



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

ISSN 2146-1082 | e-ISSN 2667-5714

Temmuz-Aralık 2019 Cilt: 10 Sayı: 2 July-December 2019 Vol: 10 No:2



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

















ISSN: 2146-1082 e-ISSN: 2667-5714



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi İnÜHFD
Inonu University Law Review İnULR

Cilt: 10 ó Say,: 2
Temmuz ó Aral,k 2019

Vol: 10 ó No: 2
July ó December 2019

 ULAKBİM	2010 Y.,1,ndan itibaren TÜB TAK - ULAKBİM taraf,ndan taranan dergiler aras,ndad,r.
 HEINONLINE	2010 Y.,1,ndan itibaren HEINONLINE taraf,ndan taranan dergiler aras,ndad,r.
 EBSCOhost Research Databases	EBSCOhost taraf,ndan taranan dergiler aras,ndad,r.
 INDEX COPERNICUS INTERNATIONAL	INDEX COPERNICUS taraf,ndan taranan dergiler aras,ndad,r.
 INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS	2017 y.,1,ndan geçerli olmak üzere INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS taraf,ndan indekslenmeye ba lanm, t,r.
 Cardiff Index to Legal Abbreviations	2010 y.,1,ndan itibaren Cardiff Index to Legal Abbreviations taraf,ndan taranan dergiler aras,ndad,r.
 DOAJ DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS	2019 Aral,k tarihinden geçerli olmak üzere DOAJ taraf,ndan indekslenmeye ba lam, t,r.
 Google Scholar	2010 tarihinden geçerli olmak üzere Google Scholar taraf,ndan indekslenmeye ba lam, t,r.
 NSD ERIHPLUS EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES	2010 y.,1,ndan geçerli olmak üzere ERIHPLUS taraf,ndan indekslenmeye ba lam, t,r.
 CiteFactor Academic Journals	2010 y.,1,ndan geçerli olmak üzere CiteFactor taraf,ndan indekslenmeye ba lam, t,r.
 EuroPlus	2019 Eylül ay,ndan geçerli olmak üzere EUROPUB taraf,ndan indekslenmeye ba lam, t,r.
 Scilit	2010 y.,1,ndan geçerli olmak üzere ile Scilit taraf,ndan indekslenmeye ba lam, t,r.
 DRJI Directory of Research Journals Indexing	2010 y.,1,ndan itibaren Directory of Research Journals Indexing taraf,ndan taranan dergiler aras,ndad,r.
 Crossref	2010 y.,1,ndan geçerli olmak üzere Crossref taraf,ndan indekslenmeye ba lam, t,r.
 WorldCat	2010 y.,1,ndan itibaren WorldCat taraf,ndan taranan dergiler aras,ndad,r.
 SOBIAD	2010 y.,1,ndan geçerli olmak üzere Sobiad taraf,ndan indekslenmeye ba lam, t,r.

nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (nÜHFD)
Tüm haklar, saklı,d,r. nÜHFD hakemli uluslararası, bir dergidir. nÜHFDnin tamam, veya bu dergide yer alan bilimsel çal,malar,n bir k,s,m, ya da tamam, 5846 say,l, yasan,n hükümlerine göre nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanl, n,n yaz,l, izni olmaks,z,n elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kay,t sistemiyle kopyalanamaz, ço alt,lamaz, yay,nlanamaz. Dergide ileri sürülen görü ler yazarlara aittir, nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yay,n Kurulu,nu veya Dan, ma Kurulu,nu ba lamaz.

Inonu University Law Review (InULR)
All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the nonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the nonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the nonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Bas,m/Yay,n Yeri: nönü Üniversitesi

LET M ADRES :

nönü Üniversitesi, Elaz, Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Ba Editör ó Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler - Editors

Dr. Ö r. Üyesi Mete ERDEM nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ö r. Üyesi Adem YELMEN nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ö r. Üyesi Asl,han KAYIK AYDINALP nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ö r. Üyesi Murat Bu ra TAHTALI nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ö r. Üyesi Elif ÇEL K nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ö r. Üyesi Serdar DEM RC nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yard,mc,lar - Co-Editors

Ar . Grv. Burcu ERD NÇ nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar . Grv. U ur A KIN nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar . Grv. Azim ÖNCÜ nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar . Grv. Aybike KARAHAN nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Ar . Grv. Ferhat BÜYÜKAY nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar . Grv. Bayram ASLAN nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yay,n Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt School of Law, University of Exeter, United Kingdom
Prof. Dr. Alan C. Neal School of Law, University of Warwick, United Kingdom
Prof. Dr. Neil Boister School of Law University of Canterbury, New Zealand
Prof. Dr. Thom Brooks School of Law, Durham University, United Kingdom
Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney Faculty of Law, University of Calgary, Canada
Prof. Dr. Hakan Karan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta Atlanta's John Marshall Law School, USA
Prof. Dr. Jason Chuah School of Law, City University London, United Kingdom
Prof. Dr. Jean Allain School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.
Prof. Dr. Kemal enocak Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zheng Sophia Tang School of Law, Newcastle University, United Kingdom.
Prof. Dr. Maurizio Borghi School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.
Prof. Dr. Tomoya Obokata School of Law, Keele University, United Kingdom.
Prof. Dr. Petra Butler Faculty of Law, Victoria University, New Zealand
Prof. Dr. Tamer Budak nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayd,n Gülan stanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayri Keser nönu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dan, ma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yasar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	stanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UĞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatih ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Kürat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İbrahim ERMENEK	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İpek SALLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Özgür S. AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Özgür Üyesi İbrahim DURHAN	Önönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Özgür Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi

NÖNÜ ÜN VERS TES HUKUK FAKÜLTES DERG S YAYIM LKELER

1. Dergiye gönderilen yaz,lar ba ka bir yerde yay,mlanmam, ya da yay,mlanmak üzere gönderilmemi olmal,d,r. Dergide yay,mlanan makaleler, Dekanl, n izni olmadan ba ka bir yerde yay,mlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yaz,lar,n, ilgili say,n,n yay,mlanaca, ay,n (Haziran- Aral,k) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar a a, da gösterilen ileti im adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yaz,lar bir sonraki say, için de erlendirilecektir.
3. Yay,n Kurulunca ilk de erlendirilmesi yap,lan ve yay,m ilkelerine uygun olarak düzenlenmemi oldu u tespit edilen yaz,lar, hakeme gönderilmeden önce, yay,n ilkeleri do rultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yay,n Kurulunca ilk de erlendirilmesi yap,lan ve yay,m ilkelerine uygun olan yaz,lar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor do rultusunda yaz,n,n yay,mlanmas,na, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yaz,n,n geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en k,sa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yay,n Kurulu, ilgili say,da yay,mlanacak makale yo unlu unu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor alm, k,rk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki say,lar,nda yay,mlama hakk,n, sakl, tutar.
6. Yaz,lar,n Türkçe ve ngilizce özetinin yan, s,ra, ba l,k ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve ngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlar,n,, görev yapt,klar, kurumlar,, haberle me adresleri ile telefon numaralar,n, ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yaz,lar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yaz, aral, , 1.5 aral,k ekinde haz,rılan,p, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir.Ayr,ca, dipnotlar,n sayfa alt,nda gösterilmesi derginin bütünlü ü aç,s,ndan uygun olacaktır,r.
9. Yaz,n,n ba l, , siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmal,d,r. Ba l, ,n hemen alt,nda sayfa sa ,na yana t,r,lm, olarak yazar ad, belirtilmeli ve soyad,n sonuna bir y,ld,z konulmal,d,r. Y,ld,zl, dipnotta ise, yazar,n üniversitesi veya ba l, oldu u kurum ile unvan, belirtilmelidir.

Örn.: nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dal, Ö retim Üyesi

10. Metin içerisindeki k,saltmalarda, k,salt,lacak isim veya ba l,k metinde ilk defa kullan,ld, ,nda k,salt,lmadan ve parantez içinde k,saltmas, belirtilerek kullan,lmal, veya k,salt,lm, isim ya da ba l,k kar ,l,klar, ile k,saltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullan,lan k,saltmalara ise, sadece k,saltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullan,lan yabanc, kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yarg,tay kararlar,na yap,lacak at,flar, a a ,daki ekinde düzenlenmelidir:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.

13. Dipnotlarda, yazar,n soyad, italik ve küçük harfle, ilk ad, sadece ba harfi ile gösterilmeli; eser ad, düz harfle yaz,lmal,; ayn, yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulmas, halinde kullan,lan k,saltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yap,lan ilk at,flar, yazar,n soyad,, ad,n,n ilk harfi.: kitab,n ad,, yay,n yeri ve tarihi, sayfa say,s, ekinde yaz,lmal,; ayn, esere yap,lan sonraki at,flarda, yazar,n soyad,, gerekliyse kitab,n k,salt,lm, ad, ve sayfa numaras, belirtilmelidir. Yabanc, yay,nlara yap,lan at,flarda da ayn, usûl izlenmeli ve kullan,lan k,saltmalar, k,saltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar taraf,ndan eklendi i takdirde kaynakça, eserlere yap,lan ilk at,flara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazar,n ad ve soyad, kal,n ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yay,nlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaralar, kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazar,n birden çok eserine at,f yap,lm,as, halinde, eserlerin an,l, lar, kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyece ini yazar kabul etmi tir.

INONU UNIVERSITY LAE REVIEW PUBLICATION RULES

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Deans' Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is published (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be published in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related education, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the institution of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.

14. Each author accepted that no royalty will be paid.

Ç NDEK LER

Nihan DE RMENC O LU AYDIN Ay,pl, Mal Nedeniyle Sözle meden Döner Tüketiciinin Kullan,m Bedeli Ödeme Borcu Olup Olmad, , Sorununun 6502 Say,l, Tüketiciinin Korunmas, Hakk,nda Kanun Uyar,nca ncelenmesi	308-318
Elvin BATMAZ S LAHTARO LU Pazarlamac,n,n Sigorta Sözle melerindeki Garanti Yükümlülü ünün Kapsam,	319-328
Merve ÜREM ÇET NEL Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehninde Rehin Verenin Rehin Konusu Üzerindeki Tasarruflar,	329-344
Ike GÖÇMEN - Emriye Özlem EKER Avrupa Birli i Bak,m,ndan Birle mi Milletler Deniz Hukuku Sözle mesinin Hukuki Etkileri	345-361
Ufuk TEK N Acentenin Tahsil Komisyonu Talep Hakk,	362-370
Melda TA KIN Denizyoluyla Ta ,nan E yalar,n Geç Teslimi Halinde Yap,Imas, Gereken Bildirime li kin De erlendirmeler	371-386
Özkan ÖZYAKI IR Galleye Müstehiklik (Hak Kazanma)	387-399
Ay e KÖME AKPULAT Bo and, , E yle Fiilen Birlikte Ya ayan E ve Çocuklar,n Gelir ve Ayl,klar,n,n Kesilmesi	400-417
Habip ÜNYILMAZ Avrupa Uygar,l,k E i inde Bâb,âli: 1856 Paris Andla mas, Temelinde Uluslararası, Hukuk ve Osmanl, mparatorlu u li kisine Avrupal,lar,n Gözüyle Bir Bak,	418-437
smail YÜKSEL Amerika Birle ik Devletleri Yüksek Mahkemesi çitihatlar,nda Nefret Söylemi	438-451
Serpil I IK sviçreöde Hukuk Uyu mazl,klar,n,n Alternatif Yollarla Çözümlemesi Kapsam,nda Tahkim ve Arabuluculuk le sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun Önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,na Genel Bir Bak,	452-469
Muhammet DÜRDU Türkiyeöde Sosyal Medya letmelerinin Vergilendirilmesi	470-488
Pelin KARAASLAN Teknik Bulu lar le Tasar,m Korumas, Aras,nda S,n,r Çizgisi: Teknik levin Tasar,m, ekillendirmesi	489-503
Ferhat YILDIRIM Sigorta Hukukunda Zenginle me Yasa , Tan,m,n,n Olu umunda Önemli Unsurlar (Avusturya ve Türk Hukuk Sistemi Aç,s,ndan Bir Kar ,la t,rma)	504-520
Cemil GÜNER Türk Ticaret Kanununun öYabancı, Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisiöne li kin Hükümünün Milletleraras, Özel Hukuk Aç,s,ndan De erlendirilmesi	521-538
Abdurrahman SAYGILI Ya am Hakk, Üzerinde Dü ünceler	539-547
Fahri Erdem KA AK Roma Hukukuyla Kar ,la t,rma, Olarak Türk Hukukunda art (Ko ul, Conditio)	548-562
Mehmet AKÇAAL pote in Kald,r,Imas, Davas,	563-578
Yeliz ANLI ATAY Cumhurba kanl, , Kararnamesinin Normlar Hiyerar isindeki Yeri	579-593
Süleyman YILMAZ - Gökçe Filiz ÇAVU O LU Türk Hukukunda Tahkime Elveri lilik Kavram, ve Ta ,nmaz Ayn,na li kin Uyu mazl,klar,n Tahkimde Görülmesi	594-613
Özlem TÜZÜNER Müftülerin Evlendirme Memurlar, Aras,na Kat,Imas, Hakk,nda Güncel Hukukî Geli meler ve Öneriler	614-632
Sabahattin NAL Nam,k Kemalön Devlet Kuram, ve Devletin Süreklili ini Sa layacak Yönetim Biçimi	633-649

Ersoy KONTACI öAvrupa Birli i Anayasas,ö ve Dü ündürdükleri: Siyasî Entegrasyon Temelli Bir Kavramla t,rma Denemesi	650-659
Gürsel KAPLAN dari Yarg,lama Hukukunda Dava Açman,n Sonuçlar,	660-676
Hediye BAHAR SAYIN Hayat Sigortalar,nda Doktor ncelemesi	677-693
Zeynep BAHADIR Türkiye Bankalar Birli i Bireysel Mü teri Hakem Heyeti	694-711
Çi dem Mine YILMAZ Türk Hukukunda Yerine Getirilm Ba , laman,n Geri Al,nmas, be BGB. 313. Çerçevesinde Alman Federal Yüksek Mahkeme Karar,n,n Dü ündürdükleri	712-727
Murat Bu ra TAHTALI Türk Hukukunda Ola anüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleriyle Kamu Görevinden hraç Edilen Personelin OHAL lemleri nceleme Komisyonu Sonras,nda dari Yarg,ya Ba vurma Süresi Sorunu	728-744
Asl, MAKARACI BA AK Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Lex Commissoria Anla mas, Yasa ,na stisna Getirip Getirmedi i Konusu Üzerine Bir De erlendirme	745-757
afak PARLAK BÖRÜ Robotik Cerrahi Müdahalelerden Do an Hukuki Sorumluluk	758-775
Atobiyografi	
Zeki HAFIZO ULLARI Prof. Dr. Zeki Haf,zo ullar,	776-779

CONTENTS


Nihan DE RMENC O LU AYDIN Examination of the Problem of Whether The Consumer, Who Rescinds A Contract Due To Defective Goods Has To Pay The Debt For The Usage Fee in Accordance With The Law No. 6502 On Protection of the Consumer	308-318
Elvin BATMAZ S LAHTARO LU The Scope of The Guarantee Obligation of The Marketer Under the Insurance Agreements	319-328
Merve ÜREM ÇET NEL The Pledgor's Authority to Dispose the Pledged Chattel and Its Consequences in Commercial Transactions	329-344
Ike GÖÇMEN - Emriye Özlem EKER Legal Effects of United Nations Convention on Law of The Sea With Regard to European Union	345-361
Ufuk TEK N The Right to Demand Collecting Commission of Commercial Agent	362-370
Melda TA KIN Considerations on Notice of Delay For Goods Carried By Sea	371-386
Özkan ÖZYAKI IR Revenue Entitlement	387-399
Ay e KÖME AKPULAT Cut of Income and Pension of Widows and Orphans Who Living Together With Former Spouse	400-417
Habip ÜNYILMAZ The Sublime Porte and The Standard of Civilization: The Relationship Between International Law and The Ottoman Empire in The Eyes of The Europeans on The Basis of 1856 Paris Treaty	418-437
smail YÜKSEL Case Law of Supreme Court of The United States of America on Hate Speech	438-451
Serpil I IK An Overview of The Alternative Ways of Resolving Legal Disputes By Means of Arbitration and Mediation in Switzerland, and The Swiss Rules of Commercial Mediation Suggested By The Swiss Chambers of Arbitration Institution	452-469
Muhammet DURDU Taxation of Social Media Business in Turkey	470-488
Pelin KARAASLAN The Demarcation Line Between Technical Inventions and Design Protection: Shaping of Design By The Technical Function	489-503
Ferhat YILDIRIM Important Elements in The Definition of The Prohibition of Enrichment in Insurance Law (A Comparison Between The Austrian and Turkish Legal Systems)	504-520
Cemil GÜNER The Evaluation of Article of Turkish Commercial Code related to the Representative Authority of Agents of Foreign Merchants in A Case From The Aspect of Private International Law	521-538
Abdurrahman SAYGILI Thoughts on Right to Life	539-547
Fahri Erdem KA AK Condition (Condicio) in Turkish Law in Comparison to Roman Law	548-562
Mehmet AKÇAAL An Action for the Abolition of the Hypothec	563-578
Yeliz ANLI ATAY The Place of Presidential Decree in The Hierarchy of Norms	579-593
Süleyman YILMAZ - Gökçe Filiz ÇAVU O LU The Concept of Arbitrability in Turkish Law and Arbitration for The Disputes Arising out of Immovable Properties	594-613
Özlem TÜZÜNER Recent Legal Developments and Suggestions on The Participation of Muftis Among The Registrars	614-632
Sabahattin NAL Namık Kemal's Theory of The State and System of Governance Model That Ensures The Continuity of The State	633-649

Ersoy KONTACI	
Some Reflections on The Constitution of The European Union: A Political Integration Oriented Approach	650-659
Gürsel KAPLAN	
The Results of Filing An Action in Administrative Jurisdiction Law	660-676
Hediye BAHAR SAYIN	
Physician Examination in Life Insurance	677-693
Zeynep BAHADIR	
The Banks Association of Turkey Customer Complaints Arbitration Panel	694-711
Çi dem Mine YILMAZ	
Withdrawal of Executed Donation in The Turkish Law and Suggestions From The German Federal Court of Justice Within The Frame Of BGB Art.313	712-727
Murat Bu ra TAHTALI	
The Problem of Applying to The Administrative Jurisdiction Period After The Commision for The Investigation of The State of Emergency of Personnel Expelled From Public Services By The Extraordinary State of Law in Turkish Legal System	728-744
Asl, MAKARACI BA AK	
An Evaluation Regarding Whether The Pledge of Movables in Commercial Transactions Code Regulates An Exception to The Ban of Lex Commissoria	745-757
afak PARLAK BÖRÜ	
Civil Liability Arising From Robotic Surgeries	758-775
Autobiyografi	
Zeki HAFIZO ULLARI	
Prof. Dr. Zeki Haf,zo ullah,	776-779

AYIPLI MAL NEDEN YLE SÖZLE MEDEN DÖNEN TÜKET C N N KULLANIM BEDEL ÖDEME BORCU OLUP OLMADI I SORUNUNUN 6502 SAYILI TÜKET C N N KORUNMASI HAKKINDA KANUN UYARINCA NCELENMES

EXAMINATION OF THE PROBLEM OF WHETHER THE CONSUMER, WHO RESCINDS A
CONTRACT DUE TO DEFECTIVE GOODS HAS TO PAY THE DEBT FOR THE USAGE FEE IN
ACCORDANCE WITH THE LAW NO. 6502 ON PROTECTION OF THE CONSUMER

Nihan DE RMENC O LU AYDIN*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.527558>

Makale Bilgi

Gönderilme: 15/02/2019
Kabul: 10/07/2019

Anahtar Kelimeler

Tüketici lemi,
Ay,pl, Mal,
Sözle meden Dönme,
Kullan,m Bedeli,
Kullan,m Bedelinin
Hesaplanmas,.

Özet

Genel hükümlerin uygulama alan, buldu u i lerde ay,p sebebiyle sözle meden dönme hakk,n,n kullan,m bedeli ödeyip ödemeyece ine yönelik Türk Borçlar Kanunu'nda aç,k düzenleme yoktur. Ö retideki hâkim görü al,c, semere getirmeyen mal, kullanmak suretiyle yarar elde etmi se bunun kar ,l, ,nda Türk Borçlar Kanunu m. 229/1 kapsam,nda kullan,m bedeli ödemesi gerekti i yönündedir. Yarg,tay yerle mi kararlar,nda da genel hükümlerin uygulama alan, buldu u i lerde ay,p sebebiyle sözle meden dönme hakk,n,n kullan,lmaz, üzerine kullan,m bedeli ödenmesine karar vermektedir. Ancak Yarg,tay Hukuk Genel Kurulunun 22.06.2005 tarihli karar,nda Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanunu'nda ay,p nedeniyle sözle meden dönme hakk,n,n kullan,m bedeli ödemesine yönelik bir hükmün mevcut olmamas, sebebiyle kullan,m bedelinin ödenmeyece ine karar verilmi tir. Bu karar tüketici i lemlerinde kullan,m bedeli ödenip ödenmeyece i hususunda ö retide farklı, görü lere sebep olmu tur. Bu çal, ma 6502 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun uyar,nca ay,pl, mal nedeniyle sözle meden dönme hakk,n,n kullan,m bedeli ödeme borcu olup olmad, , sorununa odaklan,r. Bu hususta ilk olarak yasal düzenleme incelenir. Daha sonra ö reti ve Yarg,tay uygulamas, de erlendirilir. Ard,ndan Avrupa Birli i hukuku ekseninde kullan,m bedelinin ödenmesi gerekti i görü ü gerekçelendirilir. Son olarak kullan,m bedelinin nas,l hesaplanmas, gerekti i netle tirilir.

Article Info

Received: 15/02/2019
Accepted: 10/07/2019

Keywords

Consumer
Transaction,
Defective Good,
Rescission of a
Contract,
Usage Fee,
Calculation of the
Usage Fee.

Abstract

There is no explicit regulation in Turkish Code of Obligations regarding whether the purchaser rescinds a contract based upon defective goods shall pay the usage fee for the issues where general provisions are applied. The general view is that if the purchaser has obtained a benefit by using fruitless product, he/she is obliged to pay a usage fee within the scope of Turkish Code of Obligations Article 229/1 in return. The Court of Cassation decides on payment as the usage fee upon the right of rescission of the contract on the grounds of defective goods where general provisions are applied in terms of its consistent decisions. However, in the decision of the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation dated 22.06.2005, it is stated that the usage fee shall not be paid due to lack of a provision in Law on Protection of the Consumer regarding the payment of the fee by consumer, who rescinds the contract because of defective goods. This decision has led to different views in the doctrine whether to pay the fee of use in consumer transactions. The aim of the study is to address whether the consumer rescission of the contract due to defective goods in accordance with the Law no. 6502 on Protection of the Consumer has the obligation of payment for the usage fee. First of all, legal regulations are examined. Then, the obligation of paying the usage fee is explained with its justifications in terms of the European Union law. Finally, it is clarified how the usage fee should be calculated.

*Ar . Gör., Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dal,.. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4973-4174>, (e-mail: ndegirmenciogluaydin@gmail.com).

