veya mevzuatta “zorunlu” tutulmuş olan, engellinin hareket kabiliyetini kolaylaştıran bir faaliyeti yapılmaması “hizmet kusuru” olarak nitelendirilebilir. Örneğin, belediyelerin kaldırımlara rampa yapmaması nedeniyle belde halkı arasında yaşayan ve tekerlekli sandalye kullanan engellilerin hareket kabiliyetleri kısıtlanmış olacaktır. Böylece belediyenin çevre düzenleme hizmeti kötü işlemiş veya engelliler açısından hiç işlememiş olarak kabul edilecektir. Bu durumda ortada açık bir maddi zarar olmamakla birlikte, bir yerden başka bir yere hareket edememenin verdiği duygusal rahatsızlık sonucu oluşan manevi bir zararın varlığı açıktır. Bu nedenle, idarenin, yapması gereken düzenlemeyi yapmamış veya (rampa yapmanın, doğrudan kaldırım yapma hizmetinin bir parçası olduğu kabulüyle) kötü yapmış olması nedeniyle ortaya çıkan manevi zarar gizli veya örtülü bir zarar biçiminde de olsa bu noktada idarenin hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen bu manevi zararı tazminle yükümlü olduğu kanaatindeyiz. Danıştay da “Kamu idareleri, yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yürütürken hizmetin işleyişini sürekli olarak denetlemek ve hizmetin ifası esnasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmeyerek hizmetin kötü veya geç işlemesi veyahut gereği gibi işlememesi ve bu yüzden zarara neden olunması halinin idareye bu zararın, hizmet kusuru kriterlerine göre tazmini sorumluluğunu yükleyeceğini” belirtmektedir.

Konuyla ilgili genel çerçeveyi bu şekilde ortaya koyduktan sonra engelli hakları açısından hizmet kusuru sayılabilecek ihtimalleri şu şekilde belirleyebiliriz:

1. Engellilerin yaşama katılmalarını kolaylaştıracak olan fiziki düzenlemelerin yapılmaması veya eksik/hatalı yapılması ilgili idari

birimin hizmet kusur işlediğini göstermektedir. Söz gelimi, eğitim hizmeti vermekle görevli bir kamu kuruluşu (üniversite, yükseköğretim) engelli öğrencilerin ihtiyaç duyabileceği düzenlemeleri yapmak zorundadır. Bu düzenlemeler eğitim hizmetinin bir parçasıdır ve yapılmadıkları takdirde eğitim hizmeti hiç işlememiş veya kötü işlemiş olacaktır.

2. İdare, çalıştırdığı engelli memurlarına karşı da engelli memurun çalışmasını kolaylaştıracak tedbirleri almak zorundadır. Bu kolaylaştıracak tedbirlerin alınmaması durumu hizmet kusurunu gündeme getirecektir.

3. Engelliler için özel olarak öngörülmüş düzenlemelerin yapılmaması veya eksik yapılması da hizmet kusurudur. Yine, herkes için yapılan hizmetlerde engellilerin göz ardı edilmesi de hizmetin kusurlu işletilmesidir.

3.2 Engellilerin Anayasal Haklarını Kullanmalarını Zorlaştıran Nedenler

Engelliler, bir insan olarak sahip oldukları anayasal haklara çeşitli nedenlerden dolayı ulaşamamaktadırlar. Engelliler bu haklara engelli oldukları için değil bir insan olarak sahiptirler. Anayasada doğrudan engellilere yönelik olan hüküm, engellileri bir hukuki grup olarak belirtmektedir. Oysa engellilerin bir birey olarak, anayasada düzenlenmiş olan insan hak ve özgürlükleriyle ilgili tüm hükümlerden yararlanmaları insan olmalarının doğal sonucudur. Örneğin eğitim hakkından yararlanmak isteyen ve tekerlekli sandalye kullanan bir öğrenci, oturduğu semtteki okullarda yeterince rampa olmadığı veya kaldırımlarda yeterli düzenleme olmadığı için okula gidip gelirken yani anayasal hakkını kullanırken zorluk çekmektedir. Görüldüğü gibi bu öğrenci, anayasal olarak sahip olduğu haklardan (eğitim, ulaşım) bazı nedenlerden dolayı yararlanamamaktadır. Başka bir ifadeyle kişi engellenmektedir.

Şüphesiz ki görme engelli bireylerin sosyal yaşamda karşılaştıkları problemler de oldukça fazladır. En önemli sorunlardan bir tanesi, üretimin dışında bırakılmalarıdır. İş başvurusu esnasında engelli bireyler başlı başına dezavantajlı bireylerdir. Kısıtlılıklarından dolayı onlara “iş yapamaz” gözüyle bakılmaktadır. Görme engellilerin karşı karşıya kaldıkları sorunlardan bir tanesi de kamu ya da özel kurum ve kuruluşlarda imza gerektiren durumlarda, yanlarında şahit olmasının istenmesidir. Günümüz Türkiye’inde şahit bulmak kolay bir durum değildir. Çünkü insanlar şahitlik durumunun kendilerine sorun yaratacağını düşünmektedir. Bir başka sorun

ise görme engelli bireylerin caddelerde-sokaklarda geçiş sırasında trafik ışıklarının sesli olmamasından kaynaklanan sorundur. Büyükşehirlerde ne kadar sesli ışıklar kullanılsa bile çoğu il ve ilçelerde bu sesli trafik ışıkları kullanılmamaktadır. Bu durum da engelli bireylerin topluma kazandırılmasını zorlaştırmakta ve toplumsal haklarını kullanamamasına sebep olmaktadır.

Noterlik kanununun 73. Maddesinde “Noter; ilgilinin işitme, konuşma veya görme engelli olduğunu anlarsa, işlemler engellinin isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma engelli olması ve yazı ile anlaşma imkânının da bulunmaması hâlinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur” şeklinde madde yer almaktadır. Ancak “isteğe bağlı” olarak belirtilmesine rağmen bu durum göz ardı edilmektedir. Kamu görevlisinin isteğine bağlı bir şekilde şayet görevli bu istekte bulunursa tanık olmadan işlem yapılmamaktadır. Ama engelli bireylerin istekleri sorulmamaktadır. Dolayısıyla yasanın çiğnenmesi söz konusudur. Bu durumunun ortadan kaldırılması ve engelli bireylerin mağdur edilmemesi bakımından yaptırımları yüksek (para cezası) cezalar ya da yasalarla bu durum bir nebze çözüme kavuşabilir.

Borçlar kanununun 15. Maddesinde yer alan “ İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur”. Madde, okuma-yazma bilmeyen bireyler ile görme engelli bireylerle aynı muamele yapılmasına sebep olmaktadır. Fakat görme engelli bireyler gelişen teknoloji ile birlikte (Braille Alfabesiyle, Ekran Okuyucu programlarla) okuma-yazma durumunu gerçekleştirebilmektedir. Ancak çoğu kamu ya da özel kurum ve kuruluşlarda Borçlar kanununun 15. Maddesinde elektronik imza durumu olmasına rağmen bu teknoloji kullanılmamaktadır. Bu da görme engelli bireylere okuma-yazma bilmeyen bireylerle aynı muamele yapılmasına sebep olmaktadır.

Bu durum göstermektedir ki engelli insanlar aslında “engelli birey” değil “engellenen bireylerdir”.

Bazı hallerde bütün engellilere aslında “hukuksal engelli” demek hiç de yanlış olmayacaktır.

Anayasal hakları kullanmada çekilen güçlükleri eğitim, çalışma ve sosyal

güvenlik, sosyal hizmetler ve kanaatimizce en önemlisi olan erişilebilirlik alanlarında görmekteyiz. Bu hakların kullanılmasını engelleyen davranışlar, bir şahıs veya kurum tarafından kasten olabileceği gibi (örneğin bir kimsenin bir kimseyi tutsak etmesi gibi); ihmâl, dikkate alınmama gibi davranışlarla “kasıtlı olmadan da” söz konusu olabilir. Birinci hal, ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Bizi ilgilendiren durum istemeden yapılan ihlallerdir. Bilgisizlik, plânsız hareket etmek, ihmâl gibi olgular bir engellinin anayasal haklarını kullanmasını zorlaştırabilir. Örneğin engelli işçi adayları, işle ilgili olarak ayrımcılığa karşı korunmaktadırlar. Ancak koruma hükümlerinin hem engelli hem de işveren tarafından yeterince bilinmemesi, ayrımcılık olduğu zaman hangi mekanizmaların devreye gireceği hususunda bilgi sahibi olunmaması gibi nedenlerle engelli bireyler anayasal haklarına kavuşamamaktadırlar.

Bu olumsuz durumların yaşanmaması için eğitim şarttır. Eğitim ve bilgilendirme faaliyetleri (kamu kurumları veya sivil toplum örgütlerince) toplumsal bilgi düzeyinin artmasında faydalı olacaktır.

Bilgilenme hususunda engellilere de vazifeler düşmektedir. Engelliler hem haklarından haberdar olmalı hem de haklarını koruyan mekanizmaları bilmelidirler. Gerekliğinde haklarını aramaktan da çekinmemelidirler. Engelli haklarının yaşamda yer alması uzun süre ve aşama gerektirir. Engelli haklarının kullanılabilmesi ve korunabilmesi için engellilerin sosyal yaşam ve hukuk ile bütünleşerek yoğunlaşması gerekir.

Sonuç ve Öneriler

Engellilere tanınan ayrıcalıkların nedeni, onları diğer insanların önüne geçirmek değil bilakis engelli olmayan insanlarla rekabet edememenin vermiş olduğu kaybı bertaraf etmek içindir.

Ekonomik ve toplumsal yaşamda engellilerin, engelli olmayan insanlarla her alanda aynı seviyede mücadele etmesi mümkün değildir. Rekabet fırsatını eşitlemek için engellilere birtakım hak ve ayrıcalıklar tanınmıştır.

Engelli insan engelsiz insan ayrımı ortadan kaldırılmalıdır. Engelliye yetersizmiş gibi gösteren bu ayrımdır. Engelli veya engelsiz insan yoktur, insan vardır. Bu üst noktaya ulaşabilen toplumlar gelişmiş demektir. Gelişme, engelliye sahip çıkarak değil, engelli ile engelsiz arasındaki farkı ortadan kaldırarak insan varlığına ulaşmayla sağlanır.

Farkı kabullenmek mi yoksa farkı reddetmek mi?

İnsanlar kendilerindeki kusurları kabullenmeli ama engelli olduklarını kabul etmemelidirler. Başka bir ifadeyle engellinin engelini kabul etmesi engelli olduğunu göstermez. Ancak engellinin engelini reddetmesi engelli olmadığını gösterir.

Engellilik toplumun ve teknolojinin ayıbıdır ve sonucudur. Engelli insan kendisinin sebep olmadığı bir durumu kabullenmek zorunda da değildir. Başkalarının kişiye engelli olduğunu söylemesiyle de engelli olunmaz. Engelli insan, tıp ve teknoloji geri olduğu, toplumsal eğitim yetersiz olduğu ve çevresel yetersizlikler nedeniyle engelli konumundadır. Bu geri kalmışlığın faturasını engelliye engelini kabul ettirerek çıkarmak yanlıştır. Toplumun kendi ayıbını kendisinin örtmesi gerekir. Bu noktada engelliye bir vazife düşmemektedir.

Engellilerin haklarının korunması açısından engelsiz insanların da eğitilmesi gereklidir. Örneğin, engelliler için ayrılmış olan park yerlerine hiçbir engelsiz insan park edemez. Fakat park durumunda da bir yaptırım bulunmamaktadır. Şayet bu durumun parasal yaptırımı bulursa eminiz ki bu durumun önünü bir nebze olsun geçilmiş olunacaktır. Bu türden kurallara riayet edilmesi için insanların eğitilmesi şarttır.

Engellilerin karşı karşıya kaldıkları sorunları minimuma indirmek için, bireylerin ilköğretim düzeyinden başlayarak eğitimler verilmesi, ileride herkesin birer engelli adayı olduğunun bilincine varılmasının sağlanması gerekir. Erişilebilirlik hakkı yalnızca sağlıklı bireyler için değil engelli bireyler için de geçerlidir. Ve bunun her konuda sağlanması bizim elimizdedir. Eğitime, bilgiye, ulaşım, vb. durumlara erişilebilirlik bütün herkes için geçerlidir. Engellilerin erişilebilirliği, hak ve özgürlükleri kullanmanın, kamusal ve kamuya açık hizmetlerden yararlanmanın, yaşamın tüm alanlarına katılımın ön koşulu olarak değerlendirilmektedir. Türkiye’de, engellilerin erişilebilirliği kavramsal düzeyde henüz normatif bir değere sahip değildir. Belli alanlarda erişilebilirliği sağlayacak tek tük yönetmelik ve genelgelerle sorunun çözülemeyeceği ise açıktır. Engelliler Kanunu mümkünse yeniden düzenlenmeli, yeni veya değişiklik yasasında engellilerin ayrımcılıktan korunmasına ve her yönüyle erişilebilirliklerinin sağlanmasına yönelik önlem ve güvencelere yer verilmelidir.

Kanaatimizce engelliler haftası denen uygulamanın da bir an önce kaldırılması engellilerin menfaatine olacaktır. İnsanca yaşamak için haftaya ihtiyaç olmadığı gibi böyle “oluşturulmuş” uygulamalar, engelsiz insanların, engellileri öylesine hatırlıyor gibi görünmesine neden olmaktadır. Kaldı ki engelliler haftasında hangi engelli grubunun mutlu olduğunu anlamak da mümkün değildir. Engelliler bu haftada engelli olmalarını mı kutlamaktadırlar? Yoksa seslerini duyurmuş olmalarının verdiği geçici mutluluk mu onlara yeterli olmaktadır? Olaya basit olarak yaklaşırsak böyle bir haftanın engelsiz insanlara engellileri hatırlattığı doğrudur ancak bu kısa vadeli ve yüzeysel bir faaliyettir. Çünkü hafta yedi günden ibarettir ve yedinci günün sonunda hafta sona erer. Önemli olan yılın her gününde engelliye rahat yaşatmaktır. Kısa vadeli ve formaliteden ibaret çabalar yerine kalıcı çözümler ve uygulamalar tercih edilmelidir.

Engelli insanların engelli olmayan insanlarla eşit olduğu gibi tartışmalarla vakit kaybetmek yerine engelli insanlara tanınacak olan avantajların artırılması ve kapsamının genişletilmesi gerekir. Engelli insanlara yapılacak yardımlar ve sağlanacak olan avantajlar teorik düzlemde yapılacak soyut cümleler ile değil, somut olarak atılacak olan adımlarla sağlanır. Bunların belki de en başında da görme engelli bireylerin tek başlarına dışarı çıkabilmesi gelmektedir. Günümüzde sosyal medyada olsun ya da reelde olsun bunun çok fazla örneğiyle karşılaşmaktayız. Örnek vermek gerekirse; rahat yürüyebilmeleri için kaldırımlarda onlara ayrılmış (Genellikle sarı renkli) yerleri (çizgileri) tam anlamıyla engelli bireylere tahsis etmek gerekmektedir. Yani o ayrılan yerlere elektrik direği, ağaç, trafik levhası, vb. koyulmaması gerekmektedir. Başka bir örnekle; yürüme engelli bireylerin kullandıkları asansör, yürüyen merdiven, kaldırımlarda onlar için ayrılmış bölümler, vb. yerleri işgal edenlere bir yaptırım uygulanmadığı sürece bunun önüne geçmek güç olacaktır. Çünkü bizler birer engelli adayı olduğumuzu düşünmemekteyiz.

Kaynakça

- [1] Gül, İ. I. (2006). *Fiziksel engellilerin uluslararası hukukta korunması ve Uluslararası standartların iç hukuka yansımaları*. Yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi
- [2] Uşan M. Fatih (1999) *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayını, Ankara
- [3] Şahin, H. (2004), “*Engellilik Kimin Sorunu? Bireyin mi, Toplumun mu?*”, ÖZ-VERİ Dergisi, Eylül,C. 1, S. 1, T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi.
- [4] Gören, Z. (2000), *Temel Hak Genel Teorisi*, 4. Basım, İzmir. (Temel Hak)
- [5] <https://eyh.aile.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/egitim>, E.T.01.08.2017
- [6] Çağlar, D. (2004), “*Türkiye’de Özel Eğitimin Tarihçesi*”, *Özel Eğitimden Yansımalar*, 13. Ulusal Özel Eğitim Kongresi Bildirileri, Yayına Hazırlayan: Ahmet Konrot,1. Baskı, Ankara, Ekim, s. 16-24.
- [7] 31 Ocak 2017 tarihli ve 29965 sayılı Resmi Gazete.
- [8] 14 Şubat 2014 tarihli ve 28913 sayılı Resmi Gazete.
- [9] <https://www.tbmm.gov.tr>, E.T. 02.02.2017.
- [10] Özer, A. (1990), “*Sosyal Hizmetler Alanında Mülki İdare Amirlerine Verilen Başlıca Görevler*”, *Türk İdare Dergisi*, Haziran, S. 387, s. 1-53.
- [11] Türkiye Özürlüler Araştırması & *TurkeyDisabilitySurvey 2002*, Devlet İstatistik Enstitüsü SIS.
- [12] Bölükbaşı, R. (2004), “*Toplum Temelli Rehabilitasyon*”, ÖZ-VERİ Dergisi, Eylül , C. 1, S. 1, T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Hakemli-Sürelî Yayın, s. 15-28.
- [13] I. Özürlüler Şurası, *Çağdaş Toplum/Yasam ve Özürlüler*, Ön Komisyon Raporları, 29 Kasım – 02 Aralık 1999, Hacettepe Üniversitesi – Ankara, T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı.

- [14] Türk Ceza Kanunu, 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete.
- [15] Onar, S. S. (1996), *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, c. I, İstanbul.
- [16] Balta, T. B. (1972), *İdare Hukuku*, c. 1, Genel Konular, Ankara.
- [17] Günday, M. (2004), *İdare Hukuku*, 9. Baskı, Ankara.
- [18] Giritli, İ., Pertev B. & Akgüner T. (2006), *İdare Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul.
- [19] Gözübüyük, A. Ş. & Tan T. (2006), *İdare Hukuku*, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara.
- [20] Gülan, A. (1998), “*Kamu Hizmeti Kavramı*”, İHİD, Prof. Dr. Lutfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, y. 9, sy. 1–, s. 147–159.
- [21] Gözler, K. (2005), *İdare Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ekim. (İdare Hukuku Dersleri).
- [22] Gözübüyük, A. Ş. (2002), *Yönetim Hukuku*, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Ankara (Yönetim Hukuku).
- [23] Kalabalık, H. (2004), *İdare Hukuku Dersleri*.
- [24] Duran, L. (1982), *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul.
- [25] Özay, İ. (1996), *Günüşğında Yönetim*, İstanbul.
- [26] Gözübüyük, A. Ş. (2001), *Türkiye’nin Yönetim Yapısı, Son Değişikliklere Göre Düzenlenmiş 7. Bası*, Ankara. (Türkiye’nin Yönetim Yapısı).
- [27] Duran, L. (1974), *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara.
- [28] Atay, E. E., Odabaşı H. & Gökcan H. T. (2003), *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara.
- [29] Armağan, T. (1997). *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Eylül.

7036 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNUYLA 6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNUNDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ¹
Dr. Öğretim Üyesi Emre KIYAK²**

Öz

Ülkemizde arabuluculuk, 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle hukuk uyuşmazlıkları için yasal bir altyapıya kavuşturulmuştur. Bu kanun gerek müstakil gerek mahkeme bağlantılı ihtiyari arabuluculuk için temel düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Buna mukabil, 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na kadar, herhangi bir hukuk uyuşmazlığı için mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuk modelinin mevcut olduğunu söylemek mümkün değildi. Bahsi geçen Kanun'un 3'üncü maddesi, bireysel iş uyuşmazlıkları için dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulmasına yönelik bir zorunluluk getirmekte ve buna ilişkin ayrıntılı düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Bununla birlikte 7036 sayılı Kanun, sadece iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk modelini getirmekle kalmamış, 6325 sayılı Kanun'a da önemli değişiklikler getirmiştir. Bu çalışmada, 7036 sayılı İş Mahkemesi Kanunu'nun 17 ilâ 28'inci maddeleriyle 6325 sayılı Kanun'da yapılan ve birçoğu oldukça önemli olan değişiklikler inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Arabuluculuk, Hukuki Uyuşmazlık, Adli Yardım

¹ İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

² Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Assessment of the Amendments on Act of Mediation in Civil Disputes Which Comes With Act of Labor Court No. 7036

Abstract

Mediation in our country has been provided with legal infrastructure for legal disputes by entering into force the Law on Mediation in Legal Disputes numbered 6325 dated 7/6/2012. This law encompasses basic arrangements for independent and arbitrary discretionary mediation. However, until the Law on Labor Courts dated 10/10/2017 and numbered 7036, it was not possible to say that there is a court-bound mandatory mediation model for any legal dispute. The third article of the Act of the law introduces a requirement for mediation before filing an action for individual business disputes and contains detailed arrangements for it. However, Law No. 7036 has not only brought a mandatory mediation model in labor disputes, but has also made important changes to Law No. 6325. In this study, the amendments made in the Law No. 6325 by the 17th to 28th articles of the Labor Court Law No. 7036 and many of them were very important were examined.

Keywords: *Mediation, Legal Incompatibility, Legal Aid*

Giriş

Bir hukuk uyuşmazlığının çözümü için başvurulacak ilk mercii olarak mahkemelerin görülmesi, uyuşmazlığın çözümü için harcanan zaman, emek ve paranın, kısaca “uyuşmazlık çözüm maliyetinin” artmasını da gündeme getirmektedir. Bu ekonomik boyutun yanı sıra, mahkeme yargılamasının kazan – kaybet ekseninde çözümler üretmeye yatkın olması ve mahkeme içi sulh müessesesine yeterince işlerlik kazandırılmaması neticesinde, uyuşmazlık çözüm sürecinden taraflardan birinin mutsuz ayrılması ve toplumda uzlaşma kültürünün yaygınlaşmaması gibi sonuçlar da, dava alışkanlığının beraberinde getirmiş olduğu negatif dışsallıklardır.

Yirminci yüzyılın ortalarından itibaren birçok hukuk sisteminde mahkeme yargılamasına alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine etkinlik kazandırılması, gerçekleştirilen reform hareketlerinin birer parçası haline gelmeye başlamıştır. Ülkemiz ise, bu hususta oldukça yakın bir dönemde

somut adımlar atabilmiş, bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargılama prosedürüne entegrasyonu konusunda gerekli tecrübeyi yeni yeni kazanmaya başlamıştır. Bu konuda atılan ilk somut adım, 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) yürürlüğe girmesiyle gerçekleşmiştir. Oldukça kısa bir süre zarfında, uygulamada edinilen olumlu neticeler ile birlikte, arabuluculuğun, oldukça yoğun olarak kullanıldığı iş uyuşmazlıkları için söz konusu yöntemin zorunlu olmasına yönelik kanunlaştırma çalışmaları gerçekleştirilmiştir. Bu doğrultuda, 12/10/2017 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilen ve 25/10/2017 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (İMK) 3'üncü maddesiyle iş uyuşmazlıklarında dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunlu hale getirilmiştir. Söz konusu Kanun, bunun yanı sıra 17 ilâ 28'inci maddeleriyle HUAK'ta önemli değişiklikler öngörmüştür. Söz konusu değişiklikler, tüm arabuluculuk uygulamalarını ilgilendirdiğinden, inceleme konusu yapılması zaruri olmuştur.

Bu çalışmanın amacı, İMK'nın, HUAK'ta getirmiş olduğu önemli değişiklikler hakkında bilgi vermek ve bunları değerlendirmektir. Söz konusu değişiklikler, HUAK ile aslında doğrudan ilgili olmayan bir Kanun'da yapıldığı için ilk etapta göze çarpmamaktadır. Ancak, aşağıda görüleceği üzere bu değişikliklerin büyük bir kısmı uygulama açısından oldukça önemlidir. Çalışmanın amacı doğrultusunda, inceleme, sadece HUAK'ta gerçekleştirilen değişikliklerle sınırlı tutulacak, zorunlu arabuluculuk ile ilgili değişikliklere değinilmeyecektir. Bu değişikliklerin önemli olanları "Arabuluculuk Sürecine İlişkin Getirilen Önemli Değişikler" başlığı altında birinci bölümde, bu derece önemli olmayanları ise "Diğer Değişiklikler" başlığı altında ikinci bölümde ele alınacaktır. Sonuç kısmında ise, söz konusu değişikliklerden önemli olanlarına tekrar değinilecek ve genel bir değerlendirme yapılacaktır.

1. Arabuluculuk Sürecine İlişkin Getirilen Önemli Değişiklikler

İMK'nın HUAK'ta getirmiş olduğu bazı değişiklikler, uygulama açısından oldukça önemlidir. Söz konusu önemli değişiklikler bu başlık altında inceleme konusu yapılacaktır.

1.1. Kolaylaştırıcı Arabuluculuktan Değerlendirici Arabuluculuk Modeline Geçiş

Arabuluculuk, en kısa tanımıyla *tarafsız üçüncü kişi desteğiyle yürütülen müzakere sürecini* ifade etse de, bu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin yeknesak bir uygulamasından bahsetmek mümkün değildir. Gerçekten, müstakil arabuluculuk – mahkeme bağlantılı arabuluculuk, geleneksel arabuluculuk – modern arabuluculuk gibi arabuluculuğun niteliğine odaklanan sınıflandırmalar³ bir tarafa bırakıldığında dahi, sürecin uygulanma şekli ve odak noktaları açısından birçok arabuluculuk çeşidine rastlamak mümkündür⁴.

Hatta öğretilerde, oldukça geniş bir yelpazeye yayılan bu arabuluculuk uygulamalarını çeşitli çatı-modeller altında incelemeye yönelik çalışmalar da mevcuttur⁵. Bu tür çalışmalar, somut bir uygulamanın, arabuluculuk dünyasının neresinde yer aldığını göstermeye yardımcı olması ve yeni arabuluculuk modellerinin geliştirilmesine ön ayak olması açısından önem arz etmektedir. Bu şekilde nitelendirilebilecek modellemelerden biri *Riskin*'in öğretilerde oldukça meşhur olan *Riskin Şemaları*dır⁶.

Dönüştürücü arabuluculuk gibi nispeten yeni modeller bir tarafa bırakıldığında, *kolaylaştırıcı arabuluculuk* ve *değerlendirici arabuluculuğun* temel iki arabuluculuk yaklaşımı olduğunu ifade etmek mümkündür⁷. Vurgulamak gerekir ki, kolaylaştırıcı arabuluculuk ve değerlendirici arabuluculuk ayrımı, miktatsız iki ucu gibi birbirine yaklaşan noktaları olmayan bir ayırmadan ziyade, *Riskin Kılavuzlarında da görüleceği üzere* süreklilik gösteren bir düzlemin iki ucu veya bir

³ Bu ve benzeri sınıflandırmalar için bkz. Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (1. Cilt)*, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, s. 632 vd.

⁴ Bkz. Kekeç, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet, Ankara 2011, s. 218 vd. Dönüştürücü arabuluculuk için ayrıntılı olarak ayrıca bkz. Özmumcu, Seda, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 73(2), 2015, ss. 325-356, s. 326 vd. Öyküleyici Arabuluculuk için ayrıca bkz. Hansen, Toran, "The Narrative Approach to Mediation", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 4(2), 2004, ss. 297-308, s. 297 vd.

⁵ Mesela bkz. Alexander, Nadja, "The Mediation MetaModel: Understanding Practice", *Conflict Resolution Quarterly*, 26(1), 2008, ss. 97-123, s. 117 vd.

⁶ Eskiden yeniye doğru Riskin Modelleri için bkz. Riskin, Leonard L., "Mediator Orientations, Strategies and Techniques", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 12 (9), 1994, ss. 111-114; Riskin, Leonard L., "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System", *Notre Dame Law Review*, 79(1), 2003, ss. 1-54.

⁷ Bkz. Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 328; Etcheson, Steven C., "Transformative Mediation: A New Current in the Mainstream", *Policy Studies Journal*, 27 (2), 1999, ss. 393-396, s. 393-394.

çemberin iki bölgesi olarak algılanmaya daha müsaittir⁸. Kolaylaştırıcı yaklaşımı benimseyenler, arabulucunun, taraflara, uyuşmazlıktaki konumlarının hukuki açıdan kuvvetliliği veya mantıklılığı ile ilgili bir değerlendirmede bulunamayacağını savunmaktadır⁹. Yine kolaylaştırıcı yaklaşım öğretisinde birçok kişi, arabulucunun, uyuşmazlığın mahkeme yargılamasına taşınması halinde, bu uyuşmazlığa uygulanabilecek hukuk kuralları ile ilgili taraflara bilgi veremeyeceğini ifade etmektedir¹⁰.

Buna mukabil, değerlendirici yaklaşımda, arabulucunun, uyuşmazlığa ilişkin kendi değerlendirmesini (özel veya ortak toplantılarda) taraflara aktarabileceği kabul edilmektedir¹¹. İMK ile getirilen değişikten önce HUAK'ta yer alan arabuluculuk tanımı, arabulucunun uyuşmazlık konularına ilişkin taraflara çözüm önerisi getirme yetkisinin olduğundan bahsetmemektedir. Bu nedenle, öğretilerde, HUAK'ta düzenlenen arabuluculuk sürecinin *kolaylaştırıcı arabuluculuk* ekseninde yer aldığı haklı olarak ifade edilmektedir¹².

İMK'nın 17'nci maddesinin HUAK'ın "tanımlar" başlıklı 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde getirmiş olduğu değişiklik, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucuya çözüm önerisi getirebilme yetkisi tanınmıştır. Söz konusu değişiklikle, "arabuluculuk" kavramı *sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi*

⁸ Bkz. Stempel, Jeffrey W., "The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology", *Journal of Dispute Resolution*, 2000 (2), 2000, ss. 247-293, s. 243.

⁹ Stempel, s. 251-252.

¹⁰ Stempel, "The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology", s. 252; Stempel, Jeffrey W., "Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role", *Florida State University Law Review*, 24 (4), 1997, ss. 949-984, s. 961.

¹¹ Stempel, "The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology", s. 252; Birke, Richard, "Mandating Mediation of Money: The Implications of Enlarging the Scope of Domestic Relations Mediation from Custody to Full Service", *Willamette Law Review*, 35, 1999, ss. 485-522, s. 498 vd.

¹² Bkz. "...Arabuluculuk bilinmediği için maalesef yanlış açıklamalar yapıyor, yazılar yazılıyor, demeçler veriliyor. Zannediliyor ki arabulucu tarafları dinledikten sonra hâkim gibi karar verecek. Arabulucu hiçbir öneri getiremeyen, taraflara tamamen eşit mesafede, tarafsız, bağımsız bir kişi. O yüzden, onun bir çözüm önermesi, tarafları bir çözüme ikna etmesi veya onlara bazı çözümler önermesi kesinlikle söz konusu değil..." (Pekcanitez, Hakan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", *Makaleler* (Cilt 2), Oniki Levha, İstanbul 2016, ss. 233-248, s. 241); Özmumcu, Seda, "Arabulucunun Rolü: Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(1), 2013, ss. 1369-1390, s. 1388.

de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade edecek şekilde yeniden tanımlanmıştır. *Fikrimizce* arabulucunun çözüm önerisi getirme yetkisi bu şekilde, tarafların çözüm önerisi üretememesi ihtimaline bağlanmak yerine, tarafların, arabulucuyu bu hususta açıkça yetkilendirmiş olması koşuluna bağlanabilirdi. Böylelikle arabulucunun, sadece sürecin tıkanma noktasında değil, her aşamasında uyuşmazlığın çözümüne yönelik getirebileceği önerilerin taraflarca değerlendirilebilmesine imkân tanınmış olunurdu.

Hâlihazırda getirilen bu değişikliklerle, HUAK kapsamında gerçekleştirilecek tüm arabuluculuk uygulamaları kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden değerlendirici arabuluculuk modeline yaklaşan bir niteliğe sahip olacaktır. HUAK m. 2/1(b)'de yapılan değişikliklerle paralel olarak İMK m. 22 ile HUAK'ın "arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi" başlıklı 15'inci maddesine "*Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir*" şeklinde 7'nci bir fıkra eklenmiştir.

1.2. İdari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sürecinin Yürütülmesine İlişkin Yasal Altyapı Oluşturuluyor

Adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da aşırı iş yükü ve davaların uzamasından kaynaklanan sorunlar, alternatif uyuşmazlık çözüm arayışlarını gündeme getirmiştir¹³. Bu noktada arabuluculuğun, sadece hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için değil, idari uyuşmazlıkların ve hatta devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde dahi uygulanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunun altını çizmekte yarar vardır. Karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle bakıldığında bu konuda oldukça ileriye gidilmiş olduğunu görmek mümkündür¹⁴. Mesela Amerika Birleşik Devletleri'nde bu hususta mevcut olan birçok düzenlemenin yanı sıra, *Administrative Dispute Resolution Act of 1996* (5 USC 571) bu hususta temel düzenlemeler ihtiva etmektedir. İngiltere'de vergi uyuşmazlıkları için *HM (Her Majesty's) Revenue & Customs*'un sunmuş

¹³ Bkz. Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, s. 914.

¹⁴ Karşılaştırmalı hukukta İdari uyuşmazlıkların yargılamaya alternatif yöntemlerle çözümü hakkında ayrıca bkz. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), s. 914 vd; Özbek, Mustafa Serdar, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005/56, ss. 90-132, s. 99 vd; Yılmaz, Dilşat, "Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, 7(70), 2012, ss. 92-100; Asiltürk, Murat, "Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(95), 2014, ss. 29-40, s. 30 vd.

olduğu arabuluculuk servisi¹⁵ de bu yönde bir imkân sunmaktadır. Aslına bakılırsa, ülkemiz de idari uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme yargılamasına alternatif yöntemlere çok yabancı değildir¹⁶. Birkaç misal vermek gerekirse, 18/3/1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 5'inci ve 482'inci maddesinde müzakere ve uzlaştırma¹⁷ prosedürlerine benzer düzenlemelere yer verilmiştir. 4/12/2003 tarihli ve 5015 Petrol Piyasası Kanunu'nun 10'uncu maddesinde de, petrol fiyatlarının oluşumunda rafinericiler ile ham petrol üreticileri arasında ortaya çıkabilecek fiyat uyuşmazlıklarının Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından tahkim marifetiyle çözüleceğine yönelik bir düzenleme ihtiva etmektedir. 7/3/1954 tarihli ve 6326 sayılı Mülga Petrol Kanunu'nun 26'ncı maddesi de Kanun kapsamında kalan uyuşmazlıkların Petrol İşleri Genel Müdürlüğü tarafından müzakere veya sulh yolu ile çözümlenmesinin imkân tanıyan bir düzenleme ihtiva etmekteydi. Mülga Kanun'un yerine yürürlüğe giren 30/5/2013 tarihli ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nun 20'nci maddesinde yer alan düzenleme de aynı usulü ifade etmektedir¹⁸. 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda, kamulaştırılmak istenen taşınmazın satın alınması noktasında "uzlaşma" adı altında yürütülen prosedür de aslında teknik anlamda bir "müzakere" usulüdür. Yine 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu Ek Madde 1 vd. da düzenlenen uzlaşma prosedürü de aslında bir müzakeredir. 4/12/1984 tarihli ve 3091 sayılı Taşınmaz Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'da da kendine özgü bir uyuşmazlık çözüm süreci yer almaktadır. Anılan Kanun'da düzenlenen bu süreç, öğretide, idari veya kanuni mahkeme (administrative or statutory tribunals) yoluna benzetilmektedir¹⁹. Yakın zamanda yürürlüğe giren 14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu da tarihi kökenlerini ülkemizde bulmak mümkün olan²⁰ ombudsmanlık kurumuna yeniden işlerlik kazandırmaktadır. Son olarak idari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim ve sulh yoluna başvurulmasına ilişkin de birçok düzenlemeye rastlamak mümkündür²¹.

¹⁵ <https://www.gov.uk/guidance/tax-disputes-alternative-dispute-resolution-adr> (14.2.2018).

¹⁶ Ayrıntılı olarak bkz. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), s. 920 vd.

¹⁷ Karş. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), 923.

¹⁸ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), s. 931.

¹⁹ Bkz. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), s. 932.

²⁰ Konu ile ilgili bkz. Coşkun, *Burak/Günaydın, Hamza "Ombudsmanlığın Kökeni Meselesi Bağlamında Türk-İslâm Devlet Geleneğinde Şikâyet Hakkının Kurumsal Tekâmülü"*, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2(3), 2015, ss. 9-60.

²¹ Bu yöndeki düzenlemelere misaller için bkz. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), s. 932.936 vd.

Türk hukukunda yukarıda misalleri verilen yöntemleri *fikrimizce* salt anlamda arabuluculuk veya uzlaştırma yöntemleri olarak nitelendirmek çok kolay değildir. Gerçekten bu yöntemler, alternatif birer uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelendirilmeye elverişli olmakla birlikte, *kendine özgü nitelikte* çözüm süreçleri ihtiva etmektedir. Ancak kanun koyucu HUAK kapsamına girmeye elverişli idari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesi için oldukça ısrarlı bir duruş sergilemiş ve buna ilişkin yasal altyapıyı hazırlama gayretine girmiştir. Bunun en önemli göstergelerinden biri, İMK'nın HUAK'a bu yönde getirmiş olduğu değişikliklerdir. Bu bağlamda ilk olarak, İMK m. 17 ile HUAK'ın tanımlar başlıklı 2'nci maddesinin birinci fıkrasına "idare" kavramını tanımlayan (e) bendi eklenmiştir. Buna göre Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu açısından "idare" 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları ifade etmektedir. Bu düzenleme ile arabuluculuk görüşmelerine taraf olarak katılacak idarenin net bir şekilde düzenlenmesi amaçlanmıştır²².

Yukarıdaki değişikliğe paralel olarak İMK m. 22 ile HUAK'ın "arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi" başlıklı 15'inci maddesine eklenen "Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar" şeklindeki 8'inci fıkra ve "Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder" şeklindeki 9'uncu fıkralarla idarenin süreçte nasıl yer alacağına netlik kazandırılmaya çalışılmıştır.

²² İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM(26/2), s. 19.

Fikrimizce, idari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine işlerlik kazandırmak amacıyla müstakil bir kanun çıkarılması daha isabetli olacaktır. Zira hukuk uyuşmazlıkları için HUAK'ta yer alan düzenlemelerin hepsinin, idari uyuşmazlıkların çözümünde bu yöntemin tüketilmesi için kullanılmaya elverişli olabileceğini söylemek oldukça zordur. Bu nedenle, idari uyuşmazlıkların mahkeme yargılamasına alternatif yöntemlerle çözülmesi noktasında, idare hukukunun genel prensiplerine uygun ve kamu menfaatlerini koruyucu ilkeler perspektifinde daha farklı ve ayrıntılı bir arabuluculuk süreci modellemesi yapılabilir. Ayrıca, böyle bir kanunla *kurum içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin* idari merciler için etkin kılınmasına yönelik düzenlemelere gidilmesi de kolaylaşmış olacaktır.

1.3. Gizlilik Yükümlülüğünün Kapsamının Genişletilmesi

Gizlilik; arabuluculuğun, mahkemelerde gerçekleştirilen yargılama faaliyetleri karşısındaki en önemli avantajlarından biridir²³. Arabuluculuk sürecinde taraflara gizlilik noktasında gerekli teminatların sunulabilmesi için ya bu hususta gerekli yasal altyapının mevzuatta yer almış²⁴ olması ya da taraflar arasında buna ilişkin bir sözleşmenin mevcut olması gerekmektedir²⁵. Son olarak, özellikle mahkeme bağlantılı arabuluculuk modellerinde, hâkim kararıyla da bu yönde teminatların sağlanması mümkündür.

Özellikle ticari sırları ihtiva eden uyuşmazlıklar açısından, arabuluculuğun sıklıkla tercih edilme sebeplerinden biri, bu sürecin gizli olması, böylelikle uyuşmazlığın kamuya yansımadan çözülebilmesine imkân tanınmasıdır²⁶. Bunun dışında gizlilik, arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması için gerekli olan samimi ortamın oluşturulmasında temel bir fonksiyona sahiptir²⁷.

²³ Yıldırım, M. Kamil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği Arabuluculuk Yasa Tasarısı* (8.12.2007), *İstanbul Barosu Yayınları*, İstanbul 2008, ss. 35-80 s. 51.

²⁴ Misal olarak bkz. Yazıcı-Tıktık, Çiğdem, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, *On İki Levha*, İstanbul 2013, s. 218 vd.

²⁵ Bkz. Yazıcı-Tıktık, s. 257 vd.; Yıldırım, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", s. 51.

²⁶ Freedman, Lawrence R./Prigoff, Michael L., "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2 (1), 1986, ss. 37-46, s. 38.

²⁷ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (1. Cilt), s. 612-613; Yazıcı-Tıktık, s. 34.

Arabuluculuk sürecinde gizliliğin gerek taraflar açısından gerek arabulucu tarafından son derece önemli birtakım fonksiyonları mevcuttur. Taraflar açısından bu fonksiyonları, *tarafları müzakere sürecinde dürüstlüğe teşvik etmek, tarafların yüksek korunma gereksinimini karşılamak ve tarafların karşılıklı güvenini sağlamak* şeklinde sıralamak mümkündür²⁸. Arabulucu için ise süreçte gizliliğin fonksiyonları *arabulucuya karşı güven inşa etmek, arabulucunun tarafsızlığını sağlamak, arabulucunun mesleki davranış kurallarından doğan yükümlülüğünü yerine getirmek ve arabulucunun sır saklama yükümlülüğü ile kamusal menfaati temin etmek* şeklinde sıralanabilir²⁹.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, arabuluculuk sürecinin gizliliğine ilişkin düzenlemelerde kişi odaklı ya da bilgi ve belge odaklı koruma yöntemlerine başvurulduğunu görmek mümkündür³⁰. Kişi odaklı korumada, bilginin iletildiği kişiyi korumanın odak noktası olarak o kişi tarafından bilginin ifşa edilmesini önlemek esas alınmaktadır; bilgi ve belge odaklı korumada ise, koruyucu düzenlemenin odak noktası bilginin kendisi olup bu bilginin herkes tarafından kullanılması yasaklanır³¹. Belirtmek gerekir ki, gerek İMK ile getirilen değişiklikten önce³² gerek İMK ile getirilen değişiklikten sonra, HUAK'ta kişi odaklı koruma (HUAK m. 4) ve bilgi-belge odaklı koruma (HUAK m. 5) yöntemlerinin her ikisi de mevcuttur. Bununla birlikte İMK m. 18 ile HUAK'ın "gizlilik" başlıklı 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında getirilen değişiklikle kişi odaklı korumanın kapsamı genişletilmiştir. Zira getirilen değişiklikle aksi kararlaştırılmadıkça tarafların yanı sıra *görüşmelere katılan diğer kişilerin de* arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olması esası benimsenmiştir. Bu nedenle, sadece arabulucu ve taraflar değil, herhangi bir sebeple arabuluculuk sürecine katılan uzmanlar veya tarafların uyuşmazlığın çözülmesi için toplantılara katılmasını arzu ettiği diğer kişiler, sürecin gizliliğine riayet etmekle yükümlü olacaktır. Bu değişikliğin getirdiği bir başka önemli sonuç, HUAK'ın "gizliliğin ihlali" başlıklı 33'üncü maddesinde düzenlenen gizliliğin ihlali suçunun kapsamının da fail olabilecekler açısından genişletilmiş olmasıdır.

²⁸ Yazıcı-Tıktık, s. 104 vd.

²⁹ Yazıcı-Tıktık, s. 109 vd.

³⁰ Yazıcı-Tıktık, s. 121.

³¹ Yazıcı-Tıktık, s. 121, 127.

³² Bkz. Yazıcı-Tıktık, s. 131-132, 134.

1.4. Arabuluculuk Sürecinin Yürütülmesine İlişkin Değişikliklere Gidilmesi

Arabuluculuk, şekle bağlı olmayan (informal)³³ bir uyuşmazlık çözüm sürecidir. Bu, arabuluculuğu mahkeme yargılamasından ayıran önemli özelliklerden biridir. Bununla birlikte kanun konuyu bir arabuluculuk modeli tasarlarırken, arabuluculuğun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla taraflarla iletişim, toplantılara katılım ve toplantıların yürütülmesine ilişkin belirgin düzenlemelere gidebilir. Bu tür düzenlemelere gidilirken, tercih edilen arabuluculuk yaklaşımı ile (ihtiyari arabuluculuk-zorunlu arabuluculuk gibi) arabuluculuğun türünün ne olduğu önem arz edecektir.