I. G R

Son dönemde baz, otomobil firmaları, dizel motorlu araçlarda, çevreye zararlı, zehirli egzoz gazı, miktar, düşük göstermek için bilgisayar yazılımıyla oynadığı, skandal, bu konuya önem kazandırmaktadır. Böyle ki Yeni Binek Otomobillerinin Yakıt Ekonomisi ve CO2 Emisyonu Konusunda Tüketicilerin Bilgilendirilmesine İlişkin Yönetmelik¹ ile piyasada satış ve kiraya sunulan yeni otomobillerin CO2 emisyonu ve yakıt ekonomisi ile ilgili bilgilendirilmesi düzenlenir. Bu yönetmeliğe aykırı, bilgilendirme TKHK m. 8 gereği teknik düzenlemeye aykırı, sebepiyle aykırı, mal olup, uygun olarak üretilmeyen ve satış sunulan otomobiller de satış, ayaktan doğan sorumluluğuna yol açacaktır.² Bu çerçevede araçtaki aykırı nedeniyle sözleşme dönme hakkı, kullanan tüketicinin araç kullanması, sebebiyle kullanım bedeli ödeme borcu olup olmadığı, hususu, üzerinde önemle durulması, gereken bir konudur.

Çalışmamızın amacı, aykırı, mal nedeniyle sözleşme dönme hakkının iade borcu kapsamında mal kullanmasından dolayı, kullanım bedeli ödeme borcu olup olmadığı, konusunda Yargıtay uygulamasını ve öğreti görüşlerini de erlendirmek ve bu hususta ki isel görüşümüzü ve önerilerimizi sunmaktır.

Çalışmamız öncelikle yasal düzenlemeye de inilecek, daha sonra Yargıtay uygulaması ve öğretideki görüşler incelenecektir. Ardından AB mevzuatındaki düzenlemeye de inilecek, son olarak de erlendirme komisyonunda ele tirmelerimiz, ki isel düzenlemelerimiz ve önerilerimiz açıklanmaya çalışılacaktır.

II. YASAL DÜZENLEME

Satılan aykırı, oldu unun anlaşılması, üzerine tüketicinin sahip olduğu seçimsel hakları TKHK m. 11/1'de yer almaktadır. Bunlar;

Ösatılan, geri vermeye hazır oldu unu bildirerek sözleşme dönme, satılan, alıncı aykırı oranında satış, bedelinden indirim isteme, alıncı, bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masraflar, satış, ya ait olmak üzere satılan, ücretsiz onarılması, isteme ve imkân varsa satılan, aykırı, z bir misli ile de itirilmesini istemektedir.

Aykırı, mal sebebiyle sözleşme dönme hakkına ilişkin hüküm ve sonuçları TKHK'da özel olarak düzenlenmemektedir. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu (TBK)³ 229-231'inci maddeleri arasında dönmenin sonuçları, TBK m. 229/1'de ise dönme hakkı, kullanan alıncı borcu özel olarak düzenlenir. Hükme göre satış, sözleşme mesinden dönen alıncı, satış ile birlikte ondan elde ettiği yararları,⁴ satış, ya geri vermekle yükümlüdür. Hükümde geçen yararlar, mal teslim alınması, ile geri verilmesi arasında, gerçekte en yararları toplamdır.⁵ Alıncı elde ettiği yararları, iki farklı kapsam vardır. Satılan semere getiren e ya olması, ihtimalinde satış e yan semeresi bu yarar kapsamındadır.⁶ Örneğin hayvan satılmasında hayvanın yavrusu doğan semere veya tahminat satış, tahminat kiraya verilmiş kira bedeli hukuki semeredir. Bu semerenin iade edilmesi gerekir. Satılan semere getirmeyen e ya olması, hâlinde ise alıncı, o mal, aykırı nedeniyle kullanılamaz olduğu kadar kullanması, ile yarar elde etmektedir.⁷ Örneğin alıncı, geri vermeye konu olan televizyon ya da otomobili kullanması, öğretide kullanım yarar, öğretilen bir yarar elde etmektedir.⁸ Alıncı elde ettiği bu kullanım yararları, TBK m. 229/1'de yer alan yarar kapsamında olup iade edilmelidir. Bu iade uygun bir kullanım bedeli⁹ ödemesi ile gerçekleşecektir. Kullanım

¹ 28.12.2003 tarih 25330 sayılı, Resmî Gazete'de yayımlanan Yeni Binek Otomobillerinin Yakıt Ekonomisi ve CO2 Emisyonu Konusunda Tüketicilerin Bilgilendirilmesine İlişkin Yönetmelik.

² ÇABR, Sezer: 6502 Sayılı Kanunla Göre Tüketicinin Korunması, Hakkında Kanun Tasarısı, 1. Baskı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2016, s. 173.

³ 04.02.2011 tarih 27836 sayılı, Resmî Gazete'de yayımlanan 6098 sayılı, Türk Borçlar Kanunu.

⁴ TBK m. 229'ün eBK'daki karşılığı, olan eBK m. 205/1'de yarar kavramı, yerine menfaat kavramı kullanılmaktadır. Çalışmamızda TBK m. 229'da yer alan yarar kavramı tercih edilmiştir.

⁵ YAVUZ, Cevdet: Satılan (Mal) Aykırı, Sorumluluğu (Sorumluluk), 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1989, s. 178.

⁶ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 168; SEROZAN, Rona: Sözleşme Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 527-528.

⁷ BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşme Dönme, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 228; EREN, s. 169; SEROZAN, s. 527-528.

⁸ EREN, s. 169.

⁹ Kullanım bedeli, alıncı aykırı, mal kullanması, sebebiyle elde ettiği yarar karşılığında ödemesi gerekli tazminat miktarıdır. Öğretilen tazminat ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, 1. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul 2008, s. 192; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku

bedelinin tespitinde al,c,n,n elde etti i ekonomik yarara bak,Imas, gerekir¹⁰.

III. YARGITAY UYGULAMASI

Yarg,tay uygulamas,n, aç,klarcken genel hükümlerin (TBK-MK) uygulama alan, buldu u ler ile TKHK ve ilgili mevzuat,n uygulama alan, buldu u tüketici i lemlerinde kullan,m bedelinin ödenmesinin gerekip gerekmedi i konular,n, ayr, ayr, aç,klamakta fayda vard,r. Zira kullan,m bedelinin ödenmesi gerekip gerekmedi i tart, mas, temel olarak tüketici i lemlerinde söz konusudur.

Yarg,tay, tespit etti imiz tüketici i lemi niteli inde olmayan uyu mazl,klarda istikrarlı, olarak öyle karar vermi tir: Ay,pl, mal nedeniyle sözleşme meden dönen al,c,n,n sat,lan, kullanmas,na kar, l,k kullan,m bedeli ödemesi gerekir¹¹. Buna kar, l,k tüketici i leminin söz konusu oldu u bir uyu mazl,кта Yarg,tay Hukuk Genel Kurulu (HGK), 22.06.2005 tarih ve E. 2005/4-309, K. 2005/391 say,l, karar,nda Yerel Mahkemenin

öBozma ilam,nda, davac,n,n arac, kullanmakta edindi i yarar,n da gözetilmesi gerekti i belirtilmektedir. 4822 say,l, Yasa ile de i ik 4077 Say,l, Yasada kullan,m bedelinin dü ülece ine dair herhangi bir hüküm yoktur. Kald, ki arac, sat,n alan ki i de bu araç nedeniyle bedel ödemi tir, davac, arac, kullanm, , kar, taraf da ödenen bedeli kullanm, t,r. Bu nedenlerle arac,n kullan,m bedelinin mahsubu yasan,n özü ve ruhuna ayk,r, olur.ö

eklindeki direnme karar,n, *öAyr,ca, gerek 4077 say,l, Kanunun ilk ekinde gerekse 4822 say,l, Kanunla de i ik halinde kullan,m bedelinin dü ülmesine yönelik bir hükme de yer verilmemi tirö gerekçesiyle onam, t,r.*

Yarg,tay bu tarihten sonra TKHKø,n uygulama alan, buldu u kararlar,nda HGKø,n an,lan karar,na at,f yaparak TKHKøda kullan,m bedelinin dü ülmesine yönelik hükme yer verilmedi i gerekçesiyle kullan,m bedelinin tüketiciden al,namayaca ,na karar vermi tir¹².

Özel Borç li kileri, 11. Bask., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2015, s. 145; EREN, s. 169; ZEVKL LER, Ayd,n/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, 15. Bask., Turhan Kitapevi, Ankara 2015, s. 135; ÇABR, s. 237. Benzer ekinde al,c,n,n tazmin yükümlülü ünün oldu u hususunda YAVUZ, Sorumluluk, s. 178. Kanaatimizce Yarg,tay Hukuk Genel Kurulunun 22.06.2005 tarih ve E. 2005/4-309, K. 2005/391 say,l, karar,nda benimsenen kullan,m bedeli ifadesi, kullan,m sebebiyle elde edilen yararlar, tazminata oranla daha iyi vurgulamaktad,r. Bu nedenle çal, mam,zda kullan,m bedeli ifadesi tercih edilmektedir. Ö retide kullan,m bedeli ifadesi de kullan,lmaktad,r (Bkz. KARA, lhan: Yeni Kanunu Göre Tüketici Hukuku, 1. Bask., Engin Yay,nevi, Ankara 2015, s. 756).

¹⁰ ARAL/AYRANCI, s. 145.

¹¹ *öDavac,, 30.10.2001 tarihinde ald, , arac, Vergi dairesi taraf,ndan haczedilip dava d, , üçüncü ki iye sat,l,ncaya kadar yani elinden r,zas, d, ,nda ç,k,ncaya kadar kullanm, olup, davaya konu arac, kullan,rken birtak,m semereler elde etmi tir. B.K.nun 205/1. madde ve f,kras, gere ince -al,c,n,n istihsal etti i menfaatlerinø/sat, bedelinden tenzil edilmesi gerekirken bu husus göz ard, edilmi tir. Oysa ki, sat,m sözleşme mesinin feshiyle birlikte, al,c,n,n sat,landan elde etti i faydalar,n sebepsiz zenginle me kurallar,na göre hükmedilen alacaktan mahsubu gereklidir. (Dairemizin 2001/12719 E. 2002/3023 K. 1983/6286 E. 7556 K. say,l, ilamlar,) 818 Say,l, B.K.nun 205. (T.B.K.m. 229) maddesine göre davac, elde ettikleri semereleri daval,lara iade etmekle mükelleftir. Bu durumda mahkemece, bilirki i arac,l, yla B.K.nun ilgili maddeleri kapsam,nda inceleme ve ara t,rma yap,l,p, davaya konu arac,n davac,n,n elinde kald, , süre içinde araçtan elde etti i ve elde etmeyi ihmal etti i semerelerin miktar, belirlenip bu semerelerin toplam,n,n davac,n,n alaca ,ndan mahsup edilerek kalan bakiye miktar,n daval,dan tahsiline karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayan,arak yaz,l, ekinde hüküm kurulmas, usul ve yasaya ayk,r, olup, bozma nedenidir.ö, Yarg. 13. HD., 26.06.2013 tarih, E. 2013/6756, K. 2013/17624; Yarg. 13. HD., 25.01.1988 tarih, E. 1987/5999, K. 1988/247; Yarg. 13. Hukuk Dairesi 21.06.1990 tarih ve E. 1990/178, K. 1990/4537 (<http://www.hukukturk.com/bilgi-bankasi>), (Eri im Tarihi: 17.01.2019); Yarg. 13. HD., 10.12.1987 tarih, E. 5401, K. 6174; Yarg. 13. HD., 16.03.1983 tarih, E. 211, K. 1843 (UYGUR, Turgut: Aç,klamal, çtihtal, Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. IV, 2. Bask., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2003, s. 4757 vd.); Yarg. 13. HD., 15.12.1992 tarih, E. 1992/8632, K. 1992/9787 (YAVUZ, Cevdet: öYarg,tay Kararlar, I, ,nda Al,c,n,n Sat,lan,n Ay,plar, Sebebiyle Sözle meden Dönmesi ve Hükümleriö (Dönme), Prof. Dr. Ergun Özsunayø Arma an, 1. Bask., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2004, s. 126-127); Yarg. 13. HD., 25.01.1988 tarih, E. 7045, K. 7325 (BUZ, s. 228, dn. 348).*

¹² *öSözle meden çayma halinde sat, bedeline hangi tarihten faiz yürütülmesi gerekti i konusunda gerek Yarg,tay kararlar, gerekse hukuk genel kurulunun 22.06.2005 tarih ve 2005/4-309 esas 2005/391 karar say,l, kararlar,nda bedel iadesi veya arac,n de i tirilmesine karar verilmesi durumunda sat,c,n,n kullanma bedeli olarak bir talepte bulunamayaca , benimsenmi tir.ö, stanbul 4. Tüketici Mahkemesinin 27.07.2010, N. 2010/203-2010/563, <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=71&t=5696>, (Eri im Tarihi: 17.01.2019); Yarg. 13. HD., 18.09.2006 tarih, E. 2006/6251, K. 2006/11865; Yarg. 19. HD., 20.06.2011 tarih, E. 2011/5292, K. 2011/8219 <http://www.hukukturk.com/bilgi-bankasi>, (Eri im Tarihi: 17.01.2019).*

IV. Ö RET DEK GÖRÜ LER

Hem mülga Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun (eTKHK)¹³/mülga Borçlar Kanunu (eBK)¹⁴ hem de TKHK/TBK¹⁵ya ili kin yap,lan çal, malarda ay,pl, mal nedeniyle sözleşme döneden tüketicinin/al,c,n,n sat,lan, kullanmas,ndan dolayı, kullan,m bedeli ödemesinin gerekip gerekmedi i hususunda ö retide farklı görü ler mevcuttur. Ö retideki bu görü leri açıklarken - Yarg,tay uygulamas,nda incelendi i gibi- genel hükümlerin uygulama alan, buldu u i ler ile tüketici i lemi niteli indeki uyu mazlı,klarda verilen kararlar,n ayr, ayr, incelenmesinde fayda vard,r.

Genel hükümlerin uygulama alan, buldu u i lerde ö retideki hâkim görü öyledir: TBK m. 229/1 gere i al,c, sat,landan elde etti i yararlar, geri vermek zorunda olup, al,c, semere getirmeyen mal, kullanmak suretiyle yarar elde etmi se bu ekonomik yarar kar ,l, , sat,c, al,c,dan uygun kullan,m bedeli talep edebilir¹⁵.

Buna kar ,l,k *Yüce Bilgin*, eBK m. 205 (TBK m. 229)ın yürürlükte oldu u dönemde sözleşme dönülmesine neden olunan ay,pl, mal,n kullan,lmas, sonucu elde edilen ekonomik yarar,n talep edilip edilemeyece i konusunun tart, mal, oldu unu, TBK m. 229da kanun koyucunun mevcut düzenlemeyi koruyarak al,c,n,n yaln,zca elde edilen yararlar, iade yükümlülü ünü öngördü ünü ifade eder. Yazar ayr,ca di er konularda sat,c,n,n talep hakk,n,n olmayaca ,n, belirterek, sat,c,n,n al,c,dan kullan,m sebebiyle kullan,m bedeli talep edilemeyece ini vurgular¹⁶.

Tüketici i lemlerinde ise ö retideki bir görü tüketicinin sat,m konusu mal, kullanmas, kar ,l, , sat,c,ya uygun kullan,m bedeli vermesi gerekti i eklindedir¹⁷. Bu görü ün temsilcileri TBK m. 229/1 hükmünün tüketici i lemlerinde uygulama alan, bulup bulmayaca , tart, mas,na girmeden do rudan TBK m. 229/1æ at,f yaparak tüketici i lemlerinde sözleşme döneden tüketicinin ay,pl, mal,n kullan,m, sebebiyle kullan,m bedeli ödemesi gerekti ini ifade ederler.

Di er görü ün temsilcileri ise sözleşme döneden tüketicinin, kullan,m bedeli ödeme zorunlulu u olmad, ,n, kabul etmekte; ancak bu görü lerini farklı gerekçelere dayandırmaktadırlar:

Gümü, semere getirmeyen mal, kullanmak suretiyle ekonomik yarar elde eden al,c,n,n elde etti i yarar kar ,l, , sat,c,ya uygun kullan,m bedeli ödemesi gerekti ini ifade eder. Ancak yazar bu görü ün tüketici i lemleri bak,m,ndan kabul edilemeyece ini belirtir¹⁸.

Yılmaz ise kullan,m sebebiyle tüketicinin bundan elde etti i yarar,n tazmin edilmesi

¹³ 08.03.1995 tarih 22221 say,l, Resmî Gazete'de yay,mılanan 4077 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanunu.

¹⁴ 29.04.1926 tarih ve 359 say,l, Resmî Gazete'de yay,mılanan 818 say,l, Türk Borçlar Kanunu.

¹⁵ YAVUZ, Sorumluluk, s. 178; TANDO AN, s. 191-192; EREN, s. 169; ARAL/AYRANCI, s. 145; ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s. 135; SEROZAN, s. 527-528; BA O LU, Ba ak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen fa Talebi, 1. Bask., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2012, s. 122; AYDO DU, Murat/KAHVEC , Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç lı kileri, 3. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara 2017, s. 187; ED S, Seyfullah: Türk Borçlar Hukukuna Göre Sat,c,n,n Ay,ba Kar , Tekeffül Borcu, 1. Bask., Ajans Türk Matbaas,, Ankara 1963, s. 112; YAVUZ, Dönme, s. 141; AH N Z, Salih: Tacirler Aras, Ticari Sat,malarda Sat,c,n,n Ay,pl, fadan (Ay,pl, Mal Tesliminden) Sorumlulu u, 1. Bask., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2008, s. 153-154; ARBERK, Ömer: Sat,m Konusu Ay,pl, Mal,n Tamir Edilmesi, 1. Bask., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2005, s. 55. *Buz*, al,c,n,n sat,lan, kullanmak suretiyle elde etti i yararlar, tazmin etme yükümlülü ü alt,nda oldu u görü ündedir. Yazar bu görü ünün kanuni dayana ,n, taksitle sat,malarda sat,c,n,n al,c,n,n sat,m bedelini ödemede temerrüde dü mesi nedeniyle sözleşme dönmesi hâlinde taraflar,n iade borcu kapsam,n, düzenleyen eBK m.223 ve MK m. 689æa dayandırmaktadırlar. Yazar ekonomik bak,m,ndan güçsüz durumda bulunan ve bu nedenle de korunmaya muhtaç al,c,y, dahi sat,lan, kullanmas,n,n kar ,l, ,n, ödemekle yükümlü tutan bu hükmün, genelle tirilerek bütün dönme hallerine uygulanmas, gerekti ini ifade eder (BUZ, s. 227-228).

¹⁶ YÜCE B LG N, Melek: öSat, Sözle mesinde Ay,ptan Dolay, Sorumlulu un artlar, ve Al,c,n,n Seçimlik Haklar,ö, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara tırmalar, Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Say,s,, 6098 Say,l, Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin De erlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Arma an, stanbul 2011, s. 401.

¹⁷ ZEVKL LER, Ayd,n/AYDO DU, Murat: Tüketicinin Korunmas, Hukuku, 3. Bask., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2004, s. 127; AYDO DU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara 2015, s. 170; ZEVKL LER, Ayd,n: Aç,klamal, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun, 1. Bask., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2001, s. 82; KAHVEC , Nalan: Ta ,n,r Sat,m,nda Ay,pl, Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözle meden Dönmesi, 1. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara 2014, s. 302. *Çabri*, tüketicinin sat,lan, kullanmas,ndan dolayı, tazminat yükümlülü ünün olmamas,n,n daima adaletli olmayaca ,n, vurgular. Yazar sat,c,n,n alm, oldu u bedeli iade etme yükümlülü ü alt,nda oldu u dikkate al,nd, nda tüketicinin mal,n kullanmas,ndan dolayı, tazminat ödemesinin yerinde olaca ,n, belirtir ve bu nedenle kullan,m bedelinin ödenmesi gerekti i görü ündedir (ÇABR , s. 238).

¹⁸ GÜMÜ , Mustafa Alper: 6502 Say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun erhi, C. I, 1. Bask., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2014, s. 112.

gerekti ini, aksi halde tüketicinin ay,pl, mal sat, ,ndan önceki duruma göre daha kârl, durumda olaca ,n,, ancak TKHK'da buna yönelik hüküm bulunmad, ,n, ifade eder. Yazar TBK'da aç,k hüküm olmas,na ra men kanun koyucunun, tüketicinin bu kullan,m, nedeniyle sat,c,n,n u rad, , zarara katlanmas, gerekti ini savunur¹⁹. Di er anlat,mla tüketicinin kulan,m sebebiyle herhangi bir ücret ödemeyece i görü ündedir.

Karakocal./Kur un sözleşme dönmenin sonuçlar, bak,m,ndan TKHK m. 83'teki at,f ile dönmenin sonuçlar, için TBK m. 229 hükmüne ba vurman,n gerekli oldu unu, bu hükme göre sözleşme dönme üzerine sat,c,, al,c,n,n elde etti i semereler²⁰ dü ülmek kayd,yla faizi ile birlikte sat, bedelini iade ile yükümlü oldu unu ifade eder. Yazar ard,ndan Yarg,tay Hukuk Genel Kurulunun 22.05.2005 tarihli ve E. 2005/4-309, K. 2005/391 say,l, içtihad,nda eTKHK'da hüküm bulunmamas, nedeniyle tüketicinin elde etti i semereleri iade ile yükümlü olmad, ,na karar verdi i, TKHK'da da bu konuda hüküm bulunmad, ,ndan bu karar,n TKHK bak,m,ndan da geçerli oldu u sonucuna ula ,r²¹.

Kara, TKHK'da hüküm bulunmayan durumlarda, genel hükümlerin mutlaka uygulanmas, zorunlulu u olmad, ,n,, Anayasan,n tüketiciyi korumaya yönelik temel amac, gözetilerek tart, mal, konularda tüketici lehine yorum yap,lmas,n,n zorunlu oldu unu, sözleşme dönme hâlinde sat,c,n,n kullanma bedeli, tüketicinin de faiz istemeyece ine yönelik Yarg,tay uygulamas,n,n isabetli oldu unu ifade eder²².

V. AVRUPA B RL HUKUKU

AB müktesebat,nda bu konuda Tüketim Mallar,n,n Al,m Sat,m, ve Bunlara ait Garantilerin Belirli Yönlerine li kin 1999/44/EC say,l, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi²³ mevcuttur. Yönergede dönme hakk,n, kullanan tüketicinin, sat,lan,n kullan,m, nedeniyle kullan,m bedeli ödeyece ine yönelik aç,k madde yoktur. Ancak Yönergenin giri bölümündeki 15 numaral, u aç,klama an,labilir:

öÜye Ülkeler, tüketiciye yap,lacak herhangi bir geri ödemede, mallar,n kendisine teslim edildi i tarihten itibaren tüketicinin onlar, kulland, , hesaba kat,larak indirimle gidilebilece i yolunda bir hüküm getirebilece i için; í i bu yönerge kabul edilmi tir.ö

Görüldü ü üzere AB Yönergesinde üye ülkelerin benimsemesi hâlinde dönme hakk,n, kullanan tüketicinin iade edilen bedelden sat,lan mal,n kullan,m, nedeniyle indirim yap,labilece i serbestisi tan,n,r.

Konuyla ilgili olarak AB Adalet Divan,ın,n Yönerge hakk,nda verdi i *Quelle* karar, büyük önem ta ,maktad,r²⁴. Karara konu olayda Almanya'da bir tüketici A ustos 2002'de *Quelle* isimli uzaktan pazarlama irketinden bir ocak sat,n al,r. 2004 y,l,n, ba ,nda ocak bozulur. Bunun üzerine tüketici onar,m mümkün olmad, , için yenisi ile de i tirilmesini talep eder. irket, oca , yenisi ile de i tirir; ancak eski ocak için tüketiciden 69,97 Avro kullan,m bedeli talep eder. Bu bedeli vermek istemeyen tüketici konuyu Alman Mahkemesine ta ,r. Mahkeme ise AB Adalet Divan,na Yönergenin nas,l yorumlanaca ,n, sorarak konuyu bekletici mesele yapar²⁵.

¹⁹ ASLAN, . Y,lmaz: 6502 Say,l, Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Bask., Ekin Yay,nevi, Bursa 2015, s. 188.

²⁰ *Karakocal./Kur un*, kullan,m bedeli yerine semere ifadesini kullanm, t,r (KARAKOCALI, Ahmet/KUR UN, Ali Suphi: Tüketici Hukuku, 6502 Say,l, Kanun ve lgili Yönetmeliklere Göre, 1. Bask., Aristo Yay,nevi, stanbul 2015, s. 68). Semere ile kullan,m bedeli farklı kavramlar olup bu kavramlar hakk,nda ayrınt,l, bilgi için bkz. öI. Yasal Düzenlemeler ö ad, alt,ndaki aç,klamalar.

²¹ KARAKOCALI/KUR UN, s. 68.

²² KARA, s. 758.

²³ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees. Avrupa Birli i Resmî Gazetesi, 7.7.1999 L 171/12.

²⁴ *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, C-404/06, 17.04.2018. Karar,n ngilizce metni için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5162899185018470f9febe58c7d5c255d.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNaNe0?text=&docid=71604&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2125875>. (Eri im Tarihi: 17.01.2019).

²⁵ ATAMER, Ye im M./BA , Ece: öAvrupa Birli i Hukuku le Kar ,la t,r,ml, Olarak 6502 Say,l, Yeni Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun Uyar,ınca Sat,m Sözle mesinde Ay,ptan Do an Sorumlulukö, stanbul Barosu Dergisi Tüketici Haklar, ve Rekabet Hukuku Özel Say,s,, 2014, 88(1), s. 42-43; ATAMER, Ye im M./ NCEO LU, Murat: Sat,m Sözle mesinde Tüketicinin Seçimlik Haklar, ve Avrupa Birli i Hukuku ile Uyumu Sorunu, 1. Bask., Otomotiv Distribütörleri Derne i Yay,n,, stanbul 2012, s. 17.

Adalet Divan, tüketicinin oca , 18-19 ay gibi bir süreyle kullanmas,n,n ve ard,ndan yenisi veya daha üst modelini almas,n,n haks,z zenginle me te kil etmeyece ine, ay,pl, mal, teslim etmek suretiyle sat,c,n,n sözleşme ayk,r, davrand, ,na ve sonuçlar,na katlanmas, gerekti ine, tüketici sözleşme meden dönme hakk,n, kullanmad, , sürece kendisinden herhangi kullan,m bedelinin istenmesinin mümkün olmad, ,na karar verir²⁶. Adalet Divan,n,n bu karar,ndan, tüketicinin ancak sözleşme meden dönmesi durumunda ondan kullan,m bedeli istenebilece i sonucu ç,kmaktadır.

VI. DE ERLEND RME

TKHK uyar,nca ay,pl, mal nedeniyle sözleşme meden dönen tüketicinin kullan,m bedeli ödeme borcu olup olmad, ,na yönelik de erlendirmelerimizi iki ba l,k alt,nda incelemekte fayda vard,r.

A. Tüketici lemlerinde Mal,n Kullan,m,ndan Dolay, Kullan,m Bedeli stenip stenemeyece i Hususu

Yukar,da de inilen Yarg,tay uygulamas,, ö retideki görü ler ve yasal düzenlemeler birlikte de erlendirildi inde incelenmesi gereken üç husus belirir.

lk olarak, HGK'n, 22.05.2005 tarihli E. 2005/4-309, K. 2005/391 say,l, karar,nda ifade edildi i gibi eTKHK/TKHK'da kullan,m bedelinin dü ülmesine yönelik hüküm olup olmad, , incelenmesi gerekir. Tüketicinin ay,p nedeniyle sahip oldu u seçimlik haklar TKHK m. 11'de (eTKHK m. 4) bulunur. Hükümde tüketiciye dönme seçimlik hakk, tan,nmas,na kar ,n bu hakk,n kullan,lmas,n,n sonuçlar, düzenlenmez.

kinci olarak, TBK m. 229/1'de al,c,n,n elde etti i yararlar kavram,na sadece elde edilen semerelerin mi, yoksa kullan,m bedelinin de dâhil olup olmad, , tart, ,labilir. Dönme hakk,n,n hukuki niteli ine bak,ld, ,nda, dönme hakk,n,n kullan,lmas, bozucu yenilik do uran hak niteli indedir. Tüketicinin tek tarafl, varmas, gerekli dönme iradesi sat,c,ya ula mas, ile sözleşme ili kisi geçmi e etkili olarak (*ex tunc*) sona ermektedir²⁷. Dönme hakk,n,n kullan,lmas, ile sözleşme menin taraflar, önceki durumlar,na geri dönmekte, di er bir anlat,mla herkes ald, ,n, iade ederek sözleşme meden önceki durum sa lanmaktadır²⁸. Bu sebeple kanun koyucu al,c, ve sat,c,ya baz, yükümlülükler yükler. Al,c, sat,lan, ve elde etti i yararlar, iade borcu alt,ndayken, sat,c, da alm, oldu u bedel ile ödemenin yap,ld, , tarihten itibaren faizi al,c,ya iade etmek durumundadır (TBK m. 229). Al,c, sat,lan, iade ederken, kullan,m bedelinin dü ülmemesi kan,m,zca dönmenin amac,na hizmet etmemektedir. öyle ki taraflar,n sözleşme meden önceki duruma geri dönmelerinin sa lanmas, için al,c,n,n da kullan,m bedeli ödemesi gerekir.

Al,c,, sat,lan için verdi i paray, faiziyle birlikte geri almakla sözleşme kurulmadan önceki duruma gelmektedir. Sat,c, ise belirli süre kullan,lm, , yeni olma özelli ini kaybetmi -ve art,k ba ka türlü de erlendirilmesi ço u kez mümkün olmayan- sat,lan, geri alm, t,r. Sat,c, sözleşme kurulmadan önceki durumda de ildir. Üstelik al,c, ay,pl, da olsa belli bir süre sat,lan, kullanmak suretiyle ekonomik yarar elde etmi tir. Örne in, bir otomobil sat,n alan tüketici on ayl,k kullan,m, sonunda ortaya ç,kan ay,p sebebiyle dönme hakk,n, kullanm, ve bu on ayl,k süre zarf,nda taksit ya da toplu ta ,ma yerine arabay, kullanarak ekonomik yarar elde etmi ise bu kullan,m üzerine elde etti i yarar kar ,l, ,nda uygun bedel ödemelidir. Zira sözleşme meden dönme hâlinde sat, bedelini faiziyle birlikte iade eden sat,c,ya kar , kullan,m sebebiyle kullan,m bedeli ödenmesi hakkaniyet gere idir.

Daha önce ayr,nt,lar, ile incelendi i üzere Yarg,tay istikrarl, olarak genel hükümlerin uygulama alan, buldu u adi i niteli indeki sat,m sözleşme lerinde ay,p sebebiyle dönme hâlinde TBK m. 229/1 (eBK m. 205/1) gere i al,c,n,n kullan,m bedeli ödemesi gerekti ine karar verir²⁹.

Yukar,da anlat,lan bilgiler , , ,nda ve daha önce ayr,nt,l, olarak inceledi imiz üzere³⁰ - ö retideki hâkim görü e uygun olarak³¹- kan,m,zca TBK m. 229/1 kapsam,nda al,c,n,n elde etti i yararlar,n içerisinde sadece semereler de il, sat,lan,n kullan,lmas, sebebiyle elde edilen ekonomik yarar da vard,r. Bu nedenle al,c,n,n sat,c,ya uygun kullan,m bedeli ödemesi gerekir.

²⁶ ATAMER/ NCEO LU, s. 17; ATAMER/BA , s. 43.

²⁷ YAVUZ, Dönme, s. 128; ÇABR , s. 227. Sözleşme meden dönme hakk,n,n kullan,lmas,n,n sonuçlar, hususunda ö retideki tart, ma hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz. BA O LU, s.122-123, dn. 206.

²⁸ YAVUZ, Dönme, s. 129.

²⁹ Bkz. dn. 12'de yer alan Yarg,tay kararlar,.

³⁰ Bkz. ö.l. Yasal Düzenlemeler ö ad, alt,ndaki aç,klamalar.

³¹ Bkz. dn. 16'da ad, geçen yazarlar.

Üçüncü olarak incelenmesi gereken husus TBK m. 229/1 hükmünün tüketici i lemlerine uygulan,p uygulanamayaca ,d,r. TKHK sadece tüketicinin taraf oldu u i lemlere uygulanan özel kanun niteli inde olup, TKHKda her hususta ayr,nt,l, düzenleme mevcut de ildir. Bununla beraber TKHK m. 83 gere i TKHKda hüküm olmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır.

Yukar,da da belirtildi i üzere genel hükümlerde TBK m. 229/1de iade edilmesi gereken yararlar,n kapsam,nda sat,lan,n kullan,m, sebebiyle elde edilen ekonomik yarar da bulunmaktadır,r. TKHKda hüküm bulunmad, , için TKHK m. 83deki at,ftan dolay, TBK m. 229 hükmü uygulama alan, bulabilir. Nitekim Yarg,tayø,n ay,p nedeniyle al,c,n,n dönme hakk,n, kulland, , uyu mazl,klara ili kin kararlara bak,ld, ,ndan TKHKda düzenleme olmad, , için TKHK m. 83 (eTKHK m. 30) maddesini esas göstererek genel hükümleri (TBK m. 229- eBK m. 205) uygulad, , görülür³². Kullan,m bedelinin talep edilip edilmeyece i hususunda ise Yarg,tayø,n TKHK m. 83 hükmünü yok sayarak TKHKda düzenleme olmamas, gerekçesiyle TBK m. 229 hükmünü uygulamamas, kan,m,zca çeli kilidir.

TKHK m. 83 atf, ile genel hükümler uygulan,rken, tüketici hukukunun amac, ve özelliklerinin dikkate al,nmas, gerekir. Uygulanacak genel hükmün tüketici hukukunun amac, ve niteli i ile çat, mas, ihtimalinde de MK m. 1 gere i hâkim kanunda uygulanabilir herhangi bir hüküm olmamas, durumunda öncelikle örf ve âdet hukukuna, bu da yoksa var olan bo lu u kendisi kanun koyucu olsayd, nas,l bir kural koyacak ise o ekilde kural koyarak doldurmal,d,r³³. Bu bilgiler , , ,nda yarg,ya ilk olarak TKHKda hüküm olmayan hallerde genel hükümleri uygulamas, önerilebilir. E er genel hükmün tüketici hukukunun amac, ve niteli ine ayk,r, oldu u dü ünülüyorsa bu hükmün neden uygulama alan, bulmayaca , aç,klanabilir. Aksine yaln,zca TKHKda düzenleme olmamas, sebebiyle kullan,m bedeli al,nmayaca ,na karar vermek hukuki gerekçe de ildir.

TKHKda düzenleme olmayan hallerde m. 83ün atf,ya TBK m. 229 hükmü uygulama alan, bulaca , hususu kan,m,zca tüketici hukukunun amac, ve niteli ine ayk,r, de ildir. İlk olarak, kanun koyucu bu konuda tüketiciyi korumak isteseydi kullan,m bedelinin talep edilemeyece ine yönelik aç,k düzenleme yapard,. Ancak kanun koyucu ne eTKHKda ne de TKHKda buna yönelik düzenleme yapm, t,r. kinci olarak tüketici dönme hakk,n, kullanmakla birlikte sat,lan,n bedelini faizi ile geri almaktadır,r. Kullan,m bedelinin istenememesi hâlinde tüketici, ay,p ortaya ç,k,ncaya kadar sat,lan, kullanarak ekonomik yarar elde etmektedir. Bu yarar,n iade edilmesi tüketicinin zarar,na olmay,p, aksine hakkaniyete uygundur. Aksi halde sat,lan,n bedelini faizi ile birlikte iade eden sat,c,, kullan,lm, /yeni olma özelli ini kaybetmi sat,lan ile ba ba a kalacaktır.

Uygulamada Yarg,tay sat,ma konu olan mal,n kullan,lmas, hâlinde al,c,n,n faiz talebinde bulunamayaca ,na yönelik kararlar vermektedir³⁴. İlk bak, ta tüketicinin mal, kulland, , sürece faiz talep edemeyece i için kullan,m bedelinin de talep edilmemesi menfaatler dengesine uygun bulunabilir. Ancak Yarg,tay bu ve buna benzer kararlar,nda temerrüt faizi üzerinde durur³⁵. Oysaki TBK 229/1, b.1de bahsi geçen dönme hâlinde sat,c,n,n sat,m bedelini faizi ile birlikte iade borcundaki faiz ö retide de ileri sürüldü ü üzere temerrüt faizi de il, anapara faizidir³⁶. Anapara

³² 4077 say,l, Yasan,n 4/2 maddesi ay,pl, mal,n neden oldu u zararlardan sat,c,y, sorumlu tutmu tur. Ayn, Yasan,n 30. maddesi bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanaca ,n, öngörmü tür. BK. 202 maddesi yollamas,ya BK.ınun 205. maddesinin 2. f,kras,;ç Sat,c,, bunlardan maada al,c,ya ay,pl, mal teslim etmesinden do rudan do ruya tevellüt etmi olan zarar, da ayr,ca tazmin etmeye mecburdur.ø 3. f,kras, ç Sat,c, kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyece ini ispat etmedikçe, al,c,n,n di er her türlü zararlar,n, tazmin etmeye mecburdur.ø düzenlemesini getirmi tir. Bu yasal düzenleme do rultusunda daval, hiçbir kusuru olmad, ,n, kan,tlamad,kça olu an davac, zarar,ndan sorumludur.ö, Yarg. 13. HD., 04.05.2009 tarih, E. 2008/9676, K. 2009/6001; ö.. Dava, kampanyal, sat, esas,na dayal, olarak sat,n al,nan arac,n kararla t,r,lan sürede teslim edilmemesi nedeniyle do an zarar,n tazminine ili kindir. 4077 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun'un kampanyal, sat, lar, düzenleyen 7. maddesinde sat,lan,n geç teslim veya hiç teslim edilmemesi nedeniyle u ran,lan zararlara ili kin aç,k bir düzenleme bulunmad, ,ndan, an,lan yasan,n 30. maddesi gere ince bu tür uyu mazl,klar,n genel hükümlere göre çözümlenece i kabul edilmelidir.ö Yarg. 13. HD., 12.07.2004 tarih, E. 2004 /3108, K. 2004/11101 (<http://www.hukukturk.com/bilgi-bankasi>), (Eri im Tarihi: 17.01.2019).

³³ ÇABR , s. 1089.

³⁴ Yarg. 13. HD., 22.03.2012 tarih, E. 2012/6393, K. 2012/7883 (KARA, s. 765)

³⁵ Yarg. 13. HD., 19.12.2006 tarih, E. 2006/13194, K. 2006/16511; Yarg. 19. HD., 20.06.2011 tarih, E. 2011/5292, K. 2011/8219 (<http://www.hukukturk.com/bilgi-bankasi>), (Eri im Tarihi: 17.01.2019); Yarg. 13. HD., 16.03.1983 tarih, E. 211, K. 1843 (UYGUR, s. 4758-4759).

³⁶ GÜMÜ , s. 112; AH N Z, s. 140.

faizinin, al,c,n,n sat, bedelini sat,c,ya ödemi oldu u tarihten itibaren hesaplanmas, gerekir³⁷. üphesiz, sat,c, sat, bedelini iade etme borcunun ifas,nda temerrüde dü erse, al,c, sat,c,n,n temerrüde dü mesinden itibaren temerrüt faizi de talep edebilir. Son olarak Yarg,tayø,n hem kullan,m sebebiyle elde edilen yararlar,n sat, bedelinden indirilmesi, hem de sat, bedelinin faizi ile birlikte geri vermesi gerekti i yönünde karar, da mevcuttur³⁸.

Bu çerçevede yarg, kararlar,n,n istikrarlı, ve konuya yakla ,m,n,n isabetli olmad, ,n, söyleyebiliriz. Bu sebeple Yarg,tayø,n içtihat de i ikli ine giderek sözleşme meden dönen tüketiciye mal, kullanmas,ndan dolayı, uygun kullan,m bedeli ödenmesi gerekti ine karar vermesinin daha do ru olaca , kanaatindeyiz.

B. Kullan,m Bedelinin Hesaplanmas, Usulü

Kullan,m bedelinin ödenmesi hususundaki aç,klamalardan sonra kullan,m bedelinin nas,l hesaplanmas, gerekti i sorusu akla gelmektedir. Ö retide baz, öneriler getirilmi olmakla birlikte meselenin tart, malara mahal b,rakmayacak ekilde çözüme kavu tu u söylenemez.

Yavuz, al,c,n,n konutu kullanmas,ndan dolayı, kullan,m bedelinin (tazmin yükümlülü ü) bir kira bedelinden daha dü ük ekilde dü ünülmesi gerekti ini; çünkü al,c,n,n, sat,lan, sat,c,y, faydaland,rma amac,yla kullanmad, ,n, ifade eder³⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin kullan,m bedelinin hesaplanmas, hususunda geli tirdi i bir yöntem bulunmaktadır,r. Mahkeme ilk olarak sat,m konusu mal,n ortalama/olas, kullan,m ömrünü tespit etmektedir⁴⁰. Ay,pl, mala ödenen bedel, kullan,m ömrüne bölünmekte ve bu ekilde ayl,k kullan,m bedeli hesaplanmaktadır,r. Ayl,k miktar ay,b,n ortaya ç,kmas,na kadar geçen süre ile çarp,lmakta, böylece tüketicinin mal, kullanmas, sebebiyle ödeyece i bedel tespit edilmi olmaktadır,r⁴¹. Örne in 3.000 TLøye al,nan buzdolab,n,n kullan,m ömrünün ortalama on y,l (yüz yirmi ay) oldu u varsay,l,r ise $3.000 \text{ TL} / 120 = 25 \text{ TL}$ buzdolab,n,n ayl,k kullan,m kar ,l, ,d,r. On ay buzdolab,n, kullanan tüketicinin vermesi gereken kullan,m bedeli $10 \times 25 = 250 \text{ TL}$ dir.

Ö retide bu yöntemin Türk hukuku için de uygulanabilece i kabul edilmektedir⁴². Bununla beraber *Atamer/Ba , Sat, Sonras, Hizmetler Yönetmeli i*nde⁴³ ekli listesinde her mal grubu için kullan,m ömürleri tespit edildi ini, bu sürelerin tüketici i lemlerine konu mallar,n kullan,m sürelerinin belirlenmesinde de kullan,labilece ini ifade eder⁴⁴. *Çabri* ise otomobillerin kullan,m süresinin Yönetmeli e göre on y,l olmas,na ra men ülkemizde bu sürenin daha uzun oldu unu, hatta ikinci el araçlar,n sat, bedelinden yüksek oldu unu ifade eder. Bu nedenle kullan,m bedeli belirlenirken genel bir kural yerine somut olaya göre de erlendirme yap,lmas, gerekti ini ileri sürer⁴⁵.

Kan,m,zca Alman Federal Mahkemesinin geli tirdi i bu yöntem Türk hukuku için de kullan,labilir; ancak mallar,n ömürleri için *Sat, Sonras, Hizmetler Yönetmeli i*nde belirtilen kullan,m ömürlerinin her olaya uygulanmas, adil olmayabilir.

Örne in bir beyaz e yan,n kullan,m yönteminin belirlenmesinde *Sat, Sonras, Hizmetler Yönetmelikte* belirtilen kullan,m ömrü dikkate al,narak hesap yap,labilir. Ancak otomobil ya da foto raf makinesi gibi kullan,m ömrünün kullan,ma ba l, olarak de i kenlik gösterdi i e yalarda Yönetmelikteki sürelerin dikkate al,nmas, adaletli olmayabilir.

*Sat, Sonras, Hizmetler Yönetmeli i*ne göre foto raf makinesinin kullan,m ömrü be y,ld,r. Ancak bir foto raf makinesinin ömrü *øshutterö*a (deklan öre bas,ld, ,nda çekilen foto raf say,s,na) göre de i ir. Bu say, ise ortalama 100.000- 200.000'dir. Örne in foto raf makinesiyle be ay içinde 90.000 adet foto raf çeken bir ki i ile 5.000 adet foto raf çeken ki inin ödemesi gereken kullan,m bedeli ayn, olmamal,d,r. Burada kullan,m ömrü olarak foto raf makinesinin ortalama *øshutterö* say,s, dikkate al,nabilir.

³⁷ AH N Z, s. 140.

³⁸ Yarg. 13. HD., 16.03.1983 tarih, E. 211, K. 1843 (UYGUR, s. 4758-4759).

³⁹ YAVUZ, Sorumluluk, s. 178.

⁴⁰ AG Hildesheim, Urteil vom 11.03.2008 -43 C 192/07 (Beck-Online), (Eri im Tarihi: 17.01.2019).

⁴¹ BUZ, s. 229; ÇABR , s. 238- 239; KAHVEC , s. 302- 303.

⁴² KAHVEC , s. 303; BUZ, s. 229; ATAMER/BA , s. 49.

⁴³ 13.06.2014 tarih 29029 say,l, Resmî Gazete'de yay,mılanan *Sat, Sonras, Hizmetler Yönetmeli i*.

⁴⁴ ATAMER/BA , s. 49.

⁴⁵ ÇABR , s. 239.

Yönetmelikte kullan,m süresi on y,l olarak belirlenen otomobillerin kullan,m bedelinin bu süreye göre hesaplanmas, hâlinde ay,p ortaya ç,kana kadar geçen sürede, örne in be ayda 100.000 km yapan tüketici ile be ayda 6.000 km yapan tüketicinin ödeyece i kullan,m bedeli ayn, olacaktır. Bunun ise adil olmayaca , ortadadır.