İMK m. 22 ile arabuluculuk sürecinin yürütülmesine ilişkin önemli değişiklikler getirilmektedir -ki bunlardan tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucunun bir çözüm önerisinde bulunabilme yetkisine sahip olmasına (1.1.) ve idarenin arabuluculuk müzakerelerinde nasıl temsil edileceğine (1.2.) ilişkin değişikliklere yukarıda değinildi- bunun dışında aynı düzenleme, HUAK m. 15'in "*Taraflar arabuluculuk müzakerelerine bizzat veya vekilleri aracılığıyla katılabilirler*" şeklindeki altıncı fıkrasını "*Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir*" şeklinde değiştirerek, arabuluculuk sürecinin informal niteliğine uygun bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten arabuluculuk süreci informal bir yapıda olduğundan, tarafların muvafakat etmesi halinde bu sürecin yürütülmesi için gerçekleştirilecek toplantılara uzman kişilerin çağırılması mümkündür. Yine tarafların kanuni temsilcileri de arabuluculuk sürecini, bu sıfatlarıyla yürütebilecektir. Bu düzenlemeyle paralel olarak İMK m. 23 ile, HUAK'ın "arabuluculuğun sona ermesi" başlıklı 17'nci maddesinin "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmışları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır*" şeklindeki ikinci fıkrası "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmışları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile*

³³ Yıldırım, M. Kamil, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında", Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, Alkım, İstanbul 2007, ss. 337-360, s. 343.

belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır” şeklinde değiştirilmiştir.

İMK m. 22 ile HUAK m. 15’te gerçekleştirilen bir başka değişiklik, düzenlemeye eklenen onuncu fıkrayla, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesine ilişkin HUAK m. 15’in nasıl uygulanacağına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenmesi esasının benimsenmiş olmasıdır.

1.6. Uzlaşma Kapsamına Girmeyen Bir Suçla İlgili Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuğa Elverişli Hale Getiriliyor

HUAK’ta arabuluculuğa elverişli hukuk uyuşmazlıkları açısından bazı sınırlamalar söz konusudur. Kanun’un “amaç ve kapsam” başlıklı 1’inci maddesinin ikinci fıkrasında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları ile aile³⁴ içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı ifade edilmiştir³⁵. Bununla birlikte, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların (söz konusu sınırlandırmalarla birlikte) arabuluculuğa götürülmesine bir engel bulunmamaktadır. İMK ile getirilen değişikliklerden önce, bu sınırlandırmalara ilave olarak arabuluculuğa götürülen “hukuk” uyuşmazlığının, uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olmaması da gerekiyordu. Zira Kanun’un değişiklikten önceki 17’nci maddesinde, arabuluculuğu sona erdiren haller arasında uyuşmazlığın 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi de dâhil edilmişti. Buna mukabil, İMK m. 23 ile getirilen değişiklikte, HUAK’ın 17’nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi*

³⁴ Aile içi şiddet iddiasını içermeyen ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği noktasında bkz. Demircioğlu, Huriye Reyhan, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(23), 2015, ss. 45-84, s. 67 vd. Yabancı hukuk sistemlerinde aile arabuluculuğu ile ilgili kısa bir bilgilendirme için ayrıca bkz. Akkaya, Tolga, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korunmalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/4, ss. 25-61, s. 33 vd

³⁵ Türkiye’nin de taraf olduğu “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin (İstanbul Sözleşmesi) 48 inci maddesi gereğince, taraf devletler, bu sözleşmenin kapsamına giren bütün şiddet biçimleriyle ilgili olarak, arabuluculuk ve uzlaştırma da dâhil olmak üzere zorunlu alternatif çatlama çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gereken yasal ve diğer tedbirleri alır.

Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi” şeklindeki (d) bendi “*Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesi*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu nedenle artık uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk sürecine konu edilmesine bir engel olmayacaktır.

1.8. Taraflar ve Avukatları ile Arabulucunun Birlikte İmzaladıkları Anlaşma Belgesine Doğrudan İlam Niteliğinde Belge Vasfı Kazandırılıyor

Bilindiği üzere 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na (AK) 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun’un 23’üncü maddesi ile eklenen 35/A düzenlemesi ile avukatlara, uzlaştırma yetkisi verilmiş ve avukatlar ile müvekkillerince imzalanmış uzlaşma tutanaklarının 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nun (İİK) 38’inci maddesi anlamında ilam niteliğinde belge sayılacağı hükme bağlanmıştır³⁶.

İMK m. 24 ile getirilen önemli değişikliklerden bir diğeri, HUAK’ın “tarafların anlaşması” başlıklı 18’inci maddesine “*taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır*” şeklinde eklenen dördüncü fıkrayla, tarafların, avukatları aracılığıyla yürüttükleri sürecin sonunda imzalanan anlaşma belgesine, AK çerçevesinde yürütülen uzlaşma görüşmeleri sonucunda imzalanan uzlaşma tutanakları ile eşdeğer bir nitelik tanınmasıdır. *Fikrimizce* bu düzenleme isabetlidir. Elbette süreç sonunda ulaşılan anlaşma belgesinin icra edilmeye elverişli bir nitelik taşıması için avukatların bu tutanakların hazırlanmasında önemli bir fonksiyonu olacaktır. Bu düzenlemeye işlerlik kazandırmak için, avukatın süreç boyunca vekil sıfatıyla süreçte yer almasına gerek olmadığı gibi sürece sonradan, mesela sadece anlaşma belgesinin hazırlanması aşamasında dâhil olmuşsa, 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 74’üncü maddesi gereğince *alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma* noktasında bir özel yetkiye sahip olması gerekmeyecektir.

³⁶ Avukatlık Kanunu m. 35/A kapsamında uzlaşma müessesesi için bkz. Bulur, Alper, “Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010/89, ss. 196-241.

1.9. Arabuluculuk Süreci Sonunda Üzerinde Anlaşılan Hususlarda Dava Açılması Engelleniyor

Arabuluculuk sürecinin temel felsefesi gereğince, aslında, süreç sonunda üzerinde mutabık kalınan hususlara ilişkin hazırlanan bir anlaşma belgesinin, taraflar için hukuki bağlayıcılık taşıması çok gerekli değildir. Zira bu süreçte uyuşmazlığın giderilmesinde izlenen yol, zaten tarafları, içtenlikle istemedikleri bir çözüm şekline sürüklemek değildir. Taraflar, süreç sonunda öyle bir çözümü benimsemelidir ki, uyuşmazlığın bu şekilde çözülmesi, her ikisi için de içtenlikle yapacakları edimleri içermelidir. *Fikrimizce* süreç sonunda ulaşılabilecek anlaşma belgesinin bağlayıcı olmaması ve dava açma yolunun her zaman açık olması yönünde taraflara teminatlar sağlanmasının, tarafların süreci *samimi bir biçimde* devam ettirmesine yönelik önemli katkıları mevcuttur.

Yukarıdaki nedenlerle *olması gereken açıısından* aslında, arabuluculuk süreci sonunda uyuşmazlığın çözümüne ilişkin yapılan anlaşmaları bir nevi *centilmenlik anlaşmaları*³⁷ olarak nitelendirmek mümkündür. İki tarafın bir anlaşmanın, centilmenlik anlaşması olarak nitelendirilebilmesi için şu esaslara bağlı kalınmasına dikkat çekmektedir³⁸: İlk olarak, centilmenlik anlaşmaları da, tıpkı sözleşmeler gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını ihtiva etmelidir. Zira ancak bu şekilde birbirine uygun bir anlaşmanın varlığından bahsedilebilir. Sözleşmelerden farklı olarak, centilmenlik anlaşmaları, hukuken bağlanma iradesi dışında, bir sözleşmeyi kurabilecek nitelikteki karşılıklı açıklamalarla, öneri ve kabulle meydana gelir. Bu nedenle, bir sözleşmeyi kuramayacak nitelikteki açıklamalar centilmenlik anlaşması da kuramaz³⁹. Centilmenlik anlaşmasında taraflar, hukuki sonuç iradesi taşımazlar. Bir başka deyişle anlaşmalarının hukuki sonuç doğurmasını istemezler. Bu nedenle de, centilmenlik anlaşmalarında tarafların açıklamalarından ve taahhütlerinden hukuki anlamda bir alacak hakkı ve borç doğmaz ki, onları bağlasın. Bu nedenle centilmenlik anlaşmaları, *hukuki anlamda borç doğurmayan* anlaşmalardır. Centilmenlik anlaşmaları, hukuki anlamda bir borç doğurmadığından, bunun ifa edilmemesi de hukuki bir borcun ifa edilmemesinin sonuçlarını

³⁷ Centilmenlik anlaşmaları kavramı için bkz. İki tarafın, "Centilmenlik Anlaşmaları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 1), 19(Özel Sayı), 2017, ss. 415-441, s. 417 vd.

³⁸ Bkz. İki tarafın, s. 419 vd.

³⁹ "...Sözleşme olarak nitelendirilmeyen her anlaşma centilmenlik anlaşması kabul edilirse bu gibi hukuk düzeninin ilgisiz kaldığı anlaşmalar da centilmenlik anlaşması olarak nitelendirilebilir ki böyle bir kavramın hukuken değerlendirilmesine artık pek gerek kalmaz. Dolayısıyla centilmenlik anlaşmaları da hukuk düzeninin ilgilendiği alana ilişkin anlaşmalar olarak kabul edilmelidir..." (İki tarafın, s. 420).

doğurmaz. Bunun gibi, centilmenlik anlaşmalarından bir alacak hakkı doğmadığından, bu alacağın da hukuki anlamda bir alacak gibi korunması söz konusu değildir. Son olarak, centilmenlik anlaşmalarına uyulmasını hukuk kurallarının gücü değil, ahlaki değer yargıları sağlar.

Arabuluculuğun, temel felsefesi, arabuluculuk süreci sonunda taraflara, kendileri için hukuki bağlayıcılığı olmayan edimler içeren bir anlaşma hazırlayabilmelerine olanak sağlamakla birlikte, birçok hukuk sisteminde, arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı olmasına ilişkin ayrıık düzenlemelere gidildiğini görmek mümkündür. Mesela *Minnesota Civil Mediation Act 572.35*'te arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşma belgesinin etkisinin sözleşmeler hukukunun ilkeleri çerçevesinde belirlenebileceğini düzenlenmekle birlikte bir anlaşma belgesinin, bağlayıcı olduğunu gösteren bir ibare taşımadığı ve tarafların yazılı bir şekilde, arabulucunun kendi menfaatlerini korumak veya onlara yasal hakları hakkında bilgi vermek noktasında bir görevinin olmadığı; bir arabuluculuk anlaşma belgesi imzalamadan önce avukata danışmalarının yararlı olacağını farkında olduklarına ilişkin kayıtlar ihtiva etmediği müddetçe bağlayıcı olmayacağı ifade edilmektedir⁴⁰.

İMİK ile getirilen değişikliklerden önce HUAK kapsamında yürütülen arabuluculuk müzakereleri sonunda taraflar arasında hazırlanan anlaşmaların, taraflar için bağlayıcı olup olmadığı, özellikle, anlaşmada yer alan edimlerin ifa edilmemesi halinde cebri icra yoluyla ifa edilmesinin mümkün olup olmadığı belirsizlik arz eden konulardı⁴¹. Elbette değişiklikten önceki haliyle, taraflar, mahkemeden icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep etmek suretiyle (HUAK m. 18/2) anlaşma belgesine icra hukuku açısından ilam niteliğinde belge kuvveti kazandırabilmekteydi. Lakin böyle bir talep olmadan anlaşma belgesinin bağlayıcılığının ne surette olacağı tartışmaya açıktı.

İMİK'nın HUAK'ta getirmiş olduğu fikrimizce en önemli değişiklik, belirtilen Kanununun 24'üncü maddesinin HUAK'ın "tarafların anlaşması" başlıklı 18'inci maddesine "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*" şeklinde eklenen beşinci fıkradır. Vurgulamak gerekir

⁴⁰ Kıyak, Emre, "Arabuluculuk Süreci Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(21), 2015, ss. 523-548, s. 535.

⁴¹ Konu ile ilgili bkz. Kıyak, s. 533 vd.

ki, bu değişikliğin uygulamada bir karışıklığa yol açmaması için, düzenlemenin uygulanma alanının sadece süreç sonunda hazırlanan *anlaşma belgelerine* hasredilmesi zaruridir. Zira bir anlaşma belgesi mevcut olmadan, mahkemenin, tarafların arabuluculuk sürecine konu ettikleri uyuşmazlık konularında anlaşmalarını ve bu nedenle dava açamayacaklarını tespit etmesi oldukça zor olacaktır. Getirilen değişiklik sebebiyle, arabulucuların, süreç sonunda anlaşma belgesi hazırlarken *hangi uyuşmazlıkların sürece konu edildiğinin ve anlaşmada yer alan edimlerin tereddüde yer vermeyecek derecede yazılması noktasında* oldukça titiz davranmaları büyük önem arz etmektedir. Son olarak, İMKm. 24 ile getirilen tüm bu değişiklikler çerçevesinde gerek son toplantı tutanağının gerek süreç sonunda ulaşılan anlaşma belgesinin HUAK m. 5’de belirtilen yargılama sürecinde kullanılmayacak belgeler arasında yer almayacağından artık şüphe etmemek gerekir.

Belirtmek gerekir ki İMK m. 24 ile getirilen bu değişiklikte dahi arabuluculuğun, mahkemelerde hak arama özgürlüğünü kısıtlamayacağını vurgulamakta yarar vardır. Zira HUAK m. 3/1 gereğince tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusundaki serbestisi devam etmektedir. Diğer deyişle, taraflar, anlaşmaya varmak istemiyorsa süreci istedikleri zaman sonlandırabileceklerdir. Fakat arabuluculuğun kendine özgü niteliklerden biri de bu süreç sonunda ulaşılan anlaşmanın taraflar için bağlayıcı olmamasıdır. Bunun sebebi, arabuluculukta tarafları hukuken bağlayacak bir anlaşmaya ulaşmaktan ziyade, gönüllü olarak, isteyerek (içlerine sinecek) bir anlaşmaya ulaşılma hedefinin daha ön planda olmasıdır.

Getirilen değişiklikle, tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacağı belirtilmiş olunmasına karşın, böyle bir davanın açılması halinde mahkemenin nasıl bir karar vereceği belirsizlik arz etmektedir. Bu noktada farklı görüşlerin ileri sürülmesi mümkündür. İlk olarak HUAK m. 24/5’de düzenlenen engelin bir dava şartı olarak nitelendirilmesi ve bu nedenle belirtilen ihtimalde mahkemenin, dava şartı noksanlığından davanın usulden reddine karar vermesi düşünülebilir. *Fikrimizce* bu görüş çerçevesinde söz konusu düzenlemenin, dava konusuna ilişkin dava şartı olarak nitelendirilmesi mümkündür. İkinci olarak, mahkemenin bu ihtimalde uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulduğundan

bahisle *davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair* bir karar vermesi de düşünülebilir -ki *fikrimizce* isabetli olanı da budur- ancak mahkeme, böyle bir karar verdiğinde, yargılama giderleri açısından davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumunu dikkate alacaktır (HMK m. 331). İncelenen ihtimal açısından ise bu düzenlemenin uygulanması isabetsiz sonuçlar doğurabilecektir. Bunun yerine, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerine anlaşılan hususlar hakkında dava açıldığında mahkemenin nasıl bir karar vereceği ve yargılama giderlerinin kimin üzerine yükletileceğine yönelik ayrıntılı düzenlemelere gidilmesi faydalı olabilecektir. Son olarak, HUAK m. 24/5'teki ihtimalin sadece anlaşma belgesinin mevcut olduğu durumlara hasredilmesi gerektiğinin altını çizmekte yarar vardır.

1.10. Arabuluculuk Başvurularında Adli Yardım İmkânı Tanınıyor

Karşılaştırmalı hukukta çeşitli arabuluculuk uygulamalarında adli yardım müesseselerine yer verildiğini görmek mümkündür. Mesela İngiltere'de aile arabuluculuğu alanında adli yardıma başvurulması mümkündür⁴². Amerika Birleşik Devletleri'nde de adli yardım imkânı sunan birçok arabuluculuk uygulamasını görmek mümkündür: *Victoria Legal Aid Family Dispute Resolution Service*⁴³ bu yönde bir imkân sunmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesinin Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararı (Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters)⁴⁴nda da, devletlerin, tamamen veya kısmen ücretsiz arabuluculuk imkânı sunma veya özellikle taraflardan birinin menfaatlerinin özel koruma gerektirmesi halinde arabuluculuk için adli yardım sunma fırsatını gözden kaçırmamalarına dikkat çekilmiştir.

Ülkemizde de İMK ile getirilen değişiklikle HUAK kapsamında gerçekleştirilecek arabuluculuk uygulamalarında tarafların adli yardım prosedürüne başvurması mümkün hale getirilmiştir. Gerçekten İMK m. 21 ile HUAK'ın "arabulucuya başvuru" başlıklı 13'üncü maddesine eklenen "*Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin*

⁴² Bkz. <https://www.gov.uk/legal-aid> (12.2.2018).

⁴³ <https://www.legalaid.vic.gov.au/get-legal-services-and-advice/family-dispute-resolution-victoria-legal-aid> (12.2.2018).

⁴⁴ https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20100715122109_RecommendationRec200210oftheCommitteeofMinisterstomemberSta.doc.pdf (14.2.2018). Çeviri metin için bkz. http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC_2002_10_Tavsiye_Karari.pdf (14.2.2018).

kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ila 340'ıncı maddeleri kıyasen uygulanır” şeklindeki üçüncü fıkrayla, arabuluculuk ücretinin karşılanması noktasında taraflara adli yardıma başvuru imkânı tanınmaktadır. Arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesine yöneltilecek bu yöndeki taleplerde nasıl bir usul izleneceğini ise şu şekilde özetlemek mümkündür:

İlk olarak, arabuluculuk ücretinin karşılanması için yapılacak adli yardım başvurusunda, arabuluculuğa götürülecek uyuşmazlığa ilişkin talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması ve bu ücretin önemli ölçüde zor duruma düşülmeksizin ödenmesinin mümkün olmaması şartlarının gerçekleşmesi gerekecektir (HMK m. 334/1 kıyasen). Burada talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması noktasında yaklaşık ispat aranacaktır. Fakirlik şartının gerçekleşmesi açısından ise muhtemel ödenecek arabuluculuk ücretinin hesabında Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin (ekinde yer alan) üç saatlik kısmının ve üzerinde anlaşılan miktar için hesaplanacak nisbi ücretin yarısının esas alınması ya da arabuluculuk istatistiklerinden yola çıkılarak bu noktada açık bir düzenlemeye gidilmesi faydalı olacaktır.

İkinci olarak, HUAK'ta düzenlenen adli yardım sadece arabuluculuk ücretinin karşılanması açısından geçerli olduğundan, süreç içinde yapılan diğer masraflar ve giderler adli yardımın kapsamına girmeyecektir. Adli yardım talebinde mahkemeye yöneltilecek dilekçenin HMK m. 336/2'de belirtilen şartları taşıması gerekecektir. Mahkeme adli yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebilecektir. Ancak talep halinde inceleme duruşmalı olarak yapılacaktır HMK m. 337/1). Adli yardım talebinin reddine ilişkin karara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilecektir (HMK m. 337/2). Adli yardım, daha önce peşinen ödenen arabuluculuk ücretini (avansını) kapsamayacaktır (HMK m. 337/3 kıyasen). Adli yardımdan yararlanan kişinin mali durumu hakkında kasten veya ağır kusuru sonucu yanlış bilgi verdiği ortaya çıkar veya sonradan mali durumunun yeteri derecede iyileştiği anlaşılırsa adli yardım kararı kaldırılacaktır (HMK m. 338/1).

İMK m. 21 ile değişik HUAK m. 13/3 adli yardım kapsamında ödenen arabuluculuk ücretinin daha sonra kim tarafından karşılanacağına ilişkin bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Eğer arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşmaya varamamış ve uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiş ise, adli yardım kapsamında ödenen giderlerin davada haksız çıkan taraftan tahsil olunması gerekir (HMK m. 339/1 kıyasen). Bu bağlamda davayı adli yardımdan yararlanan kişi kaybeder ve adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan arabuluculuk ücretinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme hükümde tamamen veya kısmen ödemedi muaf tutulmasına karar verebilecektir (HUAK m. 339/2 kıyasen). Buna mukabil taraflarca arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılırsa, Devletçe adli yardım muafiyeti kapsamında kalan arabuluculuk ücretinin hangi taraftan tahsil edileceği belirsizdir. *Fikrimizce* bu eksikliğin giderilmesine yönelik bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

2. Diğer Değişiklikler

İMK, HUAK’ayukarıdayeralan ve oldukça önemli olduğun düşünüşümüzdeğişiklikler dışında bir kısım küçük değişiklikler de getirilmiştir. Bunlardan ilki, Arabuluculuk Daire Başkanlığı’na arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin getirilmiş olmasıdır. Bu doğrultuda İMK m. 19 ile HUAK’ın “unvanın kullanılması” başlıklı 6’nci maddesine “*Daire Başkanlığı, arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir*” şeklinde eklenen üçüncü fıkrayla, arabuluculuk uygulamalarının konuyla uzman kişilerce gerçekleştirilmesine katkı sağlayabilecek bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte, artık arabulucuların uzmanı oldukları alanlarda faaliyet göstermelerinin önü açılacaktır. Hükümetin teklif ettiği metinde bu değişikliğin yanı sıra, arabulucuların, arabuluculuk unvanını uzmanlık alanlarıyla birlikte kullanabilmelerine imkân tanıyan bir değişikliğe yer verilmiş olmakla birlikte, Adalet Komisyonunun kabul ettiği metinde bu değişiklik yer almamıştır. *Fikrimizce*, arabulucuların sicilde uzmanlık alanlarıyla birlikte tutulmalarının yanı sıra, uzmanlık sıfatlarını unvanlarıyla birlikte kullanmalarına imkân tanınması isabetli olurdu. Ancak bunun için, uzmanlık sıfatını kimlerin kullanabileceğinin netlik kazanması gerekli olacaktır. Bu noktada uzmanlık eğitimlerinin sıkı şekil şartlara bağlanması da zorunlu olacaktır.

İkinci olarak dava açılmadan önce yürütülen arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesinde görevli ve yetkili mahkeme değiştirilmiştir. Gerçekten İMK m. 24 ile, HUAK'ın " tarafların anlaşması" başlıklı 18'inci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilerek, dava açılmadan önce yürütülen arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine yönelik taleplerin, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeye değil, *arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesine yöneltmesi esası benimsenmiştir*. Bu değişiklik, dava açılmadan önce icra edilebilirlik şerhi verilmesine yönelik taleplerde görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesine yönelik tereddütleri ortadan kaldırması açısından oldukça yerinde ve usul ekonomisine uygundur. İMK m. 24 ile HUAK m. 18'de getirilen bir başka değişiklik, -aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hariç olmak üzere- icra edilebilirlik şerhinin verilmesine ilişkin taleplerin dosya üzerinden incelenmesinin mahkemenin takdir yetkisinden çıkarılması, diğer deyişle bu incelemenin mutlaka dosya üzerinden yapılması esasının benimsenmiş olmasıdır. Bu değişiklik de usul ekonomisine uygundur.

Üçüncü olarak, arabuluculuk bürolarının kurulmasına yönelik düzenlemelere gidilmiştir. İMK m. 26 ile HUAK'ın "kuruluş ve teşkilat" başlıklı 28'inci maddesine eklenen "*Arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Bakanlık tarafından uygun görülen adliyelerde arabuluculuk büroları kurulur. Adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından, münhasıran bu bürolarda çalışmak üzere bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel görevlendirilir. Arabuluculuk büroları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde bu büroların görevi, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hâkimin gözetim ve denetimi altında yerine getirilir*" şeklindeki üçüncü fıkra ile arabuluculuk bürolarının kurulması düzenlenmiştir. Bu düzenleme oldukça yerindedir. Özellikle son yıllarda Adalet Bakanlığı ile çeşitli üniversitelerin hukuk fakülteleri arasında imzalanan protokoller çerçevesinde vatandaşların arabuluculuk hususunda bilgilendirilmesi noktasında klinik uygulamalar gerçekleştirilmektedir.

Gerek hukuk eğitimine olan katkısı gerek bu noktadaki iş yükünün adliye personeli üzerinden alınması açısından söz konusu uygulamalar oldukça yararlıdır.

Yukarıda izah edilen değişikliklerin yanı sıra, İMK m. 26, m. 27 ve m. 28 ile arabulucu olabilmek için aranan şartlar arasına “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53’üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar; Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar; zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak” şartı eklenmekte (HUAK m. 20/2(ç)) ve uygulamalı sınav usulü kaldırılmaktadır (HUAK m. 20/2(e); m. 36/1). Bunun dışında bir arabulucunun en fazla üç komisyon listesine kaydolabilmesi esası benimsenmiştir (HUAK m. 20/4). Son olarak Arabuluculuk Kurulunda, kendisine mensup işçi sayısı en çok olan üç işçi sendikaları konfederasyonunca seçilecek birer temsilci (HUAK m. 31/1(ğ)) ile en çok işveren mensubu olan işveren sendikaları konfederasyonunca seçilecek bir temsilcinin bulunması (HUAK m. 31/1(h)) düzenlenmiştir.

Sonuç

7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte, arabuluculuk serüvenine ciddi bir adım atan ülkemizde, artık bu yöntem olgunlaşma dönemine girmiştir. Gerçekten HUAK’ın yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde, arabuluculuğun ne anlam ifade ettiği ve nasıl algılanması gerektiği noktasında bir fikir birliğinden söz etmek bir yana, yöntem ve sürece ilişkin birçok yanlış değerlendirmeye rastlamak mümkündür. Bunun dışında, arabuluculuğun ülkemizde yaygınlaşmayacağına, etkin bir şekilde kullanılmayacağına yönelik karamsar ifadeler yok değildi. Lakin ihtiyari arabuluculuğa ilişkin oluşan istatistikler, daha ilk dönemde dahi bu yöntemin, uygulamada, beklenenden daha fazla benimsendiğini gözler önüne serdi. Kanun koyucu, bu durumla yetinmeyerek, istatistiklerde zaten oldukça kullanılan bir alan olan iş uyuşmazlıkları için mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuk

modelini yeni hazırlanan 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu bünyesine kattı. Bu Kanun, sadece iş uyuşmazlıkları için değil, tüm arabuluculuk uygulamaları için cari olacak çok önemli değişikliklerin HUAK'ta gerçekleştirilmesine yönelik önemli düzenlemeleri de ihtiva etmektedir.

İMK ile HUAK'ta getirilen önemli değişikliklerin başında, *fikrimizce*, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmasını engelleyen m. 18/5 düzenlemesi gelmektedir. Son derece önemli olan bu değişiklikte artık, arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşma belgeleri, taraflar için bağlayıcı olmanın ötesinde, uyuşmazlığı mahkemeye taşımak noktasında bir engel teşkil edecektir. *Fikrimizce* bu düzenlemenin, ayrıca, uyuşmazlığın tahkime götürülmesine engel teşkil edip etmediği tartışmaya açılabilir bir konudur.

İMK hükümleri ile getirilen bir başka önemli değişiklik; artık, taraflar ve avukatları ile arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi verilmesine gerek olmaksızın, tek başına ilam niteliğinde belge özelliği kazanmasına imkân tanıyan m. 18/4 düzenlemesidir. Tam bu noktada, uygulamada tam aksiyle karşılaşmak mümkün olsa da, icra edilebilirlik şerhi verilmesine yönelik tarafların mahkemeye talepte bulunabilmesi için, her ikisinin birlikte hareket etmesi gerektiğine yönelik görüşlerimizi ısrarla vurgulamakta yarar görüyoruz.

İMK'nın getirdiği değişikliklerle birlikte adli yardım müessesesi, artık, arabuluculuk sürecine başvuruda, arabuluculuk ücreti için cari olmakla birlikte (m. 13/3), bu düzenleme, tüm ihtimalleri karşılamaya elverişli değildir. Zira tarafların süreç sonunda anlaşmaya varması halinde, adli yardım kapsamında kalan arabuluculuk ücretinin taraftan tahsil edilip edilmeyeceği belirsizdir. Bu nedenle söz konusu ihtimale yönelik, açık bir düzenlemeye gidilmesi isabetli olacaktır.

Getirilen değişikliklerle birlikte, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili hukuk uyuşmazlıkları, arabuluculuk sürecini sona erdiren haller arasından çıkarıldığından (m. 17/1(d)), bu uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar haline gelmiştir.

İlk haliyle, kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini benimseyen HUAK, getirilen değişiklikle birlikte tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucuya uyuşmazlık konularına ilişkin çözüm önerisi getirebilme yetkisi tanıdığından (m. 2/1(b)), değerlendirici arabuluculuk modeline yaklaşmıştır.

İMK'nın ihtiva ettiği HUAK'a yönelik değişikliklerden bir kısmı idarenin taraf olacağı arabuluculuk sürecinin yasal altyapısını oluşturmaya yöneliktir. *Fikrimizce* bu değişiklikler, idari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ilişkin müstakil bir kanunda, idare hukukunun temel prensiplerine uygun olarak daha ayrıntılı olarak düzenlenmeliydi.

İMK ile getirilen değişiklikler sadece yukarıda ifade edilenlerle sınırlı olmamakla birlikte, ihtiva ettikleri önem bakımından sonuç kısmında tekrar ele almaya gerek bulunmamaktadır. Ezcümle, anılan Kanun ile getirilen değişikliklerin birçoğu arabuluculuk kurumunun olgunlaşmasına hizmet etmekle birlikte, çalışmada yeri geldiğince değinilen olası sakıncaların daha sonraki revizyonlarda göz önünde bulundurulmasını temenni ederiz.

Kaynakça

- [1] **Akkaya**, Tolga, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/4, ss. 25-61.
- [2] **Alexander**, Nadja, “The Mediation MetaModel: Understanding Practice”, *Conflict Resolution Quarterly*, 26(1), 2008, ss. 97-123.
- [3] **Asiltürk**, Murat, “Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(95), 2014, ss. 29-40.
- [4] **Birke**, Richard, “Mandating Mediation of Money: The Implications of Enlarging the Scope of Domestic Relations Mediation from Custody to Full Service”, *Willamette Law Review*, 35, 1999, ss. 485-522.
- [5] **Bulur**, Alper, “Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010/89, ss. 196-241.
- [6] **Coşkun**, Burak/**Günaydın**, Hamza “Ombudsmanlığın Kökeni Meselesi Bağlamında Türk-İslâm Devlet Geleneğinde Şikâyet Hakkının Kurumsal Tekâmülü”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2(3), 2015, ss. 9-60.
- [7] **Demircioğlu**, Huriye Reyhan, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(23), 2015, ss. 45-84.
- [8] **Etcheson**, Steven C., “Transformative Mediation: A New Current in the Mainstream”, *Policy Studies Journal*, 27 (2), 1999, ss. 393-396.
- [9] **Freedman**, Lawrence R./**Prigoff**, Michael L., “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2 (1), 1986, ss. 37-46.
- [10] **Hansen**, Toran, “The Narrative Approach to Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 4(2), 2004, ss. 297-308.

- [11] İkizler, Metin, “Centilmenlik Anlaşmaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 1)*, 19(Özel Sayı), 2017, ss. 415-441.
- [12] **Kekeç**, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet, Ankara 2011.
- [13] **Kıyak**, Emre, “Arabuluculuk Süreci Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(21), 2015, ss. 523-548.
- [14] Özbek, Mustafa Serdar, “İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005/56, ss. 90-132.
- [15] Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (1. Cilt)*, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- [16] Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (2. Cilt)*, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- [17] Özmumcu, Seda, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 73(2), 2015, ss. 325-356.
- [18] **Pekcanitez**, Hakan, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”, *Makaleler (Cilt 2)*, Oniki Levha, İstanbul 2016, ss. 233-248.
- [19] **Riskin**, Leonard L., “Mediator Orientations, Strategies and Techniques”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 12 (9), 1994, ss. 111-114.
- [20] **Riskin**, Leonard L., “Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System”, *Notre Dame Law Review*, 79(1), 2003, ss. 1-54.
- [21] **Stempel**, Jeffrey W., “The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology”, *Journal of Dispute Resolution*, 2000 (2), 2000, ss. 247-293.

[22] **Stempel**, Jeffrey W., “Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator’s Role”, *Florida State University Law Review*, 24 (4), 1997, ss. 949-984.

[23] **Yazıcı-Tıktık**, Çiğdem, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, On İki Levha, İstanbul 2013.

[24] **Yıldırım**, M. Kamil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği Arabuluculuk Yasa Tasarısı (8.12.2007), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, ss. 35-80.

[25] **Yıldırım**, M. Kamil, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoza için Armağan*, Alkım, İstanbul 2007, ss. 337-360.

[26] **Yılmaz**, Dilşat, “Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 7(70), 2012, ss. 92-100.

[27] http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC_2002_10_Tavsiye_Karari.pdf

[28] https://www.euromed_justice.eu/en/system/files/20100715122109_RecommendationRec200210oftheCommitteeofMinisterstomemberSta.doc.pdf

[29] <https://www.gov.uk/guidance/tax-disputes-alternative-dispute-resolution-adr>

[30] <https://www.gov.uk/legal-aid>

[31] <https://www.legalaid.vic.gov.au/get-legal-services-and-advice/family-dispute-resolution-victoria-legal-aid>

TAŞINIR MÜLKİYETİNİN DEVRİNDE SEBEBE BAĞLILIK VE SOYUTLUK KAVRAMLARI VE BU KAVRAMLAR KAPSAMINDA SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU¹

Öz

Zenginleşmeden söz etmek için bir kimsenin bir hakkının malvarlığından çıkması ve malvarlığından çıkan bu hakkın bir başkasının malvarlığına geçmiş olması gerektiği açıktır.

Bir malın zilyetliği başkasının eline geçmiş, yani zilyetlik yitirilmiş olsa bile, bu mal üzerindeki hak hala zilyetliği yitirenin malvarlığından çıkmamış ise, bu kişi fakirleşmiş, bir başkası da bu hak ile zenginleşmiş olamaz.

Taşınır mülkiyetinin devri (veya bir taşınır üzerinde sınırlı bir ayni hakkın kurulması) konusunda ise iki görüş savunulmaktadır. Katıldığım ve baskın olduğu kabul edilen sebebe bağlılık görüşü ve soyutluk görüşü.

Bunların yanı sıra, yine baskın görüşe göre, sebepsiz zenginleşme hükümleri, istenilen sonuca başka bir yoldan ulaşma imkânı olmadığında başvurulabilecek hukuk yoludur.

Bu veriler ışığında, sebepsiz zenginleşmede iade yükümlülüğü ve bir de iyiniyetli zenginleşenin iade yükümlülüğü ile kötü niyetli zenginleşenin iade yükümlülüğü ayrımı üzerinde durulmasına bir uygulama alanı bulmak zor olacaktır. Öncelikle işleme, karışma ve birleşme dışında bir taşınır ile zenginleşebilsin ki, zenginleşme konusu bu taşınırın nasıl ve ne kapsamda iade edilmesi gerekeceği gündeme gelebilsin.

Anahtar Kelimeler: *Sebepsiz Zenginleşme, Taşınır Mülkiyeti, Sebebe Bağlılık, Soyutluk İlkesi*

¹ *Istanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi*

Concepts of Causality and Abstraction in Transfer of Movable Property, and Unjust Enrichment Within These Contexts

Abstract

In order to speak of an enrichment, it is clear that one shall dispose of a right of an asset value and this right shall be transferred to another person's asset. There is no one who is enriched or impoverished just with the transfer of the possession of a property, even if the previous possession is terminated, unless the right on that property is transferred.

There are two views on the transfer of the property or on the establishment of a limited right in rem to a movable property: the principle of causality- the dominant view that I also agree on- and the principle of abstraction.

In addition, according to the dominant view, the law of the unjust enrichment is also a remedy when there is no other way to reach a resolution.

In these considerations, it is hard to find a scope of application of obligation to return in unjust enrichment, especially distinction of obligation to return between people who have been unjustly enriched in good faith and bad faith. Primarily, there should be an enrichment apart from processing, joining and mixing chattels to refer the return of the movable property which is the object of unjust enrichment.

Keywords: *Unjust Enrichment, Movable Property, Orinciple of Causality, Principle of Abstraction*

Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme

I - Giriş

Bu çalışmada taşınır mülkiyetinin devren kazanımı hallerinde sebepsiz zenginleşmenin rolü üzerinde durulacaktır. Mülkiyetin devrinden anlaşılan mülkiyet hakkının devredenden çıkması ve devralanın malvarlığına girmesidir. Taşınır mülkiyetinin devren kazanımının sebebi de bilindiği üzere, bu devri hedefleyen sözleşmeler, yani borçlandırıcı işlemlerdir. Satış, bağışlama, mal değişim sözleşmesi akla hemen gelen sebeplerdir. Taşınır mülkiyetinin devrinde sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için, bu sözleşmelerin geçersizliğine rağmen, mülkiyetin devrinin, yani tasarruf işleminin geçerli olarak yapılabilmesi mantıksal bir zorunluluktur.

Taşınmaz mülkiyetinin devri ve taşınmazlar üzerinde bir aynı hakkın kurulması geçerli bir sebebin varlığını gerektirir. Kanun bu konuda açık ve nettir. Buna karşılık, taşınır mülkiyetinin veya bir taşınır üzerinde aynı hakkın kurulmasının geçerli bir sebebi gerektirdiği konusunda açık bir yasa hükmü yoktur. Bu durum, öğretide sebebe bağlılık ve soyutluk savaşıma yol açmıştır. Uygulamada sebebe bağlılığın egemen olduğu kabul edilmekle birlikte, öğretide görüşler paylaşılmış bulunmaktadır.

II – Taşınır mülkiyetinin devrinde (veya bir taşınır üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasında) sebebe bağlılık ve soyutluk görüşleri:

1) Belirteyim ki İsviçre Hukuku'nda 1929 yılına kadar, taşınır mülkiyetinin devrinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin bir yasa hükmü bulunmadığından, taşınmaz hukukunda farklı olarak, taşınır mülkiyetinin devrinin geçerli bir sebebe bağlı olmadığı görüşü egemendi. 1929 yılında Grimm İflas Masası kararı ile İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmazlarda yasa ile benimsenmiş olan sebebe bağlılık ilkesinin taşınırlarda da kabul edilmesi yönünde görüşünü açıklamıştır. Bu görüşün açıklanmasından sonra İsviçre Hukukunda, soyutluk görüşünün fazla taraftar toplamadığı görülmektedir.

Hukukumuzda da taşınır mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık görüşünün baskın görüş olduğu kabul edilmekle birlikte, önemli sayıda yazarların bugün dahi soyutluk görüşünü savundukları da bir gerçektir.

2) Hukukumuzda halen varlığını sürdüren bu görüşlerin taraftarı olarak şu yazarlar örnek gösterilebilir:

a) Sebebe bağlılık görüşü taraftarları:

Selâhattin Sulhi TEKİNAY: “Zilyedliğin nakli yoluyla mülkiyetin geçirilmesi acaba illî mi, yoksa mücerret midir? ... Mesele doktrinde tartışmalıdır. ... İsviçre’de hâkim olan görüş illilik lehinedir. ... Kanaatimizce illilik görüşü tercih edilmelidir. Böylece gayrimenkullerle menkuller arasında yapmacıklı bir fark yaratılmamış olur”¹.

Gökhan ANTALYA: “Türk-İsviçre eşya hukuku, taşınır mülkiyetindeki tartışmalar bir yana bırakılırsa, kural olarak sebebe bağlılık ilkesini benimsemiştir”².

Jale G. Akipek/ Turgut AKINTÜRK,: “... Medeni Kanununun 763 ve sonrası maddelerinde taşınır mülkiyetinin geçişinde buna benzer bir açık hüküm bulunmaması, doktrinde bu geçişin illele olup olmadığı hakkında çok sıcak tartışmalara yol açmıştır. Bugün için bu tartışmaların sadece teorik bir değeri vardır. Çünkü gerek Türk, gerek İsviçre doktrin ve mahkeme içtihatlarında taşınır mülkiyetinin geçişinin de illele (sebebe bağlı) bir işlem olduğu görüşü egemendir”³.

Aydın AYBAY/ Hüseyin HATEMİ: “Ben doçentlik tezimden beri, Merhum Tekinay’ın katıldığı –Federal Mahkeme’nin de görüşü olan, illilik, sebebe bağlılık görüşüne katılıyorum”⁴.

Halûk TANDOĞAN: “Taşınır satışında mülkiyeti nakleden tasarruf işleminin illele bağlı olduğu kanunun açık bir hükmünden çıkarılmamakla beraber, İsviçre’de mahkeme içtihatları ve yazarların çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir. Türk hukukunda von Thur’un izinde giden birçok yazar, Mülkiyeti nakleden tasarruf işleminin illetten soyut

¹ Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3, İstanbul 1994, s. 3-4 vd.

² Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.146.

³ Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 583-584

⁴ Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 154

olduğu fikrini savunmaktadırlar. Taşınır mülkiyetinin kazanılmasında iyiniyetin korunması muamelelerdeki emniyeti sağlamağa yeterli olduğu ve soyutluk ilkesini kabul eden alman hukukunda dahi birçok istisnalar tanınarak bu ilke hafifletilmeğe çalışıldığı, hatta de lege ferenda illilik sistemine dönülmesi önerildiği halde hala soyutluk ilkesine bağlı kalmak kanımızca pek isabetli bir yol değildir. İlette bağlılık prensibi sebepsiz zenginleşme davasının uygulama alanını daraltmakla beraber tamamen ortadan kaldırmamaktadır; bu nedenle soyutluk taraftarlarının sebepsiz zenginleşme hakkındaki kanun hükümlerine dayanmaları da yerinde görünmemektedir”⁵.

Fikret EREN: “...biz, sebebe bağlılık ilkesinin, soyutluk ilkesine üstün tutulması görüşündeyiz. Kıymetli evrak hukuku (çek, poliçe vs.) bir tarafa bırakılırsa, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunuyönünden tasarruf işlemleriyle borçlandırıcı işlemlerin sebebe bağlı işlemler olduğunu kabul ediyoruz. Esasen TMK m. 1024 ve 1025’e göre Türk hukuk sistemi, taşınmazlara ilişkin aynı hakların devrinde, yani aynı tasarruf işlemlerinde sebebe bağlılık ilkesini kabul etmiştir. Aynı sonuç, taşınır mallar yönünden de doktrinde ve uygulamadaki hâkim görüş yönünden savunulmaktadır”⁶.

Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU [HATEMİ/SEROZAN/ARPACI]: “Taşınır mülkiyetini geçiren tasarruf işlemi üzerinden durumu açıklayalım: İsviçre-Türk Medeni Kanunlarında, bu işlemin illî mi, soyut mu olduğun gösteren açık bir hükme kanunda rastlamak imkânı yoktur. Bu sebeple mesele çok tartışmalıdır. Yalnız İsviçre’de, Federal Mahkeme bir kararı ile (yerinde olarak) İlliliği kabul etmiş, o zamandan beri de gerek İsviçre uygulaması, gerekse doktrindeki büyük çoğunluk illilik (sebebe bağlılık) tezi lehinde cephe almışlardır. Türk Hukukunda konu henüz açık bir sonuca bağlanmış değildir. Bahis konusu tasarruf işleminin illi (sebebe bağlı) olduğu kabul edilecek olursa, satış sözleşmesindeki butlan tasarruf işlemine de bulaşacak, onu da hükümsüz kılacaktır. Bu yüzden (üstün tuttuğumuz bu görüşe göre) yapılan tasarruf işlemi alıcıya mülkiyeti geçiremeyecek, alıcı malı teslim aldığı halde onun maliki olamayacaktır”⁷.

⁵ Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 5. Basım, İstanbul 1988, s. 95-96

⁶ Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 189-190

⁷ Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 129

b) Soyutluk görüşü taraftarlarına örnek olarak da şu yazarlar verilebilir:

M. Kemal OĞUZMAN/ Özer SELİÇİ/ Saibe OKTAY-ÖZDEMİR: “... *Federal Mahkeme 1929 yılındaki bir kararında bu görüşünü değiştirerek, Medeni Kanun bakımından taşınmaz mülkiyetinin devrinde olduğu gibi, taşınır mülkiyetinin devrinde de sebebe bağlılık (illilik) prensibinin geçerli olduğunu kabul etmiştir ve bu görüşünü korumaktadır. Fakat bazı yazarlar bu bağlamda İsviçre’de von Thur, Türkiye’de Arslanlı kanaatimizce de haklı olarak taşınır mülkiyetinin devri tasarrufunun soyut olduğunu, devre sebep teşkil eden borç ilişkisindeki sakatlığın tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyeceğini kabul etmiştir*”⁸.

Rona SEROZAN: “*Öğretide baskın görüş, taşınır eşya mülkiyetinin devrinde de aynen taşınmazlardaki gibi hukuki sebebe bağlılık ilkesinden yanadır. Oysa taşınırın mülkiyetinin devrinde geçerli ayrılık sistemine yakışan hukuki sebepten soyutluk ilkesidir*”⁹.

SEROZAN, öylesine soyutluk görüşü taraftarıdır ki, bu ilkenin dolanılması girişimlerinde bulunulabileceği ve bu tür girişimlere karşı uyanık olunması gerekeceğini söylemektedir: “*Soyutluk ilkesinin yararlarının bilincinde bir hukukçunun bu ilkenin geçersizlik özdeşliği ve zımni şart kavramlarıyla, sosyal kaygılar söz konusu olmaksızın, her fırsatta dolanılması girişimlerine karşı uyanık olması gerekir*”¹⁰.