Alman Federal Mahkemesi bir karar,nda kullan,lmam, dizel arac,n ömrünü 250.000 km olarak saptam, t,r⁴⁶. Benzer ekilde Türk hukukunda da otomobillerde kullan,m ömrü yerine kilometre dikkate alınabilir. Örne in 100.000 TLøye alınan bir araçta 40.000 km kullan,mdan sonra ay,p ortaya ç,km, olsun. Bu durumda $100.000/250.000= 0,4$ TL kilometre baş,na bedeldir. Ödenmesi gereken kullan,m bedeli ise $0,4 \times 40.000= 16.000$ TLødir. Bu nedenle kullan,m süresinin hesaplanmas,nda ay,pl, mal,n niteli ine göre değerlendirme yapıl,mas, hakkaniyete daha uygun olur.

VII. SONUÇ

TKHKøda sözleşme dönme hakk,n,n sonuçlar, özel olarak düzenlenmemektedir. Buna karar ,n TBK m. 229/1øde dönme hakk,n, kullanan al,c,n,n borcu düzenlenir. Hükme göre sözleşme mesinden dönen al,c,, sözleşme ile birlikte ondan elde etti i yararlar, sözleşmeye geri vermekle yükümlüdür. Al,c,n,n elde etti i yarar,n kapsam,nda sadece semereler de il, sözleşme kullan,lmamas, sebebiyle elde edilen ekonomik yarar da vardır. Al,c,n,n kullan,m sebebiyle elde etti i ekonomik yarar kar ,l, ,nda uygun kullan,m bedelini sözleşmeye ödemesi gerekir.

TKHKøda dönmenin sonuçlar,na yönelik özel hüküm bulunmad, ,ndan TKHK m. 83øteki at,ftan dolayı, TBK m. 229 hükmü uygulama alan, bulur. Bu kapsamda tüketici i lemlerinde de tüketicinin ay,pl, sözleşme kullan,mas, sebebiyle uygun kullan,m bedeli ödemesi gerekir.

Kullan,m bedelinin hesaplanmas,nda Alman Federal Mahkemesiønin benimsedi i yöntem Türk hukukunda da uygulanabilir. Ancak kullan,m bedelinin hesaplanmas,nda sadece mal,n (ortalama) kullan,m ömrü de il, ayet hesaplanabilir nitelikte ise ay,pl, mal,n tüketici tarafından kullanma ölçüsü ve miktar,na dair farklı kriterlerin dikkate alınmas, menfaatler dengesi bakım,ndan daha isabetlidir.

⁴⁶ ATAMER/ NCEO LU, s. 27. Karar için bkz. OLG Celle, 01.07.2009- 7 U 256/08 (Beck-Online) (Erişim Tarihi: 17.01.2019).

KAYNAKÇA

- ARAL, Fahrettin/AYRANCI Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, 11. Bask., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2015.
- ARBERK, Ömer: Sat,m Konusu Ay,pl, Mal,n Tamir Edilmesi, 1. Bask., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2005.
- ASLAN, . Y,lmaz: 6502 Say,l, Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Bask., Ekin Yay,nevi, Bursa 2015.
- ATAMER, Ye im M./BA , Ece: öAvrupa Birli i Hukuku ile Kar ,la t,rnal, Olarak 6502 Say,l, Yeni Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun Uyar,nca Sat,m Sözle mesinde Ay,ptan Do an Sorumlulukö, stanbul Barosu Dergisi Tüketici Haklar, ve Rekabet Hukuku Özel Say,s,, 2014, 88(1), s. 19- 60.
- ATAMER, Ye im M./ NCEO LU, Murat: Sat,m Sözle mesinde Tüketicinin Seçimlik Haklar, ve Avrupa Birli i Hukuku ile Uyumu Sorunu, 1. Bask., Otomotif Distribütörleri Derne i Yay,n,, stanbul 2012.
- AYDO DU, Murat/KAHVEC , Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, 3. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara 2017.
- AYDO DU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara 2015.
- BA O LU, Ba ak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen fa Talebi, 1. Bask., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2012.
- BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözle meden Dönme, 1. Bask., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 1998.
- ÇABR , Sezer: 6502 Say,l, Kanunø Göre Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun erhi, 1. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara 2016.
- ED S, Seyfullah: Türk Borçlar Hukukuna Göre Sat,c,n,n Ay,ba Kar , Tekeffül Borcu, 1. Bask., Ajans Türk Matbaas,, Ankara 1963.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Bask., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2014.
- GÜMÜ , Mustafa Alper: 6502 Say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun erhi, C. I, 1. Bask., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2014.
- KAHVEC , Nalan: Ta ,n,r Sat,m,nda Ay,pl, Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözle meden Dönmesi, 1. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara 2014.
- KARA, lhan: Yeni Kanunu Göre Tüketici Hukuku, 1. Bask., Engin Yay,nevi, Ankara 2015.
- KARAKOCALI, Ahmet/KUR UN, Ali Suphi: Tüketici Hukuku, 6502 Say,l, Kanun ve lgili Yönetmeliklere Göre, 1. Bask., Aristo Yay,nevi, stanbul 2015.
- SEROZAN, Rona: Sözle meden Dönme, 2. Bask., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2007.
- AH N Z, Salih: Tacirler Aras, Ticari Sat,m,larda Sat,c,n,n Ay,pl, fadan (Ay,pl, Mal Tesliminden) Sorumlulu u, 1. Bask., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2008.
- TANDO AN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, C. I, 1. Bask., Vedat Yay,nevi, stanbul 2008.
- UYGUR, Turgut: Aç,klamal, çtihatlı, Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. IV, 2. Bask., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2003.
- YAVUZ, Cevdet: öYarg,tay Kararlar, I , ,nda Al,c,n,n Sat,lan,n Ay,plar, Sebebiyle Sözle meden Dönmesi ve Hükümleriö, Prof. Dr. Ergun Özsunayø Arma an, 1. Bask., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2004, s. 117- 143 (An,l, : Dönme).
- YAVUZ, Cevdet: Sat,c,n,n Sat,lan (Mal,n) Ay,plar,ndan Sorumlulu u, 1. Bask., Beta Yay,nevi, stanbul 1989 (An,l, : Sorumluluk).
- YÜCE B LG N, Melek: öSat, Sözle mesinde Ay,ptan Dolay, Sorumlulu un artlar, ve Al,c,n,n Seçimlik Haklar,ö, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara t,rnalar, Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Say,s,, 6098 Say,l, Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin De erlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Arma an, stanbul 2011, s. 383- 420.
- ZEVKL LER, Ayd,n/AYDO DU, Murat: Tüketicinin Korunmas, Hukuku, 3. Bask., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2004.
- ZEVKL LER, Ayd,n/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, 15. Bask., Turhan Kitapevi, Ankara 2015.
- ZEVKL LER, Ayd,n: Aç,klamal, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun, 1. Bask., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2001.

Çevrimiçi Kaynaklar

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionId=9ea7d0f130d5162899185018470f9febe58c7d5c255d.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNaNe0?text=&docid=71604&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2125875>,
(Eri im Tarihi: 17.01.2019).


<http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=71&t=5696>, (Eri im Tarihi: 17.01.2019).

<http://www.hukukturk.com/bilgi-bankasi>, (Eri im Tarihi: 17.01.2019).

PAZARLAMACININ S GORTA SÖZLE MELER NDEK GARANT YÜKÜMLÜLÜ ÜNÜN KAPSAMI

THE SCOPE OF THE GUARANTEE OBLIGATION OF THE MARKETER UNDER THE INSURANCE AGREEMENTS

Elvin BATMAZ S LAHTARO LU*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.551773>

Makale Bilgi

Gönderilme: 10/04/2019
Kabul: 20/07/2019

Anahtar Kelimeler

Pazarlamac.,
Garanti Yükümlülü ü,
Sigorta Sözle mesi.

Özet

6098 sayılı, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)448. maddesi uyarınca pazarlamacı, sözleşme sahibi, pazarlamacı, sürekli olarak bir ticari işletme sahibi işletme hesabına ve işletmesinin dışında her türlü işletme yapması, aracılık etmeyi veya yazılı bir anlaşma varsa, bu anlaşma belirtilen işletmeleri yapmayı, işletme sahibi işletmenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendi sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Pazarlamacı, pazarlamacı, sözleşme sahibi kapsamında müşterileri ziyaret etme, verilen talimatlara uyma, bilgi ve hesap verme, özen gösterme ve müvekkili tacirin menfaatlerini gözetme, kendisi veya üçüncü kişilerle hesap, işlem yapmama, rekabet etmeme, sır saklama gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. 451/1. maddesine göre, bu işlem, tacir yardımcılar,ndan birisi olarak değerlendirilen pazarlamacı, kural olarak aracılık yaptı, sözleşmelerin ifa edilmesini garanti etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte 451. maddesinin 2. ve 3. fıkraları, bu hükme istisnalar getirmiştir. Pazarlamacı, garanti yükümlülüğünün bulunmadığı, kural,na getirilen istisnalardan birisi de pazarlamacı, aracılıkta bulunduğu sigorta sözleşmelerine ilgilidir. Çalınması, pazarlamacı, sigorta sözleşmelerinden doğan garanti yükümlülüğünün hukuki niteliği, kapsamı ve şartları, incelenecektir.

Article Info

Received: 10/04/2019
Accepted: 20/07/2019

Keywords

Marketer,
Guarantee
Obligations,
Insurance Agreement.

Abstract

According to article 448 of the Turkish Code of Obligations (TCO) number 6098 the contract of marketer is a contract between the marketer and the employer that marketer undertakes to intermediate all transactions or to do the stuff on behalf of the employer outside the company in case there is a written agreement and in return employer undertakes to pay a fee to the marketer. According to the contract of marketer, marketer is under the obligation to visit customers, to obey the instructions given by the employer, to inform the employer regarding the transactions, to be prudent and to protect the employer's commercial interests while executing his services, not to make any transactions on his or third parties' behalf, not to compete and not to act against confidentiality obligation. On the other hand marketer who is deemed as a dependent merchant assistant is not under the obligation to guarantee the execution of the agreements which are intermediated by him according to article 451/1 of the TCO. However the exceptions of this rule are regulated under the subclauses 2 and 3 of the article 451. One of the exceptions of this guarantee obligations is regarding the insurance agreements which are intermediated by the marketer. The legal nature, scope and the conditions of the guarantee obligation of the marketer under the insurance agreements are going to be examined by this article.

* Dr. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5956-4818> (e-mail: e_batmaz@yahoo.com).

I. G R

Ba ,ml, tacir yard,mc,lar,ndan birisi olarak de erlendirilen pazarlamac,l,k sözle mesine dair düzenleme 6098 say,l, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)¹448 ve devam, maddelerinde yer almaktadır. 448. madde uyar,ınca pazarlamac,l,k sözle mesi, pazarlamac,n,n sürekli olarak bir ticari i letme sahibi i veren hesab,na ve i letmesinin d, ,nda her türlü i lemin yap,l,mas,na arac,l,k etmeyi veya yaz,l, bir anla ma varsa, bu anla mada belirtilen i lemleri yapmay,, i letme sahibi i verenin de buna kar,l,k ücret ödemeyi üstlendi i sözle me olarak tan,mılanmaktadır. Pazarlamac,n,n, pazarlamac,l,k sözle mesi kapsam,nda mü terileri ziyaret etme, verilen talimatlara uyma,bilgi ve hesap verme,özen gösterme ve müvekkili tacirin menfaatlerini gözetme, kendisi veya üçüncü ki iler hesab,na i lem yapmama, rekabet etmeme, s,r saklama gibi yükümlülükleri bulunmaktadır.

Bununla birlikte esasen pazarlamac,n,n üçüncü ki ilerle müvekkili tacir aras,nda arac,l,hta bulunmas, sebebiyle akdedilmi bulunan sözle melerde, üçüncü ki ilere ait borçlar,n ifa edilmesini garanti etme yükümlülü ü bulunmamaktadır. Nitekim bu kural TBK'n, n 451/1. maddesinde de aç,kça ifade edilmi bulunmaktadır. Buna göre pazarlamac,lar,n mü terilerin ödemelerinden veya di er yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacaklar,na ya da alaca ,n tahsili için yap,lacak masraflar, tamamen veya k,smen kar ,layacaklar,na ili kin anla malar,n kesin olarak hükümsüz olaca , belirtilmi tir.

Pazarlamac,lar,n mü terilerin ödemelerinden veya di er yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olmayaca ,na dair düzenlemenin istisnalar, 451. maddenin 2. ve 3. f,kralar,nda yer almaktadır. Bu istisnalardan ilki, pazarlamac, ile müvekkili tacirin aras,nda yap,lacak yaz,l, bir anla ma ve uygun bir ek komisyon kar ,l, ,nda kendi mü teri çevresiyle i lem yapan pazarlamac,n,n,mü terilerin borçlar,n, ifa etmemesi durumunda müvekkili tacirin her bir i lemde u rayaca , zarar,n en fazla dörtte birini üstlenece inin kararla t,r,l,mas,d,r. TBK 451/1. maddeye getirilen di er bir istisna ise yine ayn, maddenin üçüncü f,kras,nda yer alan ve sigorta sözle melerine arac,l,hta bulunan pazarlamac,lar bak,m,ndan söz konusu olmaktadır. Buna göre sigorta sözle melerine arac,l,k yapan pazarlamac,lar, bir primin tamam,n,n veya bir k,sm,n,n ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna ba vurulmas, durumunda, bu amaçla yap,lacak masraflar,n en çok yar,s,n, kar ,layacaklar,n,, yaz,l, olarak üstlenebileceklerdir. Bununla birlikte esas olan pazarlamac,n,n garanti yükümlülü ünün bulunmamas, oldu undan, 451. maddenin 2. ve 3. f,kralar,nda getirilen istisnalar,n dar yorumlanmas, esas olmal,d,r.

Bu çal, mam,zda özellikle TBK'n, n 451/3. f,kras,nda düzenlenmi olan sigorta sözle melerinde arac,l,k yapan pazarlamac,n,n garanti yükümlülü ünün niteli i, kapsam, ve artlar, ayr,nt,l, olarak incelenecektir.

II. GENEL OLARAK PAZARLAMACILIK SÖZLE MES VE HÜKÜMLER

TBK'n, n 448. maddesinde yer alan pazarlamac,l,k sözle mesi pazarlamac,n,n sürekli olarak, bir ticari i letme sahibi i veren hesab,na ve i letmesinin d, ,nda, her türlü i lemi yapmas,na arac,l,k etmeyi veya yaz,l, anla ma varsa, bu anla mada belirtilen i lemleri yapmay,, i letme sahibi i verenin de buna kar,l,k ücret ödemeyi üstlendi i bir sözle me olarak tan,mılanmaktadır. Pazarlamac, doktrinde ba ,ml, tacir yard,mc,lar,ndan biri olarak de erlendirilmektedir². Zira 448. maddede de aç,kça belirtildi i üzere bir kimsenin pazarlamac, olarak nitelendirilebilmesinin temel artlar,ndan bir tanesi ticari i letmenin varl, ,d,r³. Bir ba ka deyi le ticari i letme sahibi olmayan, örne in esnaf i letmesi sahibi birisi ile benzer nitelikte i lemler yapmak üzere yetkilendirilen ki inin pazarlamac, olarak de erlendirilmesi mümkün de ildir.

¹ RG.T 04.02.2011 S.27836.

² ARKAN, Sabih. Ticari i letme Hukuku, 24. Bas., Ankara, 2018, s.181; ENER, Oruç Hami. Ticari i letme Hukuku, Ankara, 2016, s.257; KAYAR, smail, 6102 Say,l, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 4. Bask., Ankara, 2017, s.259;BAHT YAR, Mehmet, Ticari i letme Hukuku, 19. Bas., stanbul, 2018, s.220; KAYA, Mustafa smail/TATLI, Burçak, Ticaret Hukuku -1 (Ticari i letme ve Ortakl,klar Hukuku), Ankara, 2018, s.115; AKDEN Z, Umur, öPazarlamac,l,k Sözle mesiö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII,Y.2013, Sa.4, s.4; TOPUZ, Murat, ö6098 Say,l, Türk Borçlar Kanunu Uyar,ınca Pazarlamac,l,k Sözle mesi (TBK m. 448-460)ö, MÜHFD öHAD, C.19, S.1,s. 293-357, 2013, s.294.

³ AKDEN Z, s.4.

Pazarlamac,l,k sözleşme mesinin diğer unsurlar,n, ba ,ml,l,k, süreklilik, ba kas, ad,na i görölmesi, i letmenin d, ,nda faaliyet gösterilmesi ve ücret olarak s,ralamak mümkündür. Ba ,ml,l,k unsuru ile ifade edilmek istenen i veren tacir ile pazarlamac, aras,ndaki ili kinin temelde hizmet sözleşme sine dayand, ,d,r. Nitekim pazarlamac,l,k sözleşme mesinin TBKön,n öHizmet Sözle meleriö ile ilgili Alt,nc, Bölümün içerisinde düzenlenmi olmas, ve 449/2. madde uyar,nca sözleşme de yer almas, öngörölün hususlar taraflarca belirlenmemi se kanun hükümleri ve al, ,lm, hizmet ko ullar, uygulan,r hükmü, pazarlamac,l,k sözleşme mesinin bir çe it hizmet sözleşme mesi olarak nitelenmesi sonucunu do urmaktad,r.

Pazarlamac,l,k sözleşme mesinin sürekli olmas, gerekti i 448. madde metninde aç,kça belirtilmi tir. Süreklilik unsurunun özelli i pazarlamac,n,n tacir i vereni için sürekli olarak arac,l,k faaliyetinde bulunmas,d,r. Bu yüzden i letmenin merkezi d, ,ndaki yerlerde tacir ad,na belirli i lemler için yetkilendirilen kimse pazarlamac, olamaz⁴. Nitekim pazarlamac, ile ba ,ms,z tacir yard,mc,s, olan simsar aras,ndaki farklardan birisini de bu süreklilik unsuru olu turur⁵. Zira simsar süreklilik unsuru bulunmaks,z,n belirli bir ya da birkaç i için arac,l,k yapmakla görevlendirilen ba ,ms,z tacir yard,mc,s,d,r.

Pazarlamac,y, di er ba ,ml, tacir yard,mc,lar,ndan ay,ran en önemli unsurlardan birisi ise çal, ma yeri ile ilgilidir. 448. maddede de belirtildi i üzere pazarlamac,,ticari i letmede yap,lan türden i lemler için arac,l,k görevini i veren tacirin i letmesinin d, ,nda gerçekte tirecektir.Bu anlamda pazarlamac,lar i veren tacir taraf,ndan kendilerine verilen bölge içerisinde arac,l,k faaliyetlerini yerine getirirler. Hatta bunun sonucu olarak TBKön,n 453. maddesinde pazarlamac,n,n tekel hakk, düzenlenmi bulunmaktad,r. 453. madde uyar,nca pazarlamac,ya belirli bir bölge içerisinde faaliyette bulunma yetkisi verilmi ve aksine yaz,l, bir sözleşme yap,lmam, sa i veren tacir, ba kalar,na ayn, alan ve çevre içerisinde arac,l,k faaliyetinde bulunma yetkisi veremeyecektir. Pazarlamac, aksine yaz,l, anla ma olmad,kça sadece i lemlere arac,l,k etmeye yetkilidir. Dolay,s,yla özünde pazarlamac,n,n i veren taciri temsil yetkisi bulunmamaktad,r⁶. Ancak tacirle pazarlamac, aras,nda yap,lacak yaz,l, bir anla ma ile pazarlamac,ya arac,l,k etti i i lerin icras, için yetki verilmesi mümkündür⁷.

Madde metninde de belirtildi i üzere pazarlamac, bu arac,l,k faaliyetinin sonucu olarak i verenden ücret isteme hakk,na sahiptir. Hatta pazarlamac,n,n bu ili kiden do an alacaklar, için i veren tacirin ta ,n,rlar,, k,ymetli evrak, ve mü terilerden ald, , paralar üzerinde TBKön,n 458. madde uyar,nca hapis hakk, da bulunmaktad,r.

Pazarlamac,n,n yükümlölükleri ise TBKön,n 450-451. maddelerinde düzenlenmi bulunmaktad,r. Buna göre özetle pazarlamac,n,n, pazarlamac,l,k sözleşme mesi kapsam,nda mü terileri ziyaret etme, verilen talimatlara uyma, bilgi ve hesap verme, özen gösterme ve müvekkili tacirin menfaatlerini gözetme, kendisi veya üçüncü ki iler hesab,na i lem yapmama, rekabet etmeme, s,r saklama gibi yükümlölükleri bulunmaktad,r.

III. PAZARLAMACININ GARANT YÜKÜMLÖLÜ Ü

Pazarlamac,n,n garanti yükümlölü ü TBKön,n 451. maddesinde öGarantiö ba l, , alt,nda düzenlenmi tir. 818 say,l, Eski Borçlar Kanunu⁸nda⁸ kar ,l, , bulunmayan düzenleme kaynak sviçre Borçlar Kanunu⁹nun 348a maddesi göz önünde bulundurularak haz,rlanm, t,r⁹. Pazarlamac,n,n üçüncü ki ilerle i veren tacir aras,nda arac,l,kta bulunmas, sebebiyle akdedilmi bulunan sözleşme melerde, üçüncü ki ilere ait borçlar,n ifa edilmesini garanti etme yükümlölü ü bulunmamaktad,r. Emredici nitelikteki bu hüküm ekonomik yönden zay,f olan pazarlamac,y, güçlü ticari i letme sahibi i verene kar , korumak amac,yla getirilmi tir¹⁰.

Pazarlamac,lar,n mü terilerin ödemelerinden veya di er yükümlölüklerini ifa

⁴ TOPUZ, s.298.

⁵ ARKAN, s.201; KAYAR, s.265; BAHT YAR, s.239; ASLAN, s. 92.

⁶ öTBK, pazarlamac,n,n iki türünü kabul etmi tir: Arac, pazarlamac, ve sözleşme yapma yetkisine sahip olan pazarlamac,. Kanun kural olarak pazarlamac,n,n arac,l,k etmesini esas alm, t,r. Aksi yaz,l, olarak kararla t,r,lmad,kça pazarlamac,, sadece i lemlere arac,l,k etmeye yetkilidir. Taraflar, yaz,l, olarak kararla t,r,lmak art,yla pazarlamac,ya temsil yetkisi de verebilir. Temsil veya i lem yetkisi, tacir ad,na yap,lan i lerin icras, ve sonuçlandır,lmamas, için gereken bütün ola an hukuki i lem ve fiilleri kapsarö, bkz. TOPUZ, s.299; KAYAR, s.265.

⁷ ARKAN, s.201;KAYAR, s.265;BAHT YAR, s.239;ASLAN, s. 92.

⁸ RG T. 29.04.1926 S. 359.

⁹ 6098 say,l, TBK 451. madde gerekçesinden aynen aktar,lm, t,r.

¹⁰ YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak/, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Bask,, stanbul 2016, s.524; TOPUZ, s. 322.

etmemelerinden sorumlu olmayaca ,na dair düzenlemenin istisnalar,, bir ba ka deyi le i veren tacir ile pazarlamac, aras,nda garanti sözle mesinin hangi artlar alt,nda geçerli olarak yap,labilece i yönündeki istisnalar 451. maddenin 2. ve 3. f,kralar,nda yer almaktad,r. Bu istisnalardan ilki, pazarlamac, ile müvekkili tacirin aras,nda yap,lacak yaz,l, bir anla ma ve uygun bir ek komisyon kar ,l, ,nda kendi mü teri çevresiyle i lem yapan pazarlamac,n,n, mü terilerin borçlar,n, ifa etmemesi durumunda müvekkili tacirin her bir i lemde u rayaca , zarar,n en fazla dörtte birini üstlenece inin kararlar t,r,lmas,d,r. 451/1. maddeye getirilen di er bir istisna ise yine ayn, maddenin üçüncü f,kras,nda yer alan ve sigorta sözle melerine arac,l,kta bulunan pazarlamac,lar bak,m,ndan söz konusu olmaktadır. Buna göre sigorta sözle melerine arac,l,k yapan pazarlamac,lar, bir primin tamam,n,n veya bir k,sm,n,n ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna ba vurulmas, durumunda, bu amaçla yap,lacak masraflar,n en çok yar,s,n, kar ,layacaklar,n,, yaz,l, olarak üstlenebileceklerdir.

A. Garanti Sözle mesinin Niteli i

Garanti sözle mesi TBKøda düzenlenmi sözle melerden de ildir. Bununla birlikte doktrinde a ,rl,kl, görü garanti sözle mesini nitelik bak,m,ndan TBKø,n 128. maddesi anlam,nda üçüncü ki inin fiilini üstlenme olarak kabul etmektedir¹¹.

Garanti sözle mesinin kanunda yer almamas,n,n sonucu olarak doktrinde garanti sözle mesiyle ilgili çe itli tan,malar yap,lmaktadır¹². Bunlardan birisi taraflardan birinin (garanti veren), bir üçüncü ki inin belli bir davran ,n, veya bir te ebbüsün sonucunu ve üçüncü ki inin temin edilen eylemi yapmamas, veya sonucun meydana gelmemesi halinde di er tarafa (garanti alana) tazminat ödemeyi taahhüt etti i sözle me¹³ eklinde yap,lan tan,mılamad,r. Bununla birlikte garanti yükümlülü ünün daima bir tazminat borcu eklinde ortaya ç,kmas, zorunlulu unun olmad, , ve garanti verenin bizzat bir edimde bulunmay, da üzerine alabilece inin yukar,daki tan,ma ilave dilmesi gereken unsurlardan birisi oldu unu belirtmek gerekir¹⁴. Zira garanti sözle mesini benzeri nitelikte olan di er sözle melerden ay,rnak için uygulanabilecek k,staslardan olan edimötazminat k,stas,n,n garanti verenin bir edimi yerine getirmeyi yüklenmesi ihtimalinin bulundu u durumlarda yeterli olmayaca , kabul edilmektedir¹⁵. Bununla birlikte, garanti alan,n, belli bir davran ,a giri mesinden veya kendisiyle borç ili kisine giri ti i bir üçüncü ki inin edimini yerine getirmemesinden do an zarar tehlikesini, garanti verenin ba ,ms,z bir taahhütle üzerine ald, , sözle me eklinde yap,lan tan,mılamam,n doktrinde kabul edilen iki çe it garanti sözle mesini¹⁶ de kapsar nitelikte oldu undan tercih edilmesi gerekti i dü üncesindeyiz.

Doktrinde kabul edilen iki çe it garanti sözle mesi vard,r¹⁷. Bunlar, teminat amaçlı, (kefalet benzeri) garanti sözle mesi ve yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözle mesidir. Yöneltmeyi amaçlayan saf garanti sözle mesi, garanti verenin garanti alana belirli bir borç ili kisinden ba ,ms,z olarak bir sonucu garanti etmesi olarak tan,mılanmaktadır. Bununla birlikte garanti verenin bir borcun konusunu olu turan edimin yerine getirilmemesi d, ,nda kalan rizikolar,

¹¹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bask., Ankara 2018, s.1182-1183; ARAL, Fahrettin/AYRANCI,Hasan, 6098 Say,l, Türk Borçlar Kanunuøna Göre Haz,rılanm, Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, 9. Bask., Ankara 2012, s. 421; O UZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 11. Bask., stanbul 2014, s. 406. Di er bir görü ise garanti sözle mesinin TBK 128. maddede düzenlenmi olan üçüncü ki inin fiilini üstlenme olarak de il, ayr, kurum olarak de erlendirilmesi gerekti ini savunmaktadır. Zira bu görü ü savunanlara göre konusu, üçüncü bir ki inin fiilini teminden ba ka olan garanti sözle meleri de vard,r. Bu görü te: YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.829; TANDO AN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, Cilt II, Be inci T,pk,bas,m, stanbul 2010, s.851 vd.; NAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bask., Ankara 2014, s.512; GÜMÜ , Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, stanbul 2012, s.451; KAPANCI, Berk, öSat,c,n,n Sat, Konusuyla İgili Olarak Verdi i (Saf) Garanti Taahhütleriö, nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Say,:2, s.319-368, Y.l:2015,s.325.

¹² Yarg,tay,n ve doktrindeki yazarlar,n garanti sözle meleriyle ilgili tan,malar, için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.829-830;O UZMAN/ÖZ, s.406;GÜMÜ , s.447 vd.; CANBOLAT, Ferhat/TOPUZ, Seçkin, öKefalet ve Garanti Ay,r,m,n,n Önemi ve Ay,r,mda Uygulanacak K,staslarö TBB Dergisi, Say, 78, s.53-76, 2008, s.56-57.

¹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.829-830.

¹⁴ RE SO LU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankac,l,k Uygulamas,nda Kefalet, Ankara 1992, s.83.

¹⁵ RE SO LU, s.83.

¹⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.831-832; ARAL/AYRANCI, s.421-422; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bask., Ankara 2015, s.766-767 (Özel Hükümler); TURAN, Gamze, öGaranti ve Kefalet Sözle meleri Aras,ndaki Farklar ve Banka Kredi Kart, Sözle melerindeki ahsi Teminat,n Niteli iö, TBB Dergisi, Say, 66, s.27-50, Ankara 2006, s.29.

¹⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.831-832; ARAL/AYRANCI, s.421-422; EREN,Özel Hükümler, s.766-767; GÜMÜ , s. 453-454; TURAN, s.29; KAPANCI, s.331 vd.

üstlendi i garanti sözleşle melerinin saf garanti sözleşle mesisi olarak tan,mlanmas, gerekti i görü ü de hakl, olarak savunulmaktadır¹⁸. Zira bu tarz garanti sözleşle melerinde amaç daima garanti alan, belirli bir davran, ta bulunmaya yönelmek ya da sevk etmek olmayabilir¹⁹. Di er yandan kefalet benzeri garanti sözleşle mesinde garanti veren, belirli bir borç ili kisi içerisinde, garanti alana kendisinden üçüncü ahs,n edimini talep hakk, vermektedir.

Söz konusu ikili ay,r,mdan yola ç,k,ld, ,nda TBKø,n, 451. maddesinin 2. f,kras,nda düzenlenmi olan garanti yükümlülü ünün kefalet benzeri garanti yükümlülü ü olarak de erlendirilmesi mümkündür. Zira kefalet benzeri garanti yükümlülü ünde esas olan garanti verenin temelde var olan belirli bir sözleşle menin ifa edilmesini garanti alana kar , temin etmesidir. Temeldeki borç ili kisinde bulunan ki inin bu edimi yerine getirmemesi durumunda ise garanti veren bundan do an zarar, tazmin etmeyi borçlanmaktadır²⁰. Nitekim madde metninden de aç,kça anla ,labilece ine göre pazarlamac,n,n garanti yükümlülü ü taraflar aras,nda bir sözleşle menin varl, ,na ihtiyaç göstermektedir. Bununla birlikte var olan böyle bir sözleşle menin hukuken geçerli olup olmamas,n,n bir önemi bulunmamaktadır. Zira doktrinde kefalet sözleşle mesisi ile garanti sözleşle mesisi aras,ndaki önemli farklardan birisinin garanti sözleşle mesindeki borcun garanti veren bak,m,ndan ba ,ms,z bir borç do urmas, oldu u belirtilmektedir²¹. Bir ba ka deyi le garanti sözleşle mesisi garanti alan ile garanti veren aras,nda temeldeki sözleşle meden tamamen ba ,ms,z bir sözleşle me olarak yap,ld, ,ndan, garanti sözleşle mesinden do an garanti yükümlülü ü, üçüncü ahs,n edimi do masa, sona ermi olsa veya dava edilebilir olmasa dahi geçerlili ini korumaktadır²².

451/2. madde hükmü incelendi inde öncelikle pazarlamac,n,n garanti yükümlülü ünün belirli bir borç ili kisi içerisinde ortaya ç,kmas, gerekti i anla ,labilecektir. Ayr,ca ilgili madde metninde ömü terilerin borçlar,n, ifa etmemesi durumunda i verenin her bir i lemde u rayaca , zarar,n dörtte birini geçmemek üzere kar ,lamay,ö denilmek suretiyle kefalet benzeri garanti yükümlülüklerinde kabul edilen edimin yerine getirilmemesi durumunda garanti verenin zarar,n tazmin etmeyi borçlanmas,na yönelik art,nda da gerçeikle mi oldu u anla ,lmaktadır.

B. Pazarlamac,n,n Sigorta Sözleşle melerindeki Garanti Yükümlülü ü

1. Sigorta Sözleşle meleri Bak,m,ndan Garanti Yükümlülü ünün Niteli i

Pazarlamac,n,n sigorta sözleşle melerindeki garanti yükümlülü ü TBKø,n, 451/3. maddesinde özel olarak düzenlenmi tir. Buna göre sigorta sözleşle melerinde arac,l,k yapan pazarlamac,lar²³, bir primin tamam,n,n veya bir k,sm,n,n ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna ba vurulmas, durumunda, bu amaçla yap,lacak masraflar,n en çok yar,s,n, kar ,layacaklar,n,, yaz,l, olarak üstlenebilirler.

Öncelikle belirtmek isteriz ki pazarlamac,n,n sigorta sözleşle melerindeki garanti

¹⁸ GÜMÜ , s.454.

¹⁹ GÜMÜ , s.454.

²⁰ EREN, Özel Hükümler, s.767.

²¹ ARAL/AYRANCI, s.422; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.829-830; EREN, Özel Hükümler, s.767; GÜMÜ , s.455.

²² ARAL/AYRANCI, s.422; EREN, Özel Hükümler, s.767; GÜMÜ , s.456.

²³ Pazarlamac,lar,n sigorta arac,s, olarak de erlendirilmesi söz konusu de ildir. Zira pazarlamac, TBK 448. maddede de tan,mland, , üzere ba ,ml, tacir yard,mc,s,d,r. 03.06 2007 tarih ve 5684 say,l, Sigortac,l,k Kanunu'nun "tan,mlar" ba l,kl, 2. maddesinin (b) bendinde sigorta arac,s, teriminin sigorta acentesi ve brokerini ifade etti i belirtilmektedir. Acentelik müessesesi temel olarak 6102 say,l, Türk Ticaret Kanunu'nun102 ve devam, maddelerinde düzenlenmi tir. Sigorta acenteleri ise Sigortac,l,k Kanunu'nun 2. maddesinin 1. f,kras,n,n (.) bendinde tan,mlanmaktadır. Sigorta acentelerinin kurulu ve i leyi ine ili kin düzenlemeler ise Sigortac,l,k Kanunu'nun 23. maddesinde yer almaktadır. Sigortac,l,k Kanunu'nun 23. maddesinin 18. f,kras, ile Türk Ticaret Kanunu'nun acentelere ili kin hükümlerinin sigorta acenteleri için de uygulanaca , belirtilmektedir. 6102 say,l, kanunun 102. maddesinde acente "ticari mümessil, ticari vekil , sat, memuru ve veya i letmenin çal, an, gibi i letmeye ba l, bir hukuki konuma sahip olmaks,z,n, bir sözleşle meye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak bir ticari i letmeyi ilgilendiren sözleşle melerde arac,l,k etmeyi veya bunlar, o tacir ad,na yapmay, meslek edinen kimse" olarak tan,mlanmaktadır. Sigorta acentelerini tan,mlayan Sigortac,l,k Kanunu'nun 2. maddesinin (.) bendi de 6102 say,l, kanuna paralel bir tan,m yapmaktadır. Her iki kanunun birlikte de erlendirilmesinden de aç,kça anla ,labilece i üzere acente pazarlamac,dan farklı, olarak ba ,ms,z bir tacir yard,mc,s,d,r. Bir di er sigorta arac,s, olan broker da nitelik itibari ile pazarlamac,dan farklı,d,r. Sigortac,l,k Kanunu'nun 2. maddesinin (d) bendinde broker "Sigorta veya reasürans sözleşle mesisi yaptı,rılmak isteyenleri temsil ederek, bu sözleşle melerin yaptı,rılaca , irketlerin seçiminde tamamen tarafs,z ve ba ,ms,z davranarak ve teminat almak isteyen hak ve menfaatlerini gözeterek sözleşle melerin akdinden önceki haz,r,l,k çal, malar,n, yürütmeyi ve gerekti inde sözleşle melerin uygulanmas,nda veya tazminat,n tahsilinde yard,mc, olmay, meslek edinen ki i" olarak tan,mlanmaktadır. Tan,mdan da anla ,laca , üzere broker pazarlamac,dan farklı, olarak ba ,ms,zd,r. Brokerin pazarlamac,dan bir di er fark, ise pazarlamac,n,n i veren tacir ile aras,ndaki ili kinin sürekli olmas,d,r. Oysa broker,n temsil etti i ki iler ile aras,ndaki ili ki sürekli de ildir. Sigorta arac,lar, ile ilgili ayr,nt,l, bilgi için bkz. YAZICIO LU, Emine, Sigorta Arac,lar, Hukuku I, stanbul 2010.

yükümlülü ünün, 451/2. maddesindeki genel düzenlemeden ba ,ms,z de erlendirilmesi gerekir. Bu anlamda pazarlamac,n,n 451/2. maddede yer alan garanti yükümlülü üne ili kin artlar,n varl , ve geçerlili i, sigorta sözleşmeleri d ,nda kalan sözleşmeler bak,m,ndan ara t,r,lmal,d,r. Bir ba ka deyi le pazarlamac,n,n arac,l,ka bulundu u sözleşme bir sigorta sözleşmesi ise art,k 451/2. maddedeki artlar,n gerçekle ip gerçekle medi ine bakmaya gerek yoktur. An,lan durumda 451/3. maddesindeki artlar,n bulunup bulunmad ,n,n de erlendirilmesi yeterlidir.

451/3. maddede düzenlenen pazarlamac,n,n sigorta sözleşmelerinden do an garanti yükümlülü ünün nitelik bak,m,ndan kefalet benzeri garanti yükümlülü ü olarak de erlendirilmesi mümkün de ildir; zira yukarıda da belirtti imiz üzere kefalet benzeri garanti yükümlülü ünde garanti veren sözleşmedeki borcun ifa edilmemesi sonucunda garanti alan,n u rad , zarar, tazmin etmeyi veya edimi yerine getirmeyi borçlanmaktadır. Oysa pazarlamac,, sigorta sözleşmesinin hiç veya gere i gibi ifa edilmemesi sonucunda ne müvekkili tacirin u rayaca , zarar, tazmin etmeyi ne de edimi yerine getirmeyi garanti etme borcu alt,na girmemektedir. Pazarlamac, sadece, prim borcunun tamam,n,n veya bir k,sm,n,n ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna ba vurulmas, durumunda, bu amaçla yap,lacak masraflar,n en fazla yar,s,n, kar ,lamay, üzerine almaktadır.Takdir edilece i üzere dava ve icra masraflar,n,n hukuken özararö olarak nitelendirilebilmesi de mümkün görünmemektedir. Zira bilindi i üzere zarar, bir ki inin malvarl ,nda veya ah,s varl ,nda iradesi d ,nda meydana gelen eksilme olarak tan,mılanmaktadır.²⁴Oysa dava masraflar,, bir davada harçlar ve vekalet ücreti d ,nda yap,lan ve yarg,lama için zorunlu olan bir i veya hizmetin getirdi i tüm harcamalard,r²⁵. Dolay,s,yla burada kefalet benzeri garanti sözleşmesinden bahsedilmesi mümkün görünmemektedir.

Di er yandan maddede yer alan garanti yükümlülü ünün tam anlam,yla yönelmeyi amaçlayan(saf) garanti yükümlülü ü olarak nitelendirilmesi de mümkün de ildir. Yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmelerinin temelinde yatan sebep, garanti alan,n hareket tarz,n, etkilemek, onu istedi i davran, a sevk etmektir²⁶. TBK 451/3. madde incelendi inde garanti veren pazarlamac,n,n garanti alan sigortacı,y, bir sözleşme yapmaya veya bir davran, ta bulunmaya yönelme amacı,nda bulunmad , , söylenebilecektir. Yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmelerinde de kimi zaman dava masraflar,n,n ödenece inin garanti edilmesi mümkündür. Ancak bu tarz garanti sözleşmelerinde garanti alan ki iyi dava açmaya yönelme amacı, belirgin olarak bulunmaktadır. Nitekim Aın Bıy Cıye karar , dava açmaya sevk etmek amacı,yla, onun davay, kaybetmesi halinde masraflar,n, üzerine alaca ,n, garanti etmesi örne inde durum bu ekildedir²⁷. Yönelmeyi amaçlayan saf garanti yükümlülü ünün di er bir özelli i ise, kefalet benzeri garanti yükümlülü ünden farklı olarak, garanti alan ile üçüncü ki i aras,nda belirli bir borç ili kisinin bulunmamas,d,r. Oysa 451/3. madde incelendi inde pazarlamac,n,n sigorta sözleşmesinden do an garanti yükümlülü ünün olu mas, için kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde oldu u gibi garanti alan ile üçüncü ki i aras,nda belirli bir borç ili kisinin bulunmas, gerekti i aç,kt,r.

Bununla birlikte 451/3'de garanti yükümlülü ünün yönelmeyi amaçlayan saf garanti yükümlülü ü tipindeki sözleşmelere daha yak,n oldu u söylenebilir. Zira maddenin biraz daha geni yorumlanmas,yla amacı,nda, garanti alan, primin tamam,n, veya bir k,sm,n, ödemeyen borçluya kar , dava açmaya ve icra takibi yapmaya yönelmek, bir ba ka deyi le belirli bir harekette bulunmaya sevk etmek oldu u sonucuna var,labilecektir²⁸. Ayr,ca söz konusu madde hükmü, saf garanti sözleşmelerini sadece yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmeleri ile s,n,rl, tutmayan, edimin yerine getirilmemesi d ,nda kalan rizikolar,n üstlenildi i sözleşmeler ekilde tan,mılayan görü kapsam,nda ele al,nd ,nda, pazarlamac,n,n garanti yükümlülü ünün saf garanti yükümlülü ü ekinde de erlendirilmesi mümkün olacaktır,r.

2. Garanti Yükümlülü ünün artlar,

451/3. maddeye göre pazarlamac,n,n sigorta sözleşmelerindeki garanti yükümlülü üne sahip olabilmesine ili kin artlar emredici olarak düzenlendi inden bu artlar,n yorum yoluyla geniletilmeleri söz konusu de ildir. Zira 451/1. maddede de aç,kça belirtildi i üzere

²⁴ Zarar kavram, ve çe itleri hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz. EREN, s.542 vd.

²⁵ PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/ TA KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, Cilt III, stanbul 2017, s.2390.

²⁶ TANDO AN,s.806.

²⁷ TANDO AN, s.807.

²⁸ Yönelmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesi örnekleri için bkz. TANDO AN, s.805 vd.

pazarlamacılar bakımından esas olan garanti yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Dolayısıyla a a ,da incelenecek hallerden herhangi birinin eksik olması, durumunda garanti sözleşmesi geçersiz sayılmadığıdır.

a) Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin primin tamamını, veya bir kısmını, ödememesi olması,

Sigorta sözleşmesi, Türk Ticaret Kanununun (TTK)²⁹ 1401. maddesinde, sigortacı, bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir menfaatinin zarar uğratma tehlikesinin, rizikonun, meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayacağına ilişkin sözleşmelerde tanınmaktadır. Bu anlamda sigorta sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sürekli bir sözleşme niteliindedir³⁰. Sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacı, sigorta korumasını (teminat) sağlamak üzere, sigorta ettirenin edimi ise prim olarak adlandırılan karşılığın ödemektir³¹. Sigorta ettirenin prim ödeme borcunda temerrüde düşmesi durumunda TTK 1434. madde uyarınca sigortacı, sözleşme medeni cayabilecekleri gibi, sözleşmeyi feshetme hakkına da sahiptir³². Sigortacı, ayrıca TBK'dan doğan hakları, da saklıdır (TTK 1434/3 son cümle).

Sigorta sözleşmesi kendiliğinden sona erebileceği gibi bu sözleşmenin taraflarının iradeleri ile çeşitli sebeplerden dolayı, sona erdirilmesi de mümkündür. Sigorta ettirenin bakımından sigortacı, konkordato ilan etmesi, ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatın iptal edilmesi veya sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması, sigorta priminin artması, ve sigortacı sözleşmeyi kısmen feshetmesi veya kısmen cayması, sigorta sözleşmesini ortadan kaldıran hallerdir. Diğer yandan sigortacı, açısından da sigorta sözleşmesi, sigorta ettirenin primi ödememesi, konkordato ilan etmesi veya sözleşmeyi aykırı davranması, sebebiyle feshedilebilir³³.

Bununla birlikte 451/3. maddenin uygulanabilmesi bakımından esas olan husus sigorta ettirenin prim borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi olmasıdır. Bir başka deyişle esas olan sigorta ettirenin sigorta sözleşmesindeki prim borcuna ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmemesi olmasıdır. Dolayısıyla, sigorta ettirenin örneğin konkordato ilan etmesi veya beyan yükümlülüğünü aykırı davranması, gibi sözleşme dışı yer alan diğer yükümlülüklerinin ihlali durumunda, pazarlamacı, garanti yükümlülüğünü altın girmesi mümkün olmayacaktır.

b) Dava veya icra takibi yoluna başvurulması,

Pazarlamacı, garanti yükümlülüğünün ikinci art, primin tamamını veya bir kısmını, ödenmemesi durumunda sigorta ettirenin dava veya icra takibi yoluna başvurusudur. Bilindiği üzere dava, başkalar tarafından hakkın ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kişilerin, yeniden tartışılmasına konu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir³⁴. İcra takibi ise cebri icra hukuku anlamında borçluların devlet kuvveti yardımıyla yerine getirilmesi yollarından birisidir³⁵.

Maddede yer alan ödava ifadesinin yukarıda tanımlanan teknik manada dava olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu bakımdan mahkemeye başvuru suretiyle talep edilen geçici hukuki korumaların (ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir) veya çeki mesiz yargılamalarının dava kavramı altında değerlendirilmesi söz konusu olmamalıdır³⁶. Tahkim ise ayrı bir yargılama faaliyeti olarak kabul edilmediğinden ödava ifadesinin tahkim davasının da kapsamına kabul etmek gerekecektir³⁷. Zira tahkim yargılaması, kural olarak, devlet mahkemesi yargılaması gibi cereyan

²⁹ RG., T.14.02.2011, S. 27846.

³⁰ KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2017, s.176-177; ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu Erhi Altıncı, Kitap Sigorta Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul 2016, s.12; ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı, Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2016, s.55; GÜNAY, Barış, Sigorta Hukuku, Ankara 2019, s.52.