M. Turgut ÖZ: “*Soyutluk görüşü yanlıları ise, sebebe bağlılık görüşünün hakkaniyet gerekçelerine karşı çıktıkları gibi, bana çok daha sağlam görünen dogmatik kanıtlar getirmişlerdir*”¹¹.

c) Bazı yazarlar ise sebebe bağlılık görüşünün baskın görüş olduğunu söylemekle yetinmekte ve bu kuramlar hakkında açık tavır almamaktadır. Örnek olarak şu yazarlara yer verilebilir:

⁸ *Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 742 vd., özellikle s. 745-746*

⁹ *Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 200*

¹⁰ *age, s. 205*

¹¹ *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 188*

Lale SİRMEN: “Önemle belirtmek gerekir ki kabul edilecek olan görüşe göre, doğacak hukuki etki farklı olacaktır. Nitekim illilik görüşü kabul edildiği takdirde, taşınır mülkiyetinin devrinde de tasarruf işleminin hukuki sebebini teşkil eden borç ilişkisindeki sakatlık, tasarruf işleminin de geçersiz olması sonucu doğuracak ve mülkiyetin geçmesini engelleyecektir. Bu durumda, devri yapan taraf malik olmayı sürdürdüğünden, malın zilyedine karşı istihkak davası açabilecektir. Buna karşılık, soyutluk ilkesi kabul edildiği takdirde, mülkiyet hakkının kazandıran tasarruf işlemi, geçerli bir kazanma sebebine dayanmasa da, bundan etkilenmeyecek; zilyetliğin devriyle mülkiyet karşı tarafa geçecektir. Ne var ki, mülkiyeti devralanın bu kazanımı bir sebepsiz zenginleşme teşkil ettiğinden, ona karşı devreden tarafından sebepsiz zenginleşme davası açılabilir”¹².

3) İlginç olan şudur ki, taşınır mülkiyetinin devri konusunda sebebe bağlılığı da, soyutluğu da savunan yazarlar tasarruf işleminin, yani taşınır mülkiyetinin devri işleminin iki kanadı olduğunu kabul etmektedirler: *zilyedliğin devri* ve bu işlemle aynı anda mevcut olduğu varsayılan bir *ayni sözleşme*.

Aynı sözleşmenin içeriği, tarafların zilyetliğin devrinin mülkiyetin devri amacıyla yapıldığı konusunda anlaşmış olmaları şeklindedir. Özellikle, soyutluk görüşünü savunan yazarlar arasında, aynı sözleşme olmasa da olur diyenine ben rastlayamadım.

a) Konuyu işleyen yazarların aynı sözleşmenin var olması gerektiğini savunan sebebe bağlılık görüşü taraftarları yazarlara örnek olarak şu hukukçular gösterilebilir.

TEKİNAY: “*II. Mülkiyetin Devrini Sağlayan Anlaşma Mülkiyetin bir şahıstan, diğer bir şahsa devredilebilmesi için, zilyedliğin nakli yeterli değildir; ayrıca tarafların her ikisi ‘mülkiyetin devri’ yolunda bir iradeye sahip olmalıdır. Diğer söyleyişle, ... Doktrinde zilyedliğin nakli ancak mülkiyetin devri anlaşmasıyla bir arada olduğu taktirdedir ki mülkiyeti geçirir. ... Doktrinde bu anlaşmaya bazen aynı sözleşme de deniyor*”¹³.

¹² Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, s. 465-466. Ayrıca bkz. Şeref ERTAŞ, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 447-448

¹³ age, s. 4

ANTALYA: “Katıldığımız hâkim görüşe göre, taşınır mülkiyetinin geçmesi sadece tasarrufî sözleşmeyle değil, aynı sözleşmeye eklenecek ve hukuken maddi fiil olan şey üzerindeki fiili hâkimiyetin sağlanması (zilyetliğin devri) ile tamamlanır”¹⁴.

AKİPEK/AKINTÜRK: “Zilyetliğin devrinin mülkiyeti karşı tarafa geçirebilmesi için, tarafların bu devri mülkiyeti nakletme (geçirme) amacıyla yapılmış olduğu hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Bu anlaşmaya ‘**mülkiyetin nakli anlaşması**’ denir. Bu anlaşma aynı bir sözleşme mahiyetindedir”¹⁵.

AYBAY/HATEMİ: “...taşınır mülkiyetinin geçirilmesinde de bir ‘akit’ vardır, ancak bu akit bir borçlanma işlemi değil tasarruf muamelesi (harcama işlemi) dir. İki tarafı rızası (iradesi), mülkiyetin devredenden devralana geçmesi konusunda uyuşmaktadır. ... Ancak; bu aynı akdin hüküm doğurması için sadece karşılıklı irade beyanlarının uyuşması yeterli değildir. Taşınmazlarda nasıl tescil gerekli ise, taşınırlarda da taşınırın zilyedliğinin devralana geçirilmiş olması aranır”¹⁶.

b) Soyutluk görüşünü savunmakla birlikte, tasarruf işlemi bünyesinde aynı sözleşmenin var olması gerektiğini kabul eden hukukçulara örnek olarak da şu hukukçular sayılabilir;

OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: “Zilyetliğin devrinin mülkiyeti kazanana geçirmesi için bu hususta tarafların anlaşmış olması gerekir. Doktrinde genellikle aynı sözleşme tarzında ifade edilen mülkiyetin geçmesi konusundaki bu anlaşmaya MK. m. 763’te işaret edilmemiştir. ... Kanaatimizce, Medeni Kanununun 763. maddesinde bu anlaşmadan söz edilmemesinin sebebi, rızalarda uyuşma unsurunun esasen zilyetliğin devrinde yer almasıdır. Zira bir kimse malik olmak niyetiyle zilyetliği kazanmadıkça, malik olmaz. Zilyetliği devreden önceki malik de, kazanan kimseyi malik kılmak arzusu ile davranmadıkça, kazanan kimse için devir yolu ile zilyetlik kazanması söz konusu olmaz”¹⁷.

¹⁴ age, s. 149

¹⁵ age, s. 585

¹⁶ age, s. 153

¹⁷ age, s. 742-743

SEROZAN: “*Taşınır eşyanın mülkiyetini kazandıran ‘ayni atik’ (Einigung) başkaca ayni veya şahsi etkili tasarruf işlemlerine benzemez. Terk ayni tasarruf işleminden ayrımlı olarak tek yanlı değil çok yanlıdır; ibra ya da temlik şahsi tasarruf işleminden ayrımlı olarak da kamuya kapalı değil kamuya açık (aleni) bir hukuksal işlemdir*”¹⁸.

ÖZ: “*Tasarruf işlemimdeki geçersizlik, tarafların zilyetlik nakli sırasında mülkiyetin geçmesi hususunda yaptıkları anlaşmada aranacaktır. ... Ayni sözleşme bir borçlandırıcı işlem olmadığından, bundan hiçbir borç doğmaz. Burada söz konusu olan, tasarruf işleminin sonuç doğurması için sadece zilyetliğin devri anında varlığı aranan -çoğu kez örtülü- bir irade uyuşmasıdır*”¹⁹.

c) Taşınır mülkiyetinin devri konusunda iki ayrı görüş olduğunu belirtmekle birlikte, bu görüşlerden biri lehine açık bir tavır koymayan hukukçular arasında şu hukukçular yer almaktadır:

ERTAŞ: “*Zilyetlik iktisap edene onu malik kılmak için nakledilmeli, edinen (müktesip) de malik olmak iradesiyle zilyetliği kazanmış olmalıdır. Taraflar arasında bu hususta bir irade uyuşması olmaz ise, örneğin bir taraf kiraya vermek, diğer taraf malik olmak iradesiyle hareket etmiş ise, zilyetliğin nakli ile mülkiyet el değiştirmiş olmaz*”²⁰.

SİRMEN, age, s. 465: “*Taşınır mülkiyetinin devredilmesini sağlayan tasarruf işlemi bir ayni sözleşme olup, bu sözleşme tarafların mülkiyetin devri konusunda anlaşması ve zilyetliğin mülkiyeti kazanacak olan kişiye geçirilmesiyle kurulmuş olur*”

III – Taşınır mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık görüşünde de, soyutluk görüşünde de tasarruf işleminin olmazsa olmazlarından birinin zilyetliğin devri anında mevcut olduğu varsayılan ayni sözleşme olduğunun kabul edilmesinin, sebepsiz zenginleşmeye etkileri

1) Ayni sözleşme de bir sözleşmedir. Yani, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Üzerinde durulması gereken temel nokta şudur. **Sebebin, yani satışın, bağışlamanın, mal değişim sözleşmesinin geçersiz olmasına rağmen, tasarruf işleminin bir parçası olduğu tartışmasız kabul edilen ayni sözleşmenin geçerli olabilip olamayacağıdır...**

¹⁸ age, s. 197

¹⁹ age, s. 199

²⁰ age, s. 447

a) Soyutluk görüşünü kabul eden **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, sebebin geçersiz olmasına rağmen, aynı sözleşmenin geçerli olabilmesinin güçlüğünü şöyle ifade etmişlerdir: *“Kabul edilecek görüş etkisini şu noktada gösterir: Taşınır mülkiyetinin devrinde de sebebe bağlılık prensibi geçerli olursa, mülkiyetin derci işlemi geçerli bir kazanma sebebine dayanmıyorsa, devri yapan hala malik kalmaya devam edecek ve malın zilyedine karşı istihkak davası açma imkânına sahip olacaktır. Soyutluk prensibi geçerli olursa, mülkiyetin devri geçerli bir hukuki sebebe dayanmasa bile, mülkiyet kazanan kimseye geçer. Fakat devralanın bu kazanması bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder. İstihkak davası aynı bir dava olup, TBK. m. 82’deki zamanaşımına tabi değilken, sebepsiz zenginleşme davası bir kişisel dava olup, TBK. m. 82’deki zaman aşımına tabidir. Sebebe bağlılık prensibi devredeni ve alacaklılarını korur. Fakat çoğu zaman borç ilişkisini sakatlayan sebep (irade sakatlığı, ehliyetsizlik), ayrıca devir işlemi esnasında devam ettiği için, bu hallerde soyutluk prensibi uygulansa bile, mülkiyeti devir işleminin kendisi sakat olduğu için mülkiyet geçmiş olmaz. Bu hallerde mülkiyetin devrinin soyu sayılması bir önem arz etmez”²¹ (Vurgulama tarafımdan yapılmıştır).*

Soyutluk görüşünün belki en koyu taraftarı **SEROZAN** da, aynı sözleşmenin mevcut olduğu kabul edildiğinde, soyutluk görüşünün tasarruf işlemini kurtarmasının güçlüğü konusunda aynen şunları söylemektedir: *“Dikkat edilsin ki geçersizlik özdeşliğinde, borçlanma sözleşmesindeki çürüklük, hukuki sebebe bağlılık ilkesi bağlamında söz konusu olduğu gibi, tasarruf sözleşmesine bulamayıp, borçlanma sözleşmesindeki çürüklük ayrıca bir kez de tasarruf sözleşmesinde patlak vermektedir. Açıkçası, ehliyetsizin, yanılanın, aldatılanın, sömürülenin, rüşvet verenin borçlanması gibi onun tasarrufu da çürük olmaktadır. (Geçersizlik özdeşliği). Genelde karşılaşılan görüntü de bu olur zaten”²² (Vurgulama tarafımdan yapılmıştır).*

b) Soyutluk görüşü taraftarları, sebebin geçersiz olmasına rağmen, aynı sözleşmenin geçerli olabileceğine ilişkin olarak, kanımca son derece zorlama örnekler vermeye çalışmaktadırlar.

²¹ age, s. 746

²² age, s. 204

SEROZAN'ın şu örneklere yer verildiği görülmektedir: “Yalnız, tasarruf işleminin genelde hukuka ve ahlaka aykırılık açısından renksiz (nötr) bir işlem olduğu söylenebilir. (tart). Yani hukuka ve ahlaka aykırı bir borçlanma işleminin ardından gerçekleşen aynı tasarruf işlemi pekâlâ hukuka, ahlaka aykırı sayılmayıp geçerli tutulabilir. Çatısı altında hukuka ve ahlaka aykırı bir iş yapılan evde mobilyanın ahlaka aykırı koşullarla satılması batıl sayılsa bile, mobilyanın mülkiyetinin devri renksiz ve dolayısıyla geçerli bir devir sayılır. Şu da var ki eğer aykırılık edilen kural aynı zamanda (hatta belki özellikle) ifayı (tasarrufu) engellemeyi de amaçlıyorsa, o zaman aynı tasarruf işlemi de ayırksı yoldan geçersiz sayılabilir: Rüşvet verme işleminde olduğu gibi. Böyle durumlarda hukuka ve ahlaka aykırılık açısından da geçersizlik özdeşliği varsayılabilir. ... a)

Aynı hakkı kazanan sınırlı ehliyetsizin (küçüğün) kendi yararına sayılan tasarruf işlemi geçersiz sayılmaz; buna karşılık, aynı sınırlı ehliyetsizin eşyayı satın alma taahhüdü, bu taahhüt kendisini satış parasını ödeme borcu altına soktuğu için geçersiz sayılır. Böyle bir durumda yalnız borçlanma sözleşmesi geçersiz sayılır ama tasarruf sözleşmesi geçerli kalır; yani geçersizlik özdeşliği söz konusu olmaz. ... Öyle kimi hatalar olur ki bunlar salt borçlanma sözleşmesine ya da salt tasarruf sözleşmesine inhisar ederler. Eşyayı yanlışlıkla düşük bir bedelle satma ilk olasılığa, eşyaları dalgınlıkla karıştırıp yanlış eşyayı verme de ikinci olasılığa örnek gösterilebilir. ... Demek ki hukuka ve ahlaka aykırılık sınırlı ehliyetsizlik ve kimi yanlıgılar geçersizlik özdeşliğine yol açmayabilirler”²³.

Özetlenirse; SEROZAN, sebebin ahlaka aykırı olmasına; sınırlı ehliyetsizin satın alma işlemi yapmasına; bazı hata hallerinin varlığına rağmen, tasarruf işleminin, yani aynı sözleşmenin geçerli olabileceğini savunmuş bulunmaktadır.

c) Soyutluk görüşünün koyu taraftarlarından **ÖZ**²⁴, sebebin geçersizliğine rağmen, tasarruf işleminin, yani aynı sözleşmenin geçerli olabileceği konusunda daha da ileri gidiyor ve örnekleri çoğaltıyor. **ÖZ**, öncelikle, TBK.'nun 77. (önceki kanunun 62.) maddesinin 2. fıkrasındaki “Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur” hükmünü soyutluğun ilk kanıtı olarak göstermektedir: ... BK. m. 62 hükmünün borçlu

²³ age, s. 204

²⁴ age, s. 188 vd.

olmadığı şeyi ödeyen kişinin sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebine yanılıya düşerek ödeme yapması koşuluyla izin vermesi, yasanın bu ifa ile mülkiyetin geçişini kabul ettiği anlamına gelir”²⁵.

ÖZ, yanılma hallerinde bir kanun boşluğu bulunduğunu ve boşluğun aynı sözleşmeyi etkilememesi kabul edilerek doldurulması gerektiğini söylüyor: “... ‘yasanın çelişkili olmaması gerektiği’ ilkesi uyarınca, yasa koyucunun, temel hatası hükümlerinin aynı sözleşmeye –borçlandırıcı

*işlemin hükümsüzlüğünü tasarrufişlemine taşıracak şekilde uygulanmasını istemediği kabul edilmelidir”²⁶. **ÖZ**, **SEROZAN**’dan farklı olarak, fiil ehliyetinin eksikliğinde, aynı sözleşmenin de etkileneceğini kabul etmiştir²⁷.*

ÖZ’e göre, “*olmayan kabul cevabını var sanan veya olmayan icabı kabul ettiğini sanan kişinin mülkiyet geçirimi; ya da mevcut borcun ifası diye bununla ilgisiz bir mülkiyet geçirimi (kiraya verenin kendini satıcı sanması gibi) halleri sayabiliriz. Böyle durumlarda –ne sebepten olursa olsun- karşı taraf da mülkiyetin geçmesi amacıyla davranmışsa, soyutlukta mülkiyet geçer”²⁸.*

Yine **ÖZ**’e göre, “*şekle aykırılık butlanına rağmen, soyutlukta taşınırın mülkiyeti geçecektir. Devreden borçlandırıcı işlemdeki şekle aykırılığı bilmemesi ise aynı sözleşme bakımından sadece bir saik hatası oluşturur ve mülkiyet naklini engellemez”²⁹. **ÖZ**, ahlaka aykırılıkta soyutluğun mülkiyeti geçirmeye yetmeyeceğini; ancak, devri yasak bir malın mülkiyetinin naklini içeren sözleşmenin, bu yüzden batıl olsa bile, yasak olmayan karşı edim konusu taşınırın veya yan edimi oluşturan taşınırın mülkiyeti geçeceğini, ancak, sebepsiz zenginleşme oluşturacağını kabul etmektedir³⁰.*

ÖZ, gabinin (aşarı yararlanmanın) de aynı sözleşmeye tamamen yabancı olduğunu, iptal beyanı üzerine her iki tarafın verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabileceklerini savunmaktadır³¹.

²⁵ *age*, s. 191

²⁶ *age*, s. 202-203

²⁷ *age*, s. 204-206

²⁸ *age*, s. 206-207

²⁹ *age*, s. 208

³⁰ *age*, s. 209-210

³¹ *age*, s. 217

2) Soyutluk görüşünün önemli savunucularının yukarıda açıklanan görüşlerine katılmadığımı belirtmek isterim. Öncelikle, mademki yasada sebepsiz zenginleşme adı verilen bir düzenleme var, o halde, buna ne yapıp yapıp bir uygulama alanı yaratalım düşüncesini doğru bulmuyorum. Aşağıda, sebepsiz zenginleşmenin dar da olsa bir uygulama alanı olacağı açıklanacaktır. Bu alanın genişletilmesine yönelik olarak, gerçekleşmesi neredeyse hiç olmayacak senaryolar yaratılmasının da hukuka herhangi bir katkısı olmayacağı inancındayım.

a) Sebebin ahlaka aykırı olması halinde, nasıl olup da geçerli bir ayni sözleşme yapılabileceğini bir türlü anlayamadığımı belirtmek isterim. Çatısı altında ahlaka aykırı işler yapılan bir evdeki mobilyaların satışı, niçin ahlaka aykırı olsun? Örneğin bir genel evdeki yatak ve dolaplar niçin geçerli olarak satılamasın? Böyle satışlarda, sebep niçin ahlaka aykırı olsun? Öte yandan, TBK.'nun 81. maddesi (önceki kanununun 65. maddesi) hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeylerin geri istenemeyeceğini açıkça öngörmüştür.

b) Sınırlı ehliyetlinin (veya sınırlı ehliyetsizin) yaptığı satış sözleşmesi, kendisini borç altına soktuğu için geçersiz ama bu taahhüt karşılığı paranın ödenmesi sebepsiz zenginleşme oluşturur denmektedir. Bu konu zaten tartışmasızdır kanısındayım. Gerçekten, para başkasının parası ile karıştığında, karışma suretiyle el değiştirmiş olur. Bunun dışında, unutulmamalıdır ki, tam ehliyetsizlerin bile yaptığı (!) sözleşmelerin, kendi lehlerine olması halinde, bu sözleşmelerin geçersizliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı kabul edilmektedir. Bir diğer söyleyişle, bu durumda bu sözleşme (!) zaten geçerli gibi kabul edilecektir³².

c) Devri yasak olan bir malın satışı konulu sözleşmenin geçersiz olmasına rağmen, buna karşılık olarak devri yasak olmayan taşınırın devri ile mülkiyetin diğer tarafa geçebileceği konusu da kanımca ütopyadır. Gerçekten, bu düşüncenin içerisinde olsa olsa mal değişim sözleşmesi yer alır. Ben satışı yasak olan GDO'lu ürün satışı yapacağım, alıcı da bana, buzdolabı verecek. İyi de, karşılığını alamayacak olan alıcının, kendisine ait malın mülkiyetini satıcıya geçirme iradesinin varlığından bahsedilebilir

³² Bu konuda bkz. Selâhattin Sulhi TEKİNAY, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 1992, s. 234-236. 09.03.1955 tarihli YIBK.

mi? Alıcı para verecek ise, zaten, aşağıda görüleceği üzere para, karışma suretiyle el değiştirmiş olacaktır.

d) Kendisini satıcı zanneden bir kiraya veren kolay kolay düşünülebilir mi? Bunun üstüne bir de, karşı tarafın mülkiyetin geçmesi amacıyla davranmasını ekleyeceksiniz. Kendini satıcı zanneden sonradan uyanacak ve ben aslında kiraya vermek istemiştin mi diyecek? Bunu söylediği zaman, uykudan uyanmış olan kiraya verenin, aynı sözleşmeyi yaparken yanılmadığını mı kabul edeceğiz? Bu tür bir yanılığın halinde, onun mülkiyeti devretme yönünde geçerli bir iradesi olabilir mi? Hangi geçerli aynı sözleşmeden söz edeceğiz?

e) Geçerlilik şekline tabi bir sözleşme geçersiz olacakmış, ama geçerli bir aynı sözleşme zilyetliğin devrine eşlik edebilecekmiş? Konumuz taşınır mülkiyeti. Öncelikle, taşınır mülkiyetinin devrine yönelik geçerlilik şekline tabi bir sebep bulacağız. Burada akla iradi şekil gelebilir. Yani, taraflar sözleşmenin, ancak yazılı şekilde yapıldığı takdirde geçerli olacağını kararlaştırmış olabilirler. İyi de, taraflar sonradan iradi şekilden dönemezler mi? Buna bir engel var mı?

f) Efendim bazı hatalarda sebep geçersiz olabilirmiş ama tasarruf işlemi –aynı sözleşme- geçerli olabilirmiş. Hata esaslı değilse, zaten sebebi ve dolayısıyla tasarruf işleminin olmazsa olmazlarından aynı sözleşmeyi de etkilemeyecek, her ikisi de geçerli olacaktır. Buna karşılık, esaslı hata ile zedelenmiş bir sebebin varlığını ele alalım. Yanılan taraf, sonradan yanıldığını bile bile tasarruf işlemini gerçekleştirirse, zaten, irade bozukluğuna dayanmayacak, yani sebebi geçersiz kılmamış olacaktır. Bu durumda tasarruf işlemi elbette ki geçerli olacaktır. Diyelim ki, esaslı şekilde yanılan kişi, yanıldığının farkına varmadan, tasarruf işlemini yaptığı takdirde, tasarruf işleminin aynı sözleşmeyi kurması gereken iradelerden biri bozuk olmayacak mı?

g) Aşırı yararlanma halinde, aşırı yararlanmanın aleyhine gerçekleştiği kişinin, sağlıklı bir irade açıklaması ile aynı sözleşme yapabileceğini kabul etmek bana makul gelmiyor.

Ne denli iyi niyetle yaratılmış olurlarsa olsunlar, düşünölmeleri kadar, bu örneklere rastlanmaları da son derece güç olacaktır.

IV - Sebepsiz zenginleşmenin gündeme geleceği hallerin irdelenmesi:

1) Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin devreye girmesi ile ilgili olarak yine iki farklı yaklaşım ile karşılaşılmaktadır. Sebepsiz zenginleşmenin mutlak ikincilliği; sebepsiz zenginleşmenin nispi ikincilliği.

a) Sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için, baskın görüşe göre, bir kimsenin malvarlığından bir hakkın, başka bir kişinin malvarlığına geçmiş olması aranmaktadır. Bir diğer söyleyişle, hakkın konusu olan şeyin zilyetliğinin başkasına geçmiş olması, şey üzerindeki hak yitirilmemişse, fakirleşme ve buna koşut olarak zenginleşme gerçekleşmemiş olmaktadır. İkincillik, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasının, başkasının malvarlığına geçmiş olabilecek şeylerin iadesine yönelik başka bir olanağın bulunmamasına bağlı olduğunun kabul edilmesi anlamındadır.

b) Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin iadeye yönelik diğer davalarla olan ilişkisi hakkındaki çeşitli görüşlere örnek olarak şu yazarlara yollamada bulunulabilir:

OĞUZMAN/ÖZ: *“İadeyi sağlayan bir başka hakkın varlığı halinde zenginleşmeden doğan talebe de yer olup olmayacağı tartışmalı bir konudur. Eğer bu mümkünse, sebepsiz zenginleşme talebinin diğer taleplerle yarışması söz konusudur. Aksi takdirde, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade borcu sadece başka hiçbir hukuki imkânın bulunmadığı durumlarda ortaya çıkacaktır. Buna sebepsiz zenginleşmenin ikincil (tali) niteliği (Subsidiaritaet) denir. Bir görüş, sebepsiz zenginleşmenin kurumunun diğer kurumlardan tamamen bağımsız olduğu, ikincil nitelikte olmadığı, kendine özgü şartların gerçekleştiği her durumda, bundan başka bir kayıtla bağlı olmaksızın diğer taleplerle yarışabileceği şeklindedir. Buna ‘bağımsızlık görüşü’ denmektedir. Diğer bir görüşe göre, sebepsiz zenginleşme talebi diğer talepler karşısında daima ikincildir. Aynı olayda, aynı haktan (istihkak davası), zilyetlik hükümlerinden, sözleşmeden, sözleşme benzeri bir hukuki ilişkiden, haksız fiilden kaynaklanan bir talep ileri sürölmesi mümkünse, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. ‘Mutlak ikincillik’ denilen bu görüş, sebepsiz zenginleşmenin... şartlarına, ‘başka hiçbir hukuki imkan bulunmaması’*

şeklinde bir şart daha eklemektedir. Bir başka görüş, sadece bazı talep haklarının sebepsiz zenginleşmeyi önleyeceği, bunların dışındaki talep haklarıyla sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebinin yarışabileceği doğrultusundadır. Buna ‘Nisbi İkincillik’ görüşü denmektedir”³³.

c) Sebepsiz zenginleşmenin ikincilliğini benimseyen yazarlara örnek olarak şu hukukçular gösterilebilir:

Selâhattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/ Atila ALTOP: *“Aynı haktan doğan bir iade talebi veya sözleşmeye dayanan bir ifa talebi varken sebepsiz iktisaba dayanan iade talebi söz konusu olamaz”³⁴.*

Safa REİSOĞLU da, sözleşmesel ifa veya istihkak davası ile sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yarışamayacağını, ancak, bir miktar paranın çalınması veya bir malin çalınıp tüketilmesi hallerinde, haksız fiile dayalı dava ile sebepsiz zenginleşme davasının bir arada olabileceği görüşündedir³⁵.

Gökhan ANTALYA da sebepsiz zenginleşme davasının istihkak davası ile; zilyedik davaları ile; sözleşmeye dayalı iade talepleriyle; gerçek vekaletsiz iş görmeye ayalı dava ile yarışamayacağını; buna karşılık haksız fiilden doğan dava ile; gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı dava ile yarışabileceğini kabul etmektedir³⁶.

d) Sebepsiz zenginleşmenin ikincilliğine karşı olan hukukçulara örnek olarak da şu yazarlara yollamada bulunulabilir:

OĞUZMAN/ÖZ, Bu yazarlar, bu açıklamaların hemen akabinde kendi görüşlerini şöyle açıklamışlardır: *“Kanımızca sebepsiz zenginleşme şartlarına ikincil nitelikte olma (son çare olma) şeklinde bir şart eklenmesi yersizdir”³⁷.*

³³ age, s. 339-340. Aynı çeşitli görüşler için bkz. **Gökhan ANTALYA**, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2015, s. 575 vd.*

³⁴ *Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 748*

³⁵ *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, s. 283*

³⁶ *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2015, s. 576 vd.*

³⁷ age, s. 340

Yazarlar bu kesin tavırlarını “*bazı başka hak ve taleplerin varlığı aynı zamanda sebepsiz zenginleşmenin şartlarından birinin gerçekleşmesine engel oluşturursa sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz. ... Örnek olarak, bir sözleşmeye dayanan bir talebin veya istihkak davası hakkının varlığı ‘zenginleşme’ şartının mevcut olmadığını ortaya koyar*” açıklamasıyla yumuşatmışlardır³⁸

Rona SEROZAN [KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI]³⁹, sebepsiz zenginleşme ile istihkak davasının; sözleşmesel ifa ve iade istemlerinin; örneğin, işlem temelinin çökmesi nedeniyle dönme halinde, sebepsiz zenginleşme ile sözleşmesel iade davasının yarışamayacağını kabul etmekte; bununla birlikte aşırı yararlanma halinde sözleşmenin iptali üzerine; yetkisiz olarak kiralık malı devreden veya başkasına alt kiraya verene karşı sözleşmeye aykırılık veya haksız fiile dayanan taleplerin yanında sebepsiz zenginleşmeye de başvurulabileceğini; nihayet, vekâletsiz iş görme halinde sebepsiz zenginleşmeye yer olmadığını ifade etmektedir.

e) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ilki olan 77. maddede, önceki kanun döneminde (61. maddede) yer almayan, yeni bir sebepsiz zenginleşme türüne yer verilmiştir: “**emekten zenginleşme**”. Önceki kanun döneminde de bir kimsenin emeği ile bir başkasının harcama yapmaktan kurtulması hallerinde, harcama yapmaktan kurtulan kişinin, diğerinin emeği ile zenginleştiği kabul edilmekteydi. Örneğin; Tarlasını sürmekte olan bir kişinin, yanlışlıkla komşunun tarlasını da sürdüğünde, komşunun tarla sürmek için yapacağı masraf tutarında onu zenginleştirmiş olabileceği düşünülebilir. Yalnız, bu tür örneklerde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin vekâletsiz iş görme hükümleriyle yarışamayacağı genel görüşü karşısında sebepsiz zenginleşmeyi dışlayabileceği de unutulmamalıdır.

f) Gelelim, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin nerelerde ve hangi hallerde uygulanabileceğine. Önceki kanun dönemindeki hukuki taşıyır, karışma ve birleşme hallerini düzenleyen 699 ve 700. maddelerini 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu’nun 775 ve 776. maddelerinde de son fıkra olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollamada bulunduğu görülmektedir.

³⁸ *age*, s. 340

³⁹ *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 7. Bası, İstanbul 2016, s. 321 ila 325.

775. maddenin içeriği aynen şöyledir: “Bir kimse başkasına ait bir şeyi işler veya başka bir şekle sokarsa, emeğinin değerinin o şeyin değerinden fazla olması halinde, yeni şey işleyen, aksi halde malikin olur. \ İşleyen iyiniyetli değilse, emeğin değeri işlenen şeyin değerinden daha fazla olsa bile hâkim, yeni şeyi malike bırakabilir. \ Tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakları saklıdır”.

776. madde ise şu hükümleri içermektedir: “Birden çok kişinin taşınır malları önemli bir zarara uğratılmadan veya aşırı bir emek ve para harcanmadan ayrılmayacak şekilde birbiriyle birleşmiş veya karışmışsa o kişiler, yeni şey üzerinde kendi taşınırlarının birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı mülkiyete sahip olurlar. \ Bir taşınırın diğer bir taşınır ile onun ikincil nitelikteki bütünleyici parçası olacak şekilde karışır veya birleşirse; eşyanın tamamı, ana parçanın malikine ait olur. \ Tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakları saklıdır”.

İşlemeye örnek olarak, bir kimseye ait mermer bloğu alıp heykel yapan ve yapılan heykelin değerinin bloktan daha değerli olması hali verilmektedir⁴⁰. Unutulmasını, sadece heykelin daha değerli olması yetmez, işleyenin mülkiyeti kazanması için ayrıca iyiniyetli olması da gerekmektedir⁴¹.

Dikkat edilmesi gereken husus; yalnız yeni şeyin işleyenin mülkiyetine geçtiği hallerde değil, mülkiyetin malzeme sahibine bırakılması halinde de, işleyenin malzemenin malikine karşı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulabileceğidir⁴².

⁴⁰ Heykel örneği ve diğer örnekler için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, age, s. 600; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, age, s. 755; TEKİNAY, age, . 20-22; SİRMEN, age, 472., SEROZAN, age, s. 250.

⁴¹ İşlemeyi gerçekleştirenin kötünüyetli olması halinde bile, yaratılan yeni şeyin mülkiyetinin işleyene bırakılabileceğinin hakkaniyete uygun düşeceğine ilişkin olarak bkz. TEKİNAY, age, s. 21-22; SİRMEN, age, s. 472.

⁴² TEKİNAY, age, s. 22: “Mülkiyet ister malzeme malikine isterse işleyene bırakılmış olsun, tazminat veya sebepsiz mal edinmeden doğan dava hakları saklıdır.. Mesela mülkiyet işleyene bırakılırsa o, yerine göre haksız fiil ya da sebepsiz iktisap kuralları gereğince eski malike tazminat vermekle yükümlüdür. Eserin malzeme malikine bırakılması halinde de, diğer tarafın, emeğinden dolayı, sebepsiz iktisap, hatta şartları varsa, vekâletsiz iş görme kuralları dairesinde tazminat istemesi mümkündür”.

Baskın görüşe göre karışmadan, aynı türden şeylerin değil, farklı nitelikteki şeylerin yeni bir şey meydana getirecek şekilde karıştırılması anlaşılmalı imiş⁴³. Bu görüşün uygulamada fazla bir önemi olmadığı açıktır. Bunun yanı sıra iki farklı şeyin, yeni bir şey oluşturacak şekilde karıştırılması halinin, işleme düzenlemesinden ayırt edilmesindeki zorluk da unutulmamalıdır. Öyle ya ben, başkasının malzemesini alıp, yine bir şey yaratınca işleyen olacağım, başkasının malzemesi ile kendiminkini de karıştırarak yeni bir şey yaptığımda karışma yapmış sayılacağım. Bu ayırımın son derece zorlama, hatta nafile olduğu inancındayım. Kaldı ki, 776. maddenin 1. fıkrası, karışan şeylerin malikleri arasında paylı mülkiyet halini de düzenlemiştir. İki farklı türden şeyi karıştırıp yeni bir şey yarattığımda paylı mülkiyetten nasıl söz edilebileceğini anlamış değilim.

Baskın görüşten ayrılarak, karışmanın esas itibarıyla aynı türden şeylerle ilgili olacağına inandığımdan, karışma deyince aklıma ilk gelenin para olduğunu söylemek durumundayım⁴⁴. Bu düşünceden hareketle, sebepsiz zenginleşmenin asıl ve en önemli uygulama alanının paranın el değiştirmesi olduğuna inanmaktayım. Nitekim karışmanın farklı cinsten şeylerle ilgili olduğuna ilişkin baskın görüşte bile, başkasının parasını ayırt edilmez biçimde kendi parası ile karıştıran kimsenin paranın maliki olacağına kabul edildiği belirtilmektedir⁴⁵. Burada da, 776. maddenin ilk fıkrasındaki paylı mülkiyet hükmünün dikkate alınması gerekeceği ve karışan paraların da paylı mülkiyete konu olabileceği görüşünde olduğumu belirtmek isterim⁴⁶.

776. maddenin başkasının eşyasının el değiştirebileceğine ilişkin bir diğer hükmü *birleşme* ile ilgilidir. Birleşme, birden fazla kişiye ait şeylerin, aşırı emek ya da para sarf etmeden ayrılamayacak şekilde bir araya getirilmesidir; birleşme sonucunda, birleşen şey diğerinin bütünleyici

⁴³ Bkz. **TEKİNAY**, age, s. 22: "... 'karışma'dan maksadın başka kimselere ait olan aynı mahiyetteki şeylerin değil, farklı mahiyetteki eşyanın karıştırılması ve bu suretle yeni bir şeyin meydana getirilmesi olduğu ileri sürülmektedir. ... Buna göre aynı mahiyetteki misli şeylerin mesela nitelikleri farklı olmayan benzinlerin, zeytinyağların veya unların karıştırılması, 700. maddenin [yeni TMK.'nun 776. maddesinin] kapsamı dışında sayılmakta ve bu hususta bir kanun boşluğu bulunduğu savunulmaktadır. Böyle hallerde karışan şeylerin herhangi bir tahribe veya aşırı emek ya da para sarfına yol açmadan, miktarları esas tutularak ayırt edilmesinde çok defa aşırı bir güçlüğü de rastlanmaz. Bununla beraber güçlük varsa 700. maddenin bu gibi durumlarda da kıyasen uygulanması kabul edilebilir"; aynı görüş için ayrıca bkz. **SİRMEN**, age, s. 473.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Halûk BURCUOĞLU**, *Paranın Başkasının Parası İle Karışması Üstüne Bir Deneme*, Av. Dr. **Faruk EREM Armağanı**, Ankara 1999, s. 79-100; Ayrıca bkz. **TEKİNAY**, age, s. 22-23;

⁴⁵ Bkz. **SİRMEN**, age, s. 473: "Paranın karışması durumunda, klasik anlayışa göre, başkasının parasını ayırt edilemez biçimde kendi parasına katan kimse, bu paranın tek başına maliki olur; karışan paranın eski maliki sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri verme talebinde bulunabilir".

⁴⁶ Bkz. **BURCUOĞLU**, agm, s. 93 vd.

parçası olmasına yol açmışsa, asıl şeyin malikinin mülkiyetine geçecek, aksi halde, yani bütünleyici parça oluşmamışsa, paylı mülkiyet söz konusu olacaktır⁴⁷.

g) Bir taşınırın, bir taşınmazın bütünleyici parçası haline gelmesinde de, TMK.'nun 684. maddesi gereği, bütünleyici parça haline gelen taşınırın mülkiyetinin asıl şey durumundaki taşınmazın malikine geçeceği kabul edilmektedir⁴⁸. TMK.'nun yukarıda incelenen 766 maddesinde de bütünleyici parça ibaresine yer verilmiş olmakla birlikte, düzenlenen bir taşınırın başka bir taşınırın bütünleyici parçası haline gelmesidir. TMK.'nun 684 vd. maddelerinde ise bütünleyici parça hakkında genel hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemenin en önemli yaptırımını, bir taşınırın bir başka taşınırın veya bir taşınmazın bütünleyici parçası haline gelmesinin, o taşınır üzerindeki mülkiyet ve diğer aynı haklara son vereceği ve o taşınırın mülkiyetinin asıl şey (taşınır veya taşınmaz) malikine geçeceğidir. Asıl şey taşınmazın maliki ile bütünleyici parça haline gelen taşınırın malikinin farklı kişiler olması halinde, bu son malik mülkiyet hakkını yitireceğinden ve bu hak ile asıl şeyin maliki zenginleşmiş olacağından, hakkını yitiren-fakirleşen- malik, -zenginleşen- asıl şeyin malikine karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilecektir⁴⁹.

h) Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan kusursuz imkânsızlıkta sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması üzerinde de durmak yararlı olacaktır. Gerçekten TBK.'nun 136. maddesi şu hükümleri içermektedir: “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer. \ Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasında önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. \ Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür*”.

⁴⁷ Bkz. SİRMEN, *age*, s. 473; SEROZAN, *age*, s. 253; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, *age*, s. 757; AKİPEK/ AKINTÜRK, *age*, s. 602.

⁴⁸ Bkz. AKİPEK/ AKINTÜRK, *age*, s. 55 vd.; SİRMEN, *age*, s. 250; Selâhattin Sulhi TEKİNAY/ Sermet AKMAN/ Halûk BURCUOĞLU/ Atilla ALTOP, *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyedlik-Tapı Sicili-Mülkiyet, 5. Bası. İstanbul 1989, s. 527 vd.*

⁴⁹ Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, *age*, s. 530-531; SİRMEN, *age*, s. 251;

Dikkat edilirse, sonraki kusursuz imkânsızlık hallerinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin devreye girmesi ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından mümkün olabilecektir. İkinci olarak belirtilmesi gereken şudur. Kural olarak, ifa ancak parça borçları mevcut olduğunda bu borçlar açısından imkânsızlaşır; Roma Hukuku döneminden kalan *genus non perit* ilkesi bugün de hükmünü sürdürmektedir; yani, cins borçları için kural olarak imkânsızlıktan söz edilmez⁵⁰.

Bu durumda, karşılıklı olarak yüklenen borçlardan biri para borcu, diğeri malın teslimi ise, imkânsızlık yalnızca malın teslimi borcu için söz konusu olacaktır. Parayı borçlanan tarafın ödeme yapması halinde, yukarıda belirtildiği üzere, para diğer tarafın parası ile karışma nedeniyle onun eline (mülkiyetine) geçmiş olacaktır. Taraflar arasında bir mal değişim sözleşmesi akdedilmiş ve bu sözleşme uyarınca taraflardan biri diğerine teslim etmesi gereken malı teslim etmiş, diğeri ise, teslim etmesi gereken mal kusursuz olarak telef olduğundan teslim edememiştir. Telef olan malın teslimi her hal ve karda imkânsızdır.

Üzerinde önemle durulması gereken bir diğer husus da, imkânsızlığın etkisinin doğru bir şekilde nitelendirilmesidir. TBK.'nun 136. maddesi *borcun sona ermesinden* söz etmektedir. Acaba borcun sona ermesi, o borcu doğuran sözleşmenin (sebebin) geçersizliği anlamında mıdır?

Öğretide, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde ortaya çıkan sonraki kusursuz imkânsızlık ile ilgili olarak iki farklı görüş savunulmaktadır⁵¹. İlk, TBK.'nun 136/II. maddesi söyleminden hareketle, bu maddenin *sona eren sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi (condictio ob causam finitam)* hususunu düzenlediği savunulmaktadır.⁵² =

⁵⁰ Bkz. REİSOĞLU, *age*, s. 408; OĞUZMAN/ ÖZ, *age*, s. 555; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, *age*, s. 909; Hüseyin HATEMİ/ Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2011*, s. 313; EREN, *age*, s. 1327.

⁵¹ Bu görüşler için bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, *age*, s. 559-560: “Şayet borcun ifası imkânsızlaşan borçlu, alacağını evvelce tahsil etmiş ise, elde ettiği kazanmanın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edileceği de aynı maddede düzenlenmiştir. Öğretide bunun ‘sona eren sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi talebi’ (condictio ob causam finitam) ile isteneceği belirtilmektedir. Diğer bir görüşe göre: Burada gerçek bir sebepsiz zenginleşme değil, kanundan doğan bir iade yükümlülüğü vardır. İmkânsızlık üzerine borç ilişkisi baştan (kurulmasından) itibaren ortadan kalkmaz. Bu görüşe göre TBK. m. 136/II hükmünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine yaptığı yollamanın anlamı, kanundan doğan iade borcu kapsamının belirlenmesinde sebepsiz zenginleşme kurallarının (TBK 79-80) kıyasen uygulanmasını sağlamaktır. Buna karşılık, iade talebine uygulanacak zamanaşımı, 2 yıllık kısa sebepsiz zenginleşme zamanaşımı (TBK m. 82) değil, TBK m. 146 uyarınca 10 yıl olmalıdır”.

⁵² Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, *age*, s. 1011: “BK. m. 108 [TBK. m. 124] hükmünce ‘dönme’ üzerine evvelce verilenlerin karşılıklı olarak iadelerine ilişkin davaların sebepsiz iktisap hükümlerine dayandırılmayacağını görmüştük. Borçlunun kusuru olmadan

Diğer bir görüşe göre ise, TBK. m. 136/II de sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollamada bulunulmasının nedeni, ifa edilen edimin, diğer taraf için bir sebepsiz zenginleşme oluşturması değildir ve sebepsiz zenginleşme hükümleri burada ancak kıyasen uygulanabilir⁵³.

Bu açıklamalar ışığında, TBK.'nun 136/II. maddesinde açıkça “*sebepsiz zenginleşme hükümleri*”ne yer verilmiş olmasına rağmen, üstelik soyutluk ve sebepsiz zenginleşmenin en önemli savunucularından **ÖZ** ve **SEROZAN**'a göre, aslında bu hükümde düzenlenen sebepsiz zenginleşme değildir ve sebepsiz zenginleşme hükümleri ancak kıyasen, dolaylı olarak uygulama olanağı bulabilecektir.

TBK.'nun 136/II. maddesinin sözleşmeyi değil sözleşmeden doğan borçları sona erdirdiği görüşüne katılmaktayım. Bu görüş çerçevesinde, karşılıklı edimlerden ifa edilen bakımından sebebin (sözleşmenin) geçersizliğinden kolay kolay söz edilemeyecektir. Sebebin geçersizliği söz konusu olmayınca da, ifa edilmiş olan edimin sebepsiz olarak diğer tarafın malvarlığına girdiğinden de söz edilemeyecektir. Yasa koyucu, gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme olmamasına rağmen ifa edilmiş, ancak karşılığı elde edilmemiş edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade edilmesinden söz ederken, aslında kanundan doğan bir iade yükümlülüğü getirmiş olsa gerekir.

meydana gelen imkânsızlık hallerinde bu esastan ayrılmanın ve 117/II maddeye [TBK 136/II] dayanan iade davalarını sebepsiz iktisap kurallarına bağlı tutmanın gerekçesi şudur: 108. maddeye dayanan iade davasında borçlunun kusuru olma şartı vardır. Oysa 117/II. maddeye dayanan iade davası için borçlunun kusursuz olması gerekir. Sebepsiz iktisaplarda da kusurun aranmamasına ilişkin kural hatırlanırsa 117/II. maddenin bu esasa tutarlı bir hüküm olduğu söylenebilir”; aynı yönde bkz. EREN, age, s. 1329-1330).