³¹ ÜNAN, s.13; YAZICIO LU, Emine/ EKER ÖZÜZ, Zehra, Sigorta Hukuku, İstanbul 2019, s.88-89; AYHAN, Rıza/ÇALAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, İkinci Baskı, Ankara 2019, s.125 vd.

³² TTK/1424. maddeye ilişkin ayrıntılı bilgi ve madde eleştirisi için bkz. ÜNAN, s. 355 vd.

³³ GÜNAY, s.134 vd.

³⁴ PEKCANİTEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/ TA KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, İstanbul 2017, s.923.

³⁵ KURU, Baki, İhtiyati Sistemine Göre Yazılım, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s.18.

³⁶ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TA KORKMAZ, Cilt II, s.924; PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TA KORKMAZ, Cilt III, s.2599 vd.

³⁷ YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Erhi, Cilt:3, 3. Baskı, Ankara 2017, s.3624.

eder. Bu anlamda hakemler esas olarak devlet mahkemesi hakiminin yetkilerine sahiptir³⁸.

Her ne kadar 5684 sayılı, Sigortacılık Kanununun³⁹ 30. maddesinde düzenlenmiş olan sigorta tahkim müessesesi ile sigorta sözleşmeleri çerçevesinde özel sigortalardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceği hükme bağlanmıştır, ise de sigorta tahkime başvurmayla sadece sigorta sözleşmesini akdeden sigorta ettiren ya da sigorta sözleşmesinden yararlanan kişiler olan sigortalı, veya lehdarın yetkili olması⁴⁰, bir başka deyişle sigortacının, doğacak bir uyuşmazlık bakımından başvurduğu hak, na dahi sahip olmaması, sigortacılık bakımından dava açma şartının oluşmaması, sonucunu doğuracaktır. Ancak kendisine karşı açılmış olan tahkim davasında karşı dava açan sigortacının primini tahsilini talep etmesi halinde dava açma şartının oluştuğunun kabul edilmesi gerekir.

Bununla birlikte arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığı için dava kavramı içerisinde yer almamaktadır⁴¹. Ancak 7155 sayılı Kanunun⁴² 20. maddesi ile ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması, dava şartı olarak kabul edilmiş inden ticaret mahkemelerinde görülecek sigorta davaları bakımından zorunlu arabuluculuk şartının ödava açma kavramı içerisinde değerlendirilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Zira arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığında, tahkimin tespiti halinde herhangi bir işlem yapılmadan davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilecektir⁴³.

Bu bağlamda maddede yer alan ödenmeyen sigorta priminin tahsili için dava yoluna başvurulması, ifadesinden sigortacının sadece davacı, sıfatına sahip olduğu davalar, anlaşılabilir, doğrudan olacaktır. Dolayısıyla sigortacının ödavacı, ö sıfatına, asıl davadan veya karşı davadan⁴⁴ kaynaklanmaması, arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira sigortacının karşı davacı, sıfatıyla da ödenmemiş sigorta primlerinin tahsilini talep etmesi mümkündür.

Maddede yer alan icra takibi ifadesinin ise sadece cüzi icraya yönelik olduğu bir başka deyişle külli icra yani iflas⁴⁵ takibinin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

c) Masrafların yarısını, karşı tarafın tahhüdü

451. maddenin 3. fıkrasında pazarlamacının garanti ettiği borç, esasen dava veya icra takibi yoluna başvurulması durumunda, bu amaçla yapılan masrafların en fazla yarısını, karşı tarafın tahhüdü, dolayısıyla masrafların yarısından fazlasının pazarlamacı tarafından karşı tarafın tahhüdü, anlaşılabilir malar geçersiz sayılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere asıl olan pazarlamacının garanti yükümlülüğünün bulunmaması, olduğu undan hükümdeki üst sınırı emredici nitelikte kabul edilmelidir.

Kanaatimizce aralarında yapacakları garanti sözleşmesi ile masrafların karşı tarafın tahhüdü, oranının ya da miktarın açıkça belirlenmesi faydalı olacaktır. Bununla birlikte garanti sözleşmesinde bu hususta bir hüküm bulunmaması, halinde pazarlamacının masrafların yarısını, karşı tarafın tahhüdü ettiğini sonucuna varılabilir.

d) Sözleşmenin yazılı olması,

Maddede de belirtildiği üzere sözleşmenin diğer bir geçerlilik şartı da yazılı olarak yapılmasıdır. Diğer bütün şartların varlığına ilaveten sözleşmenin yazılı olması, diğer bir geçerlilik koşulu değildir.

³⁸ YILMAZ, s.3624.

³⁹ RG.T 03.06.2007 S.26552

⁴⁰ ÖZDAMAR, Mehmet, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Sa. 1-2, s.831-855, Ankara 2013, s.845.

⁴¹ EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında Htiyari ve Zorunlu Arabuluculuk 6325 Sayılı, HUKAK/6100 Sayılı, HMK/7036 Sayılı, MK ve Diğer Mevzuat Kapsamında, İstanbul 2018, s.9 vd.

⁴² Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması, Usulü Hakkında Kanun, RG.06.12.2018 S.30630.

⁴³ EKMEKÇİ /ÖZEKES/ATALI, s.109 vd.

⁴⁴ Karşı dava kavramı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLANPINAR, Tuğçe, Medeni Yargılama Hukukunda Karşı Dava, Ankara 2017.

⁴⁵ KURU, s.361.

Madde sözleşme menin yazılı olarak yapılması, ko ulunu getirmiş olmakla birlikte bu yazılı ekinin olması gerektiği konusunda herhangi bir ayrışma, içermemektedir. Bu anlamda sözleşme hem adi yazılı, ekinde hem de resmi yazılı, ekinde yapılabilir. Dolayısıyla TBK'nın 14. maddesinde gösterilen imzalı, bir mektup, asıllar, borç altına girenlerce imzalanmış, telgraf, teyit edilmiş olmak artıyla faks veya buna benzer iletme araçları, ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler kullanılarak yapılan sözleşmeler bakımından da kanunun aradığı yazılı olma şartı gerçekleşmemiştir olacaktır.

IV. SONUÇ

Pazarlamacı, üçüncü kişilerle verilen tacir arasında aracılıkta bulunması sebebiyle akdedilmiş bulunan sözleşmelerde, üçüncü kişilere ait borçların ifa edilmesini garanti etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Pazarlamacıların müteahhütlerin ödemelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olmayacağına dair düzenlemenin istisnaları, bir başka deyişle hangi şartlarda verilen tacir ile pazarlamacı arasında garanti sözleşmesinin geçerli olarak yapılabilmesi yönündeki istisnalar 451. maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer almaktadır.

Pazarlamacı, sigorta sözleşmelerindeki garanti yükümlülüğü TBK'nın 451/3. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre sigorta sözleşmelerine aracılık yapan pazarlamacılar, bir primin tamamını veya bir kısmını ödememesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna başvurulması durumunda, bu amaçla yapılacak masrafların en çok yarısını, kar ilayacakları yazılı olarak üstlenebileceklerdir.

Doktrinde kabul edilen iki çeşit garanti sözleşmesi vardır. Bunlar, teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi ve yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesidir. Pazarlamacı, sigorta sözleşmelerindeki garanti yükümlülüğü kefalet benzeri ya da teminat amaçlı, garanti yükümlülüğü de ildir. Ancak tam anlamıyla yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi de biraz zor görünmektedir. Bununla birlikte maddenin biraz daha geniş yorumlanmasıyla amaç, garanti alan, primin tamamını, veya bir kısmını, ödemeyen borçluya karşı, dava açmaya ve icra takibi yapmaya yöneltmek, bir başka deyişle belirli bir harekette bulunmaya sevk etmek olduğu sonucuna varılabilir. Söz konusu garanti yükümlülüğü için yöneltmeyi amaçlayan saf garanti yükümlülüğü tipindeki sözleşmelerde daha yakın olduğu sonucuna varılabilir.

451/3. maddeye göre pazarlamacı, sigorta sözleşmelerindeki garanti yükümlülüğüne sahip olabilmesi için sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin primin tamamını, veya bir kısmını, ödememesi olması, dolayısıyla müvekkil tacirin dava veya icra takibi yoluna başvurulması, ve pazarlamacı, yazılı bir sözleşme ile masrafların yarısını, kar ilama taahhüdünde bulunması gerekmektedir. Pazarlamacı, garanti yükümlülüğüne ilişkin şartlar emredici olarak düzenlendiğinden kanaatimizce bu şartların yorum yoluyla genişletilebilmeleri de söz konusu olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKDEN Z, Umut, öPazarlamac,l,k Sözle mesiö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII,Y.2013, Sa.4.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, 6098 Say,1, Türk Borçlar Kanunuına Göre Haz,rlanm, Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, 9. Bask,, Ankara 2012.
- ARKAN, Sabih, Ticari letme Hukuku, 24. Bas,, Ankara 2018.
- ARSLANPINAR, Tu çe, Medeni Yarg,lama Hukukunda Kar , Dava, Ankara 2017.
- AYHAN,R,za/ÇA LAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitab,, kinci Bask,, Ankara 2019.
- BAHT YAR, Mehmet, Ticari letme Hukuku, 19. Bas,, stanbul 2018.
- CANBOLAT, Ferhat/TOPUZ, Seçkin, öKefalet ve Garanti Ay,r,m,n,n Önemi ve Ay,r,mda Uygulanacak K,staslarö TBB Dergisi, Say, 78, s.53-76, Ankara 2008.
- ÇEKER, Mustafa, 6102 Say,1, Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2016.
- EKMEKÇ , Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, Hukuk Uyu mazl,klar,nda htiyari ve Zorunlu Arabuluculuk 6325 Say,1, HUAK/6100 Say,1, HMK/7036 Say,1, MK ve Di er Mevzuat Kapsam,nda, stanbul 2018.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bask,, Ankara 2015. (Özel Hükümler)
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bask,, Ankara 2018.
- GÜMÜ , Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, stanbul 2012.
- GÜNAY, Bar, , Sigorta Hukuku, Ankara 2019.
- NAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bask,, Ankara 2014.
- KAPANCI, Berk, öSat,c,n,n Sat, Konusuyla lgili Olarak Verdi i (Saf) Garanti Taahhütleriö, nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Say,:2, s.319-368, Y,1:2015.
- KAYA, Mustafa smail/ TATLI, Burçak, Ticaret Hukuku -1 (Ticari letme ve Ortakl,klar Hukuku), Ankara 2018.
- KAYAR, smail, 6102 Say,1, Türk Ticaret Kanunuına Göre Ticaret Hukuku, 4. Bask,, Ankara 2017.
- KENDER, Rayegan, Türkiyeöde Hususi Sigorta Hukuku, stanbul 2017.
- KURU, Baki, stinaf Sistemine Göre Yaz,lm, cra ve flas Hukuku Ders Kitab,, Ankara 2017.
- O UZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 11. Bask,, stanbul 2014.
- ÖZDAMAR, Mehmet, öSigorta Hukukunda Uyu mazl,klar,n Çözümünde Tahkim Sistemiö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Sa. 1-2, s.831-855, 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/ TA KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, stanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/ TA KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, Cilt III, stanbul 2017.
- RE SO LU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankac,l,k Uygulamas,nda Kefalet, Ankara 1992.
- ENER, Oruç Hami, Ticari letme Hukuku, Ankara 2016.
- TANDO AN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, Cilt II, Be inci T,pk,bas,m, stanbul 2010.
- TOPUZ, Murat, ö6098 Say,1, Türk Borçlar Kanunu Uyar,nca Pazarlamac,l,k Sözle mesi (TBK m. 448-460)ö, MÜHFD öHAD, C.19, S.1,s.293-357, 2013.
- TURAN, Gamze, öGaranti ve Kefalet Sözle meleri Aras,ndaki Farklar ve Banka Kredi Kart, Sözle melerindeki ahsi Teminat,n Niteli iö, TBB Dergisi, Say, 66, s.27-50, Ankara 2006.
- ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu erhi Alt,nc, Kitap Sigorta Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler (Madde 1401-1452), stanbul 2016.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Bask,, stanbul 2016.
- YAZICIO LU, Emine, Sigorta Arac,lar, Hukuku I, stanbul 2010.
- YAZICIO LU, Emine/ EKER Ö ÜZ, Zehra, Sigorta Hukuku, stanbul 2019.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu erhi,Cilt:3, 3. Bask,, Ankara 2017.

T CAR LEMLERDE TA INIR REHN NDE REH N VEREN N REH N KONUSU ÜZER NDEK TASARRUFLARI

THE PLEDGOR'S AUTHORITY TO DISPOSE THE PLEDGED CHATTEL
AND ITS CONSEQUENCES IN COMMERCIAL TRANSACTIONS

Merve ÜREM ÇET NEL*

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.531717>

Makale Bilgi

Gönderilme: 24/02/2019
Kabul: 22/07/2019

Anahtar Kelimeler

*Teminat Hukuku,
Rehin Hakk.,
Ta ,n,r Rehni,
Ticari lemlerde
Ta ,n,r Rehni,
Rehin Veren,
Rehin Verenin
Tasarruflar.,*

Article Info

Received: 24/02/2019
Accepted: 22/07/2019

Keywords

*Law of Security,
Pledge,
Pledge of Chattels,
Pledge of Chattel in
Commercial
Transactions,
Pledgor,
The Pledgor's
Authority to Dispose
the Pledged Chattel.*

Özet

Türk Medeni Kanunu'nda ta ,n,r rehni kurulu u bak,m,ndan rehne konu ta ,n,r,n rehin alacakl,s,na teslimi kabul edilmi oldu undan (TMK m. 939-949) rehin konusunun rehin alacakl,s,na tesliminden yaln,zca istisnai hallerde vazgeçilebilir (TMK m. 939/I, 940, 970). Türk Medeni Kanunu'nun kabul etti i teslim ba l, ta ,n,r rehni sonuc olarak, rehne konu ta ,n,r,n rehin verenin hâkimiyetinde kalmas, ve onun taraf,ndan kullan,lmas, yasakt,r. Aksi durum, rehin hakk,n,n do mamas,na yol açar (TMK m. 939/III). Rehin verenin rehne konu ta ,n,r,ndan faydalanamamas,, özellikle ticaret hayat,nda teslim ba l, ta ,n,r rehni teminat arac, olarak tercih edilmesinin önünde s,kça engel olu turmaktad,r. te rehin verenin rehin hakk,n,n kurulmas, sonras, rehin konusu ta ,n,r, kullanmaya devam etmesi ve rehne konu borcu ödemek için gerekli finansman, bu yolla sa lamas, ihtiyac,n, kanun koyucu da görmü tür. Türk Medeni Kanunu'nun teslimsiz sicilli ta ,n,r rehni ile kin TMK m. 940, 970 düzenlemeleri d, ,nda ilk olarak 1447 say,l, Ticari letme Rehni Kanunu ile ve bu Kanunun yürürlükten kalkmas,n,n ard,ndan 6750 say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ile yeni bir teslimsiz sicilli ta ,n,r rehni düzenlemi tir. Çal, mam,zda 6750 say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'nda yap,lan son de i iklikler ve bu de i iklikler çerçevesinde rehin verenin sahip oldu u haklardan bir bölümü, a ,rl,kl, olarak rehin verenin rehinli mal üzerinde tasarruf yetkisi ve sonuçlar, Türk E ya Hukuku ile ba lant,l, olarak ele al,nacakt,r.

Abstract

Since the possession of a pledged chattel is required to be transferred to the pledgor for the purpose of establishment of pledge over chattel under Turkish Civil Code (Article 939-949 of the TCC), the rule requiring the delivery of the chattel in pledge to the pledge can be abandoned in exceptional circumstances only (Article 939/I, 940, 970 of the TCC). As a result of the fact that Turkish Civil Code required the transfer of possession for pledge of chattels, the chattel in pledge cannot stay under the pledgor's domination and such chattel in pledge cannot be used by the pledgor. Failure to comply with this rule would lead to non-creation of the pledge (Article 939/III of the TCC). The pledgor's inability to benefit from the pledged chattel has been a common obstacle for the use of pledge of chattel subject to transfer of possession especially in commercial transactions. In this respect, the legislator has also accepted the necessity of the pledgor's use of the pledged chattel after the establishment of pledge as well as obtaining the required financing in order to repay the debt that is secured by the pledge. In addition to articles 940 and 979 of the TCC relating to pledge of chattels under a registry and without transfer of possession, firstly the Commercial Enterprise Pledge Law numbered 1447 and after its abolishment, the Law numbered 6750 on Pledge of Chattel in Commercial Transactions have set out a new legal regime relating to pledge of chattel under a registry and without transfer of possession. In our study, the latest amendments to the Law numbered 6750 on Pledge of Chattel in Commercial Transactions and the pledgor's rights under these amendments will be analyse with a particular focus on the pledgor's authority to dispose the pledged chattel and its consequences under Turkish Property Law.

* Dr. Ar . Gör., stanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4710-6545>
(e-mail: mrvurem@yahoo.com).

I. G R

Gerek büyük ölçekli gerekse küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin (KOB) ticari faaliyetlerini sorunsuz ve kesintisiz olarak devam ettirilebilmeleri, ihtiyaç duyulan finansman, hız ve kolay yoldan temin edilmesinden geçmektedir. Finansman ihtiyacı, çoğu zaman işletme ortakları, banka, kredi kuruluşları, bankalar, kurumlardan karşılanmaktadır. Kuşkusuz büyük mablaya, kredilerin temini, gösterilecek teminatın büyüklüğü ve sağladığı güvenceye bağlıdır¹. Öyle ki işletmeler, ayni teminat göstererek veya işletmenin bünyesinde var olan taşınır veya taşınmazlar üzerinde aynı teminat vererek kredi verenin istediği güvenceyi sağlamaktadır. Fakat kredi temini için Türk Medeni Kanununun (TMK) teslim bağlı, taşınır rehni hükümleri çerçevesinde taşınır üzerinde rehin verilmesi, rehin verilen maldan ayrılmaması, gerektirdiğinden çoğu zaman rehin veren ticari açıdan güç duruma düşmektedir. Ticari hayatta finansmana erişimde yaşanan zorluk karşısında ve Türk Medeni Kanununun rehnedilmek istenen eşyanın zilyetlinin alacaklıya devrine bağlı olan taşınır rehni düzenlemesi (TMK m. 939-949) sonucu kanun koyucu mevcut taşınır malvarlığına, teminat göstermenin güçlü önünü görmüş ve Türk Medeni Kanununun teslimsiz sicilli taşınır rehnine ilişkin istisna hükümleri (TMK m. 940, 970) dışında, ayrı bir kanunla teslimsiz sicilli taşınır rehnini düzenlemiştir. İlk olarak mülga 1447 sayılı, Ticari İşletme Rehni Kanununda (TRK) ve daha sonra 01/01/2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı, Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanununda (TTRK) düzenlenen teslimsiz sicilli taşınır rehni ile özellikle KOBların rekabet gücünün artırılması, hedeflenmiştir (TTRK m. 1/D)². İşletmenin mevcut taşınır malvarlığına, veya işletmenin tamamı üzerinde rehin konusunun rehin alacaklısına teslimi gerekmeksizin rehin hakkı tesisini sağlayan teslimsiz sicilli taşınır rehni kurularak ayrıca gerekli finansal desteği sağlanan kolaylaştırmaları istenmiştir³.

Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu uygulamasında kanun düzenlemesi ve hükümlerin yorumundan kaynaklanan aksaklıklar üzerine 15/02/2018 tarihli ve 7099 sayılı Kanunla Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanununda ve 22/05/2018 tarihli Yönetmelikle 31/12/2016 tarihli ve 29935 sayılı, Ticari İşletmelerde Rehni Hakkında Kurulması ve Temerrüt Sonrası Haklarının Kullanılması Hakkında Yönetmelikle⁴ (Kurulma Yönetmeliği) bazı önemli değişiklikler yapılmış ve uygulanması için bu çalınmaların hazırlanması gerekmektedir.

Çalışmanın amacı, kanun ve ilgili yönetmelik değişiklikleri sonucunda 6750 sayılı, Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca kurulacak teslimsiz sicilli taşınır rehni üzerinde rehin verenin tasarruflarına ve bunun etkilerini Türk Eyalet Hukuku bakımından tespit etmektir. Ayrıca kanun koyucunun Türk Medeni Kanununun teslim bağlı, taşınır rehni uygulamasından ayrılarak ayrı bir kanunla düzenlediği teslimsiz sicilli rehni uygulamasındaki ihtiyaca karşılık vermeye uygun olup olmadığı, sorusu konumuzla sınırlı olarak cevaplanmaya çalışılacaktır⁵.

II. REHİN VERENİN TAŞINIRI KULLANMA YETKİSİ VE ZİLYETLİKTEN DOĞAN SONUÇLAR

Ticari işletmelerde taşınır rehni esaslı devlinin rehin verenin rehne konusu taşınırın zilyetlini rehin alan devretmeksizin elinde bulundurmaya devam etmesi ve taşınırın kullanmak suretiyle rehinle teminat altına alınan borcu ödemek için gereken maddi güce erişmesi ile yerine

¹ ERDEM, H. Ercüment: Ticari İşletme Rehni Güncel Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Say, 76, İstanbul 2011, s. 42.

² Genel gerekçe için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf>. (Erişim Tarihi: 15.02.2019).

³ svitçerde yeni oluşturulacak bir ulusal sicil ile rehin veren açısından güçlü ön ortadan kaldırılabilmesi ve yine rehin alacaklısının rehne konu mal, muhafaza külfetinden kurtarılabilmesi yönünde bkz. GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara: 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Peter BREITSCHMID/Tugrul ANSAY (Hrsg.), Sachenrecht: Prinzipien des Sachenrechts und Kreditsicherung durch dingliche Rechte, Berliner Wiss.-Verl., Berlin 2008, s. 100 vd.

⁴ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161231M3-9.htm>.

⁵ Her ne kadar Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanununun hazırlanması amacıyla UNCITRAL Model Kanununun (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions) hükümlerinden esinlenildiği düşünülebilirse de kapsam itibarıyla çalışmamızda Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu-Model Kanun karşılıklı olarak yapılmayacaktır. Teminat İşlemleri Hakkında Model Kanunun tam metni için bkz.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html. (Erişim Tarihi: 15.02.2019). Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu-Model Kanun karşılıklı olarak yapılmayacaktır. T. MAMMO LU, Başak: Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmalar, Enstitüsü, Ankara 2017; HAMAMCIO LU, Esra/KARAMANLIO LU, Argun: 6750 Sayılı, Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanununa İlişkin Bazı Tespitler, Yeditepe Ünversitesi, Hukuk Fakültesi, Dergisi, Özel Sayı: Yeditepe Ünversitesi, Hukuk Fakültesi Kuruluşunun 20. Yılı, Armağanı, Cilt 2, İstanbul 2016, s. 95-138.

getirmektedir.

T TRK m. 12/I uyarınca, taraflar hak ve yükümlülüklerini Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin Kanununa aykır, olmayacak şekilde sözleşme ile belirleyeceklerdir.

Kanun koyucu rehinli taahhüt, kullanma hakkının yanı sıra rehin veren hakkında rehinli taahhüt de erini koruma, de er dü ürücü davranışlarda bulunmama yükümlülüğü öngörmü tür (T TRK m. 12/II)⁶. Ek olarak, rehin verenin güvence miktarını, azaltıcı mahiyette tasarruflar, varsa, rehinli alacaklı, rehin verenden tazminat talep edebileceği (T TRK m. 12/V); rehin verenin rehinli taahhüt, kanuna aykır, olarak kullanması, halinde ise adli para cezası, uygulanacağı, (T TRK m. 16/I, c) düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler doğrultusunda rehin verenin rehinli taahhüt, türüne göre ve taahhüt, özgülendiği amaç doğrultusunda kullanılabilir, halinde Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin Kanununa uygun bir kullanım, bahsedilecektir⁷. Rehlin taahhüt, kullanım, ile kazanç sağlama amaçlı, ancak taahhüt, de erini ve hatta varlığı, tehlikeye düşüren rehin verenin davranışları, ise, kanunda sayılmayan yaptırımlara tabi olacaktır.

Zilyetlik açısından bakıldığında ise Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin Kanununa göre kurulacak rehinle bir tür menkul ipotek (Möbilyarhypothek, Registerpfandrecht, Fahrnisverschreibung) yaratılmakta, rehin veren mal, kullanmaya devam etmektedir. Dolayısıyla rehin veren zilyetli koruyucu hükümlerden yararlanabilecektir.⁸ Bu bağlamda rehin veren zilyetli ine yönelik her türlü gasp ve saldırı, kuvvet kullanılarak defedebilir (TMK m. 981), rehinli taahhüt, gasbedene karşı, geri verme davası, açabilir (TMK m. 982) veya saldırının sona erdirilmesini dava edebilir (TMK m. 983) ya da sayılmayan savunma ve dava hakları, dâhilde, zararları, tazminini talep edebilir (TMK m. 983).

III. REHİN VERENİN REHNE KONUSU TAAHHÜT ÜZERİNDE TASARRUFLARI VE BU TASARRUFLARIN SONUÇLARI

Rehin ilisi kisinin tarafları, olarak rehin veren ile rehinli alacaklı, arasındaki mülkiyet-rehin hakkı, ilisi kisinin tespiti, tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespitinde büyük önem taşır. Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin Kanunu çerçevesinde kurulacak taahhüt rehininde mülkiyet hakkı, sahibi rehin veren taahhüt, kullanmaya devam etmekte olup şüpheli, aynı hak sahibi rehinli alacaklı, rehin konusu taahhüt, kullanma yetkisi bulunmamaktadır. Rehlinli alacaklı, yetkisi rehne konu borcun ödenmemesi hâlinde üzerinde rehin hakkı, kurulmuş taahhüt, icra vasıtasıyla sattırılabilir, talep ile şüpheli, dâhilde, rehinli alacaklı, bir tür tasarruf yetkisi kullanımlı olur. Fakat buradan rehne konu şey üzerinde tasarruf yetkisinin tamamen rehin verenden alınması, rehinli alacaklıya verildiği sonucu çökertilmemelidir.

Teslimsiz sicilli taahhüt rehininin bir türü olarak ticari İlemlerde taahhüt rehininde rehin verenin rehin konusu taahhüt/i letmeye dâhil unsurları, kullanmaya devam ederek ticari faaliyetlerini sürdürmesi esas olup kural olarak rehin veren bu amaç doğrultusunda rehne konu taahhüt üzerinde tasarrufta bulunabilir ve bulunabilmelidir. Edeyişi kurulacak rehin hakkı, rehin verenin taahhüt üzerinde tasarrufta bulunması, engel değildir¹⁰. T TRK m. 12/VI hükmünde rehin veren için rehne konu taahhüt devri ile alacağı üçüncü kişiye devrini sicile tescil ettirme yükümlülüğü getirilmiştir (T TRK m. 16/I b. ç). Ayrıca T TRK m. 4/VII uyarınca, rehne konu taahhüt alt veya art rehne konu edilmesini ve rehin verenin rehinli taahhüt üzerindeki tasarruf

⁶ Rehin alacaklısı, rehinli taahhüt de erini müessesesi, alacağı için başka güvence verilmesini veya rehinli taahhüt eski hâline getirilmesini borçludan isteyebilme yetkisine sahiptir. Ayrıca rehin alacaklısının rehinli taahhüt de erinin düşmesi tehlikesinin var olması, halinde de güvence talep edebilmesi mümkündür. Hâkim tayin ettiği süre içinde yeterli güvencenin verilmemesi durumunda rehin alacaklısı, güvencede eksik kalan kısım, karşılayacak kadar alacak kısımın ödenmesini talep edebilir (Kurulum Yönetmeliği m. 27/II).

⁷ ANTALYA, O. Gökhan/ACAR, Faruk: Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin (6750 sayılı, Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler), 2. Basım, Aristo Yayınları, İstanbul 2017, s. 135-137.

⁸ ANTALYA/ACAR, s. 134-135.

⁹ ACAR, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, para. 31; ANTALYA/ACAR, s. 137; rehne konu borcun ödenmemesi halinde rehinli alacaklı, sahip olduğu hakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6750 Sayılı, Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası, Haklar, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari İlemlerde Taahhüt Rehne Sempozyumu- 16 Nisan 2018, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 199 vd.; TUNCER KAZANCI, dil: Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin Kanunu Kapsamında Kurulan Rehlinde Rehinli Alacaklı, Tatmin Edilmesi, nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 10(1) 2019, s. 73 vd.; HASIRCI, Hakan: 6750 Sayılı, Ticari İlemlerde Taahhüt Rehin Kanununda 7099 Sayılı, Kanun ile Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Ortaya Çıkması, Muhtemel Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 35, Sayı:1, Mart 2019, s. 189 vd.

¹⁰ ACAR, Rehin Hukuku, para. 32.

yetkisini s,n,rlamaya yönelik kay,tlar geçersiz olacaktır. Söz konusu hükümlerden rehin verenin rehne konu ta ,n,r üzerinde tasarrufta bulunmas,n,n yasaklanmad, ,, hatta tasarruf yetkisinin k,s,tlanmas,na yönelik kay,tlar,n kesin hükümsüz olaca , anla ,lmaktadır¹¹.

Rehin verenin rehin konusu üzerinde tasarrufta bulunurken rehinli alacakl,dan izin almas, gere ine ise, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu^{nda} rastlamamaktay,z¹². Bununla birlikte, rehin verenin rehinli alacakl,n,n haklar,n, yok sayar nitelikte tasarrufta bulunabilece i söylenemez. Buradaki s,n,r, rehin verenin tasarrufunun rehinli ta ,n,r,n de erini dü ürmemesi olmal,d,r¹³. Aksi halde rehinli alacakl,n,n T TRK m. 12^{den} ve sahip oldu u s,n,rl, ayni haktan do an haklar, gündeme gelebilecektir.

Öte yandan, T TRK m. 8/I hükmünde rehin hakk,n,n *öüçüncü ki ilere kar , hüküm ifade etmesi*ö ifadesine yer verilmi ve m. 9/I hükmünde hakk,n tescille birlikte üçüncü ki ilere kar , hüküm ifade edece i düzenlenmi tir. Bu düzenlemelerle rehinli ta ,n,r, iktisap etmek isteyen üçüncü ki ilerin iyiniyetinin bertaraf edilmesinin kastedilip kastedilmedi i; rehinli ta ,n,r üzerinde mülkiyet hakk, dahil hak kazanmak isteyen ki ilerin Rehinli Ta ,n,r Sicilinde bir tescil olup olmad, ,n, kontrol etmelerinin onlardan beklenmesinin mümkün olup olmad, , cevaplanmal,d,r¹⁴.

Bir görü e göre, an,lan hükümlerde geçen *öüçüncü ki ilere kar , ileri sürülebilme*ö ifadesi, üçüncü ki ilerin kendilerine kar , sonuç do uran sicil kay,tlar,n, bilmedikleri iddias,n,n dinlenmemesi (*TMK m. 1020/II*) ve dolay,s,yla rehinli ta ,n,r,n bir ba kas,na devri veya ta ,n,r,n bir ba kas, lehine bir s,n,rl, ayni hakla kay,tlanmas, halinde dahi mevcut rehin hakk,n,n sona ermeyece i, yeni hak sahibinin rehlin paraya çevrilmesi talebi ve sonuçlar,na katlanmak zorunda oldu u ekinde yorumlanmal,d,r¹⁵. Bu görü , Kurulma Yönetmeli i m. 28 ile de uyumludur. öyle ki, rehinli ta ,n,r,n devri halinde rehinli alacakl,n,n korunmas,na ili kin olarak Kurulma Yönetmeli i m. 28 hükmünde rehinli ta ,n,r,n mülkiyetinin veya zilyetli inin devredilmesi durumunda, aksi kararla t,r,lm, olmad,kça, borçlunun sorumlulu unda ve verilmi güvencede bir farklı,k meydana gelmeyece i düzenlenmi tir (*m. 28/I*). Rehinli mal,n mülkiyetinin devredilmesi halinde yeni malik borcu yüklendi i takdirde rehin alacakl,s,n,n kendisine ba vurma hakk,n, sakl, tuttu unu bir y,l içinde yaz,l, olarak önceki borçluya bildirmesi gerekir. Aksi takdirde borçlu borcundan kurtulacaktır (*m. 28/II*).

Fakat doktrinde ileri sürülen bu görü ün kabul edilebilmesi, Rehinli Ta ,n,r Sicilinin olumlu hükmünün kabul edilmesi art,na ba l,d,r. Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu^{nda} aç,k bir düzenleme bulunmamas, sebebiyle Rehinli Ta ,n,r Sicilinin tapu sicilindekine benzer ekinde (*TMK m. 1023*) olumlu hükmü yoktur, kanun ve ilgili yönetmeliklerin hükümleri dikkate al,nd, ,nda sicilin yaln,zca aç,klay,c, i levi bulundu u anla ,lmaktadır¹⁶.

¹¹ ANTALYA/ACAR, s. 130-131,137.

¹² Kar . rehinli alacakl,n,n izninin al,nmas,n, art ko an mülga T RK m. 10/II, 12/I ve III.

¹³ T MAMO LU, s. 34.

¹⁴ yiniyetin varl, ,n,n kabulü için Rehinli Ta ,n,r Sicilini inceleme yükümlülü ünün olmad, , görü ü için bkz. GÖLE, Celal/AYDO AN, Gökhan: *öTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu*önun Ticaret Hukuku Aç,s,ndan De erlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 2017, Cilt 33, Say, 1, Ankara 2017, s. 39.

¹⁵ ANTALYA/ACAR, s. 137. Yazarlar ayn, zamanda an,lan hükümlerde geçen *öüçüncü ki ilere kar , ileri sürülebilme*ö ifadesini üçüncü ki ilerin TMK m. 3 hükmü anlam,nda iyiniyetini bertaraf etmeye (s. 54-55) ve rehlin kazan,lm,as,nda tescilin önemini vurgulamaya yönelik oldu unu da belirtmi lerdir (s. 56). Sicilin olumlu hükmünü kabul eden bir di er yazar olarak bkz. ÖZ, Turgut: *Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanununa Göre Rehinli Mal,n Birle mesi ve Kar, mas,* (Kanundaki Önemli De i ikliklerle Birlikte), Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2018, s. 166 vd.

¹⁶ ARKAN, Sabih: *Ticari letme Hukuku*, 24. Bas., Banka ve Ticaret Hukuku Ara tırma Enstitüsü, Ankara 2018, s. 56; ANTALYA/ACAR, s. 56-57; POROY, Reha /YASAMAN, Hamdi: *Ticari letme Hukuku*, 17. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2018, s. 63; SRMEN, Lale: *Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehininin Düzenleni Biçimi, Niteli i ve Rehne Hakim Olan İkeler*, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, Ankara 2018, Ankara, 2018, s. 28; ERGÜNE, Mehmet Serkan: *Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehininin Kurulu u*, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, Ankara 2018, s. 123; sicil olumlu etkisi hakk,nda kar . GÜRPINAR, Damla: *Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehininin Teslime Ba l, Ta ,n,r Rehni Kurallar,ndan Ayr,lan Yönleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Say, 1, zmir 2017, s. 132; mülga Ticari letme Rehni Kanunu^{nün} yürürlükte oldu u döneme ili kin bkz. DAVRAN, Bülent: *Rehin Hukuku Dersleri*, stanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaas,, stanbul 1972, s. 89; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI,Mehmet/KEND GELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: *Ticari letme Hukuku*, 5. Bas., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2015, para. 460.

A. Üçüncü Ki ilerin yiniyetli Hak Kazan,mlar,n,n Korunmas, Sorunu

1. Genel Olarak

Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu kapsam,nda kurulacak teslimsiz sicilli ta ,n,r rehnini teslim ba l, ta ,n,r rehninden (TMK m. 939-949) ay,ran özellik aleniyetin zilyetli in devri yoluyla de il de özel sicile yap,lan tescille sa lanmas,d,r¹⁷. Bu yap,da özel sicile yap,lacak tescil sonras, rehin veren rehin konusu ta ,n,r, kullanmaya devam etmektedir. Bu durum gerek rehinli ta ,n,r üzerinde iyiniyetli hak kazan,mlar, gerekse rehin alacakl,s,n,n korunmas, konusunda tart, ma ve sorunlar, beraberinde getirmektedir.

Kural olarak teslim ba l, ta ,n,r rehninin kabul edildi i TMK m. 939/I hükmünde Kanunda öngörülen ayr,k durumlar d, nda ta ,n,r,lar,n, ancak zilyetli in alacakl,ya devri suretiyle devredilebilece i düzenlenerek zilyetli in rehin alacakl,s,na devri ile rehin hakk,n,n üçüncü ki ilerce bilinirli ini (aleniyetini) sa lamak amaçlanm, t,r¹⁸. Ayr,ca TMK m. 986/II c. 1øde ta ,n,r,n zilyedinin iddia etti i hakk,n varl, , karine olarak kabul edilmi tir¹⁹. Bu hükümler kar ,s,nda çal, ma konumuz aç,s,ndan Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu kapsam,nda kurulacak ta ,n,r rehninde rehinli ta ,n,r üzerinde hak kazanmak isteyen rehin hakk,ndan habersiz üçüncü ki ilerin emin s,fat,ya dolays,z zilyet olan rehin verenden kazan,m,n,n korunup korunmayaca ,n,, özel sicile yap,lacak tescilin etkisini de tespit etmek gerekir.

2. Sicile Tescil Zorunlulu u ve Sicilin Hükümü

Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuña göre rehin hakk,n,n kurulmas, için rehin sözleşmenin yap,lm,sa,n,n yan, s,ra, rehin hakk,n,n özel sicile, 6750 say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ile Türk hukuk sistemine giren Rehinli Ta ,n,r Siciliñe tescil edilmesi gerekmektedir. Bu sicil, rehin hakk,n,n kurulmas, ve üçüncü ki ilere kar , hüküm ifade etmesi, rehinli alacakl,lar aras,nda s,ran,n belirlenmesi ve rehinli ta ,n,r ile alaca ,n devrinin tescili amac,ya Gümrük ve Ticaret Bakanl, , taraf,ndan kurulan ve kurdurulacak olan sicil (Ta ,n,r Rehin Sicil Sistemi (TARES)) olarak belirlenmi tir (T TRK m. 8/I, m. 2).

Özel sicile tescilin etkisine bak,ld, ,nda, T TRK m. 4/I hükmü uyar,nca, rehin hakk,n,n kurulmas, bak,m,ndan kurucu etkiye sahip oldu u görölmektedir (tescilin olumsuz hükmü)²⁰. Rehin sözleşmesinin tescilini talep edebilecek ki iler, rehin alacakl,s, ve rehin veren s,fat,na sahip olan ki iler ya da bunlar,n temsil ve ilzama yetkili temsilcileridir (Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 22/I). Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 18/II hükmünde tescilin gecikmeksizin yap,lm,sa, gerekti i hükme ba lanm, , fakat tescil için kesin bir süre öngörmekten kaç,n,lm, t,r.

¹⁷ HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015, Art. 884, Nr. 79; tescilin aleniyeti sa lama fonksiyonuna ili kin açıklama ve ele tiriler için bkz. öSicile Tescil Zorunlulu u ve Sicilin Hükümüö ve öRehinli Ta ,n,r Sicilinden Do an Aleniyet ve Sicilin Üçüncü Ki ilere Kar , Hüküm fade Etmesiö ba l,klar, alt,ndaki açıklama ve at,flar.

¹⁸ Zilyetlik devrinin aleniyeti sa lama fonksiyonu hakk,nda genel bilgi için bkz. GÜR SOY, Kemal/EREN, Fikret /CANSEL, Erol: Türk E ya Hukuku, 2. Bas., Ankara Üniversitesi Bas,mevi, Ankara 1984, s. 1092-1093; O UZMAN, M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 21. Bas., Filiz Kitabevi, stanbul 2018, para. 3615; NOMER, Haluk Nami /ERGÜNE, Mehmet Serkan: E ya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Haklar,, Payl, Mülkiyet, 5. Bas., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017, para. 761; ACAR, Rehin Hukuku, para. 71, 72.

¹⁹ Kamuya aç,kl,k ilkesi hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz. ACAR, Rehin Hukuku, para. 67 vd.

²⁰ Sicilin olumsuz hükmü hakk,nda bkz. DAVRAN, Bülent: Teslim artl, Menkul Rehni- Sicilli Menkul Rehni, Ticaret ve Banka Hukuku Haftas, (27 Nisan- 3 May,s 1959), Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü, Ankara 1960, s. 180; RE SO LU, RE SO LU, Seza: Ticari letme Rehni ve Uygulamada Ortaya Ç,kan Sorunlar, lk-San Matbaas,, Ankara 1977, s. 19; ÜLGEN/HELVACI/KEND GELEN/KAYA/NOMER ERTAN, para. 452; ANTALYA/ACAR, s. 54, 55; ÖZ, Turgut: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Oma øa Arma an, stanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Say,), Cilt 3, 1. Bas., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2017, s. 165; GÜR PINAR, 89; S RMEN, Sempozyum, s. 32; ZEVKL LER Ayd,n/GÖKYAYLA K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç li kileri, 18. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 720; BAHT YAR, Mehmet: Ticari letme Hukuku, 1. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, stanbul 2018, s. 61; S RMEN, Sempozyum, s. 32; ERGÜNE, Serkan: Hukukumuzda Ta ,n,r Rehninin, Özellikle Teslime Ba l, Ta ,n,r Rehninin Kurulu u, 1. Bas., Filiz Kitabevi, stanbul 2002, s. 62; POROY /YASAMAN, s. 63; AYAN, Mehmet: E ya Hukuku III, S,n,r,l, Ayni Haklar, 8. Bas., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2017, s. 301; ARKAN, s. 56; GÜR PINAR, s. 89; hayvan rehni ile ba lant,l, olarak sviçre hukuku hakk,nda bkz. OFTINGER, Karl/ BÄR, Rolf: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/2c - Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, Zürich 1981, Art. 885, Nr. 35; ZOBL, Dieter/THURNHERR, Christoph: Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Staempfli Verlag, Bern 2010, Nr. 363 ff.; ALTORFER, Peter: Die Mobiliarhypothek, Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts (Zürcher Studien zum Privatrecht), Schulthess, Zürich 1981, § 7, s. 49.

Sicile yap,lacak olan tescilin hakk,n kurulmas, için art olmas,n,n yan, s,ra (*sicilin olumsuz hükmü*), aleniyeti sa lanma fonksiyonuna ne derecede sahip oldu u 15/02/2018 tarihli ve 7099 say,l, Kanunla yap,lan de i iklikler sonras, tart, mal,d,r. Sicilin aleni olu u, hem T TRK m. 2/I b. k ve m. 8/II hükmünde hem de Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 17/II c. 1øde aç,kça belirtilmi tir. Ayr,ca Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 17/IIøye 22/05/2018 tarihli Ticari lemlerde Rehin Hakk,n,n Kurulmas, ve Temerrüt Sonras, Haklar,n Kullan,lmas, Hakk,nda Yönetmelikte De i iklik Yap,lmas,na Dair Yönetmelik ile eklenen ikinci cümle uyar,nca, ø*Kanuna göre Sicili incelemekle yükümlü olmamas, veya Kanunun 3 üncü maddesinde say,lan rehin sözleşmesi taraf ehliyetine sahip olamamas, sebepleriyle bir ta ,n,r,n rehinli oldu unu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyi niyetli üçüncü ki inin iyi niyeti korunur*.ö. Yine Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanununun genel gerekçesinde de Rehinli Ta ,n,r Sicilin olu turulmas, ile ta ,n,r rehinlerinin aleniyetinin ve takibinin sa land, , ifade edilmi tir²¹. Buna göre ilgisini ispat eden herkes, sicilde sorgulama i lemi yapabilir (*Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 30/I*) veya rehin verenin rehinli i lemleri ile Kanun uyar,nca rehne konu edilebilecek ta ,n,r varl,klar üzerindeki rehin haklar, ve bu rehinlere ili kin di er hususlar, görmek amac,yla sicilden onayl, belge talebinde bulunabilir (*Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 26/I*).

Öte yandan mülga T RK m. 5/IVøin ø*Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicilindeki kayda istinat ederek rehin hakk, iktisabedenin bu iktisab, muteberdir*.ö eklindeki hükmü ile Ticaret veya Esnaf ve Sanatkarlar Sicilindeki kayda dayanan iyiniyetli üçüncü ki ilerin rehin hakk, kazan,malar,n,n korunaca , aç,kça düzenlenmi ti. 15/02/2018 tarihli ve 7099 say,l, Kanun m. 29 ile de i en T TRK m. 7/III ile benzer bir düzenleme getirilmi tir: ø*Bir ta ,n,r,n rehinli oldu unu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü ki inin iyiniyeti korunur*.ö. An,lan T TRK m. 7/III hükmü ve Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 17/II c. 2 kar ,s,nda Rehinli Ta ,n,r Sicilin aleniyeti ile amaçlanan i levin büyük ölçüde azalm, oldu u görölmektedir²².

Ayr,ca T TRK m. 8/I ve m. 9/I hükümlerinde rehin hakk,n,n rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesiyle üçüncü ki ilere kar , hüküm ifade edece i aç,klanm, t,r.

Bahsi geçen hükümlerin birlikte de erlendirilmesi sonucu T TRK m. 9 hükmü uyar,nca iyiniyetli üçüncü ki ilerin sicildeki tescile güvenerek rehin hakk, kazanamayacaklar, dü ünçesindedir. Bu noktada Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanununda aç,kça düzenlenmedi i sürece tapu kütü ündeki tescilin olumlu hükmüyle (*TMK m. 1023*) benzer ekilde Rehinli Ta ,n,r Sicilin olumlu hükmü olmad, , ve iyiniyetli üçüncü ki ilerin rehin hakk,yla yükümlü olmadan ta ,n,r mülkiyetini kazanacaklar, yönündeki görü e kat,l,yoruz²³.