⁵³ Bkz. **ÖZ**, age, s. 110: “Kusursuz imkânsızlık üzerine sözleşmenin kurulduğu andan itibaren (geçmişe etkili olarak) ortadan kalktığı için ileri sürülmesi, bu hükümler ve sonuçlarla bağdaşmaz. Şu halde, burada gerçek bir sebepsiz zenginleşme değil, özel hükümle sebepsiz zenginleşmenin iadesi hükümlerine tabu tutulmuş, kanundan doğan bir iade borcu vardır”; Rona **SEROZAN [KOCAYUSUFPAŞAOĞULU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI]**, age, s. 193: “Demek ki BK 136 kuralındaki yollama (atıf), haksız zenginleşmenin ‘hukuki gereklerine’ yapılmış ur yollama olmayıp sadece zenginleşmenin ‘hukuki sonuçlarına’ (etkilerine) yapılmış bir yollamadır. Hatta bu sınırlı yollamada, zenginleşmenin eksildiği ya da elde kalmadığı yolundaki ünlü BK 79 I savunması da doğrudan doğruya uygulanmaz da ancak dolaylı olarak uygulanır ve bu arada amaca uygun biçimde özel olarak sınırlanır. ... BK 136 kuralıyla borçluya yüklenmesi amaçlanmış olan yatırım (masraf) riski, arka kapıdan ve dolaylı yoldan yine de alacaklıya yansıtılmış olurdu. Sonra, edimin iadesi imkânsızlaşmışsa, bu edimin salt objektif zenginleşme (piyasa) değerinin... karşılanması ile yetinilmez; o edimin sözleşmede kararlaştırılmış öznel değeri karşılanır”.

Özetle; TBK. m. 136/II kapsamında, ifa edilen borç para borcu ise, para karışma suretiyle diğer tarafın malvarlığına geçecektir. Bunun dışında, aslında bu maddede düzenlenen gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme de değildir. Zira sonraki kusursuz imkânsızlık, sebebi (sözleşmeyi) değil, sebepten (sözleşmeden doğan) borçları ortadan kaldırmaktadır; yani sebebi geçersiz hale getirmemektedir.

Sonuç

Önceki Borçlar Kanunu döneminde olduğu gibi yeni Türk Borçlar Kanununda da sebepsiz zenginleşmenin düzenlendiği açık ve tartışmasızdır. Ancak, önceki kanun döneminde olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu döneminde de sebepsiz zenginleşmenin nasıl ve ne zaman mümkün olabileceğinin son derece tartışmalı olduğu kabul edilmelidir.

Sebepsiz zenginleşmeye mümkün olduğunca alan yaratma çabası içinde olan taşınır mülkiyetinin devrinde soyutluk görüşünün savunucularının da, sebebe bağlılık taraftarları gibi, tasarruf işleminin zilyetliğin devri ve bu devir anında mevcut olduğu varsayılan aynı sözleşmeden oluştuğunu kabul etmeleri, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşmesinin, yani bir taşınırın mülkiyetinin sebebin geçersiz olmasına rağmen devredilmesinin son derece güç, hatta imkânsız olduğunu düşündürmektedir.

Gerçekten, mülkiyetin devrini hedefleyen borçlandırıcı işlem = sebep geçersiz olduğunda, tasarruf işleminin olmazsa olmazlarından aynı sözleşmenin geçerli olabilmesi hakkında yaratılan senaryoların zorlama olduğu inancındayım. Sebep, örneğin satış sözleşmesi ehliyetsizlik, muvazaa, irade bozuklukları, sözleşmenin kuruluşundaki imkânsızlık, ahlaka ve hukukun emredici kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz ise veya geçersiz bırakılmışsa, aynı sözleşmenin bağımsız olarak geçerli olabileceğinin söylenemeyeceği kanısındayım. Unutmayalım aynı sözleşme de bir sözleşmedir ve karşılıklı ve birbirine uygun irde açıklamalarıyla kurulmuş olur. Bu sözleşmenin varsayılan bir sözleşme kabul edilmesi, onun sözleşme niteliğini etkilememelidir.

Türk Borçlar Kanunu, önceki kanunda olduğu gibi, işleme (TMK 775), karışma ve birleşme (TMK 777) ve kusursuz imkânsızlık hallerinde (TBK 136) sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollamada bulunmaktadır. TMK 775 ve 776. maddelerindeki işleme, karışma ve birleşme olaylarının tümünde, bir malın nitelik değiştirmek veya başka bir mal ile karışmak ya da birleşmek suretiyle el değiştirmiş, yani başkasının mülkiyetine geçmiş olacağını belirtiyor. Bu el değiştirmede herhangi bir sebep, yani sözleşme aranmıyor. Bu nedenle burada sebebin geçersiz olmasına rağmen zenginleşmeden değil, sebep olmadan zenginleşmeden söz etmek daha doğru olacaktır kanısındayım.

TBK.'nun, sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlığı düzenleyen 136. maddesi ise, her ne kadar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, ifa edilmiş olan edimin iadesi istenebilir demekte ise de, aslında, bu maddede sebebin geçersiz hale gelmesinden, değil borcun sona ermesinden söz edilmiş olmakla, gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşmeden ve sebepsiz zenginleşmeye dayanan iadede söz etmek pek doğru olmasa gerektir. Bu nedenle, 136. madde kapsamında, aslında, kanundan doğan bir iade yükümlülüğü yaratılmak istenmiştir kanısındayım. 136. maddeye ne anlam verilirse verilsin, taraflardan birinin ifa ettiği, örneğin teslim ettiği malın iadesini, borcundan kusursuz imkânsızlık nedeniyle kurtulan taraftan isterken, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanabilecektir.

Taşınırların sebepsiz olarak el değiştirmeleri neredeyse imkânsız olduğundan, sebepsiz zenginleşmede iade, iyiniyetli zenginleşenin iade yükümlülüğü, kötü niyetli zenginleşenin iade yükümlülüğünden de pek kolay söz edilemeyeceği açıktır.

Kaynakça

- [1] AKİPEK, Jale G./ Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009
- [2] AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul 2009
- [3] ANTALYA, Gökhan: Eşya Hukuku, İstanbul 2009
- [4] ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2015
- [5] BURCUOĞLU, Halûk: Paranın Başkasının Parası İle Karışması Üstüne Bir Deneme, Av. Dr. Faruk EREM Armağanı, Ankara 1999, s. 79-100
- [6] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016
- [7] ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002
- [8] HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2011
- [9] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip [HATEMİ/SEROZAN/ARPACI]: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, 4. Bası, İstanbul 2008
- [10] OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, ÖZER/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016
- [11] OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Cilt, 13. Bası, İstanbul 2017
- [12] ÖZ, M, Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990

[13] REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012

[14] SEROZAN, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002

[15] SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul 2016

[16] SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015

[17] TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 5. Basım, İstanbul 1988

[18] TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992

[19] TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3, İstanbul 1994

[20] TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bask. İstanbul 1993

[21] TEKİNAY, Selâhattin Sulhi / AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyedlik-Tapi Sicili-Mülkiyet, 5. Bası. İstanbul 1989

KAMBIYO SENETLERİNDE İHBAR ZORUNLULUĞUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

***Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY¹
Av. Burcu KANDEMİR²***

Öz

Kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 723. maddesinde, poliçe hükümleri içerisinde düzenlenmiştir. İhbar zorunluluğu aynı kanunun 778/d ve 818/j maddelerinde yapılan atıflar nedeniyle diğer kambiyo senetleri; bono ve çek için de uygulama alanı bulmaktadır. TTK md. 723'e göre, "Hamil, protesto gününü veya poliçede 'gidersiz' kaydı mevcut ise, ibraz gününü izleyen dört iş günü içinde, kabul etmeme veya ödememe hâllerini, kendi cirantasına ve düzenleyene ihbar etmek zorundadır. Her ciranta aldığı ihbarı, bunları aldığı günü izleyen iki iş günü içinde önceki ihbarları yapan kişilerin adlarını ve adreslerini de göstermek suretiyle, kendi cirantasına ihbar eder. Düzenleyene varıncaya kadar bu sıra dâhilinde hareket edilir. Süreler önceki ihbarın alındığı tarihten itibaren işlemeye başlar." Böylece kanun koyucunun, poliçe bedelini ödeme yükümlülüğü altına girecek olan kişilerin durumdan haberdar olmalarını sağlamayı amaçladığı söylenebilir.

Kambiyo senetlerinde "ihbar zorunluluğu" TTK'da emredici olarak düzenlenmesine rağmen, uygulamada yer edinmemiştir. İhbar zorunluluğunun yerine getirilmemiş olması, senedin kabul edilmediğinden veya ödenmediğinden haberdar olarak hazırlık yapma fırsatı bulamayan senet borçlularının maddi ve manevi olarak zarara uğramalarına neden olmaktadır. Bunun sonucu olarak ihbar zorunluluğu hem uygulamada hem de yargılamada sorunlu bir konu olarak varlığını sürdürmektedir.

¹ *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*

² *İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi*

Bu çalışmada kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğunun hukuki niteliği, uygulamada yeterince yer edinmemesinin sebepleri ve yarattığı sorunlar ve ihbar zorunluluğunun uygulanabilmesi için yapılabilecek düzenlemelerle ilgili görüşlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğu, İhbar Zorunluluğunun Yerine Getirilmesi Şekli, İhbar Zorunluluğunun Yerine Getirilmemesinin Sonuçları ve Doğan Sorumluluk*

The Liability Arising From the Non-Observance of the Burden of Notice at Bills of Exchange

Abstract

The burden of notice at bills of exchange is regulated as the 723th article of Turkish Commercial Law, in policy provisions (TTK m.714-722). Burden of notice is implemented for other bills of exchange due to attributions in the 778th and 818th articles of the same law. According to the 723th article of Turkish Commercial Law, the holder must give notice of non-acceptance or non-payment to his endorsers and to the drawer within the four working days which follow the day for protest or, in case of a stipulation “free of expenses”, the day for presentment. Furthermore, apart from the holder, the endorser who receives the notice, must notify his endorser. By this way legislator aims to inform all the parties who enters under the liability of paying the amount of policy.

Although the burden of notice at bills of exchange is regulated as compulsory legal rule, it has not gained a place in practice. Infringement of the burden of notice causes pecuniary loss and intangible damages for the debtors of bill who cannot have chance to be informed about non-acceptance or non-payment and make preparation. As a result of this, the burden of notice at bills of exchange continues its existence as a problematic subject both in practice and in trial.

In this article, the term of the burden of notice in bills of exchange, reasons of not having place in practice and the problems generating from this, and the changes that can be made for the enforcement of burden of notice are analyzed.

Keywords: *The Burden of Notice at Exchange of Bills, the Burden of Notice, Liability of Notice*

Giriş

Kıymetli evrak hukukunda kambiyo senetlerine bağlı alacaklar; senedin üzerine atılan ve yazılı bir irade açıklaması niteliğinde olan imza yani ciro işlemi ve senedin zilyetliğinin teslimi ile devredilir. Senede bağlı alacağın asıl borçlu tarafından ödenmesi şüpheli hale geldiği zaman, hamilin başvuru borçlularına müracaat hakkı doğar. Ancak cirantalar borçlanmak için değil alacaklarını devretmek için senedi ciro ederler. Özellikle tacirlerin normal bir ticari hayat ilişkisinde çok sayıda senet düzenleyip ciro ederek senetleri elden çıkardıkları ve tüm bu senetlerin akıbetini takip etmelerinin mümkün olmadığı göz önüne alındığında senedin asıl borçlu tarafından ödenmemesi veya ödenmesinin şüpheli hale gelmesi halinde bu durumu bilmelerinin kendilerinden beklenemeyeceği açıktır.

Kanunun başvuru hakkına koşul olarak düzenlediği yükümlülükler; senedin ibrazı ve protestosu gibi, cirantaların ve düzenleyenin bilgisi dışında gerçekleşir. Buna rağmen bahse konu durumu önceden öğrenme imkânına sahip olabilen başvuru borçluları, kendilerinden talep edilebilecek hususlarda hazırlık yapabilecek vakti kazanmış olacaklarından, başvuru borçlularının senedin ödenmesinin şüpheli hale geldiğini öğrenmekte menfaatleri vardır.³

Kambiyo senetlerinde düzenleyen ve cirantaların senedin kabul edilmediğinden veya ödenmediğinden makul bir süre içerisinde haberdar olmasını sağlayarak gerekli tedbirleri alabilmelerini ve böylece kendilerini doğması muhtemel maddi ve manevi zararlardan korumaları imkânını yaratmak amacı ile Kanun tarafından söz konusu sonuçları elde etmek maksadıyla yapılan düzenleme “İhbar Zorunluluğu” başlığı altında düzenlenmiş olmasına rağmen, başvuru hakkının doğumu için zorunlu bir koşul olarak düzenlenmediği, niteliği gereği bir ek yükümlülük olduğu ve ihmal edilmesi halinde sadece bir tazmin sorumluluğu doğurduğu için uygulamada tam yer edinmemiştir. Bu sebeple bazı hak kayıplarına yol açan sonuçların doğması kaçınılmaz hale gelmiştir.

³ Bozer, Ali, Göle, Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara, 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (İş Bankası A.Ş. Vakfı), s. 114*

I. Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğu

1. Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğunun Hukuki Niteliği

Kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu; ödememe veya kabul etmeme durumunun ve bu durumu tespit eden protestonun, kambiyo senedi ile kendilerine başvurulacak kişilere yani başvuru borçlularına gerekli önlemleri almaları ve hazırlıkları yapmaları amacıyla bildirim yapılmasını zorunlu kılan, kanunla düzenlenmiş bir kurum olup⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, poliçede kabul etmeme ve ödememe hallerinde başvurma haklarının düzenlendiği dördüncü kısım beşinci ayrımında 723. maddesinde düzenlenmiştir. TTK 778/ d bendindeki atıf⁵ nedeniyle bonolar ve 818/ j ⁶ bendindeki atıf nedeniyle çekler için de uygulanması zorunlu bir düzenlemedir.

TTK 723 şu şekilde düzenlenmiştir: **(1) Hamil, protesto gününü veya poliçede “gidersiz” kaydı mevcut ise, ibraz gününü izleyen dört iş günü içinde, kabul etmeme veya ödememe hâllerini, kendi cirantasına ve düzenleyene ihbar etmek zorundadır. (2) Her ciranta aldığı ihbarı, bunları aldığı günü izleyen iki iş günü içinde önceki ihbarları yapan kişilerin adlarını ve adreslerini de göstermek suretiyle, kendi cirantasına ihbar eder. Düzenleyene varıncaya kadar bu sıra dâhilinde hareket edilir. Süreler önceki ihbarın alındığı tarihten itibaren işlemeye başlar. (3) Poliçede imzası bulunan bir kişiye ikinci fıkra gereğince ihbarda bulunulduğu takdirde, kendisine aval veren kişiye de aynı süre içinde bu ihbarın yapılması gerekir. (4) Bir ciranta adresini hiç yazmamış veya okunması mümkün olmayacak surette yazmış ise, ihbarın ondan önceki cirantaya yapılması yeterlidir. (5) İhbarı yapacak olan kişi bunu noter aracılığıyla veya sadece poliçenin iadesi yoluyla yapabilir. (6) İhbarı yapmakla yükümlü olan kişi bunu belirli süre içinde yaptığını ispat etmek zorundadır. (7) Birinci ve ikinci fıkralarda gösterilen süreler içinde ihbarname göndermeyen kişi başvurma hakkını kaybetmezse de ihmalden doğan zarardan sorumlu olur. Ancak, bu zarara ilişkin tazminat borcu poliçe bedeliyle sınırlıdır.**

⁴ Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, Sekizinci Tıpkı Bası, İstanbul 2013, 12 Levha Yayınları, s. 213

⁵ TTK 778/ d : “- (1) Bononun niteliğine aykırı düşmedikçe;....d) Ödememe hâlinde başvurma haklarına dair 713 ilâ 727 ve 729 ilâ 732.....maddeler hükümleri bonolar hakkında da geçerlidir.”

⁶ TTK 818/ j : “1) Poliçeye ait aşağıdaki hükümler çek hakkında da uygulanır:j) İhbar hakkındaki 723 üncü madde. “

Kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğunun hukuki niteliği ve dolayısıyla bu düzenlemeye güvenilerek açılacak davaların dayanacağı hukuki temel hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Genel olarak hamilin ihbar zorunluluğuna dayalı davaların haksız fiile yani genel davranış kurallarına aykırılığa ve sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk yani borçlanma iradesine aykırılığa dayandığına dair görüşlere yer verilmiştir⁷.

Bir yazara göre, kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu , “ ...sözleşme temeli taşıyan bir hukuki ilişkide yer alan ve kapsamı kanun tarafından şekillendirilmiş bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır.⁸

Kambiyo ilişkisi tamamen tarafların iradeleri yönünde kurulan bir ilişki olduğundan sözleşmeye dayalı bir ilişki olduğu açıktır. Kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu ise, geçerli bir şekilde kurulmuş olan kambiyo ilişkisinde Kanun ile taraflara bir yükümlülük yükleyen bir kurumdur. Dolayısıyla ihbarın sözleşme temeli taşıyan bir kurum olduğu söylenebilir. Ancak düzenlemenin emredici niteliği de gözden kaçırılmamalıdır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 08.03.1977 tarih ve 866/1033 sayılı kararında ihbarın emredici nitelik taşıdığı, o kadar ki protesto bağışıklığı tanınan senetlerde dahi hamilin ihbar zorunluluğunun bulunduğu belirtilmiştir.⁹ Dolayısıyla senet üzerine yazılan bir kayıtle veya senet dışında yapılan müstakil bir anlaşma ile ihbar zorunluluğunun kaldırılması mümkün değildir.¹⁰

⁷ Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1997, Turhan Kitabevi 2. Baskı, s. 789

⁸ Demirkapı, Ertan, Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğu, 2011, Seçkin Yayınevi, s. 27

⁹ “Her ne kadar ciranta ile hamil banka arasında yapılan 4.2.1974 tarihli senetlere dayalı kredi sözleşmesinde ciranta tarafından iskonto veya iştirah edilmek üzere veya teminat olarak tevdi edilmiş veya edilecek bulunan her türlü ticari senetlerin vadesinde ödenmemeleri halinde herhangi davet, ihtarname ve protesto keşidesinden bankanın varestede kılındığı kabul edilmiş ise de, bu hükmün geçersiz sayılmasında zorunluk vardır. Gerçekten TTK.nun ihbar müessesesini düzenleyen ve bonolar hakkında da uygulama olanağı bulunan 635. maddesinde emre yazılı senedin borçlusuna ibraz edildiği halde ödemededen kaçınıldığını hamilin cirantasına ihbar etmek mecburiyetinde olduğu belirtilmiştir ve bu ihbarın emredici hüküm niteliği taşıdığı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında da teyit edilmiştir. O kadar ki, protesto bağışıklığı tanınan senetlerde dahi hamilin ihbar zorunluğunda bulunduğu aynı yasanın 634. maddesinde özellikle belirtilmiş bulunmaktadır. Bu tür ihbarın yapılmasındaki amaç, ödenmeyen senet hamilinin müracaat hakkını kullanmak suretile TTK.nun 637 ve 638. maddelerinde öngörülen faiz, komisyon ve masraf gibi ek ödemeler yapmaktan cirantaları korumaktır. Yasalarda emredici hüküm olarak nitelendirilen kurallar tarafların serbest iradeleri ile değiştirilmesi olanaksızdır; ...Nihayet, TTK.nun 635. maddesinin 4. fıkrası aynı yasanın bonolar hakkında uygulanması mümkün olan 667. maddesi ile birlikte ele alınması gerekir. Yargıtay 11. HD. 08.03.1977 T. ve 866/1033 E. S. karar, Moroğlu, Erdoğlan / Kendigelen, Abuzer, İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat., İstanbul, Ocak, 2014, 10 bsk., 12 Levha Yayınları, s. 593,

¹⁰ Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, s. 214

Kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğunun hukuki niteliği incelenirken irdelenmesi gereken diğer bir husus ise, ihbarın bir külfet mi yoksa bir yükümlülük mü olduğudur. Külfet yerine getirilmediği takdirde bir hak kaybına neden olurken, yükümlülük bir davranışta bulunma zorunluluğunu ifade eden geniş kapsamlı bir kavram olup¹¹, yerine getirilmediğinde herhangi bir hak kaybına sebep olmaz, yalnızca tazmin yükümlülüğü doğurur. TTK'nun 723. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere ihbarda bulunmama sonucunda borçlu başvuru hakkını kaybetmez dolayısıyla herhangi bir hak kaybı söz konusu olmaz.¹² Bu nedenle hamilin ihbar zorunluluğunun bir külfet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İhbarda bulunmama bir tazminat davasına sebep olabileceğinden, hamilin ihbar zorunluluğu ancak bir yükümlülük olarak nitelendirilebilir.

Kambiyo senetlerinde tek asli edim yükümlülüğü senet bedelinin ödenmesidir. Dolayısıyla ihbar yükümlülüğünün asli değil bir “yan yükümlülük” niteliğinde olduğu söylenebilir.¹³

2. İhbar Zorunluluğunun Tarafları

Kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu kambiyo ilişkisine girmiş tarafların menfaatlerini korumak amacıyla getirilmiş bir kurumdur.¹⁴ İhbar zorunluluğunun tarafları hamil, cirantalar, düzenleyen ve bunlar yerine aval verenlerdir.

2.1. İhbar Yükümlüsü Taraflar

Kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu bakımından öncelikle yükümlü taraf hamildir. Kanun en önce hamili ihbarı yapmakla yükümlü kılmıştır. Hamilden sonra ikinci olarak da kanunun açık lafzı gereği kendisine ihbarda bulunulan ciranta ihbar yükümlüsü konumundadır.

Her cirantaya ihbar yapılmakta ve ihbarı alan her ciranta da kendi cirantasına ihbar yaptığından aval verene ihbar yükümlülüğü yüklenmemiştir.¹⁵

¹¹ Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006, Filiz Kitabevi, s. 14, not 61

¹² “Ödemeden imtina keyfiyeti ihbar edilmediğinden keşideci olarak kendisine başvurulamıyacağına dair temyiz itirazına gelince; hamilin keşideciye karşı müracaat hakkını kullanabilmesi için ödememe protestosu keşidesi yeterli olup, ödemeden imtina halinin keşideciye ihbar edilmesi bu hakkın muhafazası için şart değildir. Bu husus Ticaret Kanununun 635. maddesinin son fıkrasından açık olarak anlaşılmalıdır. Mezkur hükme göre, keşideciye ihbarname göndermeyen hamil müracaat hakkını kaybetmez ise de, ihmalden doğan zarar ve ziyandan mesul olur.” YHGK E. 1972/660 K. 1973/600 T. 4.7.1973. (www.kazanci.com)

¹³ Demirkapı, s. 29

¹⁴ Demirkapı, s. 65

¹⁵ Karahan, Sami/ Arı, Zekeriya / Bozgeyik, Hayri / Saraç, Tahir, / Ünal, Mücahit, *Kıymetli Evrak Hukuku*, ^, Bsk. , 2015, Mimoza Yayınları, s.299

2.2. İhbar Muhatabı Taraflar

İhbar muhatabı taraflar TTK madde 723. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre ihbar muhatabı taraflar şunlardır:

a- Bir önceki başvuru borçlusunu: İhbar yükümlülükleri ciro silsilesinde kendilerinden bir önceki başvuru borçlusuna ihbarda bulunmakla yükümlüdürler.

b- Düzenleyen: Hem son hamil, hem de kendisine ihbar yapılan lehdar düzenleyene ihbar etmekle yükümlüdür.

c- Aval veren: Senet borçluları ile düzenleyen lehine aval vermiş bir kimse varsa bu kimseye de ihbar yapılması kanuni zorunluluktur.

Poliçenin kabul edilmemesinden sorumlu olmayacağı şartını koyan düzenleyene veya cirantaya da senedin ödenmemesinden sorumlu olmayacağı şartını koyan cirantaya ihbarın yapılması gerekli değildir.¹⁶

Bonoyu düzenleyene ve poliçedeki muhataba ödeme yapmayan taraf kendileri olduğu için ihbar yapılmasına gerek yoktur.¹⁷

Protestodan iradi ve kanuni muafiyet hallerinde ihbar yükümlülüğü devam eder.

3. Ödememe ve Kabul Etmeme Dışında Başvuru Hakkının Doğduğu Hallerde İhbar Zorunluluğu

3.1. Vadeden Önce Başvuru Hakkının Doğduğu Hallerde İhbar Zorunluluğu

Bazı hallerde senedin vadesi geldiğinde ödeneceği hususunda kuvvetli şüphelerin oluşmasına yol açar. Bu haller muhatabın veya keşidecinin maddi durumlarının bozulması halleridir. Böyle durumlarda, hamili vadeye kadar bekletmek, bu arada varsa başvuru borçlularının da ödeme durumlarında olumsuz gelişmeler meydana gelebileceğinden, senet borcunun tahsilini imkânsız hale getirebilir. Bütün bu sebeplerle TTK md. 713'de muhatabın kabul etmiş olsun veya olmasın iflası, kabulün yasaklandığı poliçeler bakımından vadeden önce başvuru hakkını doğuran bir hal olarak düzenlenmiştir.¹⁸

¹⁶ Pulaşlı, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 5. Baskı, Ankara, 2017, Adalet Yayınevi, s. 218

¹⁷ Bozkurt, Tamer, Ticaret Hukuku-Cilt III, Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bsk. , İstanbul, Temmuz, 2012, On İki Levha Yayınları

¹⁸ Öztan, s.140

Ancak ihbar zorunluluğunun dzenlendiği TTK md. 723 hkmnde odememe ve kabul etmeme dışındaki haller dzenlenmemiştir. Doktrinde bu boşluğun bilinçli bir boşluk olduğuna ve dolayısıyla kabul etmeme ve odememe dışındaki başvuru hakkının doğduğu hallerde ihbar zorunluluğunun bulunmadığına ilişkin gorusler olduğu gibi, Kanun Koyucunun bu tutumunun, bilinçsiz bir boşluk oluşturduğu ve kabul etmeme durumuna kıyasen, başvuru hakkının ortaya cıktığı diğer hallerde de, ihbar zorunluluğunun ortaya cıktığının kabulünün gerektiğine ilişkin gorusler mevcuttur.¹⁹

Kanaatimize gore, ihbar zorunluluğunun poliçe bedelini odeme yukumlulugu altına girecek olan kişilerin durumdan haberdar olmalarını sağlama amacı goz onune alındığında, vadeden once başvuru hakkının doğduğu hallerde de ihbar yukumlulugunun doğduğunun kabulü gerekir.

3.2. İflasın İhbarı Halinde Başvuru Hakkının Kullanılması

TTK. md. 731 hkmne gore, poliçeyi kabul etmiş olsun veya olmasın muhatabın iflası durumunda hamil başvuru hakkını vadeden once kullanabilir. Dzenleyenin iflası bakımından, poliçenin kabul için arzının yasaklanmış olması gerekir. Bu hallerde hamilin başvuru hakkının doğması ile ihbar yukumlulugunun doğduğunun da kabulü gerekir. Boyle bir durumda iflas ilamı ihbar yerine geçebilir.²⁰

Diğer bir yazara gore; iflasın ilanı, ihbarın muhatabının bilgisizliğini ortadan kaldırır. Buna rağmen zarar ortaya cıkarsa, zararı onlememiş olması onun ağır kusurundan kaynaklanmış olacaktır. Zarar goşenin ağır kusuru illiyet bağının kesilmesine neden olacağından, ihbar yukumlusunun tazminat sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. Ancak bu durum ihbar yukumlulugunun ortadan kalması olarak değerlendirilemez. Zira bu fikrin mutlak olarak kabulü halinde, iflasa uluslararası bir etki tanınmış olur.²¹

3.3. Muhatabın Aciz Haline Düşmesinin İhbarı

TTK. md. 713 hkmne gore muhatabın odemelerini tatil etmesi veya hakkında yapılan icra takibinin semeresiz kalması hallerinde başvuru hakkı vadeden once doğar.

¹⁹ Demirkapt, s. 49-50

²⁰ Bozkurt, s.155

²¹ Demirkapt, s 5

Her ne kadar kanunda bu durumda ihbar yükümlülüğünün doğup doğmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmasa da, müracaat borçlularının menfaatini korumak için ihbar yükümlülüğünün doğduğunun kabulü gerekir.²²

4. İhbarın Süresi, Şekli ve İçeriği

4.1. İhbarın süresi:

TTK ihbarın süresini düzenlerken, ihbarın son hamil tarafından yapılması ile başvuru borçluları tarafından yapılması açısından farklı süreler öngörmüştür. Buna göre eğer, ihbar kambyo senedinin son hamili tarafından yapılmakta ise protesto gününü veya poliçede “gidersiz” kaydı var ise ibraz gününü takip eden dört iş günü içerisinde ihbar yapılmalıdır.

İhbar başvuru borçluları tarafından yapılmakta ise ihbarı alan her başvuru borçlusuna, bu ihbarı aldığı günü takip eden iki iş günü içinde kendisinden bir önceki başvuru borçlusuna ihbarı yapmakla mükelleftir. Düzenleyene intikal edene kadar bu sıra devam eder.

İflas sebebiyle ihbar zorunluluğunun doğduğunun kabulü halinde, ilandan önce hamilin durumu öğrenmiş olduğu ispat edilebiliyorsa, ihbar yükümlülüğünün öğrenme tarihinde başladığı, iflasa ilişkin bilginin ülke içinde bulunan hamil bakımından en geç iflas kararının ilanı ile birlikte doğacağı kabul edilebilir.²³

Muhatabın aczi durumunda, hamil aciz halini öğrendiğinde ihbar zorunluluğu yerine getirilmelidir. Hamilin öğrenme tarihi ile ilgili ispat yükü, TMK. md. 6’ daki genel kural gereği iddia eden kişi üzerindedir.²⁴

4.2. İhbarın Şekli:

TTK md 723/ 5. maddesine göre ihbar noter aracılığı ile veya poliçenin iadesi sureti ile yapılabilir. Yasada öngörülen bu şekil şartının geçerlilik şartı olup olmadığının da irdelenmesi gerekir.

İhbarın noter marifetiyle veya poliçenin iadesi suretiyle yapılmasının geçerlilik şartı olduğuna ilişkin görüşler bulunsa da²⁵, ihbarın herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılması gerektiği görüşü çoğunluktadır

²³ Demirkapı, s. 133

²⁴ Demirkapı, s. 133

²⁵ “ İhbar ya noter aracılığı ile veya sadece poliçenin iadesi suretiyle yapılır “ Tuna, Ticaret Hukuku, C. 3, Kıymetli Evrak, S. 202, Kayar, İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bsk., Ankara 2013, Detay Yayıncılık, S. 117

²⁶. Gerçekten de yasanın lafzına baktığımızda, ihbarın şekline ilişkin düzenlemenin emredici olduğundan bahsetmek güçtür zira yasa açıkça ihbarın noter aracılığı veya poliçenin iadesi suretiyle “yapılabileceği”nden bahsetmektedir. Ayrıca tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbar ve ihtarlar noter aracılığı ile taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılabilmektedir. Dolayısıyla ihbarın şekli ile ilgili hükmün geniş yorumlanması kanunun amacına uygun düşer.²⁷

Ancak genel olarak ispat kolaylığı açısından ihbarın yazılı yapılması ihbar yükümlüsü tarafların faydasına bir davranış olacaktır. Aksi halde ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olsalar bile, tazminat yükümlülüğü ile karşı karşıya kalabilirler. İhbar yükümlüsünün, ihbarı muayyen süresi içinde yerine getirdiğini ispatla yükümlü olduğu göz önüne alınmalıdır.²⁸

Her ne kadar “senedin iadesi”, ihbar şekillerinden biri olarak düzenlenmiş ise de, doktrinde bu düzenlemenin uygulanma kabiliyeti bulunmadığına ve “iade” sözcüğünün kaynak yasadaki çevrilirken isabetli bir şekilde kullanılmadığına dair görüşler bulunmaktadır. ²⁹ Hamil ihbarı hem kendi cirantasına hem de keşideciye yapacağından, poliçeyi kime iade edeceği hususu belirsizdir. Diğer yandan poliçenin iadesi tehlikelidir, çünkü

²⁶ Ertan Demirkapı hükmün emredici olarak yorumlanmasının doğru olmadığını, hükmün lafzının buna olanak tanımadığını belirtmektedir. Hüküm için getirilen eleştiriler dikkate alındığında yasada bu hususta bir boşluk olduğu kabul edilerek uygulanmamasının mümkün olduğunu dolayısıyla ihbarın noter aracılığıyla yapılmasına ilişkin düzenlemenin, diğer ihbar şekillerini yasakladığı ileri sürülmemesi gerektiğini eklemektedir. Demirkapı, Kambyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğu, S. 115, Can, Halil / Güner Semih, Kıymetli Evrak Hukuku, 1999, Siyasal Yayınevi, S. 144, Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. .Bası, İstanbul 2013, Vedat Kitapçılık, s. 242

²⁷ Karahan, Arı, Bozgeyik, Saraç, Ünal, S. 300

²⁸ TTK 723/ 6 şöyledir: “İhbarı yapmakla yükümlü olan kişi bunu belirli süre içinde yaptığını ispat etmek zorundadır.”

²⁹ “ TK 723/ 5’te, ihbarın şekli bakımından ayrıca “ senedin iadesi”nden söz edilmekle birlikte, ‘iade’ sözcüğü isabetli kullanılmamıştır ve bu hükmün uygulanma kabiliyeti yoktur. “ Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 215 “ ...Fakat CYK’nin 45. Maddesi ve bunun karşılığı olan İsv. BK m. 1042’de ihbarın şeklini düzenleyen fıkra “ ihbar yapan onu her şekilde, hatta sadece poliçenin renvoi’sı yoluyla yapabilir” hükmünü sevk etmişti. Renvoi kelimesi iade anlamına gelebileceği gibi, poliçeye yollama yapmak şeklinde anlaşılabilir. Almanca metin “poliçenin iadesi” (die Rücksendungdes Wechsels) demektedir. İtalyancada da iade anlamı vardır (rinviodellacabiale). Görüldüğü gibi kaynak metin ihbarın herhangi bir şekilde yapılabileceği üzerinde durmuştur. Fıkra Türkçeye çevrilirken değiştirilmiş ve “ noter marifetiyle veya sadece poliçenin iadesi suretiyle yapılabilir” şeklini almıştır.” Poroy, Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, s.242 “ İhbarı süresi içinde yapmayan şahıs, başvurma borçlularının uğradığı zararları tazmine mecburdur. Bu nedenle süresinde yapıldığının tespiti açısından ihbarın şekli de önem kazanmaktadır. ...poliçenin noter aracılığı ile yapılmasında bir tereddüt yoksa da poliçenin iadesi suretiyle yapılması anlamsızdır. Çünkü hamil hem cirantasına hem de düzenleyene ihbar edecektir. Senedi hangisine iade edecektir? Kaldı ki poliçenin iadesi ihbar açısından pratik de değildir. Çünkü henüz başvuru hakları kullanılmamıştır ve bunun için senede ihtiyaç vardır. Bu yüzden ihbar sadece noter aracılığı ile yapılabilecektir. “ Kayar, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 117

senedin borçlu tarafından imha edilmesi halinde poliçe alacaklısı, hakkını senetle ileri sürememe durumuna düşebilir ve alacağını tahsil etmesi imkânsız hale gelebilir.³⁰

4.3. İhbarın İçeriği:

İhbarın içeriği, poliçenin kabul edilmediği veya ödenmediğine dair bir bildirim şeklinde olmalıdır. İhbardaki amaç başvuru hakkının doğduğunu bildirmektir. İhbarı yerine getirecek taraf ciranta ise; ayrıca ihbarları yapan kişilerin adlarını ve adreslerini de ihbarın muhtevasına eklemelidir. Yani cirantanın bildireceği adresler kendisine bildirilen adreslerden ibarettir.³¹

Ayrıca senede ilişkin bilgilerin de ihbarın muhtevasına eklenmesi gerekmektedir. İhbar kurumunun esas amacı başvuru hakkının doğduğunu haberdar etmektir. Protesto belgesine ilişkin bilgiler de başvuru hakkının doğmasının şekil şartıdır. Bu nedenle protesto belgesine ilişkin bilgiler de ihbar da yer almalıdır.³²

4.4. İspat Yükü

Yasa, ispatın süresi içinde yapıldığının ispatı yükünü, ihbar yükümlüsüne yüklemiştir. Yani ispat yükümlüsü hem ihbarı yaptığını, hem de süresi içinde yaptığını ispatla mükelleftir. İhbarın zamanında yapılmasından maksat, ihbarın süresi içinde postaya verilmesidir.³³ İhbar yükümlüğünün varlığını ise ihbarın yerine getirilmemesinden zarar gören kişi ispatlamalıdır.³⁴ Zira bu hususta özel bir düzenleme yapılmadığından, genel ispat kuralından hareket etmek gerekmektedir.³⁵

İhbarın yapıldığı her türlü delille ispat edilebilmelidir. İhbarın şekli konusunda yasa emredici bir düzenleme yapmamıştır. Senetle ispat zorunluluğu ise ihbarın ispatı için söz konusu olmamalıdır. İhbarın herhangi bir hakkın doğumuna düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan bir hukuki işlem değildir. İhbar bir durum açıklamasıdır.³⁶ Kullanılması herhangi bir hakkın

³⁰ Pulaşlı, Hasan, s. 219

³¹ Demirkapı, Ertan, s. 124

³² Demirkapı, Ertan, s. 122

³³ Coşkun, Mahmut, Kıymetli Evrak Hukuku Bono Poliçe Çek, Ankara-2012, Adalet Yayınevi, s. 210

³⁴ Öztan, Fırat s. 160

³⁵ TMK. 6 şudur: "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."

³⁶ HMK 200'de senetle ispat zorunluluğu şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları"

doğmasına da dūşmesine de neden olmaz. İhbar bir yan yükümlülüktür.³⁷ Dolayısıyla ihbarın ispatında senetle ispat zorunluluğunun olduğunu söylemek mümkün değildir.

5. İhbarın Sonuçları

İhbar yükümlüsü açısından, ihbar kurumu yan yükümlülük niteliği taşıdığından ihbarın gerçekleştirilmesi de bir hakkın doğumuna veya dūşmesine sebep olmaz.³⁸ İhbar yükümlülüğünün yasanın öngördüğü şekilde yerine getirilmesi ihbar yükümlüsü aleyhine tazminat sorumluluğu doğmasını engeller.

İhbarın muhatabı ihbarın yapılması ile başvuru hakkının doğmasına sebep olan olayı öğrenmiş olur. Böylece kendisine başvurulmadan gereken önlemleri alma imkânı doğmuş olur.

6. İhbar Zorunluluğunun İhmali

İhbar zorunluluğunu “ihmal eden” ihbar yükümlüsü başvuru hakkını kaybetmez ancak ihmalden doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Bu sorumluluk poliçe bedeli ile sınırlıdır.

İhbar yükümlülüğünün ihmal edilmesi halinin düzenlendiği TTK. md. 723 / 7 hükmündeki “...Birinci ve ikinci fıkralarda gösterilen süreler içinde ihbarname göndermeyen kişi başvurma hakkını kaybetmezse de ihmalden doğan zarardan sorumlu olur...” ifadesi gereği, ihbarın gecikmeli olarak yapılmasının yani süresinde yapılmamasının ihbar yükümlülüğünün ihmali sayılacağı şüphesizdir.

Ancak ihbarın ihmalden veya kasten hiç yapılmamasının “çoğun içinde az da vardır” kuralı gereği, bu davranış sebebiyle doğan zarardan sorumluluğun doğmasına sebebiyet vereceğinin de kabulü gerekmektedir.³⁹

İhbarın hiç yapılmaması ile zamanında yapılmaması kanunda farklı sonuçlara bağlanmamış olsa da, ihbarın zamanında yapılmaması halinde ortaya çıkan tazmin sorumluluğunda bir değişikliğin varlığından

zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukukîişlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşığı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.”

³⁷ Bu konuda bkz yuk s.5

³⁸ Bu konuda bkz yuk s.7

³⁹ Demirkapı, s.143

bahsetmek mümkündür. Çünkü zarara uğrayan geç de olsa durumdan haberdar olacağından zararın artmasını engelleme imkânına sahip olacaktır.⁴⁰ İhbar zorunluluğunu yerine getirmeyen senet borçlusunu, senedi teslim aldığı yani kendisinden önceki cirantaya karşı öncelikle sorumludur. İhbar zorunluluğunun ihlali nedeniyle zarar gören muhatabın, doğrudan ilişki içerisinde bulunmadığı ihbar yükümlülerinden zararın tazminini isteyebileceğinin kabulü gerekir. Aksi halde zararın tazminini imkânsız hale geleceğinden, ihbar zorunluluğunun düzenlenmiş olmasının bir yararı olmayacaktır.⁴¹

İhbar zorunluluğundan doğan sorumluluk bir kusur sorumluluğudur.⁴² Dolayısıyla cirantanın senedi ciro ettiği kişiye ihbar ulaşmamışsa, ödenmeden veya kabul etmemeden haberi yoksa ihbar yükümlülüğünü ihlalden sorumlu tutulamayacaktır.

İhbar yükümlülüğünün ihlalinde kusurun ağırlığı ihbar zorunluluğunun ihmali oluşturmak açısından önem arz etmese de sorumluluğun tayininde önem taşır. Türk Borçlar Kanunu md. 51, yargıca tazminatın şekli ve kapsamını tayin ederken kusurun ağırlığını göz önünde tutmasını öngörmektedir.⁴³ Dolayısıyla kanun koyucu ihbar zorunluluğunun sadece “ihmal”ini düzenlemiş olsa da, ihbar yükümlüsü ihbarı kasten yerine getirmediğinde, bu durum tazminatın şekli ve kapsamının tayini açısından sonuç doğuracaktır.

Ayrıca zarar ile yükümlülüğünün ihmali veya kast sonucu ihlali arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır. Dolayısıyla kendisine ihbar yapılacak kimse, ödemediğini biliyor ise, zararın tazminini de isteyemez.⁴⁴

II. Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğunun Yerine Getirilmemesinin Sebepleri

1. Kanuni Düzenlemeden Kaynaklanan Sebepler

Türk Ticaret Kanununda kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu lafzi olarak zorunluluk şeklinde düzenlenmiş olsa da hukuki niteliği gereği bir külfet olarak değil bir yan yükümlülük olarak düzenlenmiştir.⁴⁵

⁴⁰ Demirkapı, s. 143

⁴¹ Demirkapı, s. 143

⁴² Öztan, S. 160, Demirkapı, s. 149

⁴³ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara-2011, Turhan Kitabevi, s. 300

⁴⁴ Kınacıoğlu, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1999, Nobel Yayın Dağıtım, s. 198

⁴⁵ Bu konuda yuk. bkz s.7

Uygulanmaması veya ihlali bir hak kaybına sebep olmadığı gibi, ihbarın yerine getirilmesi herhangi bir borcun son bulmasını da sağlamaz. Kanunun bu düzenleme şekli, kambiyo ilişkisinin taraflarını bu düzenlemeyi uygulamamaya itmiştir.

Türk Ticaret Kanununda kaynak kanunun düzenlenme şekli gereği poliçe hükümlerine geniş yer verilmiştir. Dolayısıyla ihbar zorunluluğu da poliçe hükümleri içerisinde düzenlenmiş, bono ve çek hükümlerinde ilgili düzenlemeye atıf yapılmıştır. Kanunun bu düzenleme şekli Türkiye'deki ticari uygulamayla uyuşmamaktadır. Türkiye'de poliçe neredeyse hiç kullanılmamaktadır. Hal böyle olunca poliçe hükümleri içinde düzenlenmiş maddelerin atıl kalması söz konusu olabilmektedir.

2. Uygulamadan Kaynaklanan Sebepler

Kambiyo senetlerinde ihbar yükümlülüğü kanunda zorunluluk olarak düzenlenmiş olsa da, düzenlemenin uygulamada bilinirlik oranı düşüktür. Ticari teamül içerisinde yer edinememiştir. İhbar zorunluluğuna dayanan açılmış dava örneği fazla mevcut değildir.

Kanunun ihbar zorunluluğu ile korumayı hedeflediği menfaat; ihbar muhatabının senedin ödenmemesinden veya kabul edilmemesinden haberdar olmasından doğan menfaattir. Ancak senedin ödenmemesi veya kabul edilmemesi halinde hamil veya başvuru borçluları aynı zamanda alacaklarının ödenmemesi tehlikesi altına girerler. Ticari hayat içerisinde çok kere ciro edilerek el değiştirmiş bir senette hamilin ve başvuru borçlularının tüm cirantaları tanınması, ticari itibarları hakkında bilgi sahibi olmaları mümkün değildir. Buna bağlı olarak da hamil ve cirantalar ödenmeme veya kabul edilmeme durumundan başvuru borçlularını haberdar ederek, başvuru borçlularının ödemedi kaçınmak amacı ile mal kaçırmaları riskini almaktansa; ivedi olarak icra takibine geçmeyi ve hatta ihtiyati haciz başlatmayı tercih etmektedirler.

İhbar yükümlülüğüne tarafların hukuki vekilleri yani avukatları açısından bakıldığında ise avukatların icra takibi veya dava yoluyla direkt başvuru hakkını kullanmaları menfaatlerinedir. Çünkü ihbar sorumluluğunu yerine getirerek senet borcunun ödenmesini sağlamaktansa, icra takibi başlatarak direkt başvuru hakkını kullanmak avukatların yasal vekâlet ücreti kazanmalarını sağlamaktadır. Dolayısıyla avukatlar ihbar zorunluluğunu yoluna gitmeyerek, icra takibi yapmayı tercih etmektedirler.

III. Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğunun Yerine Getirilmemesinin Sonuçları

1. Başvuru Muhatapları Açısından Doğan Maddi Sonuçlar

İhbarla korunan menfaat başvuru borçlularının başvuru hakkının doğduğundan haberdar olmasındaki menfaattir. Dolayısıyla İhbar zorunluluğunun uygulamada yer edinmemesinin maddi sonuçları daha çok ihbar muhatapları üzerinde kendisini gösterir.

1.1. Hazırlık yapma imkânının ihlali sonucu doğan zarar

Senet sorumluları kendilerine karşı başvuru hakkı kullanılmadan önce senedin ödenmemesi veya kabul edilmemesi durumundan haberdar olurlarsa, öncelikle bu duruma hazırlık yapacak zaman kazanmış olurlar. Bu şekilde zaman kazanan başvuru borçluları, ekonomik koşullarını kendisine başvurulması halinde ödeme yapabilecek şekilde ayarlayarak, hakkında yapılabilecek icra takibi ihtimalinden korunmuş olacaktırlar.

1.2. Taleplerin artması sonucu doğan maddi zarar

Senet borçlularına başvuru hakkı doğduğunda her ödeme yapan senet borçlusu, doğan başvuru hakkını kendi cirantasına karşı kullanırken ödediği bedeli faiziyle talep etme imkânına sahip olur ki bu bir çeşit bileşik faiz uygulamasıdır. (TTK m. 725, 726) Senet sorumluları durumdan önceden haberdar olurlarsa, kendilerine karşı başvuru hakkı kullanılmadan önce ödeme yaparak taleplerin artmasına engel olabilme imkânından faydalanabilirler.

1.3. Önce gelen senet borçlusuna başvuru hakkının engellenmesi sonucu doğan zarar

Kendisine ihbar yapılan senet sorumlusu, kendisinden önce gelen senet sorumlusuna en kısa zamanda başvuru hakkının doğmasını sağlama imkânına sahip olur. Zira kendisinden önce gelen senet sorumlusunun yani cirantasının ekonomik durumunun kötüye gitmesi sebebiyle müstakbel başvuru hakkı tehlikeye giriyorsa, bir an önce başvuru hakkının doğmasını sağlamakta fayda vardır. İhbar zorunluluğunun yerine getirilmesi sayesinde bir an önce ödeme yapıp kendinden önce gelen senet sorumlusuna başvurabilir. Aksi halde başvuru hakkını kaybederek maddi olarak zararı doğacaktır.⁴⁶

⁴⁶ Demirkapı, Ertan s. 33

1.4. Vekâlet Ücreti Ödeneme Vekâlet Ücreti Ödeneme

İhbar yükümlülüğü aleyhine ihlal edilen senet sorumlusu, başvuru hakkının doğduğundan haberdar olamaz. Senedin icra takibine veya davaya konu edilmesi ile vaktinde haberdar olsaydı senet bedelini ödeyebileceksen, bu imkândan mahrum edilmesi sebebi ile vekâlet ücreti ödemek zorunda kalacaktır.

1.5. Temel ilişkiden kaynaklanan def'ilerin kullanılmasının engellenmesi

Kambiyo ilişkisinin kurulmasında her zaman temelde yatan bir ilişki vardır. Kıymetli evrak hukukunda soyutluk ilkesi geçerlidir.⁴⁷ Soyutluk ilkesi gereğince sebebi oluşturan hukuki ilişkiden doğan savunmaların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değilse de bu savunmalar taraflar arasında ileri sürülebilir. Senet sorumlularının temel ilişkiden doğan bazı savunmalarını ileri sürebilmeleri, kanıtlarını hazır edebilmeleri gerekirse ihtiyati tedbir alabilmeleri için, senedin ödenmediğinden haberdar olmaları gerekir. İhbar zorunluluğunun en önemli amacı da budur.⁴⁸

1.5. Karşılıksızlık (Akdin ifa edilmediği def'i)

Uygulamada en çok rastlanılan temel ilişkiden kaynaklanan def'i karşılıksızlık yani ödemezlik def'idir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.⁴⁹ Kambiyo senedi düzenlenip lehtara teslim edildikten sonra lehdar tarafından ciro edilerek tedavüle çıkarılması halinde, senedi iktisap eden iyiniyetli üçüncü şahıslar, senedin karşılığı olan edim yerine getirilmemiş olsa bile bu durumdan soyutluk ilkesi gereği etkilenmezler, yeter ki bunlar bilerek borçlunun zararına hareket etmemiş olsunlar⁵⁰. Ancak şartları mevcutsa senet borçlusu bu defi'yi ilgisine yani kendisinden önce gelen cirantaya ileri sürebilir. Böyle bir savunmanın ileri sürülebilmesi için ödenmeme durumunun bilinmesi gerekir. İhbar yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde senet başvuru borçlusu ödemezlik defini vaktinde kullanamayarak temel ilişkideki edimini yerine getirecektir.

⁴⁷ Soyutluk ilkesi gereğince, kıymetli evrak kural olarak doğularına sebep olan alt işlemlerden bağımsızdır. Bu itibarla kendilerini oluşturan alt ilişki geçersiz olsa dahi bu durum, kıymetli evraktan geçersizliğine sebep olmayacaktır. Kayıhan, Şaban / Yasan, Mustafa, Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayınevi, 4. Bsk., s. 26

⁴⁸ Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, s.213

⁴⁹ TBK md 97, ifa sırası.

⁵⁰ Yılmaz, Lerzan, Kambiyo Senetlerinde Def'ilerin Sınıflandırılması, 2017, Aristo Yayınevi, s. 227

2. Takas hakkı

İhbar muhatabının başvuru hakkı ortaya çıktığında takas hakkına konu edebileceği bir başka borcu varken, kendisine ihbarda bulunulmaması sebebiyle bu borcu ifa etmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda senet borçlusu borcun ortadan kaldırılması imkânını kaybeder.⁵¹

3. Hapis hakkı

İhbar yükümlülüğü vaktinde kullanılmadığında başvuru borçlusunun elinde hapis hakkını kullanabileceği menkulleri sahiplerine iade etme olasılığı mevcuttur. İhbar yükümlülüğünün ihlali hapis hakkının kullanılmasını engeller.

4. İşletme Değeri Düşmesi

Kambiyo ilişkisinin taraflarının tacir olması zorunluluğu yoktur. Fiil ehliyetine sahip kimseler ister tacir olsun ister olmasın kambiyo ilişkisinin tarafı olabilirler. Ancak kambiyo ilişkisinin daha çok ticari hayatta tacirler arasında kurulduğu da bir gerçektir. Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir.⁵² Kanuni düzenlemeye göre her tacir kısmen de olsa ticari işletme işletir. Ticari işletme değeri hesaplanırken işletmenin ekonomik hayatta güvenilirliği ve müşteri çevresi ile ilişkisi de önem arz eder. Tacir niteliğindeki senet sorumlusuna karşı ihbar yükümlülüğü yerine getirilmediğinde, bu senet sorumlusu önlem almasına fırsat kalmadan protesto muhatabı haline gelir. Senet borçlarını ödemede güçlüğü düştüğü ticari çevresi tarafından duyulan tacirin işletmesinin işletme değeri düşer. Hem maddi hem de manevi bir kayıp söz konusu olur.

Tacir tarafından düzenlenen veya kabul edilen senet sebebiyle ödememe protestosunun finansal kuruluşlar tarafından düzenlendiği durumlarda, gerek protestoya gerekse protesto muhatabı olan tacire ilişkin bilgiler Türkiye Barolar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilir. Böyle bir durumda banka ve diğer finansal kuruluşlar, tacirin kambiyo senedini ödemede sıkıntıya düştüğünü öğrenirler. Bu durum, tacirin ticari çevresinde ödeme yeteneği hakkında şüphe uyandırır. Böylece tacirin ticari çevresinden gördüğü itibar azalır, finansal kuruluşlar nezdindeki kredisi tükenir.⁵³

⁵¹ Demirkapı, Ertan, s. 35

⁵² TTK md. 12 / 1

⁵³ Sencer, Mustafa Kara, Haksız Protesto, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 2, s.196 http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_2_7.pdf

4. Başvuru Muhatapları Açısından Doğan Olumsuz Manevi Sonuçlar

Tacirlerin ticari itibarlarını korumalarının öneminin maddi sonuçları olduğu kadar manevi sonuçları da önem arz eder. Çünkü ticari itibar, bir kimsenin ticari hayatta kredi kullanabilme gücünü ifade eder.⁵⁴

Hem maddi hem manevi sebeplerle tacirler taciri hayatlarını yönetirken ticari itibarlarını korumaya gayret ederler. Tacirin ticari faaliyeti sırasında yapmış olduğu her bir işlem sonucunda üçüncü kişilere vermiş olduğu güven, bu saygınlığın elde edilmesini sağlar.⁵⁵ Bu saygınlığın kazanılması, piyasada yıllarca sürebilecek bir emek sarf edilmesini gerektirmektedir. İhbar sorumluluğu yerine getirilmediğinde kendisini finansal olarak ödemeye hazırlayamamış olan tacir senet sorumlusu kendisine karşı başvuru hakkı kullanıldığında ödeme gücüne düşebilir, icra takiplerinin ve davaların muhatabı olabilir.

Tacirin borçlus olduğu senedi ödemediği veya ödeyemediği, finansal kuruluşlar ve bu tacir ile işlem yapan ticari çevresi tarafından öğrenildiğinde, yıllarca emek verilerek oluşturulmuş ticari itibar ve saygınlık zarar görebilir. Böyle bir durumda tacir hem maddi hem de manevi olarak öngörülemeyen büyük zararlara uğramış olur.

Sonuç ve Öneriler

Kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu, yasada “zorunluluk” başlığı altında düzenlenmiş olsa da, ihmal suretiyle olsa bile, yükümlülüğün ihlali, yalnızca ihbar muhatabı açısından ihlal sonucu doğan zararın tazminini talep hakkı doğurmakta; buna karşılık, ihbar yükümlüsü açısından herhangi bir hak kaybı oluşturmamaktadır. Bu bakımdan kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğunun bir külfet değil, bir yan yükümlülük olduğu söylenebilir. Yasanın, “ihbar zorunluluğunu” müeyyidesi olmayan bir yan yükümlülük olarak düzenlemiş olması sebebiyle ihbar zorunluluğuna, uygulamada yeterince önem verilmemektedir. Bu sebeple tam manasıyla yer edinmemiştir.

Buna rağmen, “İhbar zorunluluğunun” yerine getirilmemiş olmasının “başvuru muhatapları” açısından hem maddi hem de manevi olarak telafisi zor sonuçları ortaya çıkmaktadır.

⁵⁴ Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Bsk., Ankara, 2017, Adalet Yayınevi, s. 61

⁵⁵ Sencer, s. 194

Başvuru muhatapları açısından doğabilecek maddi sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Ödeme için yeterli hazırlık yapma imkânının olmaması nedeniyle borçlunun maddi olarak uğramış olduğu kayıplar,
2. Önceden ödeme yaparak taleplerin artmasını engelleme fırsatını kaçıрма,
3. Önce gelen senet borçlusuna başvuru hakkının engellenmesi,
4. İhbarsız yapılan doğrudan icra takipleri dolayısı ile gereksiz vekâlet ücreti ödemek zorunda kalma,
5. Temel ilişkiden kaynaklanan defilerin kullanılmasının engellenmesi,
6. Başvuru borçlusu bir tacir ise tacirin ticari işletmesinin işletme değerinin düşmesi.

İhbar zorunluluğunun uygulanmamasının başvuru muhatapları açısından sebep olabileceği olumsuz manevi sonuçlar ise kendisini özellikle tacirin ticari itibarları üzerinde göstermektedir. İhbar zorunluluğunun ihlali sebebiyle başvuru borçlusu oldukları senedin; muhatabı, asıl borçlusu tarafından ödenmediğinden haberleri olmaksızın, haklarında icra takibi veya dava açılması, tacirlerin ticari itibarını zedelemekte, işletmelerinin işletme değerini azaltmaktadır.

Bir tacirin, işletmesinin ticari itibarını oluşturması, müşteri çevresi ve finansal piyasalar nezdinde güvenilirliğini sağlaması yıllar süren, istikrar ve özveri isteyen bir iş olduğu düşünüldüğünde, ihbar zorunluluğunun yerine getirilmesinin yasanın kendisine verdiği değerden daha fazla önemi ve etkisi olduğu anlaşılabacaktır.

İhbar zorunluluğu ile ilgili yasal düzenlemede yapılacak bir değişiklikte, kambiyo senetlerinde ihbar zorunluluğu, başvuru hakkının kullanılmasının bir zorunlu şartı haline getirilmesi, ihbar zorunluluğunun uygulamada yer edinememesi sorunu çözüme kavuşturulabilir.

Yapılabilecek kanuni değişiklikte, ihbar yükümlülerini ciro silsilesinde kendisinden önce gelen senet borçlusuna değil, başvuru hakkını fiilen kullanacağı senet borçlusuna ihbar ile yükümlü kılmak da sorunun çözümü için bir diğer seçenek olabilir.

Kanun koyucunun, ihbar zorunluluğu ile ilgili düzenlemenin uygulanmasını sağlamak ve başvuru muhataplarının gerektiğinden daha fazla borç ödeme yükümlüğüne maruz kalmaması için problemi çözücü düzenlemeleri yapması, öngörülebilirliğin ve ekonomik güvenin sağlanması açısından yararlı olacaktır.

İhbar zorunluluğunun uygulamada yer edinmemesinin en önemli nedeni kanunun onu düzenleme şeklidir. Yukarıda üzerinde durulduğu üzere “ihbar zorunluluğu” yasada, emredici bir yükümlülük, külfet değıl; ihtiyari bir yan yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ihbar yükümlülüğünün ihlali herhangi bir hak kaybına neden olmamaktadır. Dolayısıyla ihbar yükümlüsü olan kişiler, çoğunlukla ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeme yoluna gitmektedirler. Yapılabilecek bir yasal düzenleme ile ihbar zorunluluğu başvuru hakkının kullanılmasının bir koşulu haline getirilmesi durumunda, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi, ilgili yasanın başlığında ve lafzında belirtildiğı gibi gerçekten “zorunlu” hale gelmiş olacaktır.

İhbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen hamil ve başvuru alacaklıları senetten doğan başvuru haklarını kaybedecekleri için ihbar zorunluluğunun yerine getirilmesi anlamlı hale gelecektir. Yasanın, senet alacaklısının alacağını bir an öce elde etmesini kolaylaştırıcı, en azından engellememe konusundaki yaklaşımı, müracaat borçlularının durumunu olumsuz olarak etkilememe, onların da menfaatlerini gözetme adına bir dengeye kavuşturulmuş olacaktır.

İhbar zorunluluğunu yerine getirmenin, yükümlüsü açısından, ek bir masraf ve protesto keşide edilmesinde olduğu gibi bir zorunluluk haline getirilmemesi, ihbarın yapılmasında teknolojinin sağladığı teknik kolaylık ve güvenlik artırıcı önlemlerden yararlanmak yoluna gidilmesi yararlı olacaktır.

Kanunda ihbar zorunluluğu hususunda yapılabilecek bir diğer değışiklik ise; ihbar muhatabı taraflardır. Mevcut yasal düzenlemeye göre hamil düzenleyene ve kendisinden önce gelen başvuru borçlusuna, başvuru borçluları ise kendisinden önce gelen başvuru borçlusuna ihbarda bulunmakla yükümlüdür. Yapılabilecek kanuni değışiklikle ihbar yükümlüleri ciro silsilesinde kendisinden önce gelen senet borçlusuna değıl, başvuru hakkını kullanacağı senet borçlusuna ihbar ile yükümlü kılınabilir. Bu şekilde zaman ve masraf ekonomisi sağlanarak ihbar zorunluluğunun uygulanabilirliğinin artması sağlanabilir.

Avukatlar, mesleki sorumlulukları çerçevesinde ihbar zorunluluğunun ihlal edildiği durumlarda, müvekkillerini uğranılan zararın tazmini için dava açmak hususunda yönlendirebilirler. Özellikle, kuruluş amaçları ve ticari faaliyet alanları gereği, ticari senet ve belgeye dayalı ticari alacakları iskonto eden, paraya çeviren finansal kuruluşlara; senet sorumlusu müracaat borçlularına karşı başvuru hakkını çokça kullanan kurumlara karşı, ihbar zorunluluğunun ihlali sebebiyle açılacak tazminat davaları, bu kurumların kanuni yükümlülüklerini dikkate alarak, ihbar zorunluluğunu yerine getirmesini sağlamada bir etken olarak kabul edilebilir.

Kaynakça

- [1] Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara-2011**, Turhan Kitabevi
- [2] Bozer, Ali, Göle, Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Üçüncü Baskı, Ankara, 2013, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (İş Bankası A.ş. Vakfı)
- [3] Zkurt, Tamer, **Ticaret Hukuku-Cilt Iı, Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. Bsk. , İstanbul, Temmuz, 2012, On İki Levha Yayınları
- [4] Can, Halil / Güner Semih, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 1999, Siyasal YayıneviCoşkun, Mahmut, **Kıymetli Evrak Hukuku Bono, Poliçe, Çek** , Adalet Yayınevi, Ankara, 2012
- [5] Coşkun, Mahmut, **Kıymetli Evrak Hukuku Bono Poliçe Çek, Ankara-2012**, Adalet Yayınevi
- [6] Demirkapı, Ertan, **Kambiyo Senetlerinde İhbar Zorunluluğu**, Ankara, 2011, Seçkin Yayıncılık
- [7] Ergun, Tuna, **Ticaret Hukuku, Cilt Iı Kıymetli Evrak**, İstanbul 2004, Marmara Üniversitesi Nihat Sayar Eğitim Vakfı Yayınları
- [8] Hayri Bozgeyik, **Poliçede Müracaat Hakkı**, Seçkin Yayınları, 2003
- [9] Karahan, Sami/ Arı, Zekeriya / Bozgeyik, Hayri / Saraç, Tahir, / Ünal, Mücahit, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 3. Baskı. , 2015, Mimoza Yayınları
- [10] Kayar, İsmail, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2013, Detay Yayıncılık

- [11] Kayıhan, Şaban / Yasan, Mustafa, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 4. Baskı., Şubat 2017, Seçkin Yayınevi
- [12] Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara-2011, Turhan Kitabevi
- [13] Kınacıoğlu, Naci, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, 1999, Nobel Yayın Dağıtım
- [14] Moroğlu, Erdoğan / Kendigelen, Abuzer, İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu Ve İlgili Mevzuat Tanbul, Ocak, 2014, 10 Bsk., 12 Levha Yayınları
- [15] Oğuzman, Kemal / Öz, M., Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2006, Filiz Kitabevi
- [16] Öztan Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara 1997, 2. Baskı, Turhan Kitabevi
- [17] Öztan, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara 2016, 21. Baskı Turhan Kitabevi
- [18] Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 21. .Bası, İstanbul 2013, Vedat Kitapçılık
- [19] Pulaşlı, Hasan, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, Ankara, 2017, 1. Baskı, Adalet Yayınevi
- [20] Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esasları**, Ankara, 2017, 5. Baskı, Adalet Yayınevi
- [21] Sencer, Mustafa, **Haksız Protesto**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. Xx, Y. 2016 Sayı 2 [Http://Webftp.gazi.edu.tr/Hukuk/Dergi/20_2_7.Pdf](http://Webftp.gazi.edu.tr/Hukuk/Dergi/20_2_7.Pdf)
- [22] Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, İstanbul 2013, Oniki Levha Yayınları
- [23] Yılmaz, Lerzan, **Kambiyo Senetlerinde Defilerin Sınırlandırılması**, 2017, Aristo Yayınevi
- [24] www.kazanci.com

TÜRK HUKUKUNDA SOYBAĞININ KURULMASI

Sirac SÜLEYMAN¹

Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN²

Öz

Bu çalışmamızın amacı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere, gereken hallerde 743 sayılı eski Türk Kanuni Medenisindeki durumu da karşılaştırmalı olarak ele alınıp, aynı zamanda doktrin görüşlerinden de yararlanarak incelemeye çalışmaktır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuz, 2002 yılına kadar yürürlükte kalan 743 sayılı Eski Medeni Kanunumuzun soybağına ilişkin olan hükümlerinde önemli sayılabilecek değişiklikler yapmıştır. Soybağının kurulması da bu değişikliklerden önemli derecede etkilenen kurumlardandır. Yapılan bu değişikliklerin ana nedeni, son zamanlarda gerek uluslararası gerekse ulusal hukuklarda çocuk haklarının gittikçe önem kazanması ve çocuk yararının üstünlüğü ilkesinin giderek evrensel bir hukuk ilkesi haline gelmesinden kaynaklanmaktadır.

4721 sayılı Medeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra soybağının kurulması bakımından çocukların mağduriyeti bir hayli gidermiş olduğunu ve evlilik içinde doğan **çocuklar** ile evlilik dışında doğan çocuklar arasındaki eşitsizliğin aradan kalktığını görmekteyiz.

Anahtar Kelimeler: Soybağı, Babalık Karinesi, Yapay Döllenme, Baba, Çocuk

¹ İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi

² Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Establishment of Lineage in Turkish Law

Abstract

The purpose of my study is to examine the Turkish Civil Code no. 4721 comparatively with the situation of the former Turkish Civilian Law no. 743 by taking advantage of the opinions of the doctors.

The Turkish Civil Code No. 4721 has made amendments which can be regarded as important in the provisions concerning the genealogy of the Old Civil Code No. 743. The establishment of the genealogy is also a major institution affected by these changes. The main reason for these changes is that in recent years, the importance of children's rights in international and national law has increased and the principle of superiority of child benefit has become an increasingly universal legal principle.

After the Civil Code No. 4721 entered into force, we see that the victimization of the children has been considerable in terms of the establishment of the genealogy and the inequality between children born in marriage and children born out of marriage.

Keywords: *Lineage, Presumption of Paternity, Artificial Insemination, Father, Child*

1. Giriş

Soybağı, çocuk ile anne ve baba arasındaki doğal ve hukuki bağı ifade etmektedir. Çocuk ile annesi arasındaki soybağı, herhangi bir hukuki işlemin yapılmasına gerek olmadan, doğumla birlikte kendiliğinden kurulmasına rağmen, çocuk ile babası arasındaki soybağının kurulması, doğum olayı gibi doğal bir olaydan söz edilemediğinden, yalnızca hukuk tarafından kabul edilen durumların gerçekleşmesi halinde mümkündür.

Hukukumuz açısından 22.11.2001 kabul tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundan önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde de çocuk ile babası arasındaki soybağının hangi hukuki yollara dayanılarak kurulabileceği düzenlenmişti. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 282. maddesine göre, baba ile çocuk arasındaki soybağının anne ile evlilik, tanıma ya da hakim hükmü ile kurulabileceği ifade edilmiştir. Bu üç yol dışında, kanunda yer almasa da adeta bir dördüncü yol olarak adlandırılan “idari yol” da, bazı zamanlarda kanun koyucu tarafından çıkarılan özel kanunlarla evlilik dışı bir ilişkiden dünyaya gelen çocukların babalarına soybağı ile bağlanabilmelerine olanak tanımaktadır.

Çocuklar, toplumun maddi ve manevi anlamda güçsüz ve bakıma muhtaç kesimini oluşturduğundan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, evlilik birliği dışında dünyaya gelmiş olan çocukların hukuki durumlarını iyileştirme yoluna gitmiş, çocukların korunmasına daha fazla önem vermiştir. 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi dönemine baktığımızda, ailenin korunması fikri daha ön planda olduğundan, evlilik birliği dışında dünyaya gelmiş olan çocuklar, evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş olan çocuklarla eşit haklara sahip değildi. Bu eşitsizlikten dolayı da toplumun temeli olan aile birliğinin sarsılacağı, serbest birleşmelerin teşvik edileceği ve yasak ilişkiler sonucu çocukların dünyaya gelmesinin daha kolay olacağı yönünde görüşler bulunmaktaydı. Doğru kabul edemeyeceğimiz bu görüşler, batı ülkelerinde evlilik birliği dışındaki bir ilişkinin günahını çocuklara yükletilmesinin doğru bir düşünce tarzı olamayacağı fikrinin gelişmesiyle birlikte hukuk sistemimizdeki yerini de bulmuştur ¹. Evlilik dışı bir ilişkiden dünyaya gelmiş olan çocuklara karşı bakış açısının değişmesi ve onlara tanınan yasal haklar açısından baktığımızda isabetli kararlar alınmıştır. 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi döneminde yer alan sahih nesep ve gayri sahih

¹ Başpınar, V. (2003). *Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler*. AÜHFĐ, S. 3, C. 52.

nesep ayrımı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile birlikte yürürlükten kaldırılarak, çocuk ile babası arasında normal sayılabilecek bir soybağının kurulabileceği ifade edilmiştir.

Bu inceleme esnasında, başta 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu olmak üzere, gereken hallerde 743 sayılı eski Türk Kanuni Medenisindeki durumu da karşılaştırmalı olarak ele alıp, doktrin görüşlerinden ve Yargıtay'ın konu ile ilgili içtihatlarından da yararlanılmıştır.

2. Soybağı Kavramı

Soy sözcüğü, kelime anlamı olarak; biyolojik özellikleri kuşaktan kuşağa aynı kalan kandaş bireyler topluluğunu ifade eder². Bu tanıma dayanarak soybağı, bir kimse ile onun üst soyu arasında bulunan ve onu bir soya bağlayan genetik ve doğal bir bağlantıdır. Soybağı, geniş ve dar olarak iki anlamda kullanılabilir. Geniş anlamda soybağı, bir kimsenin biyolojik ve doğal ilişkilerini düzenleyen kandaş fertler topluluğunu ifade etmektedir. Başka bir deyişle, geniş anlamda soybağı, bir kimsenin kan hısımlığını sınır olmaksızın kapsamaktadır³. Dar anlamda soybağı ise bir kimsenin anne ve babası ile aralarındaki bağlantıyı ifade etmektedir⁴. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzda soybağı, belirtmiş olduğumuz dar anlamıyla TMK.'nın 282-334. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bizim de bu çalışmamız kapsamında soybağı, dar anlamıyla dikkate alınıp inceleme konusu yapılacaktır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde soybağı “nesep” kavramı ile ifade edilmekteydi. Bu Kanuna göre soybağı, düzgün soybağı (sahih nesep) ve düzgün olmayan (gayri sahih nesep) olmak üzere iki şekilde belirtilmekteydi. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içerisinde doğan ya da evlilik olmadan doğup anne ve babası sonradan evlenen çocuk ile babasıyla aralarında düzgün soybağı ilişkisi kurulmaktaydı. Ayrıca çocuğun anne ve babası birbirlerine evlenme hususunda vaatte bulunmasına rağmen ölüm veya başka bir nedenle evlenmenin gerçekleşmemesi durumunda da, evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile babası arasında mahkeme kararıyla düzgün soybağı ilişkisi

² Püsküllüoğlu, A. (2003). *Arkadaş Türkçe Sözlük*. Ankara: Arkadaş Yayınevi (4. Baskı).

³ Akıntürk, T. & Karaman, D. (2016). *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku 2. Cilt*. İstanbul: Beta Yayınevi, C. 2, (19. Baskı). s. 216.

⁴ Acabay, B. M. (2002). *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik*. s. 5.

kurulabiliyordu. Çocuk ile baba arasında düzgün olmayan soybağı ise tanıma ve babalık davası sonucunda mahkeme kararıyla kurulmaktaydı⁵. Çok sayıda eleştiriden sonra 743 sayılı Türk Kanunu Medenisindeki bu hüküm, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yapılan değişiklikle tek soybağı olarak düzenlemeye konu olup yeni Kanunumuzdaki yerini almıştır.

Çalışmamızda soybağının kavramı, soybağının türleri ve soybağının hem anne açısından hemde baba açısından kurulmasıyla ilgili bilgiler verilmiştir.

3. Soybağının Türleri

3.1. Doğal Soybağı - Hukuki Soybağı Ayrımı

Soybağı denilince insanların aklına ilk olarak gelen hukuki soybağından ziyade doğal soybağıdır. Çocuğun dünyaya gelmesiyle birlikte anne ve babasıyla arasında doğal bir soybağı ilişkisi kurulmaktadır. Anne ve babasının kim olduğu belli olmayan çocuklar bakımından da aynı durum geçerlidir⁶. Doğrudan doğruya oluşan bu biyolojik bağ sonucunda çocuk ile anne ve babası arasında bir kan bağlantısı oluşmaktadır. Bundan dolayı bu soybağına doğal soybağı denilmektedir⁷.

Hukuki soybağı ise, biyolojik esaslara dayalı bir şekilde olmayan, yapılan bir hukuki işlem sonucunda mahkeme kararına dayanılarak ortaya çıkan soybağıdır. Diğer bir deyişle, çocuk ile anne ve baba arasındaki kurulmak istenilen bağın hukuk tarafından tanınmış olması gerekmektedir⁸.

Bir çocuğun hukuk açısından bir erkek veya kadına bağlanması ve aynı zamanda hukuki olarak soybağına sahip olduğunun kabul edilmesi; genellikle annelik ve babalık ilişkisiyle uyum sağlamaktadır. Çocuk ile kadın arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasına sebep olan nedenlerden biri olan ve bir çocuğu doğuran kadının onun annesi olduğunu belirten TMK.'nın 282. maddesi doğal soybağı ile hukuki soybağının örtüştüğünü göstermektedir. Ancak hukuki açıdan babalık veya annelik, her durumda biyolojik babalık ve annelik ile örtüşmemektedir. Bu husus en fazla çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinde ortaya çıkmaktadır. Mesela bir kadın

⁵ Zevkliler, A., Acabey, M. B. & Gökyayla, K. E. (1997). *Medeni Hukuk*. Ankara: Savaş Yayınevi, (5. Baskı). s. 989.

⁶ Akalın, T. (2008). *Babalık Davası*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. s. 8.

⁷ Akintürk & Karaman, 2016, s. 329.

⁸ Acabey, 2002, s. 7.

evli olduğu halde kocası dışında biriyle yaşadığı cinsel ilişki sonucunda bir çocuk dünyaya gelmesi halinde çocuk ile biyolojik babası arasında doğal bir soybağı ilişkisi vardır. Bu çocuğun soybağı TMK.'nın 286-281. maddeleri arasında belirtildiği şekilde reddedilmezse hukuk açısından, dünyaya gelen çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisi olduğu kabul edilmektedir, çünkü TMK.'nın 285. maddesine göre kocanın babalığı karine olarak gösterilmektedir⁹.

3.2. Gerçek Soybağı - Yapay Soybağı Ayrımı

Gerçek soybağı, çocuk ile anne ve babası arasında bulunan biyolojik bağa ek olarak Kanunda belirtilen şartların tam olarak bulunması durumunda hukukilik kazanan soybağıdır¹⁰. Görüldüğü üzere gerçek soybağı olarak belirtilen soybağında da doğal soybağında olduğu gibi biyolojik bağ dikkate alınmaktadır.

Yapay soybağı ise, çocuk ile anne ve babası arasındaki bağın, çocuğun dünyaya gelmesiyle birlikte değil, hukuken tanınan yolla oluşmasını ifade etmektedir¹¹.

Gerçek soybağı, çocuk ile anne ve babası arasındaki biyolojik bağa ek olarak Kanunda aranan şartların taşınması halinde kurulabileceğini söylemiştik. Ancak soybağı ilişkisini hukuki anlamda kuran bir diğer yol da evlat edinmedir. Evlat edinme müessesesi TMK.'nın 305-320. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu müessese sonucunda evlat edinen ile evlat edinilen kişi arasında hukuki açıdan soybağı ilişkisi kurulmaktadır. TMK.'nın 315. maddesine göre evlat edinmeye dayanan soybağı ilişkisi yalnız mahkeme tarafından verilen kararlarla kurulur. Evlat edinmeyle oluşan bu soybağına yapay soybağı denilmektedir¹².

Evlat edinme yoluyla oluşan yapay soybağı, inceleme alanımız dışında olmakla birlikte, şunu söylemekte fayda vardır: Yapay soybağında evlatlık ile evlat edinen erkek veya kadın arasında bazı durumlar hariç (Mesela, TMK.'nın 314/2. md. ve 500/1. md.'ye göre evlatlık evlat edinen kişiye mirasçı olabilirken, evlat edinen evlatlığın mirasçısı olamaz. Halbuki gerçek

⁹ Duran, H. (2007). *Babalık Davası*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. s.

¹⁰ Akıntürk & Karaman, 2016, s. 344.

¹¹ Akalın, 2008, s. 11.

¹² Acabey, 2002, s. 11-12.

soybağında anne ve baba çocuklarının, çocuklar da anne ve babalarının mirasçısı olabilmesi mümkündür) olmak üzere, gerçek soybağının tanıdığı ve doğurduğu bütün hukuki sonuçları doğurmaktadır.

Soybağına ilişkin bu hususlar açıklandıktan sonra belirtmemiz gereken, bizim inceleme alanımız hukuki ve gerçek soybağıdır. Bunun nedeni de, babalık davasının mahkeme tarafından kabulü sonucunda çocuk ile babası arasında kurulan soybağı, her ikisi arasındaki biyolojik ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu yüzden bundan sonraki süreçte soybağı sözcüğü ile gerçek soybağı müessesesi ifade edilecektir.

3.2.3. Evlilik İçi Soybağı - Evlilik Dışı Soybağı Ayrımı

Soybağının nasıl kurulduğu aşamasına geçmeden önce, evlilik içinde dünyaya gelen çocuklar ile evlilik dışında dünyaya gelen çocuklar ayrımının yarattığı sorunlar ve bu sorunların çözümü için başvurulabilecek yolları kısaca da olsa belirtmekte yarar vardır¹³. Batı ülkelerindeki “evlilik dışı çocuk” kavramı ile Türkiye’deki “evlilik dışı çocuk” kavramı farklı anlam taşımaktadır. Batı ülkelerinde evlilik dışı çocuk, erkek ve kadının kendi iradeleri doğrultusunda bilip isteyerek girmiş oldukları ilişki sonucunda çocuk sahibi olmaları anlamına gelmektedir¹⁴.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde, 08.12.2001 tarihli 4721 sayılı TMK.’nın yürürlüğe girmesine kadar soybağıyla (neseple) ilgili herhangi bir değişiklik yapılmamış olup, yalnızca 1984 yılında Medeni Kanun ön tasarısı hazırlanırken tasarıya, evlilik içinde dünyaya gelen çocuk ile evlilik dışında dünyaya gelen çocuk ayrımındaki eşitsizliği gidermek için bir hüküm getirilmiştir. Ancak söz konusu ön tasarı kanunlaşmadığından dolayı eleştirilerin odağı haline gelen bu eşitsizlik, Anayasada yer alan “ailenin ve çocuğun korunması¹⁵” hususuna dayanarak, Anayasa Mahkemesi tarafından (11.09.1987 tarihli ve 1/8 sayılı kararı, RG. 29.03.1988, sayı 19769) evlilik dışı dünyaya gelen çocukların lehine bazı iptal kararları verilerek, evlilik içinde ve evlilik dışında dünyaya gelen çocuklar arasındaki eşitsizlik önemli derecede giderilmiştir¹⁶.

¹³ Akıntürk & Karaman, 2016, s. 343.

¹⁴ Ayiter, N. (1984). “Evlilik Dışı Birleşmeden Doğan Çocuklar”, Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açıdan İncelemeler: Ankara: Türk Sosyal Bilimler Derneği. s. 67.

¹⁵ Gençcan, Ö. U. (2012). Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, C.8, s. 92.

¹⁶ Gençcan, Ö. U. (2012). Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, C.8, s. 261.

4721 sayılı TMK.'da kanun koyucu bu ayrıma yer vermeyerek, çocukların daha iyi bir statüye gelebilmeleri açısından ve aynı zamanda bir takım maddi ve manevi kayıplara uğramamaları için evlilik içinde doğmuş çocuklar ile evlilik dışında doğmuş olan çocuklar ayrımını kaldırarak, aralarında hiçbir fark oluşturmayacak şekilde büyük ve önemli sayılabilecek bir adım atılmıştır¹⁷.

3.2.4. Soybağının Kurulması

Soybağının kurulması, anne ve baba açısından farklılıklar göstermektedir. Bizim inceleme konumuz olan babalık davasıyla doğrudan herhangi bir ilgisi olmasa da, öncelikli olarak anne açısından soybağının kurulmasını inceleyeceğiz. Daha sonra ise, baba açısından soybağının kurulması hususu incelenecektir.

3.2.4.1. Anne Açısından Soybağının Kurulması

TMK.'nın 282. maddesinin 1. fıkrası;

“(1) Çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulur.” şeklinde ifade edilmiştir.

TMK.'nın 282. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, anne ve baba açısından ortak bir düzenleme yapılarak, soybağının evlat edinilerek de tesis edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre;

“(3) Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur.” şeklinde belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere anne açısından soybağının kurulması, doğumla veya evlat edinme yoluyla sağlanabilmesi mümkündür.

Hukuk açısından bakıldığında, kadının çocuk ile aralarındaki soybağının kurulmasının doğum olayına bağlanması Roma Hukukuna dayanmaktadır. Roma Hukukunda “anne her zaman bellidir” (mater semper certa es) prensibi önemli hususlardan biridir¹⁸.

¹⁷ Akıntürk & Karaman, 2016, s. 343-344.

¹⁸ Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, (1. Baskı), s. 512.

Son zamanlarda çocuk sahibi olmakla ilgili meydana gelen tıp bilimindeki gelişmelerle birlikte, çocuğu doğuran kadının onun anası sayılmasına ilişkin bilinen kuralı, tartışmalı duruma getirmiştir. Bunun sebebi yumurta sahibi olan kadın ile çocuğu dünyaya getiren kadının ayrılması sonucunu doğuran, yumurta bağıışı ve taşıyıcı annelik gibi yöntemlerin uygulanabilir hale gelmesidir¹⁹. Bu gibi hallerde genetik anne mi yoksa biyolojik annemi, anne sayılacaktır? Diğer bir deyişle, yumurta sahibi olan kadın mı yoksa çocuğu dünyaya getiren kadın mı anne sayılacaktır? Doktrinde bu konuda değişik görüşler bulunmaktadır. Serozan²⁰ ve Acabey'e²¹ göre çocuğu doğuran kadının yani biyolojik annenin, anne sayılması gerektiğini savunurken, Nomer²², tam aksini iddia ederek yumurta sahibi kadının yani genetik annenin, anne olması gerektiğini savunmaktadır. Hatemi/Kalkan Oğuztürk'e²³ göre ise bu gibi uygulamalara hiç cevaz verilmemesi gerektiği iddia edilmektedir. Kanımca, bu gibi durumlarda anne sayılması gerekli olan kadın, çocuğu doğuran kadın yani biyolojik annedir çünkü sonuçta çocuğu uzun bir süre boyunca karnında taşıyıp dünyaya getiren biyolojik annedir. Ancak şunu da söylemekte yarar vardır. Kural olarak Türkiye'deki mevcut hukuk açısından taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmak yasaktır²⁴ fakat bu yasağa rağmen insanlar, yasağa uymadan veya bu uygulamanın yasak olmadığı ülkelere giderek çocuk sahibi olabilmektedirler. (Biyoteknolojik uygulamalar konusunda daha detaylı bilgi için: Kalkan Oğuztürk, B. (2011). *Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar*; İstanbul).

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 290. maddesinde, anne ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması doğum esasına bağlanmıştır. Dünyaya gelen çocuğun evlilik içinde veya evlilik dışında olması, bu hususa herhangi bir etkisi bulunmuyordu. Ancak evlilik dışında dünyaya gelen çocuk ile annesi arasındaki soybağı ilişkisine gayrisahih soybağı deniliyordu. Bunun sonucunda sahih nesep ile annesine bağı olan çocuklar ile gayrisahih nesep ile annesine bağı olan çocuklar arasında bazı hususlarda değişiklikler bulunmaktaydı. Mesela, sahih nesep ile annesine bağı olan çocuğun annesi ile olan velayet ilişkisi, herhangi bir

¹⁹ Acabey, 2002, s. 200.

²⁰ Serozan, R. (2005). *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, (2. Baskı). s. 147-165.

²¹ Acabey, 2002, s. 221

²² Nomer, H. N. (2000). *Suni Döllenne Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri*, İstanbul: Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan. s. 563-567.

²³ Hatemi, H. & Kalkan Oğuztürk, B. (2014). *Aile Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, (3. Baskı). s. 142.

²⁴ Akalın, 2008, s. 15

işlem yapmaya gerek kalmadan, çocuğun dünyaya gelmesiyle birlikte kendiliğinden kurulabilirken; gayri sahih nesep ile annesine bağlı olan çocuğun, annesi ile olan velayet ilişkisi, çocuğun dünyaya gelmesiyle birlikte değil, mahkemenin vereceği kararla birlikte hüküm sürebiliyordu. Bu hususlar 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 311. maddesinin 1. fıkrasında ve 314. maddesinde düzenlenmişti²⁵.

Anne açısından soybağının kurulmasını sağlayan bir diğer yol da evlat edinmedir. Bu yola dayanılarak kurulan soybağının yapay soybağı olarak isimlendirildiğini, daha önce belirtmiştik.

3.2.4.2. Baba Açısından Soybağının Kurulması

Bir çocuğu dünyaya getiren kadının onun annesi sayılması; ayrıca doğum olayının dışarıdan gözlenebilip, tespiti kolay bir şekilde yapılabilmesinden dolayı, anne bakımından soybağının kurulmasında herhangi bir zorluk bulunmamaktadır. Ancak, aynı durum baba açısından söz konusu değildir çünkü annenin hangi erkek ile birlikte olduktan sonra hamile kaldığının tespit edilmesi gerekir. Başka bir deyişle, genetik babanın kim olduğu konusunda bir gizem bulunmaktadır. Bu gizemin, yapılan incelemeler sonucunda tespit edilmesi gerekmektedir²⁶.

Bir erkek ile bir çocuğun arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması, yalnızca Kanunda belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesiyle mümkündür. Ayrıca hukuki açıdan soybağı kurulan kişi her halükarda genetik baba olmaması da mümkündür çünkü baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması genel olarak kanuni karinelere²⁷ dayanarak mümkündür²⁸.

Baba açısından soybağının kurulması, TMK.'nın 282. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“(2) Çocuk ile baba arasındaki soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur.”

²⁵ Akalın, 2008, s. 15

²⁶ Kılıçoğlu, 2015, s. 514.

²⁷ Oğuzman & Barlas, 2007, s. 241

²⁸ Gençcan, Ö. U. (2001). *Soybağının Belirlenmesi. İzmir Barosu Dergisi*, C. 66, s. 45.

Görüldüğü üzere Kanunumuza göre, çocuk ile baba arasındaki soybağının kurulabilmesi üç halde olabilir. Bu üç yol dışında çocuk ile baba arasındaki soybağının tesisi evlat edinme yoluyla da mümkündür. Belirttiğimiz bu dört yol dışında, çocuk ile baba arasındaki soybağının kurulmasını sağlayan bir diğer yol da bazı zamanlarda kanun koyucu tarafından çıkartılan af kanunları da mevcuttur. Bu kanunların özelliği imam nikahlı olan eşlerin birlikte olmalarından doğan çocukların hukuk açısından mağduriyetlerinin giderilmesi için gündeme gelmektedir²⁹. Doktrinde “idari yol” olarak isimlendirilen bu yol, istisnai bir yol olmasından ve aynı zamanda da TMK.’da yer almamasından dolayı inceleme alanımız dışında yer almaktadır.

3.2.4.2.1. Kocanın Babalığı Karinesi

Çocuk ile baba arasındaki soybağının kurulmasının en doğal yolu ana ile evlilik (Özta, 2004, s. 520). Evlilikle kurulan, baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi, iki halde olabilir. Birinci hal, çocuğu dünyaya getiren kadının evli olması halidir. Bu halde hukuki açıdan “kocanın babalığı karinesi” (Kırkbeşoğlu, 2006, s. 17) gündeme gelmektedir. Bu karine, TMK.’nın 285. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“(1) Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.”

Görüldüğü üzere, evlilik esnasında veya evliliğin son bulmasından itibaren üç yüz gün içinde çocuğun dünyaya gelmesi halinde, çocuğun babası, mevcut evlilikteki veya sona eren evlilikteki koca kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda, çocuğun dünyaya gelmesiyle birlikte koca ile çocuk arasındaki soybağı kendiliğinden kurulmaktadır³⁰. Bu karineden dolayı kanunen baba sayılan ve aynı zamanda çocuk ile arasında soybağı kurulan kocanın, soybağının reddi hususunda dava hakkı tanıyan TMK.’nın 286 ve diğer ilgililer için de dava hakkı tanıyan TMK.’nın 291. maddesine dayanarak, soybağının reddini isteyip söz konusu karineyi çürütebilmesi mümkündür.

²⁹ Oğuzman, K. & Dural, M. (2001). *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, (3. Baskı). s. 234.

³⁰ Doğan, İ. (2003). *Soybağı*. İstanbul: Legal Hukuk Dergisi, C. 1, S. 12, s. 3040-3043.

3.2.4.2.2. Çocuğun Doğumundan Sonra Anne ve Babanın Evlenmesi

Evlilikle kurulan, baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin ikinci hali, anne ve babanın sonradan evlenmesidir. Bu hüküm, TMK.'nın 292. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi halinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur.” Görüldüğü üzere bu hükümde, çocuğun doğmasından sonra anne ve babanın evlenmesi durumunda, başka herhangi bir işlemin yapılmasına gerek kalmadan, çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisi geriye etkili bir şekilde kurulur³¹.