3. Rehinli Ta ,n,r Sicilinden Do an Aleniyet ve Sicilin Üçüncü Ki ilere Kar , Hüküm fade Etmesi

TMK m. 988 hükmünde ø*emin s,fat,yla zilyetten edinme bak,m,ndan*ö ba l, , alt,nda bir ta ,n,r, emin s,fat,yla zilyedinden o ey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya s,n,r,l, ayni hak edinen kimselerin ediniminin, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunaca , kabul edilmektedir. Bu ba lamda üçüncü ki ilerin iyiniyetinin korunmas,na ili kin olarak bir üst ba l,ta inceledi imiz T TRK m. 8/I ve m. 9/I hükümleri kar ,s,nda sicilin olumlu hükmü bulunmad, ,n,n kabul edilmesi gerekti ini ifade etmi tik²⁴.

Konuya ili kin 15/02/2018 tarihli ve 7099 say,l, Kanun m. 29 ile de i en T TRK m. 7/III hükmüne bak,ld, ,nda, ø*bir ta ,n,r,n rehinli oldu unu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü ki inin iyiniyetinin korunmas,öna ili kin düzenlenmeyi görmekteyiz*. Ayr,ca 22/05/2018 tarihli Ticari lemlerde Rehin Hakk,n,n Kurulmas, ve Temerrüt Sonras, Haklar,n Kullan,lmas, Hakk,nda Yönetmelikte De i iklik Yap,lmas,na Dair Yönetmelik ile de i en Kurulma Yönetmeli i m. 17/II hükmü u ifadelere yer verilmektedir:

²¹ Genel gerekçe için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf>, (Eri im Tarihi: 15.02.2019), s. 5.

²² S RMEN, Sempozyum, s. 29; ACAR, Faruk: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Bak,m,ndan Rehin Alan,n ve Rehin Veren Hak ve Yükümlülüklerine K,sa Bir Bak, , Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, Ankara 2018, s. 194. Sicilin aç,klay,c, i levi hakk,nda bkz. a a ,da ø*Rehne Konu Alaca ,n Üçüncü Ki iye Devri*ö ba l, , alt,ndaki aç,klamalar.

²³ Bkz. yukar,da dn. 16øda an,lan yazarlar.

²⁴ Bkz. yukar,da ø*Sicile Tescil Zorunlulu u ve Sicilin Hükmüü ve øRehne Konu Ta ,n,r Üzerinde Rehin Veren Tasarrufu ve Sonuçlar,ö ba l,klar, alt,ndaki tespitler*.

öSicile tescil edilen hususlar alenidir. Kanuna göre Sicili incelemekle yükümlü olmamas, veya Kanunun 3 üncü maddesinde sayılan rehin sözle mesi taraf ehliyetine sahip olamamas, sebepleriyle bir ta ,n,r,n rehinli oldu unu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyi niyetli üçüncü ki inin iyi niyeti korunur.ö.

Mülga Ticari letme Rehni Kanunu'nun yürürlükte oldu u dönemde de i ik T TRK m. 7/III hükmüne benzer bir düzenleme m. 5/IV hükmünde yer almaktayd, öTicaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicilindeki kayda istinat ederek rehin hakk, iktisabedenin bu iktisab, muteberdir.ö. Bu düzenleme yürürlükte iken, ad,na ticaret sicilinde i letme kayd, bulunan kimseden, gerçekte hak sahibi olmasa bile, üçüncü ki ilerin iyiniyetli hak kazanabilecekleri kabul edilmekteydi. T TRK m. 7/III hükmünde yap,lan de i ikle kanun koyucu, T RK m. 5/IV hükmü ile benzer ekilde, rehin hakk,ndan habersiz üçüncü ki ilerin rehin konusu ey üzerindeki kazan,mlar,n, korumak istemektedir. Öte yandan kanun koyucu sicilini aleniyetini (T TRK m. 2/I b. k ve m. 8/I) ve sicildeki kayd,n herkese kar , ileri sürülebilece ini kabul etmektedir (T TRK m. 8/I, 9/I). Bir yandan iyiniyetli üçüncü ki ilerin kazan,mlar,n, korumaya yönelik hükümler, di er yandan sicilini aleniyetinin ve üçüncü ki ilere kar , hüküm ifade etmesinin kabulü kar ,s,nda konu ba l, ,m,z alt,nda iyiniyetli hak kazan,mlar,n,n mümkün olup olmad, , konusunda ayr,ca tespit yapmak gerekecektir²⁵.

Rehinli Ta ,n,r Siciline yap,lacak tescilin üçüncü ki ilerin iyiniyetlerini bertaraf edip edemeyece i sorusunun cevaplanmas,nda birinci ihtimalde, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'na göre ticari i letmenin tamam, üzerinde rehin hakk, kararla t,r,lm, olup, sözle me sicile tescil ettirildikten sonra rehne taraf olmayan üçüncü ki i i letmenin bütünü üzerinde hak kazanmak istemektedir. Bu duruma ayet Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu kapsam,nda rehin kurulurken i letme bir bütün olarak sicile tescil edildi inden i letmeyi tamamen devralmak isteyen ki inin Rehlinli Ta ,n,r Sicilini inceleme sorumlulu u bulundu u (T TRK m.8/II, m.9/I; *Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 17/II; k,yasen Türk Ticaret Kanunu m.36/III*) kabul edilirse²⁶, tescilin olumlu hükmü olarak ifade edebilece imiz etki ile i letmenin bütünü üzerinde hak kazanmak isteyen üçüncü ki inin rehinden haberdar olmad, , iddias, dinlenmeyecektir²⁷. Bu sonuca göre, rehinli i letmenin üçüncü ki iye devredilmesi güvencede de i iklik yaratmaz²⁸, yeni malik borcu yüklendi i takdirde alacakl,, kendisine ba vurma hakk,n, sakl, tuttu unu bir y,l içinde yaz,l, olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur (*Kurulma Yönetmeli i m.28; T TRK m.18; k,yasen TMK m.888*). Kald, ki, ticari i letmenin üzerinde rehin hakk, tesis edilmi se, i letmeyi devralan ki i o i letmeyi tüm aktif ve pasifleriyle devralm, oldu undan rehinli alacakl,ya kar , malvarl, ,ndaki veya i letmedeki borçlardan sorumlu olacakt,r (TBK m. 202)²⁹.

Yukar,da yönetti imiz soruya T TRK m. 7/III hükmü gere ince üçüncü ki ilerin iyiniyetli hak kazan,mlar,n,n korunaca , kabulüyle cevap verildi inde ise, art,k Rehlinli Ta ,n,r Sicilini inceleme zorunlulu undan bahsetmemek gerekir. Aksi halde üçüncü ki inin rehin hakk,n,n varl, ,ndan haberdar olmamas, ko ulu sa lanmam, olur ve üçüncü ki inin iyiniyetinden bahsedilemez. Bu halde iyiniyeti korunan üçüncü ki inin i letmenin mülkiyetini kazanmas,ya rehin hakk, sona erecektir³⁰.

Bir di er ihtimalde ise üçüncü ki i i letmeye dâhil olan ve daha önce üzerinde Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'na göre münferiden rehin kurulan ta ,n,r,lar,n bir k,sm, üzerinde aynı hak elde etmek istemektedir. Konu hakk,nda mülga T RK m. 9/II hükmünde ö u kadar ki, rehinden haberdar olmaks,z,n ticari i letmenin sicil bölgesi d, ,ndaki münferit unsurlar, üzerinde mülkiyet veya di er aynı bir hakk, iktisabeden hüsnüniyet sahibi üçüncü ahs,n haklar, mahfuzdur.ö denilmek suretiyle üçüncü ki ilerin i letmenin sicil bölgesi d, ,ndaki münferit unsurlar,ya s,n,rl, olmak üzere iyiniyetli hak kazan,mlar, korunmu tu. Buna kar ,l,k, yak,n tarihe kadar benzer yönde bir düzenlemeye Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'nda yer verilmemi ti.

²⁵ Sicilin aleniyetinin hakk,n varl, , noktas,nda iyiniyeti bertaraf edece i hakk,nda bkz. ANTALYA/ACAR, s. 54.

²⁶ T MAMO LU, s. 36.

²⁷ Sicile tescil edilen hususlar,n aleniyeti için bkz. T TRK m. 8/II, 9/I; Rehlinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 17/II. Sicilin olumlu etkisi hakk,nda bkz. ayr,ca GÜRPINAR, s. 132. Mülga T RK'nın yürürlükte oldu u döneme ili kin bkz. DAVRAN, s. 89; ÜLGEN/HELVACI/KEND GELEN/KAYA/NOMER ERTAN, para. 472.

²⁸ RE SO LU, Ticari letme Rehni, s. 29-30; ÜLGEN/HELVACI/KEND GELEN/KAYA/NOMER ERTAN, para. 472; POROY/YASAMAN, s. 63; ARKAN, s. 66.

²⁹ Konu hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz. KAHRAMAN, Zafer: Ticari letmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin ntikali, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin An,s,na Arma an, Bahçe ehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Say, 1456146, Eylül - Ekim 2016, s. 587 vd.; bkz. ayr,ca T MAMO LU, s. 35.

³⁰ ÖZ, Sempozyum, s. 126, 127; ÖZ, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Oma ÷a Arma an, s. 167-168; BAHT YAR, s. 26.

Fakat 15/02/2018 tarihinde yapılan ve i iklikle T TRK m. 7/son f,kra hükmünde *öBir ta ,n,r,n rehinli oldu unu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü ki inin iyiniyeti korunur.ö* eklinde üçüncü ki ilerinin iyiniyetli hak kazan,mlar,na ili kin yeni bir düzenleme getirilmi oldu u görülmektedir. T TRK m. 7 hükmünde yapılan ve i ikli e ra men üçüncü ki ilerinin iyiniyetli hak kazan,mlar,n,n korunmayaca , (*sicilin olumlu hükmü*) kabul edilirse, art,k üçüncü ki inin ta ,n,r, rehinle yüklü olarak devralaca , söylenebilir (*Kurulma Yönetmeli i m. 28; T TRK m. 18; k,yasen TMK m. 888*)³¹. Fakat görü ümüzce TMK m. 1023'te öngörülen tapu sicilinin olumlu hükmüne benzer ekilde *Rehinli Ta ,n,r Sicilinin olumlu hükmü bulunmad, ,ndan, üzerinde rehin hakk, kurulmu ta ,n,r,n mülkiyetinin iyiniyetli üçüncü ki i taraf,ndan kazan,lmaz, ile birlikte rehin hakk, sona ermi olacakt,r*³².

4. Rehlinli Ta ,n,r, Devralan Üçüncü Ki inin Rehne Konu Borçtan Sorumlulu u

T TRK m. 16/I b. b hükmünde *öta ,n,r, rehin yüklü olarak devralan,n borcu ödememesi hâlinde rehinli varl, ,n mülkiyetini devretmemesiö* adli para cezası, uygulanacak hallerden biri olarak kar ,m,za ç,kmaktadır. T TRK m. 16 hükmünün ifadesinden tacir, esnaf, üretici örgütü veya serbest meslek erbab,n,n mülkiyetinde olan ta ,n,r,lar, sat,n almak isteyen üçüncü ki inin sicili incelemek zorunda oldu u, aksi takdirde rehinle teminat alt,na al,nm, borcu ödemek ve hatta borcun ödenmemesi halinde ta ,n,r,n mülkiyeti devretmek yükümlülü ü alt,nda olaca , sonucuna var,labilecektir³³. Hüküm bu ekilde anla ,l,nca i letmeye dâhil bir ta ,n,r, rehin hakk,ndan habersiz olarak devralan iyiniyetli üçüncü ki inin kazan,m,n,n kanun koyucu taraf,ndan tam olarak korunmad, , söylenebilir³⁴. Buna kar ,l,k, üçüncü ki ilerinin iyiniyetli hak kazan,mlar,n,n korunması, ve daha önce yapm, oldu umuz *ösicili inceleme yükümlülü ünün bulunmad, ,ö yönündeki tespitlerimiz do rultusunda, T TRK m. 16 hükmünün üzerindeki rehin hakk,ndan habersiz ekilde ta ,n,r, devralm, üçüncü ki iyi rehne konu borcu ödeme ve hatta borcun ödenmemesi halinde ta ,n,r,n mülkiyetini devretme yükümlülü ü alt,na sokan ifadesi anla ,lamamaktadır. Zira rehin hukukuna hâkim prensip olarak, iyiniyetli üçüncü ki inin TMK m. 988 uyar,nca rehin konusu eyin mülkiyetini elde etmesi ve dolay,s,yla rehin zilyetli inin kayb, rehin verenin mülkiyetini ve rehin alacakl,s,n,n rehin hakk,n, sona erdirecektir³⁵. Üçüncü ki inin üzerinde rehin hakk, tesis edilmi ta ,n,r,n mülkiyetini iyiniyetle kazanmayaca ,n,n kabulü halinde dahi T TRK m. 16 hükmü aç,klamaya muhtaçtır. Zira daha önce rehin hakk,na konu edilmi ta ,n,r, rehin verenden sat,n alan üçüncü ki inin rehne konu borçtan sorumlu tutulabilmesi için kural olarak ayr,ca borcu üstlenmesi gerekmektedir³⁶.*

³¹ An,lan de i iklik öncesi dönemde ticari i letmenin faaliyeti çerçevesinde i letmede bulunan ta ,n,r,lar, i leyip meydana gelen yeni eyi bir üçüncü ki iye devri halinde üçüncü ki inin tüketici olması, ihtimaline ba l, olarak onun iyiniyetli hak kazan,m,n,n korunaca , Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu uyar,nca kurulmu rehinin sona erce i görü ü için bkz. GÜRPINAR, s. 133, 134; sorun hakkında getirdi i yeni çözümler için bkz. T MAMO LU, s. 29, 30. Henüz milga T RK'n yasala mad, , dönemde sicilli ta ,n,r rehininin kabulü halinde üçüncü ki ilerinin ta ,n,r siciline bakmakla yükümlü olmaları, gerekece i yönünde bkz. DAVRAN, *Rehin Hukuku Dersleri*, s. 181.

³² AYAN, s. 273. T TRK m. 18 hükmünde Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde 4721 say,l, Türk Medeni Kanunu'nun ta ,n,ma z rehinine ili kin hükümlerin k,yasen uygulanması, kabul edilmi tir. Ancak unutulmamalı,d,r ki TMK m. 5 hükmü uyar,nca Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun dü tü ü ölçüde tüm özel hukuk ili kilerine uygulanacaktır. Dolay,s,yla niteli iyle ba da t, , ölçüde konusu ta ,n,r olan ticari i lemlerde ta ,n,r rehinine teslim ba l, ta ,n,r rehinine ili kin Türk Medeni Kanunu hükümlerinin de uygulanabilmesi gerekir. Bu nedenle üzerinde Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu çerçevesinde rehin hakk, kurulmu ta ,n,r,n mülkiyetinin iyiniyetli üçüncü ki i taraf,ndan kazan,lmaz, halinde rehin hakk,n,n ak,beti konusunda teslim ba l, ta ,n,r rehininin sona ermesi hakk,ndaki *öüçüncü ki i rehin konusu ta ,n,r,n mülkiyetini rehinin varl, ,n, bilmeksizin kazanm, olup da, iyiniyeti dolay,s,yla kazan,m, korunuyorsa, bu mal üzerindeki rehin hakk,n,n sona erce iö görü ünü benimsiyoruz. Bkz. O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEMİR, para. 3709; S RMEN, E ya, s. 678. Ayr,ca bkz. *öSicile Tescil Zorunlulu u ve Sicilin Hükmüö ve öRehne Konu Alaca ,n Üçüncü Ki iye Devriö* ba l,klar, alt,ndaki aç,klamalar.*

³³ T MAMO LU, 35; ÇEK N, Mesut S.: *Das neue türkische Gesetz über Mobiliarpfandrechte bei Handelsgeschäften, Recht der Internationalen Wirtschaft, Heft: 08, 2017, s. 498.*

³⁴ Ayn, yönde bkz. T MAMO LU, s. 35.

³⁵ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1112; ACAR, *Rehin Hukuku*, para. 504; BAHT YAR, s. 26; AYAN, s. 287; ÖZ, *Sempozyum*, s. 126, 127; ÖZ, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Ömür Arma an, s. 167-168; ayr,ca bkz. *öSicile Tescil Zorunlulu u ve Sicilin Hükmüö ve öRehne Konu Alaca ,n Üçüncü Ki iye Devriö* ba l,klar, alt,ndaki aç,klamalar.

³⁶ Rehlin verenin kendi borcu için kendine ait mal üzerinde rehin hakk, kurması, halinde rehne konu mal, sat,n alan üçüncü ki inin rehinle teminat alt,na al,nan borçtan sorumlulu unu tespit önem ta ,maktad,r. TBK m. 198/II hükmüne göre, borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü ki inin ve kefilin sorumluluklar,, ancak onlar,n borcun üstlenilmesine yaz,l, olarak r,za göstermeleri hâlinde devam eder. Rehlin verenin kendi borcu için kendine ait mal üzerinde rehin hakk, kurması, ihtimalinde rehin veren ve rehinli mal, sat,n alan üçüncü ki i aras,nda iç üstlenme sözleşmesinin yap,lmaz, gerekip gerekmedi i ve buna ba l, sonuçlar hakk,ndaki doktrindeki tartışma hakk,nda bkz. KAHRAMAN,

Di er yandan ipotekli ta ,nmazlar,n devrine ili kin TMK m. 888 uyar,nca,

ö potekli ta ,nmaz,n devri, aksi kararla t,r,lm, olmad,kça, borçlunun sorumlulu unda ve güvencede bir de i iklik meydana getirmez.

Yeni malik borcu yüklendi i takdirde alacakl,, kendisine ba vurma hakk,n, sakl, tuttu unu bir y,l içinde yaz,l, olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur.ö. Hükmün ifadesinden öipotekli ta ,nmaz, devralan ki inin alacakl,yla bir borcun üstlenilmesi sözle mesi yapmam, olsa bile, ta ,nmaz,n devrinin tapu sicil muhaf,zl, ,nca kendisine tebli inden itibaren alacakl,,n bir y,l içinde borcun üstlenilmesine raz, olmad, ,n, beyan etmemesi üzerine, eski borçlunun borçtan kurtularak yeni malikin borcu üstlenmi olaca ,ö³⁷ anla ,lmaktad,r. TMK m. 888 hükmüne benzer bir düzenleme Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'nda yer almazken, Kurulma Yönetmeli i m. 28'de TMK m. 888 hükmü ile paralel ekilde rehinli ta ,n,r varl, ,n mülkiyetinin veya zilyetli inin devrinin, aksi kararla t,r,lm, olmad,kça, borçlunun sorumlulu unda ve güvencede bir de i iklik meydana getirmeyece i; mülkiyetin devredilmesi hâlinde yeni malik borcu yüklendi i takdirde rehin alacakl,, kendisine ba vurma hakk,n, sakl, tuttu unu bir y,l içinde yaz,l, olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlunun borcundan kurtulaca , düzenlenmi tir. An,lan hükümleri üçüncü ki ilerin iyiniyetli hak kazan,m,lar,yla ba lant,l, olarak yapt, ,m,z ösicili inceleme yükümlülü ünün bulunmad, ,ö tespitimiz ile de erlendirdi imizde sicili inceleme zorunlulu u bulunmayan rehinden habersiz iyiniyetli üçüncü ki ileri rehinli ta ,n,r, devrald,ktan sonra rehinle teminat alt,na al,nm, borcu ödemek ve hatta borcun ödenmemesi halinde ta ,n,r,n mülkiyeti devretmek yükümlülü ü alt,na sokmak, üçüncü ki ilerin iyiniyetli hak kazan,m,lar,na ili kin T TRK m. 7/son f,kra düzenlemesi kar ,s,nda tutarl, olmayacaktır.

Öte yandan, T TRK m. 16 hükmünde ifade edilen *öta ,n,r mülkiyetini devir yükümlülü üö*, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu uyar,nca ticari i letmenin tamam, üzerinde rehin hakk, kurulmas, sonras, ticari i letmeye dâhil unsurlardan baz,lar,n,n iyiniyetli üçüncü ki iler taraf,ndan sat,n al,nmas, ihtimalinde de ortaya ç,kabilir. Hatta bu olas,l,ta üçüncü ki inin rehin konusu ey üzerindeki hak kazan,m,n,n korunmas, sorunu daha net ortaya ç,kacaktır. Zira ticari i letme ve esnaf i letmesinin tamam, üzerinde rehin kurulmas, hâlinde, rehnedilecek i letmenin ay,rt edici özelliklerini yap,lacak tescilde belirtmek gerekir ama i letmeye dâhil ta ,n,r varl,klar,n tescilde tek tek belirtilmesi art de ildir³⁸. T TRK m. 5/II c. 1 hükmüne göre, rehinin kurulu u an,nda i letmenin faaliyetine tahsis edilmi olan her türlü varl, ,n rehnedilmi say,l,r³⁹. Dolay,s,yla ticari i letme veya esnaf i letmesinin tamam, üzerinde rehin kurulduktan sonra i letmeye dahil baz, ta ,n,r,lar, sat,n almak isteyen üçüncü ki inin bu ta ,n,r,lar,n özgüledikleri i letme üzerinde daha önce kurulan rehinin kapsam,na dâhil oldu undan haberdar olmamas, olas,d,r. T TRK m. 16 hükmü, i letmeye dahil unsurlardan baz,lar,n, sat,n almak isteyen üçüncü ki i rehin hakk,ndan haberdar olmasa dahi rehinle teminat alt,na al,nm, alaca ,n ifa edilmemesi halinde sat,n alm, oldu u ta ,n,r,n mülkiyetini devretmek zorunda kalmas,n, düzenlenmi tir. Az önceki aç,klama ve çekincelerimize ek olarak belirtmek gerekir ki, i letme üzerindeki rehne ili kin tescilden sat,n al,nan ta ,n,r,n bu rehne dahil oldu u hususunun anla ,lmamas,na ra men, T TRK m. 16'da uyar,nca iyiniyetli üçüncü ki inin mülkiyeti devir riski ile kar , kar ,ya kalmas, ku kusuz üçüncü ki ilerin i letmeye dahil ta ,n,r,lar üzerindeki iyiniyetli mülkiyet kazan,m,lar,n,n tam olarak korunmamas, sonucunu do urur⁴⁰. Bu durum ise, ticaret hayat,nda i letmeye dahil ta ,n,r,lar,n kolayca sat,lmas, önünde engel te kil edecek, uygulamada üçüncü ki ileri ta ,n,r al,m-sat,m,nda tereddüde sürükleyecektir. lem güvenli i bak,m,ndan do an bu sak,nca sicilli ta ,n,r rehni kurma imkan,n getirilmesinin alt,nda yatan dü ünçe ile de ba da mamaktad,r⁴¹. Kurulacak rehinle i letmenin mevcut ta ,n,r malvarl, , veya i letmenin tamam, üzerinde rehin konusunun rehin alacakl,,na teslimi gerekmeksizin gerekli finansmana eri imin kolayla t,r,lmas, amaçlanm, t,r.

Zafer: Kar ,la t,r,mal, Hukukta Borcun D, Üstlenilmesi (Borcun Nakli), 1. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2013, s. 292 vd.; ÖZCAN, Didem: Borcun Üstlenilmesi, 1. Bas., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017, s. 108 vd.

³⁷ O UZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, 12. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2016, s. 606, dn. 179.

³⁸ ANTALYA/ACAR, s. 93.

³⁹ Kanunun *öi