3.2.4.2.3. Evlilikle Kurulan Soybağına Baba Tarafından İtiraz

TMK.'nın itiraz ve iptal altbaşlıklı 294. maddesinde, sonradan evlilikle soybağı ilişkisinin kurulmasına belirli kişilerin itiraz edebilme hakkı olduğu düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“(1) Ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuk ve Cumhuriyet savcısı sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edebilirler. İtiraz eden, kocanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür.

(2) Çocuğun altsoyu da, çocuğun ölmüş ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş olması halinde itiraz hakkına sahiptir.

(3) Tanımanın iptaline ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”

Babanın Çocuğu Tanıması

Baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisini kuran diğer bir yol da tanımadır. Tanıma, evlilik birliği dışında dünyaya gelen bir çocuğun, kendi soyundan geldiğini iddia eden babanın, kanunda belirlenen şekil şartlarına uyup, soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan bir yoldur. Bu yol, tek taraflı irade beyanıyla yapılan³², kurucu yenilik doğuran hukuki bir işlemdir. Diğer bir deyişle baba, bu talepte bulunurken çocuğun veya anesinin kabul beyanını almak zorunda değildir³³. Tanıma ayrıca yenilik doğuran bir işlem olmasından dolayı, bir kez gerçekleştirildikten sonra serbestçe geri alınması ve şarta veya vadeye bağlanması mümkün değildir. Tanıma işlemi sonucunda çocuğun hukuki açıdan belirlenmesi sağlanır³⁴ Tanımanın koşulları ve şekli, TMK.'nın 295. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

³¹ Gültepe, H. (2004). *Soybağı Tayininde Genetik İncelemeler*, İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, s. 498.

³² Genç Arıdemir, A. (2009). “Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı” Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan, s. 1-38.

³³ Dural, Ögüz & Gümüş, 2016, s. 291 vd.

³⁴ Serozan, 2005, s. 204.

“(1) Tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur.

(2) Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinin de rızası gereklidir.

(3) Başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınmaz”.

Babanın tanıma işlemine karşı bazı kişilerin iptal davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu davayı açabilme hakkına sahip olan kişiler ile dava hususundaki bilgiler TMK.’nın 297-300. maddeleri arasında ifade

edilmiştir³⁵. Tanıma işleminin herhangi bir süresi bulunmamaktadır. Bu hukuki işlem, çocuğun dünyaya gelmesinden önce yapılabileceği gibi, sonra da yapılabilmesi mümkündür. Ayrıca tanımanın kişiye sıkı surette bağlı olan haklardan biri olmasından dolayı, baba tarafından bizzat yapılması gerekmektedir³⁶.

Kanunda belirtilen şartlara uygun bir şekilde yapılan tanıma beyanından sonra, çocuk ile tanıyan kişi arasında soybağı ilişkisi geriye etkili olarak kurulur³⁷.

Baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasına yardımcı olan bir diğer yol da evlat edinmedir. Evlat edinme hususu, TMK.’nın 305-320. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu hukuki işlem sonucunda evlat edinen kişi ile evlatlık arasındaki soybağı, hakim kararıyla birlikte kurulmaktadır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 290. maddesine göre, yapılan tanıma hukuki işlemi sonucunda, tanıyan kişi ile çocuk arasında bir gayrisahih nesep kurulmaktaydı. Ancak 4721 sayılı TMK.’na göre, sahih ve gayri sahih nesep ayrımı olmadığından dolayı, tanıma neticesinde kurulan soybağı açısından böyle bir ayrıma yer verilmemiştir³⁸.

35 Serozan, 2005, s. 203-210.

36 Duran, 2007, s. 23.

37 Kırkbeşoğlu, N. (2006). *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, (1. Baskı). s. 22.

38 Oğuzman & Dural, 2001, s. 326 vd.

Sonuç

Türk hukukunda soybağının kurulması konulu bu çalışmamızı, başta 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu olmak üzere, gereken hallerde 743 sayılı eski Türk Kanuni Medenisindeki durumu da karşılaştırmalı olarak inceleyip, doktrin açıklamaları ve bu konudaki Yargıtay'ın içtihatları ışığında incelenmiştir.

Bu çalışmamızda soybağı kavramı, soybağının türleri ve soybağının kurulmasından bahsedilmiştir. Baba ile dünyaya gelen çocuk arasında doğal bir soybağı ilişkisinin bulunduğunu, ancak çocuk ile baba arasında hukuki açıdan bir soybağı ilişkisinin kurulabilmesi için, kanunda aranan bazı şartların gerçekleşmiş olması gereklidir. Bundan dolayı soybağının doğal ve hukuki soybağı olmak üzere ikiye ayrıldığını görmekteyiz.

Anne ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi doğumla meydana gelmektedir. Çocuğun dünyaya gelmesiyle anne ile arasında hem doğal hem de hukuki soybağı ilişkisi otomatik olarak kurulmaktadır.

Doğal soybağı ile hukuki soybağı örtüştüğünde ise ortaya gerçek soybağı çıkmaktadır. Anne ve babanın evlat edinme yoluyla da çocukla arasında soybağı ilişkisi kurulabilmektedir. Evlat edinme yoluyla kurulan soybağı ilişkisine yapay soybağı denilmektedir.

Baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması TMK.'nın 282. maddesinin hükümlerine göre anne ile evlilik, tanıma ve hakim hükmüyle kurulmaktadır.

Soybağının türlerini ve soybağının kurulmasını inceledikten sonra evlilikle kurulan soybağına belirli kişiler tarafından itiraz etme hakları olduğunu da inceledik.

Babanın şahsı iradesine dayanarak tanıma yoluna başvurarak da çocukla arasında soybağı ilişkisinin kurulmasının mümkün olduğunu açıkladık. Babanın tanıma işlemine başvurmadan önce hangi koşulların gerçekleşmesi gerektiğinden de bahsettik.

Kaynakça

- [1] Acabey, B. M. (2002). *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, (1. Baskı).
- [2] Akıntürk, T. & Karaman, D. (2016). *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku 2. Cilt*. İstanbul: Beta Yayınevi, C. 2, (19. Baskı).
- [3] Akalın, T. (2008). *Babalık Davası*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- [4] Ayiter, N. (1984). “*Evlilik Dışı Birleşmeden Doğan Çocuklar*”, *Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açıdan İncelemeler*. Ankara: Türk Sosyal Bilimler Derneği.
- [5] Başpınar, V. (2003). *Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler*. AÜHFD, S. 3, C. 52.
- [5] Duran, H. (2007). *Babalık Davası*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- [6] Dural, M., Öğüz, T. & Gümüş, A. (2016). *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, C. III, (12. Baskı).
- [7] Gençcan, Ö. U. (2012). *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi*, C.8, S.97-98, s. 89-96.
- [8] Gençcan, Ö. U. (2001). *Soybağının Belirlenmesi*. İzmir Barosu Dergisi, C. 66, S. 1.
- [9] Genç Arıdemir, A. (2009). “*Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı*” Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, s. 1-38.
- [10] Gültepe, H. (2004). *Soybağı Tayininde Genetik İncelemeler*, İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, s. 496-505.
- [11] Hatemi, H. & Kalkan Oğuztürk, B. (2014). *Aile Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, (3. Baskı).

- [12] Kılıçoğlu, A. M. (2015). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, (1. Baskı).
- [13] Kırkbeşoğlu, N. (2006). *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, (1. Baskı).
- [14] Nomer, H. N. (2000). *Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri*, İstanbul: Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan.
- [15] Oğuzman, K. & Dural, M. (2001). *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, (3. Baskı).
- [16] Öztan, B. (2004). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, (5. Basım).
- [17] Püsküllüoğlu, A. (2003). *Arkadaş Türkçe Sözlük*. Ankara: Arkadaş Yayınevi (4. Baskı).
- [18] Serozan, R. (2005). *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, (2. Baskı).
- [19] Zevkliler, A., Acabey, M. B. & Gökyayla, K. E. (1997). *Medeni Hukuk*. Ankara: Savaş Yayınevi, (5. Baskı).

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Av. Mahmut YILMAZ¹
Doç. Dr. Ekrem KURT²

Öz

Tüketicinin korunması, Hukuk otoritesinin Anayasal haklara dayalı olarak tüketiciye karşı yerine getirdiği yükümlerden birisi olmakla birlikte AB uyum sürecinin getirdiği gerekliliklerden bir başkası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda Türkiye’de 4077 Sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a gelinceye kadar ki süreçte yapılmış yasal düzenlemeler kredi verenler lehine işlemekle birlikte tüketicinin bu süreçteki mağduriyetini giderecek sağlıklı bir yasal uygulama da söz konusu olmamıştır. 4077 Sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeler, tüketicinin korunması noktasında eksikler ihtiva etmekle birlikte yine mağduriyetler söz konusu olmuş ve bu anlamda yapılan değişiklikler ile birlikte 2013 yılında 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilerek 2014 yılında yürürlüğe konulmuştur.

Yeni Kanun, temelinde tüketicinin korunması ilkesiyle hareket etmenin yanı sıra eTKHK’da yer alan eksiklerin giderilmesini de sağlayabilmiştir. Bu doğrultuda eski kanunda yer bulamayan konular ele alınmış ve belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Tüketici kredileri konusunda yeni kanunda yapılan yenilikler tüketici lehinde olmakla birlikte kredi verene göre daha bilgisiz olan tüketicinin bu eksikliğini de muhafaza eder niteliktedir. Tüketici kredilerinde faiz konusu, sözleşme içeriğinin tüketici aleyhinde değiştirilemeyeceği, cayma hakkında süre ve sonuçlara ilişkin düzenlemeler gibi birçok

¹ İstanbul Barosu Avukatı, Hukukçu, İstanbul Aydın Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, avmahmutyilmaz@hotmail.com

² MEF Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doç. Dr., ekremku@yahoo.com

hususun ele alındığı yeni kanun ile birlikte tüketici hakları daha çok savunulmuş ve hukuki olarak tüketicinin hakları muhafaza altına alınmıştır. Bu noktada uygulamada görülen eksikler ise kredi verenin keyfi uygulamalarda bulunabileceği (sözleşmede yer alması gereken temerrüt faiz oranı gibi) durumlardır. Bu hususun sağlanabilmesi için ise tüketicinin daha sağlıklı ve net bir biçimde bilgilendirilmesi kaçınılmaz gerekliliktir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, Kredi, Tüketici Kredisi, Tüketici Kredi Sözleşmesi.

Consumer Credit Agreement Insurance According to the Law on Consumer Protection Number 6502

Abstract

The protection of consumers is one of the obligations that the legal authority imposes based on constitutional rights as well as being one of the requirements imposed by the EU harmonization process. In this sense, legal regulations did not provide a healthy legal practice for the lenders in favor of the consumer in Turkey in the process up to the Law No. 4077 on the Protection of the Consumer. Regulations made with Law No. 4077 included deficiencies in the point of protection of the consumer but they were also subject to grievances and with the amendments made in this meaning, the Law on Protection of Consumer No 6502 was accepted in 2013 and put into force in 2014.

The new law basically acts with the principle of the protection of the consumer as well as the elimination of deficiencies in the ECTSC. In this direction, the subjects that are not found in the old blood have been discussed and the ambiguities have been tried to be solved. Innovations made in the new blood on consumer loans are in favor of the consumer, but they also maintain this lack of consumers who are more ignorant than the lenders. Consumer rights have been further advocated and the consumer's rights have been legally protected including the interest rate on consumer loans, the fact that the contract content cannot be changed against the consumer, and the regulations concerning the time and consequences of the cancellation are addressed. The shortcomings in practice at this point are the circumstances in which the lender can

be found in arbitrary practices (such as default interest rate that should be included in the contract). In order to achieve this, it is inevitable that the consumer is informed in a healthier and clear manner.

Keywords: *Consumer, Loan, Consumer Loan, Consumer Loan Agreement*

1. Giriş

Tüketim ve buna bağlı olarak tüketici kavramları ilk olarak ekonomi disiplini içinde kullanılmış olmakla birlikte zaman içerisinde bu alandaki gelişmelere bağlı olarak hukuk sistemi içerisinde de ele alınmak zarureti kendini göstermiştir. En sade ifadeyle tüketim, ürün ve hizmetlerin belirli bir pazarda mevcut taleplerle birleşmesi neticesinde ortaya çıkan durum olarak nitelendirilebilecektir (Akipek, 1999). Tüketici kavramına ilişkin oldukça çok tanım bulmak mümkün olmaktadır. Bu tanımlardan birine göre tüketici, “tatmin edilecek ihtiyacı, harcayacak parası ve harcama isteği olan tüm kişi, kurum ve kâr amacı gütmeyen kurumlar” (Çağlar, 2002) şeklinde ifade edilmektedir. Ancak, hukuki bir kavram olarak tüketici iktisadi ve diğer disiplinlerdeki tanımlara nazaran farklılık göstermektedir. Tüketici kavramı, benzer (müşteri, alıcı, satın alan vb.) ve genel hukuk hükümleriyle korunan diğer kavramlardan ayrı olarak kanun nazarında tanımlı olma zorunluluğunun yanı sıra, hizmet ve mal talebi sergileyen tüketicilerin, örgütlü yapıda ve ekonomik anlamda kendilerinden daha güçlü bir durumda olan satıcı/sağlayıcılar karşısında korunması ihtiyacının varlığından ileri gelmektedir.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)’nın 3. maddesi (k) bendinde “Tüketici” kavramı tanımlanmaktadır. Hükmün tanımına göre tüketici; “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde ifade bulmaktadır. Kanunda yapılan değişiklik öncesinde kanun maddesinde yer alan “özel amaçlar” şeklindeki tanımlama “*ticari veya mesleki olmayan amaçlar*” şeklinde değişiklikle uygulamada yer almış ve bu şekilde “özel amaçlar” ifadesi açıklığa kavuşturulmuştur. Özel amaç kıstasını tamamlayıcı nitelikte olan (Ceylan, 2015; Kuntalp, 1998; Ozanoğlu, 2001) “nihai olarak kullanan ve tüketen” ifadesi de bu değişiklikle birlikte kaldırılmıştır.

Tüketici gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Güçlendirme, tedavi, eğitim, ekonomik destek gibi amaçlar doğrultusunda faaliyet gösteren vakıf, dernek, meslek odaları vb. gibi tüzel kişilikler de tüketici sıfatıyla korunabilirler (Zevkliler, 2004). Ancak, tüzel kişilere yönelik olarak 6502 Sayılı Kanun öncesinde var olan şekli ile ticari işletmeler bakımından konunun tartışmalı bir mahiyette bulunması itibarıyla bir görüşe göre (Taşkın, 1997) yapılan işlemin ticari ve özel ayrımına tabi tutulması gerekirken diğer bir görüşte (Arkan, 2004) ticari işletmenin özel işinin olamayacağını ve herhangi bir surette tüketici sayılamayacağını ifade etmekteydi. 6502 Sayılı kanun m.3 “Tanımlar” kenar başlığı altında k bendi ile yapılmış olan nihai düzenlemede tüketici “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmış ve bu tartışmalı durum ortadan kaldırılmıştır. Ancak, yapılan bu yenilik ile birlikte TKHK kapsamında tüzel kişilerin de dâhil edilerek tanımın gerçek sadece gerçek kişileri kapsamaması yönü ile “Avrupa Birliği Hukuku”ndan ayrılmaktadır (Tekinalp ve Tekinalp, 2000).

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun tüketici sözleşmesine 22. ile 31. maddeleri arasında yer vermiştir. 4077 Sayılı Kanun’un banka ile tüketiciler arasındaki tüm ilişkileri mi yoksa sadece kanunda özel olarak düzenlenmiş bulunan tüketici kredisi, kredi kartı ve konut kredisi ilişkilerini mi kapsadığı uzun müddet tereddüt uyandırmıştır. Doktrinde, bankanın tacir olduğu, bu nedenle karşı taraf tüketici olsa dahi her türlü bankacılık faaliyetinin banka açısından ticari iş niteliğinde olduğu (TTK m.3), dolayısıyla işlemin her iki taraf için de ticari iş olarak kabul edilmesi gerektiği (TTK m.19/2) düşüncesinden hareketle, 4077 Sayılı Kanun’un, bankalar ile tüketiciler arasındaki ilişkilerden sadece kanunda özel olarak belirtilmiş tüketici kredileri, kredi kartları ve konut kredileri için uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹.

Avrupa Birliği Konseyi tarafından 22 Aralık 1986 tarih ve 87/102 sayılı ile çıkarılmış olan yönergede, ticari veya mesleki faaliyetleri dışında kalan amaçları gerçekleştiren gerçek kişilerin tüketici olduğu tespiti ile tüketici kredisi işlemini dolaylı bir biçimde dile getirmiştir (Ceylan, 2015; Gezder, 1998). Daha sonra 16 Eylül 1988 tarihli “Medeni ve Ticari Sahalarda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının İcrasına

¹ İbrahim Murat HAZNEDAR İstanbul Barosu Dergisi Cilt:88 Sayı:2014/3 s.5

İlişkin Lugano Antlaşması” m.13’de “mesleki veya ticari olmayan işlemin” tüketici işlemi ve bu yönde yapılacak olan sözleşmenin de “tüketici sözleşmesi” olacağı şeklinde tanımlanmaktadır (Ozanoğlu, 2001).

Yukarıda tanımlanan kredi ve tüketici kavramlarını bir araya getiren tüketici kredi sözleşmelerine ilişkin 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketici yararı gözetilerek yapılan düzenlemelerin ortaya konması ve tüketici yararı perspektifinden incelenmesi bu araştırmanın amacını oluşturmaktadır. Kanun, 2013 yılında kabul edilmiş ve 2014 yılı itibariyle de yürürlüğe konmuş olması itibariyle yeni olmakla birlikte bu alanda yapılan araştırma ve yayınların da kısıtlı olduğu görülmüştür. Bu nedenle, yapılan bu makalenin literatür açısından kaynak olarak önemi olacaktır. Ayrıca, tüketici kredi sözleşmelerinin günümüzde uygulamada kanunla belirlenen kıstasların uygulanmadığı örneklerle (kredi dosya masrafı) karşılaşmak mümkün olmaktadır. Bu itibarla da kredi sözleşmelerinin tüketiciye tanıdığı hakları ve sorumlulukları ortaya koyması açısından da tüketiciler için rehber niteliği taşıyacak ve önem arz edecektir.

Çalışmanın oluşturulmasında, kavramsal bir gelişme seyrinin olması hedeflenmiş ve bu itibarla birinci bölümde genel olarak tüketici kredi sözleşmesi ve hukuki niteliğine yer verilmeye çalışılmıştır.

Araştırmanın ikinci bölümünde ise tüketici kredilerinde sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüne değinilmiştir.

Araştırmanın devamında yer alan diğer bölümlerde ise tüketici kredi sözleşmelerinin şekli, sözleşme koşullarının tüketici aleyhine değiştirilmemesi ve tüketicinin cayma hakkı ele alınarak makalenin tamamının bir bütünsellik sergilemesine gayret gösterilmiştir.

2. Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması

2.1 Tüketici kredi sözleşmesi

Önceki bölümde etraflıca değinilmeye çalışılan tüketici kredi sözleşmesinin oluşum ve sonuçlanma sürecine ilişkin hükümler 6502 Sayılı TKHK’da m.22-31 aralığındaki kanun maddeleri hükümleri ile ele alınmıştır.

2.1.1. Genel Olarak

4077 sayılı eTKHK'nun hem ilk halinde hem de 4822 sayılı kanunla değişik halinde, tüketici kredisi sözleşmesine ilişkin bir tanım verilmemiştir. Tüketici kredisi sözleşmesi için eski Kanun döneminde yürürlükte olan Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin yürürlükten kaldırdığı Tüketici Kredisinde Erken Ödeme İndirimi ve Kredinin Yıllık Maliyet Oranını Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te bir tanım verilmişti. eTKHK m. 10 hükmünde tüketici kredileri, “*tüketicinin bir mal veya hizmet edinmek için kredi verenden nakit olarak aldıkları kredi*” şeklinde tanımlanırken, Bahsi geçen eski yönetmeliğin 4/a maddesinde tüketici kredisi sözleşmeleri, “*kredi veren ile tüketici arasında bir mal ya da hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak alınan krediye ilişkin sözleşme*” şeklinde tanımlanmaktaydı. Tanımlar arasındaki bu yakınlık ve benzerliğinde bir neticesi olarak Yargıtay'ın tüketici kredisi kavramını tüketici kredisi sözleşmelerini de kapsayan bir üst başlık olarak kabul ettiğini, tüketici kredisi sözleşmeleri kavramı yerine eTKHK 10. maddede yer alan tüketici kredisi kavramından hareketle uyumsuzluğa uygulanacak hükümleri tespit ettiğini görmekteyiz².

6502 sayılı Kanun döneminde ise tüketici kredisi sözleşmesine ilişkin doğrudan bir tanım verildiğini görürüz. TKHK m.22/f.1 hükmünde kredi verenin faiz veya benzeri menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.

6502 sayılı Kanun'un tüketici kredileri bakımından ilk farklılığı tüketici kredilerinin kapsamını oldukça geniş tutmasıdır. Zira tüketicinin mal veya hizmet edinmek için kredi talep edip etmediğinin önemi yoktur ve sadece nakit krediler değil ödemenin ertelenmesi, ödünç verilmesi ve benzeri araçlarla verilen her türlü kredi tüketici kredisi olarak kabul edilecektir. O halde herhangi bir kredi sağlama aracı ile ve tüketicinin krediye ihtiyaç duyma amacı önemli olmaksızın taraflardan birinin kredi veren diğerinin tüketici olduğu her türlü kredi sözleşmesi tüketici kredisi sözleşmesidir. Kredi veren TKHK m.3/ğ hükmünde “*Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Kredi alanın tüketici olmaması halinde ise doğal olarak TKHK m.22-31 hükümleri uygulanmayacaktır.

² Yargıtay. 11.HD 17.12.2001 T., 2001/9065 E., 2001/9636 K.; Yargıtay. 11. HD 18.11.2002 T., 2002/5848 E., 2002/10535 K. (Istanbul Aydın Üniversitesi Bilgi Merkezi Karartek Mevzuat ve İçtihat Bilgi Sistemi (Karartek))

2.1.2. Hukuki Niteliği

Bir sözleşmenin Borçlar Kanunu'nda veya çeşitli kanunlarda asli edim yükümlülükleri asgari hüküm ve sonuçlarıyla düzenlenmiş olması bu sözleşmeye tipik bir sözleşme niteliği kazandırırken, bazı sözleşmeler tarafların sahip oldukları özgürlükler neticesinde istenilen şekil ve mahiyette oluşturulan atipik sözleşmeler olarak adlandırılır. Bir sözleşmenin tipik bir sözleşme olması bu sözleşmeye düzenlendiği kanun hükümlerinin uygulanması sonucunu doğururken, atipik sözleşmelere tarafların öngördüğü hükümler ve genel hükümler uygulanır³.

Tüketici kredisi sözleşmelerinin TKHK m. 22 vd. hükümlerinde düzenlenmekle birlikte tipik bir sözleşme olarak karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla bu sözleşmelere öncelikli olarak uygulanacak hüküm, TKHK'da konuya ilişkin olarak doğrudan düzenleme öngören hükümlerdir (TKHK m.22-31). Bununla birlikte genel hükümlerinde uygulanabileceğini TKHK m.83 hükmünden çıkarmak mümkündür. Bu noktada ise, karşımıza bu sözleşmelerin mahiyetine en uygun olan tüketim ödünç sözleşmelerinin uygulanabilirliği çıkar⁴. Belirtmek gerekir ki tanım itibarıyla tüketici kredisi sözleşmesi ancak kredi verenin faiz veya benzeri menfaat karşılığı kredi kullandırması halinde mümkün olur. Buna göre kredi sözleşmesinden kredi veren hiçbir menfaat sağlamayacaksa artık bu sözleşme faizsiz ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilebilir⁵. Dolayısıyla böyle bir sözleşmeye kredi kullanan tüketici olsa dahi TKHK m.22-31 hükümleri değil TBK m. 386 vd. hükümleri uygulanır.

Bir yandan TBK hükümlerinin bir yandan da TKHK'nın uygulanabilmesi bu sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda tam bir belirleme yapmamızı zorlaştırırsa da bu durumun tüketici kredisi sözleşmelerinin tipik bir sözleşme olmasını değiştiremeyeceği ve esas olarak TKHK'nın uygulanması gerektiği düşüncesinin önüne geçemeyeceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, tüketici kredileri

³ Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, Aristo Yayınevi, Kasım 2015 s.99

⁴ Erzurumluoğlu, E., (2013) *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları:: Ankara, 2013, s.132

⁵ Akipek, Ş., *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Sözkesen Matbaacılık: Ankara, 1999s.178

sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ve uyuşmazlıkların çözümü konusunda TKHK hükümlerinin esas alınması ve öncelikli olarak uygulanması gerekir.

Tüketici kredisi sözleşmesinin yapılmasında tarafların yararları vardır. Kredi veren bakımından tüketici kredisi faiz oranları yüksek bir getiriye sahiptir. Kredi veren, sabit gelirli tüketiciye kredi verdiği için geri ödenmeme riski azdır. Tüketici ise sabit ve dar gelirli tüketicilere uzun süre bekleme ve para biriktirmekten kurtarmakta bir malı veya hizmeti hemen elde etme imkânına kavuşmaktadır⁶.

2.2. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğü

Kredi sözleşmeleri genel itibariyle birçok hukuki detayı barındırmakla birlikte özellikle kredi verenin kendini garanti altına alma çabası ve bunu hukuki müeyyidelerle sağlama gayretiyle şekillenmektedir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerin düzenlenmesinde hukuk alanında bilgili ve yetkili kurum çalışanları etkili olmakta ve haliyle bu kimseler kredi alana nazaran hukuki usul ve esasları daha iyi ve doğru bir biçimde bilmektedirler. Tüketici aleyhinde olan bu bilgi farkının önceki dönemlerde yapılan uygulamalarda birçok haksız sonucu veya bilgi eksikliğinden kaynaklanan mağduriyeti dava konusu olmuştur. Taraflar arasındaki bu farklılığı gidermek adına kanun koyucu, özellikle de bu hususta daha cahil olan tüketiciyi korumak adına düzenleme yoluna gitmiş ve yapılacak tüketici kredisi sözleşmelerinde ve başkaca birçok tüketici sözleşmesinde kanun hükmü ile sabit olarak tüketicinin imza edeceği sözleşmeye ilişkin olarak bilgilendirilmesini kural olarak belirlemiştir. Bu kural, kredi verenin yükümlülüğü görünümünde olup TKHK m.23 hükmüne göre “*Kredi verenin ve varsa kredi aracısının, tüketiciye, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesi zorunludur*”. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü başlığı altında kredi verenin ve varsa kredi aracısının, tüketiciye, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesi zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme öncesi tüketicinin bilgilendirilerek aydınlatılmasını amaçlayan m.23 hükmü, Eski TKHK’da olmayan yeni bir düzenlemedir⁷.

⁶ Ebru CEYLAN Avrupa Birliği Hukukunda Ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı:80 2009 s.121

⁷ Ebru CEYLAN 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler İstanbul Barosu Dergisi Cilt:88 2014 s.75

Bilgilendirme yükümlülüğünün esasları ise Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü TKHK m.4/f.1 hükmüne uygun olarak en az 12 punto büyüklüğünde; açık, anlaşılır ve sade bir dille düzenlenen kâğıt veya kalıcı veri saklayıcısı ile birlikte tüketiciye verilmekle yerine getirilir. Aynı husus Yönetmelik'in 5'inci maddesinde ifade edilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün içeriği belirli süreli kredi sözleşmeleri (Yönetmelik m.6) ve belirsiz süreli kredi sözleşmeleri (Yönetmelik m.7) için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünden muafiyeti düzenleyen Yönetmelik'in 8'inci maddesine göre *“Yardımcı sıfatıyla kredi aracısı gibi hareket eden mal veya hizmet sağlayıcılarının, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu durum, kredi verenin, teklif edilen kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.”* Buna göre mal veya hizmet sağlayıcıları kredi aracısı gibi hareket ediyorsa bilgilendirme yükümlülüğü satıcı/sağlayıcı da değil kredi verendedir. Kredi aracısı Yönetmelik m.4/ğ hükmünde *“Ticari veya mesleki amaçlarla tüketicilere kredi sözleşmesi sunan veya teklif eden, kredi sözleşmeleri için hazırlık çalışmaları yaparak tüketicilere yardım eden ya da kredi veren adına tüketicilerle kredi sözleşmesi kuran gerçek ya da tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. Muafiyetin mantığı kredi aracısı gibi hareket eden satıcı/sağlayıcının sadece kredi teklifinde bulunması ve kredi sözleşmesinin tarafı kabul edilmemesidir. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak *“Ceza hükümleri”* başlıklı TKHK m.77/f. 1 uyarınca sözleşme başına 200,00 TL idari para cezası öngörülmüş ve fakat sözleşmenin akıbetine ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sadece tüketicinin ileri sürebileceği geçersizliğe yol açacağı savunulabilir. Kredi verenin bilgilendirme yükümlülüğünün son halkası Yönetmelik'in 9'uncu maddesinde *“Tüketicinin kredi talebinin reddedildiği durumlarda; kredi verenin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciyi derhal ve ücretsiz olarak bilgilendirmesi zorunludur.”* denilerek ifade edilmiştir. İşbu yükümlülüğün ihlali halinde henüz sözleşme kurulmadığı için kredi verenin sözleşmesel sorumluluğuna gidilemeyecek ise de *“culpa in contrahendo”* sorumluluğu uyarınca tüketici tazminat talep edebilecektir⁸.

⁸Atamer, M. Y., *Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu*, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, XII Levha, İstanbul, s.241-274.

2.3 Sözleşmenin Şekli

Şekil bakımından tüketici kredisi sözleşmesi taksitle satış sözleşmesine benzemektedir. TKHK madde 22'nin üçüncü fıkrasında sözleşmenin yazılı olarak yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Aynı hükme göre bu düzenlemeye uymamanın sonucu geçersizliktir. Bu hüküm karşısında kredi veren ve tüketici birbirlerine karşı sözleşmede yer almayan hiçbir hususu ileri süremeyeceklerdir. TKHK m.4/f.1 hükmüne göre sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunlu olup kredi veren sözleşmeyi tüketiciye vermekten kaçınamayacaktır. Burada nüshadan bahsedildiğine göre sadece sözleşmenin fotokopisinin verilmesi yeterli olmayıp tarafların imzalarının bulunduğu bir nüshanın tüketiciye verilmesi gerekir⁹. Sözleşmenin zorunlu içeriği belirli süreli kredi sözleşmesi (Yönetmelik m.11) ve belirsiz süreli kredi sözleşmesi (Yönetmelik m.12) bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünde olduğu gibi sözleşme metni de TKHK m.4/f.1'e uygun olarak en az 12 punto büyüklüğünde; açık, anlaşılabilir ve sade olmak durumundadır. Sözleşmenin şekle tabi yapılmaması veyahut Yönetmelik'te belirlenen zorunlu içeriği ihtiva etmemesi halinde geçersizlik kredi veren tarafından tüketici aleyhine ileri sürülemez olup sadece tüketici tarafından TMK m.2 ile sınırlı olarak ileri sürülebilecek ve sadece tüketici lehine re'sen nazara alınabilecektir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde sözleşmenin zorunlu içeriğindeki eksiklikler bakımından oldukça önemli bir düzenleme bulunmaktadır. TKHK m.25/f.2 hükmüne göre "*Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdîfaiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır.*" İşbu hüküm 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce bankaların sözleşmede faiz bölümünü boş bırakması ve ihtilaf halinde fahiş faiz oranları ile boşluğu doldurması şeklinde görülen uygulamaları sebebiyle getirilmiş olup hükümde adeta medeni hukuk cezası düzenlenmiştir¹⁰.

⁹ Zevkiler, A., *Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları 3. Baskı, Ankara 2004, s.285*

¹⁰ Özen 6502 Sayılı TKHK Çerçevesinde Tüketici Kredileri. *Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bilge Yayınevi,2014*

Tarafların rızasına bağlı olarak oluşan ve şekil şartları kanun ile belirlenmiş olan kredi sözleşmelerinin geçerlilik kaidelerinin tarafların imzalaması olduğu açıktır. Buna göre kredi alan ve kredi verenin hazırlanan sözleşmeye imza atmaları itibarıyla sözleşme kanunen geçerlilik arz edecek ve sonrasında sözleşmeye ilişkin ihtilaflarda kanun hükmüne göre hareket edilecektir. Yazılı geçerlilik şekline bağlı olan kredi sözleşmelerinde metnin kim tarafından hazırlandığının bir önemi olmamakla birlikte (kanuni şartları taşımadığı durumlarda sözleşmenin geçersiz olacağı da kanun hükmü ile belirlenmiştir) imzanın usule uygun olan sözleşmeyi geçerli kılan unsur olduğu ve geçerliliğin işareti olarak sayıldığı görülmektedir¹¹.

İmzanın şekli ise hukuk sisteminde herhangi bir koşula bağlanmamış olup sahibinin iradesini ifade eden bir işaret olarak değerlendirilmektedir. Günümüzde, bu işaret parmak basma, elle imzalama ve gelişen teknolojiyle birlikte elektronik imza şeklindeki yöntemlerle uygulanmaktadır.

2.4 Sözleşme Koşullarının Tüketici Aleyhinde Değiştirilememesi

Koşul (şart) kavramı teknik anlamı itibarıyla, “*gelecekte veya öngörülen belirli bir süre içerisinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olay*” anlamına gelmekle birlikte bir gerekliliği veya içinde bulunulan durumun genel özelliklerini ya da bir sözleşmenin hükümlerini veya genel işlem koşullarını ifade etmek üzere de kullanılabilir¹². Sözleşme için söz konusu olan koşullar, şekil şartlarının yanı sıra oluşan borcun geri ödenmesi ve ödemenin vadesinde yapılamaması hallerinde oluşacak olan cezai koşullarla birlikte borcun ödenmesi akabinde sözleşmenin hükmünün ortadan kalkması şeklindeki durumları içermektedir.

Cezai koşul, Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı vermeyi önceden taahhüt ettiği edim olarak ifade edilmektedir (BK m. 158/I, TBK m. 179/I). Esas itibarıyla ceza koşulunun iki temel amacından birincisi borçluyu borcunu ifaya zorlamak diğeri ise borcun ifa edilmemesi halinde doğacak zararın önceden ve götürü olarak belirlenmesidir¹³.

¹¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, C.I İstanbul 1988, s.221

¹² Inal, E. *Koşullar*”, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları*, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.2012, s.287

¹³ Ökten-Çevik, *Ceza Koşulu - Bağlanma Parası Cayma Parası*”, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*

Kredi sözleşmelerinde koşullar tüketici aleyhinde değiştirilemeyeceği gibi tüketicinin sözleşmeden doğan sorumluluklarını yerine getirmemesi halinde karşılaşılabilecek cezai koşullar da sözleşme aşamasında belirlenerek ve öncesinde bilgilendirilmesi suretiyle ortaya konmakta ve tüketicinin bu koşullara rıza göstermesiyle birlikte imza etmesi akabinde koşullardan kaynaklanacak sonuçlardan sorumlu ve alacaklı olmaktadır.

TKHK madde 4'ün ikinci fıkrasına göre kredi veren aradaki sözleşmeyi tüketici aleyhine olarak değiştiremeyecektir. Bu hüküm emredici niteliktedir. Aksine bir uygulama ve düzenleme yapılamaz. Bununla bankaların değişik bahanelerle sözleşmede değişiklik yapma imkânları ortadan kaldırılmıştır.¹⁴ Kanımızca bu düzenleme tüketicinin korunması açısından yerinde bir düzenlemedir. Nitekim daha önceki yıllarda kredi verenlerin daha sonradan ortaya çıkan koşullara göre sözleşmede değişiklik yapma haklarını saklı tuttukları görülmekteydi. Bu bağlamda kredi verenler taksit miktarları ile taksit sayısını, faiz oranlarını tüketicinin aleyhine olabilecek şekilde değiştirebilmekteydiler. TKHK tüketici aleyhine sonuçlar doğuran bu haksızlığı önlemek için emredici nitelikte bir kural getirmiştir. Hüküm emredici nitelikte olduğundan tüketici aleyhine değiştirilen koşullar geçerli olmayacaktır.¹⁵ Kanunla getirilen yasak sadece tüketiciler aleyhine değişiklik yapılmasını kapsamaktadır. Bu nedenle tüketicinin lehine olacak değişiklikler yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

2.5 Tüketicinin Cayma Hakkı

Cayma, genel itibariyle vazgeçme olarak ifade edilebilir. Tüketici kredilerinde cayma ise tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları hususlar dairesinde meydana gelen/gelecek olan kredi sözleşmesinden süresi ve kaideleri dairesinde vazgeçme olarak değerlendirilebilecektir.

Süre bakımından cayma, 6502 Sayılı TKHK m.24/f. 1 hükmü uyarınca tüketicinin başlangıç süresinden itibaren 14 gün içerisinde herhangi bir gerekçe gösterme zarureti olmadan ve hiçbir cezai müeyyideye

Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012

¹⁴ Atasoy, Ö., A., Taşkın T, M. Ve Acar, H., (2000), *Tüketiciyi Koruma Hukuku (İlgili Mevzuat Ve Yargıtay Kararları)*, 2. Bası, Yargı Yayınevi: Ankara.

¹⁵ *Zevkiler ve Aydoğdu, 2004, s.286*

maruz kalmaksızın cayma hakkını kullanabilmekte ve sözleşmeyle doğacak olan bağdan kurulabilecektir. Cayma süresinin başlangıcı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre; "Cayma hakkı süresi, sözleşmenin kurulduğu tarihte başlar. Ancak sözleşmenin bir örneğinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verildiği tarihin sözleşmenin kurulduğu tarihten daha sonra olması durumunda, bu süre, tüketicinin sözleşmenin bir örneğini aldığı tarihten itibaren başlar." Taksitle satış sözleşmelerinde olduğu gibi cayma hakkının kullanıldığına ilişkin bildirim cayma süresi içinde yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile kredi verene yöneltilmiş olması yeterlidir (TKHK m.24/f.2, Yönetmelik m.24/f.3). Sürenin başlangıcı bakımından üzerinde durulması gereken bir husus da TKHK m.24/f.2 hükmünde yer alan kredi verenin cayma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirdiğini ispatla yükümlü olduğuna ilişkin düzenlemedir. Gerek hükümde gerekse de Yönetmelik'te bilgilendirmenin gereği gibi yapılmamasının yaptırımını düzenlenmemiştir. Ancak cayma hakkı hususunda tüketicinin gereği gibi bilgilendirilmemesi durumunda cayma süresi başlamaz. Ayrıca cayma hakkı hususunda bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline TKHK m.77/f.3 hükmünde sözleşme başına 1000,00 TL idari para cezasını öngörülmüştür¹⁶.

Cayma hakkının kullanılması, hukuki olarak sonuç doğuran bir eylemdir. Buna göre tüketici, sözleşme kurulmasına ilişkin irade beyanını geri çekmiş olacağından ötürü sözleşme hiç kurulmamış hükmünde olacaktır. Bu noktada, tüketicinin krediden henüz faydalanmamış olması söz konusu ise herhangi bir sorun oluşmamakla birlikte tüketicinin krediden faydalanmış olması halinde durum farklılık göstermektedir. Bu durumda başlamış olan sözleşmesel ilişkinin tasfiyesiyle birlikte tarafların süresi zarfında meydana gelen cayma işlemiyle birlikte birbirlerinden aldıklarını iade sorumlulukları da gündeme gelmektedir. Tüketici, kullandığı kredinin faydalandığı miktarını ve bu miktardan doğan faizi de kredi verene ödemek zorundadır. Nitekim 6502 Sayılı TKHK m.24/f.3 hükmünde tüketicinin cayma bildiriminde bulunmasından itibaren en geç 30 gün içerisinde kullandığı anaparayı iade etmesinin gerektiği ve fiili olarak iade edilen

16 Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, Aristo Yayınevi, Kasım 2015 s.103-104

güne kadar akdi faiz oranı doğrultusunda oluşan faiz miktarını da kredi verene geri ödeme yükümlülüğü doğmuş olacaktır. Kanun ile işaret edilen yasal süre ve miktarların ödenmemesi halinde ise tüketicinin cayma hakkını kullanmadığı sayılacak ve bu aşamadan itibaren hukuk kuralları bu doğrultuda işletilebilecektir¹⁷.

6502 Sayılı TKHK m.24/f.3 hükmünde “...tüketiciden, hesaplanan akdi faiz ve bir kamu kurum veya kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar dışında herhangi bir bedel talep edilemez.” İfadesiyle tüketiciden talep edilebilecek olan ödemenin mahiyeti belirtilmiştir. Madde hükmü doğrultusunda tüketiciden, madde ile sayılanlar dışında herhangi bir ad altında başkaca bir bedelin tahsil edilmesi kanunen imkânsız kılınmıştır.

Sonuç

6502 sayılı Tüketicinin korunması hakkındaki kanun eTKHK’na nazaran tüketici lehine düzenlemelerle birlikte geçmiş dönemlerde oluşan mağduriyetlerin önüne geçmiştir. Bu düzenlemelerden en önemlisi 6502 sayılı kanunun 23. maddesinde yer alan sözleşmenin tüketiciye önceden bildirilmesi yükümlülüğüdür. Kanun koyucu tüketicinin, tüketici kredi sözleşmesinde yer alan hususlarla ilgili tam anlamıyla bilgi sahibi olması sağlanarak tüketicinin mağdur olmamasını amaçlamıştır. Tüketici kredisi sözleşmesi kurulmadan önce, tüketiciye sözleşmeyle ilgili bilgilendirme formu verilmesi zorunluluğu ile birlikte, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak “Ceza hükümleri” başlıklı TKHK m.77/f. 1 uyarınca sözleşme başına 200,00 TL idari para cezası öngörülmüştür.

¹⁷ Karakocalı ve Kurşun, 2015:103-104

TKHK m. 22'e göre tüketici kredilerinin yazılı olarak yapılması gerekir. Tüketici kredileri sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmamasının sonucu sözleşmenin geçersiz olmasıdır. TKHK m.25/f.2 hükmüne göre *“Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdîfaiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır.”* Uygulamada 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce bankaların sözleşmede faiz bölümünü boş bırakması ve ileride oluşacak ihtiva halinde boşlukların banka tarafından belirlenen yüksek faiz miktarları ile doldurulması sık rastlanan bir sorundu. Yeni getirilen işbu düzenleme ile birlikte tüketici kredileri sözleşmelerinde faiz bölümünün doldurulması emredici hükümlerle zorunlu hale getirilmiş, faiz kısmının boş bırakılması durumunda, kredi tutarının faizsiz olarak kullanılacağı kanun metninde açıkça belirtilmiştir.

Yapılan bir diğer düzenleme de cayma hakkına yönelik olmuştur. Tüketici, kredi sözleşmesinin kurulması aşamasında veya sonrasında yasal süre içerisinde sözleşmeden cayabilmektedir. Cayma hakkının kötüye kullanılmaması noktasında da kanun koyucu kredi veren için yasal süre içerisinde varsa tüketicinin kullandığı kredi miktarının en geç 30 gün içerisinde ve faizi ile birlikte geri ödenmesini şart koşturmuştur. Cayma hakkı kanun ile tanımlanan 14 günlük süre içerisinde kullanılmadığı durumda yasa tarafından kullanılmamış sayılacak ve sözleşmeye ilişkin yükümlülükler aynen devam edecektir.

Kaynakça

- [1] **Akipek, Ş.**, (1999), Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Sözkesen Matbaacılık: Ankara, 1999.
- [2] **Atamer, M. Y.** (2010), “Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, XII Levha, İstanbul, s.241-274.
- [3] **Atasoy, Ö., A.**, Taşkın T, M. Ve Acar, H., (2000), Tüketiciyi Koruma Hukuku (İlgili Mevzuat Ve Yargıtay Kararları), 2. Bası, Yargı Yayınevi: Ankara.
- [4] **Ceylan. E.**.(2009) Avrupa Birliği Hukukunda Ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı:80 2009
- [5] **Ceylan, E.**, (2014), “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, 2014.
- [6] **Eren F.**, (1988), Borçlar Hukuku, C.I İstanbul.
- [7] **Erzurumluoğlu, E.**, (2013) Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 3. Baskı, Yetkin Yayınları,Ankara, 2013.
- [8] **Haznedar.İ.** ,(2014),İstanbul Barosu Dergisi Cilt:88 Sayı: 3.
- [9] **İnal, E.**, (2012), “Koşullar”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- [10] **Karakocalı ve Kurşun.** ,(2015) Tüketici Hukuku, Aristo Yayınevi.
- [11] **Öktem-Çevik, S.**, (2012), “Ceza Koşulu - Bağlanma Parası Cayma Parası”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- [12] **Özen B.** (2014). 6502 Sayılı TKHK Çerçevesinde Tüketici Kredileri. Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları. (Ed: Hakan Tokbaş/İsa Döner). Bilge Yayınevi.
- [13] **Zevkliler, A.**, (2004), Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi,3. Baskı, Ankara.

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN KARMA İDARİ İŞLEMLERİ

*Giancinto Della CANANEA*¹
Çeviren: Öğr. Gör. Umut DOĞU

Giriş

Avrupa Birliği'nin "idari" yapılanmasına özgülenmiş olan çalışmalar, sürekli olarak, Avrupa Birliği'nin anayasal yapısı ile federal yapılanmalar arasında (özellikle Amerika Birleşik Devletleri bakımından) bir benzerlik kurma eğilimi içindedirler. Her iki tip yapılanmada da kuvvetler, bir arada olmaktan çok, Alexis de Tocqueville'nin ünlü tezine göre, ayrılmış bir haldedir.

Ancak, ulusal devletler (özellikle federal devletler) ile Avrupa Birliği¹ arasında birçok farklılık bulunmaktadır ve bunlardan biri de hiç şüphesiz yürütme yetkisine ilişkin olandır. "*Tableau sommaire de la constitution fédérale*"² şeklinde, Tocqueville tarafından yapılan tarif, bu farklılığı tespit etmek bakımından faydalıdır, zira söz konusu tarif, ilk Amerikan yönetiminde kuvvetlerin ayrılmış olduğuna dikkat çekmektedir. Bu demektir ki, önceden var olan konfederasyon dönemindeki durumdan farklı olarak, Birleşik Devletlerde yürütme fonksiyonu federe devletlere ait, münhasır bir yetki değildir. Yürütme yetkisi, "*le gouvernement des Etats resta le droit commun, le gouvernement fédérale fut l'exception.*"³ şeklinde bölünmüştür.

Telif Hakkı © 2004 Giacinto Della Cananea (Ç.N.) Makalenin İngilizce orijinali, "The European Union Mixed Administrative Proceedings" başlığıyla, Duke Üniversitesi'nin "Law and Contemporary Problems" isimli dergisinde yayımlanmıştır; Duke University, Law and Contemporary Problems, Vol. 68, N.1 (Winter 2004), pp. 197-217.

<http://www.law.duke.edu/journals/journaltoc?journal=lcp&toc=lcptoc68winter2004.ht>

¹ İdare Hukuku Profesörü, Naples Üniversitesi. Yazar, taslak çalışmaya ilişkin değerlendirmelerinden dolayı Profesörler Francesca Bignami ve Sabino Cassese'ye teşekkür eder.

² J.H.H. Weiler, *Europa: The Case Against the Case for Statehood*, 4 EUR. L. J. 43 (1998); bkz. ayrıca G. DELLA CANANEA, *L'UNIONE EUROPEA. UN ORDINAMENTO COMPOSITO* (2003).

³ A. DE TOCQUEVILLE, *DE LA DEMOCRATIE EN AMERIQUE* 185 (F. Furet ed., 1981) (1835).

³ *Id.*

Bu bakış açısı, Avrupa Topluluğu'nun ve Avrupa Birliği'nin anayasal yapısına ilişkin çalışmalara uzun süre hâkim olmuřtur⁴. Bu görüşün dayanağı iki yönlüdür. Roma Antlaşması, Avrupa Birliği İdaresine, Avrupa Birliği tarafından koyulan kuralların ulusal devletlerde yürütülmesi yetkisini vermemektedir: rekabet gibi bazı alanlar haricinde, yürütme yetkisi ulusal idari makamlara bırakılmıştır. Bu tercih doğrultusunda yargısal denetim de, ulusal yargıçların yetkisi dâhilindedir.

Bununla beraber, birincil hukuk kaynaklarına ilişkin usulün gösterdiği üzere, ulusal yargı sistemleri ile Avrupa Birliği yargı sistemi, “fonksiyonel (işlevsel)” olarak birbirinden ayrılmış deđildir⁵. Yıllar içinde, idari yetki de Avrupa Birliği'nin ilk dönemindeki yasa koyma ve ulusal düzeyde uygulama modelinden uzaklaşmıştır. En bilinen örneklerden biri Avrupa Komisyon'un, ulusal idarelerin temsilcilerinden oluşan komitelerle iş birliği yapmak suretiyle, sayısız idari düzenlemelerde bulunmasıdır⁶. Ayrıca, AB'nin üye devletlerin kamu bütçelerine ilişkin kararları çok taraflı bir gözetim usulü çerçevesinde alınmaktadır ki bu durum, hesaplamaların ve tahminlerin sadece Komisyon'a değil, bunun yanına, Avrupa Birliği Konseyi'nde temsil edelin tüm ulusal hükümetlere de sunulmasını ifade eder. AB politikalarının idari bakımdan yürütülmesindeki bir diğer eğilim ise, AB'nin geleneksel müdahale alanlarına (tarım gibi) ve yeni alanlara (genetik olarak değiştirilmiş organizmalar hakkındaki izinler ve ilaç izinleri dâhil) ilişkin kararlar alınacağı zaman, hem ulusal makamların hem de Komisyon ve AB idari birimlerinin çok katmanlı süreçlerde birlikte yer almalarıdır. Bu faaliyetler zinciri, daha net bir ifadeyle, karma idari işlemler olarak nitelenebilir⁷. Bu işlemler, “kuvvetler ayrılığı”na dayalı bir anayasal yapıyı değil, daha çok, “kuvvetler arasında

⁴ Cf. G. ISAAC, *DROIT COMMUNAUTAIRE GENERAL 193 (3D ED. 1990)*. İngiliz “dolaylı kural”ı (indirect rule) ile bir mukayese için bkz. *IMPLEMENTING EC LAW IN THE UNITED KINGDOM: STRUCTURES FOR INDIRECT RULE* (T. Daintith ed., 1995). Adem-i merkeziyete doğru son dönemdeki eğilimler için bkz. A. Von Bogdandy, *Legal Equality, Legal Certainty and Subsidiarity in Transnational Economic Law-Decentralized Application of Art. 81.3 EC and WTO Law: Why and Why Not*, in *EUROPEAN INTEGRATION AND INTERNATIONAL COORDINATION, STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW IN HONOUR OF C.D. EHLERMANN 13* (A. Von Bogdandy et al. eds., 2003).

⁵ Bkz. genel olarak G.F. Mancini & D. Keeling, *Democracy and the European Court of Justice*, 31 *COMMON MARKET L. REV.* 243 (1994) (bunun Avrupa düzeninin “temel unsurunu” oluşturduğu tezine dair); R. Caranta, *Judicial Protection Against member States: The Indirect Effects of Art. 173, 175 and 177*, in *PUBLIC INTEREST LITIGATION BEFORE EUROPEAN COURTS 108* (H.W. Micklitz & N. Reich eds., 1998) (hiç olmazsa, kamu yararına çalışan örgütlerin durumu bakımından, yeni bir jus commune'nün ortaya çıktığına ilişkin)

⁶ *COMMITTEE GOVERNANCE IN THE EUROPEAN UNION* (T. Christiansen & E. Kirchner eds., 2000).

⁷ S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, 53 *RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO* 35 (2003).

etkileşimi” öne çıkarmaktadır. Bu işlem türü, bireysel menfaatlerin yargısal yoldan korunması bakımından yeni sorunlar da yaratmaktadır. Bu sorun, 1990’ların başında, bir İtalyan tarım şirketinin kendisine verilen mali yardımın geri alınması hakkındaki bir Komisyon kararına yaptığı itirazla belirginleşmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), beklenmeyen bir şekilde, “esas” kararın kökeninde başlangıçtaki İtalyan idari makamının görüşünün bulunduğu gerekçesiyle kararı denetlemeyi, geri alma kararı lehine, reddetmiştir⁸. Burada ABAD, Batı anayasacılığının temel ilkelerinden biri olan yargısal korunma hakkını⁹ tehlikeye atmış olmakla eleştirilebilir. Ancak, esas mesele olan AB içinde kamu gücünün kullanılmasındaki dönüşüm gözden kaçırılmamalıdır.

Bu çerçevede, bu çalışmanın temel gayesi, karma idari işlemlerin incelenmesi vasıtasıyla, idare alanındaki yetkilerin nasıl kullanıldığına (*administrative powers*) az da olsa ışık tutmaktır. Bir başka amaç, karma idari işlemlerin ortak özelliklerini ve aynı zamanda bunları diğer işlemlerden farklılaştıran unsurları tespit etmektir. Daha sonra, sadece yargısal denetim ile ilgili olarak değil, şeffaflık ve hesap verilebilirlik ile ilgili olarak ortaya çıkan problemlere de işaret edilecektir. Son olarak, idari işlemler, Avrupa Birliği hukuk düzeninin geçirdiği evrime ışık tutmak amacıyla tetkik edilecektir.

II. Bir Karma İdari İşlemler Fenomolojisi Karma idari işlemlerdeki çeşitliliği, yeknesak bir uygulama mümkün olmasa da, tek tip değil, fakat iki genel tip şeklinde görmek faydalı olacaktır: ulusal makamlar tarafından alınan kararlarla sona eren “yukarı-aşağı” işlemler ve Topluluk makamları tarafından alınan kararlarla sona eren “alt-üst” işlemler. Bu ayrımlar dar bir manada anlaşılmalıdır, zira her iki tip işlemin özelliklerini taşıyan karma ve melez modeller de vardır.

⁸ İşin ilginç tarafı, az sayıda yazar bu kararı eleştirmektedir. Bkz., örn., R. Caranta, *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, FORO AMMINISTRATIVO 752-61 (1994); E. Garcia de Enterría, *The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law: The Judgement of the Court of Justice in Borelli and Article 5 of the EC Treaty*, 13 Y.B. EUR.L. 19 (1993).

⁹ AVRUPA İÇİN BİR ANAYASA OLUŞTURAN ANTLAŞMA, mad. II-107, 2004 O.J. (C 130) 3; bkz. ayrıca AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI, mad. 47, Aralık 7, 2000 O.J. (C 364) 1 (2000) [bundan sonra TEMEL HAKLAR ŞARTI].

A. “Yukarı-Aşağı” İşlemler

Yukarı-aşağı işlemlerde, ilk karar Avrupa Birliği makamları tarafından alınır. Çevre koruma kurallarına uygunluğu gösteren AB ürün eko-etiketlerinin verilmesi, bu işlem tipinin örneklerinden biridir. Bu etiketler, müşterileri, çevreye daha az zararlı olan ürünlere yönlendirme şeklinde bir işlev görür. Bu amaca ulaşmak için, iki tür idari faaliyet öngörölmüştür: Tüzük (*regulation*) ve karar (*adjudication*)¹⁰. Tüzük çıkarma faaliyeti, ulusal temsilcilerden oluşan komitelerin desteğiyle hareket eden Komisyon tarafından yürütölür. Komisyon, üç yıllık çalışma planını geliştirmeden önce, Üye Devletlerin üst düzey temsilcilerinden oluşan AB Eko-Etiket Komitesine ve tüketici birliklerine danışmalıdır. Ampöl, deterjan, çamaşır makinesi ve buzdolabı gibi ürünlerin üzerinde yer alan etiketlerin verilmesindeki kriterleri belirlemeden ve tüketiciye yönelik bilgilendirme yapmadan önce Komisyon'un, bir düzenleyici komiteye danışma yükümlölüğu vardır¹¹. Tüzük bir kere kabul edilip Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra, özel hukuk kişilerini bağlar. Üreticiler ve ithalatçılar ürünlere eko-etiket koyma hakkından yararlanmak için ulusal birimlere başvurduklarında, ulusal birim bir araştırma yapmak zorundadır. Söz konusu ulusal birimler ayrıca özel bir kayıt bürosuna danışmalı ve almak niyetinde oldukları kararlar hakkında Komisyon'u bilgilendirmelidirler¹². Komisyon daha sonra bu kararı, eko-etiket verilmesine ilişkin gerekçeli itirazlar ileri sürebilecek olan diğer üye devlet ulusal makamlarına gönderir. Eğer itirazlar gayri resmi müzakerelerle çözülemezse, kararı Komisyon alır ve ulusal birim ile başvuru, eko-etiket kullanım koşullarına ilişkin bir sözleşme imzalar.

¹⁰ 1980/2000 sayılı Konsey Tüzüğu, 2000 O.J. (L 237) 1.

¹¹ AT'de, İkincil düzenlemeler normal olarak, ulusal uzmanlar komiteleri ile işbirliği içindeki Konsey'in yetkilendirmesiyle, Komisyon tarafından oluşturulur. Bütün bu komitelere danışılması ve görüş alınması gerekirken, bu görüşlerin bazılarının bağlayıcı etkisi yoktur (çünkü bunlar istişari komiteler tarafından oluşturulmaktadır) bazıları ise, kararın Konseye geri gönderilmesi yönünde, bağlayıcı etkiye sahiptir.

¹² 1980/2000 sayılı Konsey Tüzüğünün 7. maddesi eğer ürün birden fazla Üye Devleti ilgilendiriyorsa, bu usulde bir değişiklik öngörmektedir. Bu gibi durumlarda başvuru, daha sonra diğerlerine danışacak olan, tek bir ulusal birime yapılabilir. 1980/2000 sayılı Konsey Tüzüğu, supra not 10, mad.7, bent 4.

Bu işlem tipinin diğer örnekleri; mali yardım yapılması, telafi edici önlemler ve şeker piyasası gibi tarım politikasına ilişkin alanlardaki yardımlardır. Genel olarak, “temel” hukuksal norm (tüzük) Konseyce kabul edilirken, bu normun uygulanması, çıkaracağı ikincil hukuk kuralları ile Komisyon tarafından yerine getirilir.¹³ Yasal düzenlemeler, “depolama” masraflarını karşılayacak bir sistemi öngörmektedir. Söz konusu faaliyet sadece, kendi Üye Devletince özel olarak yetkilendirilmiş şirketler tarafından yerine getirilebilir. Bu hukuksal tasarruf, her bir ulusal makam tarafından alınan fakat diğer ulusal makamlar tarafından tanınabilecek şekilde tasarlanmış, beyan edici (*declaratory*) işlemlerin bir örneğidir¹⁴. Bir kere bir üye devlette depolama faaliyeti yapma izni alan bir şirket, bu izni göstererek, doğrudan başka bir üye devletten de bu izni alabilir. Bu işlem tipinin, bu ve diğer örneklerinde (Avrupa Sosyal Fonu aracılığıyla mesleki eğitimin desteklenmesi gibi)¹⁵ yardımlar, AT bütçesi çerçevesinde kullanmaya hazırdır, fakat Üye Devlet ulusal makamları arasında paylaştırılmıştır. Ulusal makamlar başvurular kendilerine ulaştığı zaman üreticilere ödemedede bulunur ve sonrasında Komisyon’dan ödenen paranın kendilerine iade edilmesini isterler. Diğer bir ifadeyle, AT bütçesinin yürütülmesinden Komisyon değil, ulusal makamlar sorumludur. Sonuç olarak, ikili bir hukuksal ilişki söz konusudur. İlki AB ve her bir Üye Devlet arasında ve ikincisi her bir Üye Devletle yardım alan şirketler arasında. Gerçekten de, Birlik hukukunun öngördüğü finansmanla ilgili yükümlülük ve koşulların sağlanmasına yönelik denetimleri Komisyon değil, ulusal makam ve kurumlar yapmaktadır. Komisyon’un sorumluluğu, ulusal makamların, ulusal idareler tarafından yürütülen denetimlerle, yardım alanları izleme görevini yerine getirip getirmediğini denetlemektir. Ulusal makamlar, özel hukuk kişilerinin başvurularında yer alan bilgilerin gerçekliğini ve muhasebe bakımından doğruluğunu teyit eden belgeleri de yayınlar. Bu nedenle, yasal düzenlemeler bu gibi aracılık faaliyetlerinin¹⁶ doğru bir biçimde sonuçlanmasının sorumluluğunu Üye Devletlere yükler ve ulusal makamlar yanlış ödenen paranın geri alınması sorumluluğunu üzerlerine alırlar¹⁷. Ancak bazen Komisyon, AT bütçesini idare etmeye

¹³ 314/2002 sayılı Komisyon Tüzüğü, 2002 O.J. (L 50) 40; 1260/2001 sayılı Konsey Tüzüğü, 2001 O.J.(L 178)1.

¹⁴ 1260/2001 sayılı Konsey Tüzüğü, *supra* not 13, *pmb.*, § 2.

¹⁵ 83/516 sayılı Konsey Kararı, 1983 O.J. (L 289) 38; 2950/83 sayılı Konsey Tüzüğü, 1983 O.J. (L 289) 1.

¹⁶ *Bkz.*, 83/516 sayılı Konsey Kararı, *supra* not 15, bent 2 (Avrupa Sosyal Fonunun görevlerini listeleyen); Karar C-413/98, *Directora-Geral do Departamento para os Assuntos do Fundo Social Europeu (DAFSE) v. Frota Azul*, 2001 E.C.R. I-673, par.3.

¹⁷ *Karar C-55/91, Italy v. Commission*, 1993 E.C.R. I-4813; *Birleştirilmiş Davalar C-89 & 91/86, Etoile Commerciale et CNTA v. Commission*, 1987 E.C.R. 3005.

ilişkin yetkilerini kullanırken ve hukuka aykırı olduklarından dolayı tahsis edilmiş mali yardımların azaltılması veya kaldırılması yönünde karar verirken, “Komisyon’la yardım alan arasında doğrudan bir ilişki de [ortaya çıkar].”¹⁸

B. “Alt-Üst” İşlemler

Karma idari işlemlerin ikinci tipinde, idari süreci başlatan ilk karar, ulusal düzeyde, nihai (son) karar ise Birlik düzeyinde alınır. Muhtemelen bu konuyla ilgili en iyi bilinen örnek tarım sektöründeki belirli tip yardımların idaresidir. Diğer aynı ölçüde ilginç örnekler; coğrafi bilgilerin kaydı ve tarımsal ürünlerin ve diğer gıda maddelerinin (şaraplar hariç) “*appellation contrôlée*” detayları ve Ekonomik ve Sosyal Komite’ye üye atanmasıdır.

Avrupa zeytinyağı pazarını düzenleyen hükümler, finansal destek başvurularının, zeytin yetiştiricileri ve işleyenleri tarafından ilgili bölgesel idarelere yapılmasını öngörmektedir (İtalya’da *Regioni*, Almanya’da *Länder* ve benzerleri). Bölgesel idareler başvurunun ilk incelemesini yaparlar. Ancak, tarımsal yardımların dağıtımına ilişkin olağan idari usulün aksine, bölgesel idare nihai kararı vermez. O sadece bir görüş açıklar ve bunu destek verilebilir projeler listesini yayınlayan Komisyon’a gönderir. Bu sebeple, ilk bakışta ulusal makamın Komisyon’a yardımcı mahiyette bir rol oynarken, Komisyon’un, AB’nin ve çiftçilerin menfaatlerini dengelemekle yükümlü olduğu söylenebilir.

Ancak ABAD, 1992 yılında verdiği bir kararda, temel kararın Komisyon tarafından değil ulusal makam tarafından alındığı şeklinde, aksi bir tespitte bulunmuştur¹⁹. Dava bir zeytinyağı işleme şirketi olan Oleificio Borelli hakkındadır. Bu davada, bölgesel idarenin (regione Liguria) görüşü alınmış ve görüş uygun bulma şeklinde olmuştur. Bununla beraber, Regione Liguria diğer bölgesel idarelerden daha kapsamlı bilgiler edinince, görüş değiştirmiş ve Komisyon yardımı talebini reddetmiştir. Devamında Oleificio Borelli bu karara itiraz etmiştir. Bu olayda, şirket Regione Liguria’yı İtalyan mahkemelerinde dava etmedi zira AB kararları üzerindeki yargısal denetim yetkisi münhasıran ABAD’a bırakılmıştı. İtalyan mahkemeleri önündeki böyle bir dava başarısız da olabilirdi, zira İtalyan hukukuna göre nihai bir idari karar dışındaki hiçbir karar denetlenebilir değildir; görüşlerin

¹⁸ Karar C-32/95, *Commission v. Lisrestal*, 1996 E.C.R. I-5373. Tartışma için bkz. *infra* Bölüm IV.B.

¹⁹ Karar C-97/91, *Oleificio Borelli v. Commission*, 1992 E.C.R. I-6313.

denetlenebilmesinin nihai (denetlenebilir) karara tabi olduğu kabul edilir²⁰. Ancak, şirket davayı ABAD'ın önüne getirdiğinde, Komisyon kendi kararının, başvuruya ilişkin verileri bağımsız bir şekilde incelemeksizin, sadece ulusal kararı esas bakımından onaylamak ya da teyit etmekle sınırlı olduğunu ileri sürdü ve ABAD kararı incelemeyi reddetti.

Avrupa Topluluğunu kuran antlaşmanın 230. maddesine göre, Komisyon'un ABAD'da sadece bireyler üzerinde doğrudan etkisi olan kararları dava edilebilir²¹. Aksi halde kişi hakkını (şüphesiz, ABAD'dan ön karar talebinde bulunabilecek olan) kendi ulusal mahkemeleri önünde aramalıdır. Dolayısıyla Komisyon, kendi kararının doğrudan bir etkisi olmadığını, çünkü Oleificio Borelli'ye yardım yapılmasını ulusal makamın reddettiğini savundu. Görüş Oleificio Borelli'nin İtalyan Mahkemeleri tarafından dinlenmesi gerektiği şeklinde devam etti. ABAD Komisyon lehinde karar verdi. Ancak, ABAD başvuru bakımından oluşan zararın farkındaydı. ABAD, zararın etkisini bütünüyle azaltmak için, eğer bir İtalyan yargıç ABAD'dan önkarar talebinde bulunmuş olsaydı, ABAD'ın bir karar vereceği şeklinde bir sonuca vardı. Buna ilaveten, ABAD, usule ilişkin ulusal kuralların böyle bir durumu öngörmemiş olsa dahi, ulusal yargıcın “böyle bir başvuruyu kabul edilebilir bulma yükümlülüğünde olduğu” tespiti yaptı²².

Şu an tarifini yaptığımız karmaşık mahiyetteki bu yetki paylaşımı tek örnek değildir. Daha karmaşık olanı coğrafi bilgilerin kaydının tutulmasını ve “*appellation controlée*”yi içermektedir²³. Bu durumlardaki idari karar, (ürünü tanımlayan unsurlar elde edildiği için) hem bilgiye, hem teknik

²⁰ 2 M.S. GIANNINI, *DIRITTO AMMINISTRATIVO* 563 (1993).

²¹ Bu sav 60'ların başından beri ileri sürülmektedir. Bkz., örn., Karar 25/62, *Plaumann v. Commission*, 1963 E.C.R. 195. ABAD daha sonra bazı şirketleri doğrudan ve münferit olarak ilgilendiren tüzüklere karşı açılan davaları kabul etti. Bkz., örn., Karar C-309/89, *Codorniu v. Council*, 1994 E.C.R. I-1853, par 19. Ancak, ABAD, *IDM'nin AT Antlaşmasıyla öngörülen şartların yorumunu genişleten bir kararını bozdu*. Karar C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v. Council*, 2002 E.C.R. I-6677; bkz. ayrıca *İçtihat Hukuku*, Karar T-177/01 *Jégo-Quéré v. Commission ve C-50/00 Unión de Pequeños Agricultores v. Council*, 9 COLUM. J. EUR. L: 141 (2002) (bkz. T. Corthout tarafından yapılan değerlendirmeler); M.P.Granger, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie SA v. Commission and Unión de Pequeños Agricultores v. Council*, 66 MOD. L. REV. 124 (2003). Mamafih, daha da sınırlandırıcı bir yorum, çevre örgütleri tarafından açılan davalar bakımından ifade edilmiştir, özellikle *Greenpeace davasında*. Karar C-321/95, *Stichting Greenpeace Council v. Commission*, 1998 E.C.R. I-1651, 1702. Eleştirel görüşler için, bkz. N. Gérard, *Access to the European Court Of Justice: A Lost Opportunity*, 10 J. ENVTL. L. 340 (1999).

²² Karar C-97/91, *Oleificio Borelli v. Commission*, 1992 E.C.R. I-6313.

²³ 535/97 sayılı *Konsey Tüzüğü*, 1997 O.J. (L 83) 3 ile değiştirilen, 2081/92 sayılı *Konsey Tüzüğü*, 1992 O.J. (L 208) 1.

konulara ilişkin olmak üzere ikili bir amaca hizmet eder. Bir tarım ürününün ya da gıda maddesinin korunmasına ilişkin bir karar, bir tür monopol yaratma etkisi ile, üreticiye hukuki bir kesinlik de sağlar. Tam olarak bu sebepten dolayı, sadece ticari işletmeler arasında değil, ulusal makamlar arasında da, oldukça sık bir biçimde anlaşmazlıklar çıkmaktadır. Bazı ulusal makamlar kendi ulusal, bölgesel ya da yerel ürünlerini korumayı istemektedirler (örn. İtalyan *parmigiano* ya da Yunan *feta*)²⁴. Öte yandan, diğer ulusal makamlar, kendi ticari işletmelerinin ürününü aynı isim ve tarifile pazarlama gücünü koruma amacıyla, bir ürünün kayıt altına alınmasına karşı çıkabilmektedir. Bu durum Üye Devletlerin, üretici firma ya da firmaların menfaatlerini kendi menfaatleri olarak kabul ettiklerini göstermektedir.

Süreç, ilgili tarafın, bir değerlendirmede bulunacak olan ulusal kuruma başvuruda bulunmasıyla başlar. Süreç uzun ve ayrıntılı olduğu için, AT normları Üye Devletlere “geçici ulusal koruma” kararı alabilme izni vermektedir. Ulusal makam, ürünün daha önceden resmi bir ulusal korumadan yararlanıp yararlanmadığını veya onun müstesna (*exceptional*) bir üne ve nama sahip olma bakımlarından Topluluk düzenlemeleri tarafından öngörülmüş olan şartları karşılayıp karşılamadığını araştırır. Ulusal makam, ayrıca ürünün önceden tespit edilmiş kriterlere uyup uymadığını da kontrol eder²⁵. Bir kere değerlendirme yapıldıktan sonra, ulusal makam başvuruyu daha ileri bir denetim yapacak olan Komisyon'a gönderir. Eğer denetimin sonucu olumlu olursa, başvuru yayımlanır. Sonrasında Üye Devletlerin ve özel hukuk kişilerinin birbirine zıt menfaatler ile müdahalede bulunabildikleri karmaşık bir safha başlar. Özel hukuk kişileri ayrı ayrı olmak üzere, kendi Üye Devletlerine başvurarak kayıt kararına karşı çıkabilirler. Bu aşamada Komisyon ilk olarak, Üye Devletleri bir anlaşmaya²⁶ varmaya davet ederek, bir arabulucu rolü oynar ve sonra bir anlaşmaya varılırsa bu anlaşmayı onaylar. Bir anlaşma olmazsa, Komisyon teklif olunan kararı bir düzenleyici komiteye sunduktan sonra bir *appellation controlée* yapılmasını ya da yapılmamasını içeren bir karar yayımlar. Eğer görüş olumluysa, karar kesinleşir. Diğer yandan, görüş olumlu değilse ya da yakın zamanda alınamayacaksa, Komisyonun

²⁴ Bkz., örn., Karar C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma v. Asda Stores Ltd.*, 2003 E.C.R. I-5121.

²⁵ Adalet Divanı düzenlemeyi, şartnamelerdeki her değişikliğin, Topluluk hukukunun öngördüğü usulle yapılacağı şeklinde yorumlamaktadır. Birleştirilmiş davalar C-129/97 & C-130/97, *Yvon Chiciak ve Fromagerie Chiciak (C-129/97) ve Jean-Pierre Fol (C-130/97) hakkındaki cezai işlemler*, 1998 E.C.R. I-3315.

²⁶ *Konsey Tüzüğü 2081/92, supra not 23, mad. 7(5)*.

teklifine göre, kararı Konsey verir. Fakat Konsey üç ay içinde bir karara varmaz ise, madde 15, Komisyon'un teklif edilen düzenlemeleri kabul etmesini öngörmektedir.

Ürün kayıt etmek karmaşık bir karar alma sürecini içerirken, menfaat grupları temsilcilerinin Ekonomik ve Sosyal Komite (EKOSOS) olarak bilinen istişare organına tayin edilmeleri daha kolaydır. EKOSOS Roma Antlaşması ile kurulmuştur. Bu komite, “genel menfaatin temsilcileri”ne ek olarak, çeşitli ekonomik ve sosyal sınıf temsilcilerinden oluşur²⁷. Bütün önemli yasama faaliyetlerinden önce bu komiteye danışılmalıdır. Komite üyeleri Üye Devletlerin teklifleri uyarınca Konsey tarafından atanır. Bu sebeple grupların atanmalarına ilişkin karar politiktir. Mamafih, on yıl önce, ulusal bir emekliler derneği İtalyan hükümetinin emekliler derneğini içermeyen bir dernekler grubu kararına itiraz etmiştir. İlk Derece Mahkemesi emeklileri temsil eden hiçbir emekli kişi ya da örgütün emekliler sınıfının geri kalanından farklı bir tarzda, belirgin bir şekilde ve bireysel olarak etkilenmediği gerekçesiyle davayı *locus standi* bakımından reddetti²⁸. Burada başvuru, *Oleificio Borelli*'den farklı olarak, atamanın resmi olarak Konsey tarafından yapılmasına rağmen, karar alma yetkisinin fiilen İtalyan makamları tarafından kullanıldığını ileri sürerek, kararı ulusal bir idari mahkeme önünde de dava etmişti. İtalyan mahkemesi aynı görüşü paylaşmadı ve yargılamada bulunmayı reddetti²⁹. Bundan dolayı, bir kez daha, işlemin karma karakteri, yargısal korunma ve bireysel haklar bakımından olumsuz bir sonuca yol açtı.

C. “Melez” İşlemler

Etkililik ve hesap verilebilirliğe ilişkin sorunlar, “yukarı-aşağı” ve “alt-üst” işlemlere ait unsurlar içeren diğer işlemlerde de görülebilmektedir. Bu sebeple bunlar, “melez” işlemler olarak adlandırılabilir.

Bu gibi işlemlerin bir örneği ilaçlar için pazarlama izni verilmesine ilişkin olandır. Bu iznin verilmesi, tek pazarın gerçekleştirilmesi bakımından gittikçe daha fazla önem kazanmıştır. AT yeni ilaç ruhsatı başvurularının

27 AVRUPA TOPLULUĞUNU KURAN ANTLAŞMA, mad. 257, 1997 O.J. (C 340) [Bundan sonra AT ANTLAŞMASI]

28 Karar T-381/94, *Sindacato pensionati italiani e altri v. Council*, 1995 E.C.R. II-2741.

29 Trib. Ammin. Reg. Lazio, sez. 1,10 jun. 1998, n. 1904, RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PUBBLICO COMUNITARIO 193 (1999).

kabulü için iki alternatif yol getirmiştir. İlki merkezleştirilmiş usuldür. İkincisi, karşılıklı tanıma ilkesine dayalı olarak, yirmi beş Üye Devlet makamından birine yapılan başvuru ile başlar.

Merkezleştirilmiş usûl tek bir pazarlama izninin bütün Avrupa Birliği ülkelerinde geçerli olmasına imkân verir. Bu usûl üç kurumun elindedir: Avrupa Tıbbi Ürünleri Değerlendirme Ajansı, teknik bir komite ve Komisyon. Birincil hukuk Ajansa, ürünleri araştırma ve teklif hazırlama, komiteye fikir oluşturma ve Komisyona da nihai kararı alma görevini yüklemektedir. Uygulamada Komisyon, genellikle uzun bir zaman diliminden sonra, Ajans tarafından varılan sonuçları onaylamak bakımından kendisini sınırlamaktadır.

Buna karşılık, merkezleştirilmemiş usûl, karşılıklı tanıma ilkesine dayanmaktadır³⁰. Daha kesin bir ifadeyle, usûl Üye Devlet makamlarının (Bakanlıklar ya da uzmanlaşmış yeni ilaç ajansları) elindedir. Ulusal bir idare bir başvuru aldığı zaman, bütün diğer üye devletleri bilgilendirmek zorundadır. AT kuralları ulusal makamlara, “kendilerine bir ürün hakkında bir izin müracaatının başka bir Üye Devlette fiilen incelemekte olduğunu” belirten bir başvuru yapıldığı takdirde, ulusal makamın o başvuru ile ilgili değerlendirmesini ertelemesine izin vermektedir³¹. Bir kere izin verildiğinde, bütün diğer ulusal makamlar ilgili belgeleri elde edebilirler. Şayet kamu sağlığı için bir risk oluşabileceğini düşünüyorsa, ulusal makamın 90 gün içinde, izin veren ulusal makamdaki iznin ertelenmesini talep etme hakkı vardır fakat Ajansı bu hareketi konusunda bilgilendirmelidir. Bu tarz bir talep, iyi temellendirilmiş olmalı, başvurudaki eksiklikleri somut bir biçimde göstermeli ve alınması gereken uygun önlemleri belirtmelidir. Komisyon sadece ulusal makamların kararları farklı olduğunda veya Topluluk bakımından “özel bir menfaat”in olduğu durumlarda müdahalede bulunur. Komisyon burada düzenleyici komite usulüne göre hareket eder, diğer bir deyişle, komiteden olumlu görüş alırsa karar alabilir. Aksi takdirde, karar Konsey tarafından alınır. Mamafih, eğer Konseyin kararı gecikirse, karar alma yükümlülüğü Komisyon’a döner.

³⁰ Bu bazı gerekliliklerin dikkate alınması gerektiği anlamına gelmektedir. Bkz. Karar C-94/98, *The Queen ex parte Rhône-Pulenc Ltd. v. The Licensing Authority*, 1999 E.C.R. I-8789.

³¹ Konsey Yönergesi, 2001/83, tit.III ch.3, mad.17, para.2, 2001 O.J. (L 311) 67 (İnsan kullanımına uygun ilaçlara tatbik edilebilir bir Topluluk kuralı getirmektedir).

Üçüncü bir yeni ilaç ruhsatı alma işlemi daha vardır; eğer tıbbi ürün tek bir Üye Devlette satışa sunulacaksa sadece ulusal karar alma süreçleri kullanılır. Sistem, en hafif deyişle, parçalı ve düzensiz bir görüntü arz etmektedir³². Bu ve diğer sorunlar daha sonra açıklanacağı için, şu aşamada merkezileştirilmiş usulün yukarı-aşağı işlem usûlüne yaklaştığı söylenebilir. Merkezileştirilmemiş usûl ise, tam tersi, alt-üst idari usûle yaklaşır. Mamafih, ulusal makamlar bir anlaşmaya varmadıkça, Topluluk kurumlarının müdahalesi gerekli değildir. Eğer bir anlaşmaya varmayı başarırlarsa, bu daha çok ulusal makamların karar alma yetkisi bakımından “ortak” bir usûlü ifade edecektir. Ancak ulusal makamların kararları, AT hükümlerine dayanmalı ve Komisyon’un ve düzenleyici komitenin merkezi denetimi altında olmalıdır.

Benzer bir usuli süreç, çevre içinde genetik olarak değiştirilmiş organizmalara (GDO) izin verilmesi ile ilgili olarak öngörülmektedir³³. AT’nin hukuki çerçevesi, esasa ilişkin bir bakış açısıyla, ihtiyatlılık ilkesine (*precautionary principle*) dayanır. Usûli bakış açısından ise, süreç, tıbbi ürünlere ruhsat verilmesinden farklıdır çünkü merkezi bir işlem öngörülmemiştir. Bunun yerine, AT safhası da olan, bir ulusal süreç vardır. AT Yönergesinin 6. maddesine göre, özel şahıslar ulusal makamlara başvuruda bulunarak (bütün ilgili belgeleri içermesi koşuluyla) ilk adımı atmalıdırlar. Ulusal makam başvuruyu incelemeli ve Komisyon vasıtasıyla diğer Üye Devlet makamlarını bilgilendirmelidir³⁴. İdare, diğer ulusal makamlardan ulaşan değerlendirmeleri de dikkate alarak doksan gün içinde bir karar almalıdır. Mamafih, İdare, eğer başvurucudan daha fazla bilgi alma ihtiyacı duyuyorsa ya da ilgili kurumlarla bir istişarede bulunuyorsa, doksan günlük süreyi üç ay daha uzatabilir.

Yönergenin 6. maddesi ruhsat veren ulusal makamın, diğer ulusal makamlardan gelen değerlendirmelere ağırlık vermesi gereğini öngörmüyorken, madde 16 ve 18 bunu standart GDO onayları³⁵ için açıkça düzenlemiştir; bir başka ulusal makamın gerekçeli itirazı kararı kilitleyecektir. Komisyon da başvuruyu reddedebilir. Eğer itiraz başka bir Üye Devlettten gelirse, sorun bir anlaşmayla giderilebilir. Aksi takdirde,

³² J. Feick, *Catastrophes, regulation and interest accommodation*, RISK & REGULATION, Autumn 2003, s.11.

³³ *Konsey Yönergesi 2001/18, 2001 O.J. (L 106) 1.*

³⁴ *ABAD’a göre, danışma yükümlülüğüne uyulmaması nihai kararı hukuka aykırı hale getirecektir. Karar C-6/99, Greenpeace France v. Ministère de l’Agriculture et de la Pêche, 2000 E.C.R. I-1651. Bu sebeple, ulusal mahkemeler uyumsuzluğu ABAD’a göndermelidir.*

³⁵ Bazı GDO’lu ürünler için özel usuller öngörülmüştür.

Komisyon düzenleyici komite usulüne göre karar alır. Bir kez daha, eğer komitenin görüşü tercih edilebilir değilse, Avrupa Birliği Konseyi nihai kararı verebilir fakat hareketsiz kalması sorumluluğun Komisyon'a döndüğu anlamına gelecektir.

Bu suretle, çevredeki GDO izinleri iki farklı karar alma modeline dayanmaktadır. Süreç, ulusal düzeyde başlamasına rağmen, bir AT kararı ile sonlanabilir ve böylece bir Topluluk safhası da içerir. Mamafih, süreç ulusal makamlar arasındaki bir antlaşma ile de sonuçlanabilir ve o zaman da ortak bir safha içerir. İlginç bir şekilde, Yönergenin 11. maddesi ulusal makamların, değerlendirmelerini, yetkili ulusal makamlara, doğrudan veya ulusal makamlar arasında aracı rolü oynayan Komisyon aracılığıyla gönderebileceğini öngörmektedir.

III. İşlemden Etkilenen Menfaatin Türüne Göre Değişiklik Gösteren Usüli Farklılıklar

Şimdiye kadar verilen örnekler göstermektedir ki, karma idari işlemler sadece belli bakımlardan benzeşmektedirler. Bazı işlemler yıllık olarak yapılırken (örnek olarak, tarımsal sahada); bazıları sadece eğer bir özel kişi başvuruda bulunursa gerçekleşmektedir. Birçoğu bir özel kişinin başvurusu ile başlar fakat EKOSOK üyelerinin atanmalarına ilişkin işlem tamamen kamusal makamların elindedir. Bazı işlemler Komisyon ve tek bir ulusal makam³⁶ tarafından yürütölmeleri sebebiyle nispeten kolayken, diğerleri çok daha karmaşıktır. AT safhasında, Konsey ve diğer kurumlar (Tıbbi Ürünleri Değerlendirme Ajansı gibi) sürece dâhil olabilir. Topluluktan ziyade ortak bir safha söz konusu ise, işlem daha da karmaşıklılaşabilir; iyi bir örnek, ulusal makamların GDO ya da tıbbi ürünlerle ilgili yetkilendirildikleri durumdur.

Bu farklılıkların üçü, en azından hukuki bir bakış açısıyla, birbiriyle bilhassa ilgilidir. İlki, yetkilerin AT ve ulusal makamlar arasında paylaştırılması bakımındandır. Bu bahiste ayırım, yukarı-aşağı ve alt-üst işlemler arasındadır. Söz konusu ayırım hem işlevsel hem de örgütseldir.

³⁶ Burada sorun her ikisinin de takdir yetkisi olup olmadığı bakımından çıkar. *Oleificio Borelli'de Adalet Divanı Komisyon'un seçme karar almada münhasır bir yetkisi olduğu görüşünü reddederek, bu görevin bölgesel idare tarafından yerine getirileceğine karar vermek suretiyle, yargılama yapmayı reddetmiştir. Karar C-97/91, Oleificio Borelli v. Commission, 1992 E.C.R. I-6313. Frota Azul'da, Mahkeme, bu sefer, "bir Topluluk yardımının askıya alınması, azaltılması ya da geri alınmasında Komisyon'un tek yetkili kişi olduğu" sonucuna varmıştır. Karar C-413/98, Directora-Geral do Departamento para os Assuntos do Fundo Social Europeu (DAFSE) v. Frota Azul, 2001 E.C.R. I-673.*

İşlevsel olarak AT hukuku, karar almayı (decision-making), kararın yürütülmesinden (execution of decisions) ayırır. AT kuralları bu işlevleri yerine getirmek için farklı makamlar öngörmektedir. Kararın alınması AT makamlarına (Komisyon, Konsey ya da bir kurum), onun yürütülmesi ise ulusal makamlara (şeker piyasasında olduğu gibi) bırakılabilir. Başka bir seçenek olarak, AT makamı sadece ulusal makamın özel kişilerin başvurusunu kabulünden sonra sürece dâhil olabilir (zeytinyağı pazarındaki durum).

İkincisi, ulusalüstü bir kurumla (Komisyon), hükümetler arası bir kurum (Konsey ya da düzenleyici komiteler) arasındaki geleneksel ayırım ziyadesiyle basittir. Konsey ulusal menfaatleri gözeterek karar alsa da, hukuki süreçler temel bir farklılığı işaret eder, çünkü Konsey içinde ulusal bakanlar oy çokluğu ile karar alırlar. Bundan başka, ulusal makamlar başka bir devletin taslak planına ilişkin değerlendirmede bulunmakla görevlendirildiklerinde, örneğin GDO ve eko-etiketler bakımından, her birinin tek başına karar alma yetkisi vardır. Mamafih, AT kuralları ulusal makamları, belli bir zaman zarfında karar almak ve kararı yeterli gerekçelerle desteklemekle yükümlü tutmaktadır. Bu durum, taraflardan birinin basitçe “hayır” diyebileceği, bütünüyle diplomatik mahiyette olan müzakerelerle bir ayrışmayı ifade eder.

Son olarak, özel hukuk kişilerinin hukuksal pozisyonları birbirinden farklıdır, bazı durumlarda bu farklılık çok açıktır. Bu kişiler sadece kendi ulusal idareleriyle değil, fakat menfaatleri ve teknikleri farklı olabilen birden fazla makamla müzakere ederler³⁷. Bundan başka, bazı durumlarda, içtihat hukuku sonuca itiraz hakkı tanımış olsa da, özel hukuk kişilerinin yasal olarak sürece müdahil olma imkânları yoktur. Bununla beraber, diğer durumlarda, üçüncü kişilerin resmi olarak süreçte yer alma imkânı bulunmaktadır.

Hemen yukarıda işaret edilmiş olan farklılıklar tesadüfi değildir. Söz konusu farklılıklar daha çok idari süreçlerin genel karakterinden kaynaklanır. Bu süreçler tek bir modele karşılık gelmezler; birincil ya da ikincil hukuk normlarının kabul edilmesindeki durum gibi. Şekilleri söz konusu olan menfaate göre değişir. Karma idari işlemler bakımından,

³⁷ *Yakın zamanlı bir kararda, veterinerliğe ilişkin tıbbi bir ilacı sunmak isteyen şirket, sadece İngiliz Veterinerlik Tıbbi Ürünler Müdürlüğü'nün değerlendirmelerine değil, Komisyon'un ve İsveç ve İspanyol makamlarının değerlendirmelerine de cevap vermek durumunda kalmıştır.*

kolaylıkla, bunların tek tip bir menfaati korumayı amaçlamadıkları söylenebilir. Bazıları, sürdürülebilir kalkınma gibi, genel menfaatlerle ilgilidir. Diğerleri, Üye Devletlerin tek tek özel menfaatleridir. Öte yandan bunlar, aynı zamanda hala bireylerin özel menfaatlerini de ifade ederler; Üye Devletlerin Topluluk düzeyinde cereyan eden müzakerelerde, GDO ve tıbbi ürün üreticilerinin menfaatlerini, kendi menfaatleri gibi savunmaları örneğindeki gibi.

Menfaatlerdeki çokluğun ve farklılığın üzerinde durmak birden çok sebepten dolayı faydalıdır. Bu çaba, korunan menfaatin çeşidine göre değişiklik gösteren farklı süreçler arasındaki ayrımı anlamaya imkân verir. Bundan başka, gözetilmesi gereken birden çok menfaatin bulunması, başvuruların kamu makamları arasında müzakere edilmesini de gerekli kılmaktadır. Gerçekten, kararlar çoğunlukla müzakere ile alınır. Çok taraflı ilişkilerde bir anlaşmaya varmak için müzakere yapılması gereğini bizzat yasa kuralının kendisi öngörür. Genellikle bu talepler (üstün bir pozisyonda bulunan³⁸) Konsey içinde, fakat Komisyonun inisiyatifinde, karşılıklı verilen ödünleri ifade eder. Diğer müzakereler, özel kişilerle ile ulusal gümrük makamları gibi, ulusal idareler arasında cereyan eder³⁹.

IV. Karma İdari İşlemlerin Ortak Özellikleri

Karma idari işlemler menfaatlerdeki çeşitliliğinin bir sonucu olarak farklılaştırılmış olsalar da, bazı benzer özelliklere sahiptirler. Bir benzerlik işlemlerin yapısındadır - AT ve ulusal makamlar tarafından icra edilen faaliyetler arasındaki hukuki bağlantı gibi. Bir diğeri özel hukuk kişilerinin idari karar alma süreçlerine katılımıdır. Her iki örnek de, ortak politikalara ilişkin günlük işleri ulusal bürokrasilere bırakarak, Topluluk idaresini temelde yönlendirici bir kurum yapmayı amaçlayan ECSC Yüksek Otoritesinin ilk başkanı Jean Monnet tarafından tasarlandığı gibi, idarenin geleneksel işleyişindeki bir değişimi gösterir⁴⁰.

³⁸ Bu husus, Avrupa Entegrasyonuna ilişkin hükümetlerarası teorilerde vurgulanmıştır. Bkz. örn. A. MORAVCSICK, *THE CHOICE FOR EUROPE: SOCIAL PURPOSE AND STATE POWER FROM MESSINA TO MAASTRICHT* (199); H. WALLACE, *NATIONAL GOVERNMENTS AND THE EUROPEAN COMMUNITIES* (1973).

³⁹ Karar C-101/99, *ex parte British Sugar*, 2002 E.C.R. I-205, para. 63.

⁴⁰ J. MONNET, *MÉMOIRES* 546 (1976). Bkz. aynı zamanda S. Cassese & G. Della Cananea, *The Commission of the European Economic Community: The Administrative Ramifications of its Political Development*, in *4 EARLY EUROPEAN COMMUNITY ADMINISTRATION, Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte* 75 (E. Volkmar Heyen ed., 1992).

Yapısal unsur, kabul edilen kanunlar arasındaki ilişkiler yanında, AB düzenlemelerinin muhtelif idareler tarafından yürütülen faaliyetler arasında kurduğu ilişkiye göre de değişiklik gösterir⁴¹. Karar alma usullerine ilişkin ilk çalışmalar, bu tür işlemlerin sadece Topluluk ya da sadece ulusal düzeyde var olmadığını gözlemleyerek, bu karakteristik özelliği belirtmişlerdir⁴². Bu özellik net olarak ifade edilmek istenirse, bu işlemlerin çeşitli safhalardan oluştuğu ve bunların farklı oranlarda ve sürecin farklı basamaklarında, hem Topluluk hem de ulusal idareleri içerdiği söylenebilir.

Yapısal unsurun önemi çeşitli şekillerde ortaya konmuştur. Bilgi sağlama ve işbirliği yükümlülüklerini öngören düzenlemelerin gösterdiği gibi, ilki kararın alınacağı usulle ilgilidir. Söz konusu kurallar aynı zamanda AT ve ulusal makamlar tarafından yürütülen faaliyetler arasında da hukuksal bir bağ kurar. Örneğin, AT bütçesince tahsis edilmiş mali yardımın doğru bir şekilde dağıtılması ve idare edilmesine ilişkin nihai denetim Komisyonun sorumluluğunda olsa da, Komisyon, ulusal makamlar tarafından yapılan denetimleri de yeterli görebilir⁴³. Diğer bir ifadeyle, Komisyonun ek bir denetim yapmak şeklinde hukuksal bir yükümlülüğü yoktur.

Ulusal idarenin kararına verilen önem, Komisyon kararlarının gerekçesinde görülmektedir. AT mahkemeleri, mali yardımın azaltılmasına ilişkin, örneğin, bir Komisyon kararının, bir aykırılığı ya da hileyi ortaya çıkaran ulusal makamlarca alınmış karara yeterli açıklıkta atıfta bulunduğu durumda, kararın usulüne uygun bir gerekçeye sahip olduğunun kabul edilebileceğine karar vermektedir. Sağlanması gereken tek koşul işletmenin

⁴¹ Avrupalı olmayan bir okuyucu için Avrupa hukuk kültüründe idari işlemlerin farklı farklı biçimlerde ele alındığını bilmek faydalı olabilir. İdare Hukukunun ilk geliştiği ülke olan Fransa'da, idari işlemlerin tetkikinde, nihai kararın (decision exécutoire) tetkikinden farklı olarak, idari süreçler yargılamaya (procédure administrative non contentieuse) eşdeğer görülür. G. ISAAC, LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE (1968). Mamafih, Almanya'da ve İtalya'da, yargı kararlarının ve Kelsen ve Merkli'in kademelenmeci (gradualist) okulunun etkisinde, karar alma usulüne ilişkin çalışmalar daha önce başlamıştır. Lakin, Alman hukukçuları hala, idari işlem yapma süreçlerinin ayrı ayrı kararlarla sona erdiğini savunan Otto Mayer'in eski teorisini takip ederken., W. Leisner, Legal Protection Against the State in the Federal Republic of Germany, in 2 ADMINISTRATIVE LAW: THE PROBLEM OF JUSTICE 90 (A. Piras ed., 1977), 20. yüzyılın ikinci yarısında, İtalyan hukukçuları, kademeli olarak, idari usule ilişkin İtalyan hukukunda halen kutsanan, idari karar alma (administrative rulemaking) ile idari (yargılamaya benzer mahiyette) karar alma (adjudication) farklılığına dayanan Anglo-saxon ayrımına doğru hareket etmişlerdir. Law no. 241/90 7 Ağustos 1990 (It.), Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (Gazz. Uff.) No.192 (18 Ağustos 1990). Bu alandaki Avrupa Birliği kanunlaştırma çalışmalarının mukayeseli bir analizi için bkz. S. Cassese, Legislative Regulation of Adjudicative Procedures: An Introduction, 1993 özel sayı EUR. REV. PUB. L. 15 (1993).

⁴² M.P. CHITI, DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO 305, 331 (2000).

⁴³ Karar T-199/99, Commission v. Sgaravatti, 2002 E.C.R. II-3731, par.103.

bu durumdan haberdar olabilmesidir⁴⁴. Bu yaklaşım açıkça, bazı Kıta Avrupası İdare Hukuklarında geleneksel olarak var olan, bir idarenin kendi kararının gerekçesi olarak dışarıdan bir kaynağa (*per relationem*) dayanabilecek olmasının oldukça ötesine geçmektedir. Bu yaklaşım, bir sonraki bölümde ele alınacağı üzere, özel hukuk kişilerinin dinlenilme hakkını da içerir. Böylelikle, bu kişilere yargısal denetim yoluyla idari kararları dava etme imkânı veren koşullar somut bir hale dönüşür⁴⁵.

Karma idari işlemlerin farklı safhaları arasındaki yapısal bağın hala daha önemli bir göstergesi, kamusal makamlar ile özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere ABAD'ın bu alandaki geleneksel doktrini on yıl önce *Nutral* kararında⁴⁶ ifade edilmiştir. Olayda, Komisyon, kaymağı alınmış süt üretimi için AT yardımı alan bir tarımsal üretici olan *Nutral*'ın, Topluluk kurallarına uymadığı şüphesini taşımaktadır. Komisyon ulusal makamdan ani bir denetim yapması talebinde bulunur. Denetimle şüphelenilen aykırılık ortaya çıkınca, Komisyon ulusal makamdan yardımların geri alınmasını talep etmiştir. Bunun üzerine *Nutral*, bu talebe karşı dava açmış fakat hem İlk Derece Mahkemesi (İDM) hem de ABAD iki yönlü bir argümanla davayı reddetmiştir. Mahkemeler, ilk olarak, ulusal makamların, AT kurallarına uyulmasını sağlama yanında, AT yardımlarının yönetilmesinden de sorumlu olduklarını ifade ettiler. Bu bakımdan, Komisyon özel hukuk kişileri için doğrudan (*vis à vis*) bağlayıcılığı olan kararlar alamaz. Dolayısıyla, Komisyonun teklifi herhangi bir bağlayıcı etkiden yoksundur ve hukuka uygunluğu dava konusu edilebilecek bir tasarruf değildir.

Ancak yakın zamanlarda, bir yandan AB ve Üye Devletler arasındaki, diğer yandan her bir ulusal idareyle bireyler arasındaki hukuksak ilişkilerin özerkliği, Avrupa Mahkemeleri tarafından belirsiz bir hale sokulmuştur. Ulusal makamlar tarafından sonradan (*ex post*) yürütülen denetimler, gerek tarımsal üreticilerin faaliyetlerindeki gerekse oluşturulan belgelerdeki uygunsuzlukları açığa çıkardığı zaman, Komisyon yardımları azaltıyor hatta geri alıyordu. Bu durumda mali yardımdan yararlanan işletmeler, Komisyon kararlarının geçerliliğini dava ederek, Avrupa Mahkemelerine başvurdular. Davaya müdahil olan ulusal hükümet, şirketlerin dava açma

⁴⁴ Karar T-72/97, *Proderex v. Commission*, 1998 E.C.R. II-2847, paras.104,105; *Birleştirilmiş davalar T-231 & 234/94, Industrias pesqueras campos v. Commission*, 1996 E.C.R. II-247, paras. 142-144.

⁴⁵ Karar C-32/95, *Commission v. Lisrestal*, 1996 E.C.R. I-5373, para.46.

⁴⁶ Karar C-476/93, *Nutral S.p.a. v. Commission*, 1995 E.C.R. I-4125.

haklarının olmadığını (*locus standi*) ileri sürdü. Hükümet, ulusal makamlar tarafından yapılan denetimlerin sadece hesapların denetlenmesi boyutu olmadığını, bu denetimlerin asıl hukuksal düzeyde önem taşıdığını ifade etti. Bu denetimler, özel hukuk kişileri tarafından dayanılan harcamaların meşruiyetine ve AT kurallarına uygunluklarına dair bir hükmü ifade ediyorlardı. Diğer taraftan Komisyonun görüşü, ulusal kararların nihai karar bakımından bağlayıcı etkiye sahip olduğu şeklindeydi. Hem İDM hem de ABAD bu ikinci görüşü kabul edilebilir buldu⁴⁷. Bu kısmi değişimin (*révirement*) altında yatan husus, farklı Üye Devletlerin şirketlere farklı davranması halinde AT hukukunun tek tip uygulanmasının zarar göreceği yönündeki geleneksel endişeydi. Bu riskin gerçekleşmesinden kaçınmak için, mahkemeler ulusal makamların müdahalelerinin etkilerini dar bir biçimde tanımladılar. Ulusal safhanın etkisi, özellikle ilk kararın değiştirildiği ve Komisyonun yanlışlıkla ödenen paranın geri alınmasını istediği durumlarda, bir “karardan”, basit bir “öneri” seviyesine düşürüldü. Bu anlayışın temelinde yatan argüman, bütünüyle yeni olmasa da, sonuçları oldukça ciddidir.

İdari işlemlerin oluşum sürecinde, her bir aşama arasındaki hukuksal bağlantı yargısal denetim açısından farklı bir boyut da taşıyabilir. Örneğin, şayet bir ulusal idare, tarımsal şirketlerin başvurularının mevzuata uygun olduğuna karar vermişse, Komisyonun kararı bazen sadece, yardımlarla ilgili başka yerde alınmış o kararları tekrarlamakla sınırlı olabilmektedir. ABAD’ın *Oleificio Borelli*’de yargılama yapmayı reddetmesi de tamamen bu sebeptir. Bu karar, yargının geleneksel olarak karara ulaşılan kadar geçilen süreçlere değil, nihai sonuca odaklanmak şeklindeki yanlış tutumunu da göstermektedir⁴⁸. Geleneksel metot, menfaatlerin belirlendiği ve değerlendirildiği aşamalara yeterli önemi vermemektedir.

Bu suretle, karma idari işlemlerin yapısı, sadece ortak bir unsur olmayıp aynı zamanda iki yönlü diğer idari işlem türlerine kıyasla, ayırt edici bir özellik de gösterir. İlk olarak, karma idari işlemlerin yapısı, karma işlemler ile bazen hatalı olarak benzetildiği, usuli süreçler arasındaki farkı anlamaya imkân verir. Bu hususta, Komisyon’un, ticari işletmelere verilen devlet yardımlarını izlemesi kapsamındaki işlemleri örnek verilebilir⁴⁹.

⁴⁷ Örn. *Directora-Geral do Departamento para os Assuntos do Fundo Social Europeu (DAFSE) v. Frota Azul*, 2001 E.C.R. I-673, para.30.

⁴⁸ E. Garcia de Enterría, *supra* not 8, s. 32.

⁴⁹ AT ANTLAŞMASI mad. 93; *Konsey Tüzüğü 659/1999 O.J. (L.83) 1.*

Bu durumlarda, Komisyon açıklayıcı kurallar koyar ve uyuşmazlık çözüme niteliğinde bir faaliyette bulunur⁵⁰. Uyuşmazlık çözüme faaliyeti çeşitli safhalara bölünmüştür (ön bildirim, yeni yardım planlarının geçerliliğinin *prima facie* incelenmesi ve Komisyonun kararıyla sonuçlanan çekişmeli-adversarial-safha) ancak hiçbir safhada Üye Devletler yer almaz. İşlemin oluşumu boyunca, bir Üye Devlet bilgi sağlayabilir, ancak bilgi vermezse, Komisyon, elinde olan bilgilere göre bir karara varır⁵¹. Kısaca, Üye Devlet sadece, idari işlemleri ve onun nihai sonucunu öğrenen ve ona karşı ABAD'da dava açma hakkı olan bir taraftır. Dolayısıyla, Komisyon, yardım planının mevzuata uygunluğuna ilişkin bir karar vermeden, bu konuda ulusal mahkemelerde bir dava açılmaz⁵².

İkinci olarak, karma idari işlemler bir kere yapısal unsur temelinde ifade edilince bunlar, İtalyan ve diğer Kıta Avrupası hukuk geleneğinden gelen yazarlar tarafından incelenmiş olan diğer işlem türlerinden ayırt edilebilirler⁵³. Bağlantılı işlemler, bir veya daha fazla idari faaliyet arasında hukuksal bir bağ kurulması bakımından, karma idari işlemlere benzerler. Belki de en iyi bilinen örnek, Kıta Avrupası ülkelerinde daima kanunla ve hatta (İtalya ve İspanya'da olduğu gibi), bazen anayasayla düzenlenen, özel mülkün kamulaştırılmasıdır. Bu işlemlerin ilk aşaması kamu yararı kararı alınmasıdır. Bu genellikle belediye imar planlarıyla yapılır. Bu aşamayı, taşınmazın belli bir kısmının kamulaştırılarak sahibine bedelin ödenmesi takip eder. Bu işlemler bağlantılı olsalar da her iki süreç ve karar yine de hukuksal olarak ayrıdır. Karma işlemler aksine, aynı sonucun doğmasına katkı yapan tekçi (bütüncül) bir yapıdadır ve bir veya daha fazla idare tarafından yapılır. Bileşik işlemler, şehir ve sanayi planlamalarında görüldüğü gibi, farklı kamu menfaatlerini uyumlaştırmayı amaçlar. Ancak bunlar karma işlemlerin yapısal unsurundan yoksundurlar zira bu işlemlerde süreç, farklı idareler tarafından yürütülen safhalardan oluşmaz.

Özellikleri, etki ettikleri menfaate göre değişmesine rağmen, karma idari işlemler ortak bir yapısal unsura sahiptirler. Bu unsur, hukuksal olarak tanımlanmış faaliyet birleşmelerini meydana getirir. Bu durum, bu tür işlemleri diğerlerinden ayırır ve yeni hukuki problemler ortaya çıkarır.

⁵⁰ Genel olarak bkz. G. Della Cananea, *Administration by guidelines: the policy guidelines of the Commission in the field of State aids*, in *STATE AID: COMMUNITY LAW AND ITS IMPLEMENTATION IN MEMBER STATES* 61, (I. Harden ed. 1993).

⁵¹ *Konsey Tüzüğü* 659/1999, mad. 13, *supra* not 49, s.6.

⁵² *Karar C-188/92, Textilwerke Deggenedorf GmbH v. Germany*, 1994 E.C.R. I-833.

⁵³ *Cf.* 2 *GIANNINI*, *supra* not 20, s.650.

B. Özel Hukuk Kişilerinin Katılımı

İlk sorun grubu özel hukuk kişilerinin konumuna ilişkindir. Geçmişte, açıklayacağı durumları, savunacağı menfaatleri ya da ileri süreceği itirazları olan özel hukuk kişileri seslerini sadece gayri resmi bir biçimde duyurabilirlerdi.

Ancak, durum yargısal yaklaşımlardaki dönüşüme bağlı olarak değişti. Gelinen nokta İlk Derece Mahkemesinin (İDM) *France-aviation*⁵⁴ kararında görülebilir. Bir kez daha, dava konusu muamele iki safhaya bölündü, biri ulusal, diğeri AT safhası. İDM böyle bir durumda, Komisyonun ilgili taraflara dinlenilme imkânı vermesi gerektiğini ifade etti. Bu imkân tanınmadığı zaman, Komisyonca yayımlanan karar temel bir usulü yükümlülüğü ihlal etmiş sayılacaktır. Aynı gerekçelendirme ABAD'ın daha önce anılan, *Lisrestal* kararında⁵⁵ da ifade edilmektedir. Bu davada Avrupa Mahkemeleri, Komisyonun idari muameleleri başlattığı, ancak düzenlemeleri yapmanın sorumluluğunun ve hangi düzenlemenin kabul edileceğini belirlemede kayda değer bir takdir hakkının ulusal makamlarda olduğu, alışılmadık şekilde karmaşık yönetim sisteminden çıkan sorunlarla başa çıkmak zorunda kalmıştı. Bir kere Avrupa Mahkemeleri, Komisyon kararının ulusal kararlar üzerinde etkisi olduğunu teslim ettiler; böylece zîmnen, işlemin yapısındaki tekliği vurgulayarak, ilgili tarafların işlemin Komisyon safhasında yer alma hakkına (ve Komisyonun kararlarını Avrupa Mahkemelerinde dava etme hakkına) sahip oldukları sonucuna ulaştılar.

Buna ilaveten, son dönemdeki düzenlemeler özel hukuk kişilerinin katılım hakkını güçlendirmiştir. Bunun iyi bir örneği, daha önce açıklanan tıbbi ürünlerin değerlendirilmesindeki merkezi usuldür. İlgili taraf sadece başvurusunu göndermez ayrıca diğer Üye Devletlerce hazırlanan raporları da temin eder. Başvuruda bulunan firma kendi bakış açısını sunabilir. Tıbbi ürün firmaları idari muamele sürecinde resmi olarak bulunma hakkına sahiptirler. Telekomünikasyon alanında da çerçeve yönerge, düzenleyici makamları dava edebilme hakkına ek olarak, düzenleme altına alınan telekomünikasyon işletmelerinin katılımını ve Amerikan modelini takiben, çekişmeli “uyarı ve eleştiri” türünde bir oturumu öngörmektedir⁵⁶. Özetle,

⁵⁴ Karar T-346/94, *France-aviation v. Commission*, 1995 E.C.R. II-2841.

⁵⁵ Karar C-32/95, *Commission v. Lisrestal*, 1996 E.C.R. I-5373.

⁵⁶ *Konsey Yönergesi 2002/21, mad. 4,6, 2002 O.J. (L 108) 33; S. Cassese, Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni, in LO SPAZIO GIURIDICO GLOBALE 107 (2003).*

hem mahkeme kararları hem de düzenlemeler belirli düzeyde bir usulü hakkaniyeti güvence altına almaya çalışmaktadırlar⁵⁷.

Diğer işlem türlerinde, özel hukuk kişilerinin katılımları, hakların korunması amacını taşımaz, bunlar ortaklığa ve (dar bir anlamda) katılımcılığa ilişkindir⁵⁸. AT eko-etiket muameleleri hatırlanabilir. Komisyon eko-etiket verilmesinin dayanağını oluşturan kriterin yeterliliği hakkında tüketici birliklerine danışır. Tüzüğün başlangıç kısmı açıkça, “çevreye ilişkin sivil toplum örgütlerinin ve tüketici birliklerinin önemli bir rol oynamalarının ve Topluluk eko-etiketi için kriter geliştirilmesi ve belirlenmesine aktif katılımlarının” gerekliliğine atıfta bulunmaktadır, böylelikle kamu, Topluluk ticari marka belirleme sistemini onaylayabilecektir⁵⁹. Eko-etiketleri düzenleyen Tüzük ulusal makamları da içermektedir. Tüzük, aynı zamanda Üye Devletleri, tek tek her bir idaresini, “bütün ilgili tarafların aktif katılımını ve kabul edilebilir bir düzeyde şeffaflığı güvence altına alacak usuli kurallarla düzenleme altına almasını” sağlamakla yükümlü tutmaktadır⁶⁰.

Tüketici birliklerinin katılımı, açıkça, tarımsal ya da endüstriyel üreticilerin katılımından, idari faaliyete karşı savunma amacı taşıması bakımından farklılaşmaktadır. Bu daha çok, aksi olursa AB idaresini haksız bir biçimde etkileyebilecek baskın kişisel menfaatlerin (işletme ve işletme birlikleri) dengelenmesine hizmet etmektedir. Tüketici birlikleri Komisyona (genelde yeterli ayrıntıya sahip olmadığı) bilgiyi ve daha genel olarak kamusal meşruiyeti ve desteği sağlarlar (düzenlemelerin dayanağı olan onay). Kısaca, tüketici birliklerinin katılımı hem işlevselliğe hem de meşru olmaya dair bir “raison d'être”ye sahiptir.

⁵⁷ Bkz. H.P. Nehl, *PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES IN EC LAW 70 (1999)* (daha sonra bir ilke olarak kabul edilecek olan, *audi alteram partem* “kuralı”na atıf yapmaktadır); S. WEATHERILL, *LAW AND INTEGRATION IN THE EUROPEAN UNION 203 (1995)* (usuli güvencelere gönderme yapmaktadır); k. Lenaerts & J. Vanhamme, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, 34 *COMMON MKT. L. REV.* 545 (1997) (Komisyon'un önerilerinin ABAD içtihatlarının kapsamını genişlettiğini ifade etmektedir).

⁵⁸ Bkz. F. Bignami, *Three Generations of Participation Rights in European Administrative Proceedings*, Jean Monnet Working Paper No.11/03, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/031101.html> (savunma, şeffaflık ve “sivil toplum”un katılımını ayırt etmektedir); ayrıca bkz. F. Bignami, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, 40 *HARV. INT'L. L. J.* 451 (1999) (Komitoloji usullerinin şeffaflığına sağlamak için bildirim ve açıklama yükümlülüklerinin kabul edilmesi gerektiği tezi hakkında).

⁵⁹ *Konsey Tüzüğü 1980/2000*, supra not 10, pmb1., § 5, s.1.

⁶⁰ *Konsey Tüzüğü 1980/2000*, supra not 10, mad. 14, § 2(b), s.6 (vurgu eklenmiştir).

Karar alma süreçlerine her iki tür katılımın önemi her türlü şüphe bulutunun üzerindedir. Bunlar Topluluk idari tasarruflarının “mahremiyeti”ni ve gizlilik içeren yapısını doğaları gereği azaltırlar⁶¹. Avrupa için bir Anayasa Oluşturan Antlaşma da ilan edilen katılımcı demokrasi ilkesini hayata geçirirler. Amerikan modeline⁶² dayalı bir tür “menfaat temsil modeli” öngörülmesiyle, özel hukuk kişilerinin katılımını içeren idari muameleler, (hepsi değilse bile) bir çok hukukçu ve siyaset bilimcisinin hala zayıf olduğunu düşündükleri, AB’nin meşruiyetini destekleyebilmektedirler. Bununla beraber, madalyonun diğer tarafının unutulmaması gerekir. Özel ve ortak menfaatlere “açık” olan bir İdare bunların tahakkümü altına girme ve ele geçirilme riskini taşır. Böyle bir idare kendini yeterli, vaktinde ya da etkili hareket edememe riskine maruz bırakabilir ve yine kendini çıkarlar arasında arabuluculuk görevi yaparken bulabilir. Her halükarda, yaşanan süreç, yargı kararlarıyla geliştirilmiş olan genel ilkeleri test eden, daha da artırılmış bir bölgecilikle (*sectionalism*) açıklanmaktadır.

Genel usuli ilkelerin gelişimine, bazı durumlarda, normalden daha fazla önem verilmelidir. Ortak bir idari usul oluşumu istenmesinin geçerli sebepleri vardır. Bunlar arasında eşit şartların tesis edilmesi ihtiyacı anılabilir. Pazarların birleşmesi, esasa ilişkin olanlar kadar usuli kuralların da uyumlaştırılmasını gerektirir. Bu ise Üye Devlet hukuk düzenlerinin anayasal geleneklerinde bulunan, özel şirketlerin adil muamele yapılmaksızın kısıtlanamayacağını öngören ilkelerin pekiştirilmesiyle sağlanabilir. Mamafih, AB yasa koyucusu ve yargı kararlarıyla oluşturulan ilkelere daha ileri ve sınırları belli olmayan bir gelişmenin, AB’nin Üye Devletlerin “ulusal kimliğine⁶³” saygı göstermesi gerektiği yönündeki ilke ile ve daha da genel olarak, Avrupa hukuk düzeninin yapısıyla uyumlu olup olmayacağı sorulabilir. Gerçekten de, sonuç kısmında ifade edileceği üzere, bu gelişme kültürel farklılıklara saygı göstermelidir⁶⁴.

⁶¹ E. STEIN, *UN NUOVO DIRITTO PER L'EUROPA* 71 (1991).

⁶² Bkz. genel olarak, Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *HARV. L. REV.* 1670 (1975).

⁶³ *AVRUPA BİRLİĞİ ANTLAŞMASI*, mad. 6, para.3; ayrıca bkz. *AVRUPA İÇİN BİR ANAYASA KURAN ANTLAŞMA*, mad. 1-5, para.1 (“Birlik, Üye devletlerin, ulusal kimlikleri yanında, anayasa karşısında eşitliğine de saygı gösterecektir.”); C. Harlow, *Voices of Difference in a Plural Community*, in *CONVERGENCE AND DIVERGENCE IN EUROPEAN PUBLIC LAW 199* (P. Beaumont et al. Eds., 2001).

⁶⁴ *CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS* mad. 21.

V. Hâlâ Mükemmelleştirilmesi Gereken Hukuksal Bir Çerçeve

Bu son gözlem, AB'nin karma idari işlemlerinin bulunduğu hukuksal çerçevenin tatmin edici bir noktada olduğunu ifade etmemektedir. Gerçekten de, yargısal korunmanın bilinen tekniklerinin yetersizliği, yorumcuların ABAD'ın *Oleificio Borelli* kararını ilk incelemelerinden bu yana vurgulanmaktadır⁶⁵. Ancak, yargısal korunmadaki sorunlara gösterilen dikkatin, diğer, daha az ilgili olmayan, etkilik, şeffaflık ve hesap verebilirlik sorunlarını gizlemediğinden emin olunması gerekmektedir⁶⁶.

Taraflara etkili bir yargısal korunma sağlanması ihtiyacı karşısında, sorunun çözümlenmesi zor bir durum olarak gözükmemektedir. En azından alt-üst idari muameleler bakımından, yargısal korunma genel imkânlar dâhilinde işleyebilir. Fakat ulusal mahkemeler, EKOSOK örneğinde görüldüğü üzere, "görüş" gibi idari tasarrufları incelemeyi reddederlerse, bir sorun doğar. Ancak, ulusal mahkemelerin (atipik olanlar dâhil) özel hukuk kişilerine yeterli bir koruma sağlama şeklindeki sorumluluğu, ABAD tarafından 1990'lardan bu yana devamlı bir biçimde teyit edilmektedir. Dolayısıyla, şüphesiz bir endişe olsa da, sorun, ulusal yargıçlar tarafından takip edilen yorum çizgisinin gözden geçirilmesiyle çözümlenebilir ve ABAD bunu gerekli kılma gücüne sahiptir.

Buna karşılık eczacılık ürünleri gibi alanlardaki yeni, kısmen merkezi düzenleyici çerçevelerde (frameworks) var olan sorunların hemen bir çözümü yoktur. Bu hususta sorun, yeni eczacılık ürünleri ruhsatlarının verimli ve etkili olup olmadığı hususunda çıkmaktadır. Daha önce gözlemlendiği üzere, AB kuralları ulusal seviyedeki usullere bir alternatif olmak üzere, merkezileştirilmiş bir usul oluşturmaktadır⁶⁷. Kesin bir biçimde, ulusal usuller yenisiyle tümüyle değiştirilmediğinden, Avrupa'daki girişimciler her bir durum için; sürat, etkinlik ve bedel bakımlarından idari kurumu daha cazip gözüken Üye Devleti seçebilirler. Bu hususta, AB kuralları rekabeti sadece şirketler arasında değil, fakat düzenleyici makamlar bakımından da teşvik etmektedir. Ulusal usuli özerklik, gene de

⁶⁵ Bkz., örn. *Caranta*, supra not 8; *de Enterría*, supra not 8; ayrıca bkz. *CHITI*, supra not 4242, s. 393.

⁶⁶ Çeşitli akademisyenler tarafından karma idari işlemlerdeki yargısal korunma sorununa gösterilen ilgi, İdare Hukukunu bireysel haklar için bir tür koruyucu kalkan olarak gören geleneksel paradigmadan etkilenmektedir. Bireylere yargısal güvence sağlanması, şüphesiz hala, İdare Hukukunun temel bir işlevidir fakat İdare Hukuku artık yalnız değildir; çünkü etkililik, şeffaflık ve hesap verebilirlik artan bir biçimde kamu avukatları için de önem kazanmaktadır.

⁶⁷ *Konsey Tüzüğü 2309/1993*, 1993 O.J. (L 248) I. Merkezileştirilmiş usulün alternatif yapısı, Komisyon'un ulusal seviyede verilmiş bir ruhsatı geçersiz kılamayacağını da ifade etmektedir. *Karar C-39/03*, *Commission v. Artegodon*, 2003 E.C.R. I-7883, par. 52.

Üye Devletlerin ruhsatlandırma muamelesini başvurunun yapılmasından itibaren 210 gün içinde sonuçlandırarak şekilde hareket etmesini şart koşan kurallarla sınırlanmaktadır. Bu durum ulusal kurallarda bir değişikliği ifade etmektedir (İtalya’da 241/1990 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeler gibi) ve ulusal düzenleyici çerçeveler arasındaki rekabet alanını azaltmaktadır. Bu durum kısmen girişimcilerin neden merkezi bir usulü tercih ettiğini de açıklamaktadır. Ancak, daha iyi bir açıklama, “merkezi bir süreç dahilinde yapılan ruhsatlandırmaların bütün Üye Devletlerde geçerli olmasıdır”⁶⁸. Bu durum idari usulde verimliliğe ve etkililiğe daha da çok ihtiyaç olduğunu vurgulamaktadır. Fakat mevcut durum tatmin edici olmaktan uzaktır. Nitekim, AB ve Birleşik Devletlerde aynı tıbbi ürün için ruhsat verilmesi bakımından geçen süreler arasında bir mukayese her ikisinde de izin verildiğini fakat Gıda ve İlaç İdaresinin bunu daha kısa sürede yaptığını göstermektedir.⁶⁹ Bu gözlem, elbette ki AB’nin Amerika Birleşik Devletleri ya da diğer federal devletler ile aynı doğrultuda hareket etmesi gerektiğini ifade etmemektedir. Ancak, verimlilik sorunu ciddi bir biçimde ele alınmalıdır.

Diğer sorunlar grubu şeffaflıkla ilgili yapılması gerekenlerdir. Daha önce özel hukuk kişilerinin bir çok durumda dinlenilme hakkını kullanabildiğini görmüştük. Ancak, bunu yapabilmeleri için öncelikle, kamu idarelerinin ellerindeki belgelere ulaşma imkanına sahip olmaları gerekmektedir. AB’ninki gibi parçalı bir anayasal yapıda, belgelere erişim hakkı, kamusal makamların şeffaflıklarının sağlanmasına katkıda bulunmaktadır⁷⁰. Ancak ulusal sistemler arasındaki farklılıklar şeffaflığı (bazen belirgin bir biçimde) tehlikeye düşürmektedir. Bazıları şeffaflığın sağlanmasıyla ilgili ABD mevzuatından esinlenirken, diğerleri aksi yöndeki gizlilik ilkesini takip etmektedirler. Bir işletmenin, *Oleificio Boreali*’ye benzer şekilde, bölgesel idare tarafından verilen olumsuz bir görüşe dava açmak istediğini ve bu amaçla idarenin gerekçelerini gösteren belgeleri talep ettiği bir dava farz edin. Böyle bir durumda, İdare (belgelere erişime imkan vermeyebilecek veya erişimi oldukça güç bir hale sokabilecek) olan ulusal kuralları mı uygulamak yükümlülüğündedir? yoksa AB’nin erişim bakımından daha elverişli (Avrupa Birliği yargıçları tarafından daha geniş yorumlanan)

⁶⁸ Karar C-433/00, *Aventis Pharma v. Kohlpharma*, 2002 E.C.R. I-7761, para.20.

⁶⁹ İtalyan eski Sağlık Bakanı *Umberto Veronesi*’ye göre, *Glivec* isimli ilaca ruhsat verilmesi AB’de 224, Amerika Birleşik Devletlerinde ise sadece 72 gün sürmüştür, ayrıca, *Erceptin*’in onaylanması AB’de 551, ABD’de 144 gün sürmüştür. *CORRIERE DELLA SERA*, 24 Haziran 2004, s.16.

⁷⁰ *J. Lodge, Transparency and Democratic Legitimacy*, 32 *J. COMMON MKT. STUD.* 343 (1994).

kurallarını mı uygulamalıdır? Bu öngörüler anılan sorunu çözme amacını taşımamakla birlikte, idarenin kararlarına karşı bireylerin korunmasına önem veren idare hukukunun geleneksel paradigmasına sıkı sıkıya bağlı olanlar için dahi, tek endişe konusunun yargısal korunma olmadığını göstermesi bakımından faydalıdır.

Sonuç olarak, hesap verebilirliğe ilişkin sorunların ihmal edilmemesi gerekir⁷¹. Menfaatlere etki eden asıl karar ile (*Oleificio Borelli* kararında olduğu gibi) nihai kararın farklı olduğu her durumda, ciddi bir sorun ortaya çıkacaktır. Gerçekten de, Komisyon, faaliyetleriyle ilgili olarak Avrupa Parlamentosu'na karşı hesap verir. Mamafih Komisyon kendini başka bir yerde alınmış kararların uygulayıcısı olmakla sınırlandırır, AT kurallarıyla belirlenmiş olan hedeflere ulaşmakta başarısız olmakla suçlanamaz⁷². Verimlilik ve Topluluk kurallarına hakim olan mali tasarruf ilkelerini uzlaştıracak olsa bile, Komisyon'un usuli süreci ulusal düzeyde sürdürmek şeklinde bir sorumluluğu da yoktur.

VI. Karma İdari İşlemler ve Avrupa Birliği'nin Hukuk Düzeni

Şimdiye kadar yapılan analizlerden iki sonuç çıkarılabilir. Biri AB'nin karma idari işlemlerine, diğeri, daha genel mahiyette, Birlik hukuk düzeninin gelişimine ilişkindir.

Karma idari işlemlerin olaybilimsel (*phenomeological*) ve yapıbilimsel (*morphological*) bakış açılarından analizi ilk olarak, bu işlemlerin ortak özelliğinin saptanmasına imkân verir, diğer bir ifadeyle; hem topluluğun (dar anlamda) hem de ulusal idarelerin bir işlemin çeşitli safhalarıyla olan bağından kaynaklanan yapısal unsur. Yapısal unsur, aynı zamanda, karma işlemleri diğer işlem türlerinden ayıran, belirleyici özellik taşıyan bir unsurdur. Dolayısıyla, karma idari işlemler kavramsal (*cognitive*) bir değere sahiptir. Ancak, bu işlem türüne özgü ve bu işlem türünü karakterize eden kurallar ve başvuru yolları saptanmış olmadığı için, bu işlemlerin önemi sınırlı kalmıştır. Diğer bir ifadeyle, onu Avrupa idaresinin bütününden ayıran, kendi hukuki çerçevesine sahip değildir. Karma idari işlem kavramı yine de faydalıdır, sadece farklı bir işlem türünü gösterdiği için değil, fakat mevcut kuralları değiştirecek veya mükemmelleştirecek bir kurallar

⁷¹ Bu problemin genel bir analizi için bkz. C. HARLOW, *ACCOUNTABILITY IN THE EUROPEAN UNION* 144 (2002).

⁷² Altulusalcılık (*infranationalism*) sorununa ilişkin olarak bkz. J.H.H. WEILER, *THE CONSTITUTION OF EUROPE* 341 (1999).

düzenine olan ihtiyacı ortaya çıkararak, benzeşen bir hukuk rejiminin eksikliklerine işaret ettiği için de. Bu sonuç, 1950’de Massimo Severo Giannini tarafından idari usullere ilişkin varılan sonucu hatırlatmaktadır:

Yapmış olduğumuz örneklemler yalnızca sentezler aracılığıyla oluşturduğumuz bilimsel yapılarıdır... Her şeye rağmen, normatif değerlerinin sınırlı yapısının bilimsel çalışmadan vazgeçme sonucunu doğurabilecek olmasından dolayı, bu gibi sentezlere girişmek arzu edilmese de akademik kuşakların çalışmaları vasıtasıyla, belki bir gün (bu yoldan gidilerek) idare hukukunu kesinlikle buluşturmak ve adaletin sağlandığını görmek mümkün olacaktır.⁷³

Karma idari muameleler üzerine çalışmak aynı zamanda, kamusal makamların Avrupa hukuk düzeninde hangi usulde hareket ettiklerini daha iyi anlama gayretleri bakımından da faydalıdır. İdare hukuku bilginleri arasında Yasamaya gösterilen ilgi yaygın bir vaziyettedir ve genel olarak Avrupa Bütünleşmesi olarak adlandırılan karmaşık usulün en ilgi çekici vasfını oluşturmaktadır. Normatif hukuk kavrayışının (hukuk düzeninin her şeyden önce gelen bir kurallar dizisi olduğu) burada bir tesiri vardır. Ve daha yirminci yüzyılın başında Maurice Hauriou ve Santi Romano tarafından bu kavramın sınırları çizilmiştir⁷⁴. Romano, her şeyden önce, hukuku devletle eşitlemedeki mantıksal yanlışlığı göstermiş, hukuk düzenlerinin örgütsel ve sosyal boyutuna dikkat çekmiş ve resmi kanunlar ve kararlar toplamı anlamında bir “kurallar serisi” olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Her düzen, Romano’ya göre, “Kısmen hukuka göre hareket eden bir varlıktır.” Ancak, her şeyden önce “hukuk kurallarını üreten, değiştiren, uygulayan ve güvence altına alan fakat kendilerini onlarla tanımlamayan husus, farklı ve karmaşık mekanizma ve faaliyetlerin bütünlüğü ve otorite ile yetki arasındaki bağlantılardır”⁷⁵.

Bu mekanizmalar, faaliyetler ve bağlantılar üzerine yapılan incelemeler daha yakın bir zamanda başlamış olmasına rağmen çalışmalar, Avrupa düzenine ilişkin araştırmaların daha sağlam bir temele oturmasına imkân vermiştir. Araştırmacılar, başlangıçta, Topluluk görevlilerini ve ulusal

⁷³ M.S. GIANNINI, *LEZIONI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO* 430-31 (1950).

⁷⁴ M. HARIOU, *THÉORIE DE L’INSTITUTION ET DE LA FONDATION* (1905); S. ROMANO, *L’ORDINAMENTO GIURIDICO* (2d ed., 1946).

⁷⁵ ROMANO, *supra* 74, 15. Gelecekteki gelişmelere temel oluşturan bu makalenin, Fransız hukukçulardan farklı olarak (Auby gibi), sadece bir kaç Anglo-sakson akademisyen tarafından gerektiği gibi dikkate alınmış olması gerçekten üzücüdür.

kamu görevlilerini birleştirmeye imkân veren bir örgütlenme yapısının karma unsurlarını vurgulamışlardı. Buna, Konsey tarafından 1960'larda, hem Komisyon'a, kendisine aktarılmış yetkilerini kullanırken yardım etmek, hem de onu denetlemek için kurulan hükümetlerarası komiteler bir örnektir. Diğer daha yeni bir örnek, Avrupa'nın ve ulusal idarelerin telekomünikasyon ve elektrik alanlarındaki ağlarıdır (networks)⁷⁶. Karma unsurlara ilişkin faaliyetler ancak çok yakın yıllarda tanımlanmıştır. Yeni açık koordinasyon metodu avukatlar ve siyaset bilimciler tarafından belki de en çok çalışılan konudur. Karma idari işlemler Avrupa Birliği'nin yenilikçi özelliklerini de açığa vurur. Amerika Birleşik Devletleri'nin aksine AB, yerel yapıları ve karar alma süreçlerini bütünüyle değiştirmeyi amaçlamamaktadır. Birlik, bunları daha çok, temel ilkelerini belirlemiş olduğu yeni bir hukuksal çerçevenin içine çeker. Ulus devletler deneyimine dayanan geleneksel teoriler bu yüzden Avrupa Birliği'ne tek başına aktarılamaz. 1950'de Schuman Planı ile başlayan sürecin sonucunu bilemeyecek ve öngerelemeyecek olsak da tarihsel ve mukayeseli analizler, Avrupa Birliği çalışmalarını eski "Devlet doktrininin" (*Staatslehre*) ağır gölgesinden kurtarmakta bize yardımcı olabilir⁷⁷.

Bu durum devlet teorileri bakımından bir değişimi de ifade etmektedir. Doğrusu, artık devletlerin yetkili makamları AB karar alma süreçlerine diplomatik kanallardan geçmeksizin doğrudan katıldıklarından dolayı, devletler tek bir parça olarak değil fakat kısımlara ayrılmış bir halde hareket etmektedirler. Ayrıca, bütün kamusal makamların yetkileri, belli bir düzeyde, aşağıya çekilmiş (ya da belki, azaltılmış) bir haldedir. Devletler, başka aktörlerin müdahalesine açık karar alma süreçleri dâhilinde müzakereler yürütmek zorundadırlar. Ayrıca eylemlerinin ya da eylemsizliklerinin sebeplerini de izah etmelidirler. Ama aynı derecede önemlisi, özel hukuk kişileri tarafından Avrupa Mahkemelerinde açılan davalara muhatap olmaktadırlar. Bu yüzden sorun, eski devlet paradigmalarının AB içinde cereyan eden bu yeni fenomene uygulanıp uygulanamayacağından çok, bu teorilerin yeni sosyal ve hukuksal düzen için yeterli olup olmadıklarıdır.

⁷⁶ Bkz. Edoardo Chiti, *Administrative Proceedings Involving European Agencies*, 68 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 219 (Winter 2004).

⁷⁷ Bkz. DELLA CANANEA, *supra* not 1, AB'nin "çok katmanlı (multi-level)" bir örgütlenme olduğu şeklindeki yaygın görüşe yönelik bir değerlendirme için.

Yazar Kılavuzu

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç, bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır.

Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. Hukuk Fakültesi Dergisi altı ayda bir (Haziran- Aralık) yayımlanan hakemli bir dergidir.

2. Yazarlar tarafından gönderilen makaleler, karar incelemeleri, çeviriler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bilimsel bir toplantıda sunulmuş, ancak basılmamış bildirimlerden üretilmiş çalışmalar, bu durum dipnotta açıkça belirtilmek koşuluyla kabul edilebilir.

3. Yayımlanması istenen yazıların Haziran sayısı için 1 Nisan, Aralık sayısı için 1 Ekim tarihine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine gönderilmesi gerekir. Bu tarihlerden sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilir.

4. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca yapılır. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun bulunan yazılar iki ayrı hakeme gönderilir, hakemler, yazının yayımlanmasına, düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verir ve yazar durumdan haberdar edilir.

5. Hakem raporunda düzeltme istenmesi halinde, yazar ancak belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yayınlanması için düzeltilmesine karar verilen yazıların, yazarları tarafından 30 gün içinde yeniden Yayın Kurulu'na gönderilmesi gerekir. Bu süre içinde gönderilen yazılar bir sonraki dönemde yayımlanmak üzere sıraya konular. Yazı değişiklikleri isteyen hakemler, yazının tekrar incelenmesine karar verebilir.

6. Hakem raporunda yazının geri çevrilmesine karar verilmişse, ikinci bir hakem incelemesi yapılır. Süresi içerisinde hakem incelemesinden dönmeyen yazılar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.

7. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak yazı yoğunluğunu dikkate alarak, hakem değerlendirmesinden olumlu sonuç almış yazıları derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.

8. Yazılar elektronik ortamda CD'ye kaydedilmiş olarak ve ayrıca iki kopyasında yazar adı görünmeyecek şekilde toplamda üç kopya A4 boyutunda çıktısı alınarak İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adresine gönderilmelidir. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, açık adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.

9. Derginin bir kopyası, yazıları yayımlanan yazarlara ücretsiz olarak gönderilir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

İLETİŞİM BİLGİLERİ:

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

PK:34295

Tel: 444 1 428 / **Dahili:** 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

Author's Guide

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well.

The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

- 1. Hukuk Fakültesi** is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydin University, the Faculty of Law twice a year (June and December).
- The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.
- The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.
- The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in **bold** letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in **bold** whereas the addresses must be typed in *italic* letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide *keywords* consisting of at least 3 and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered. The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information in an orderly way. All the section (regular) and sub (*italics*) titles must be written in 12- point size, **bold** characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

CONTACT INFORMATION:

Istanbul Aydin University, Faculty of Law

Beşyol Mah. İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Fax: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr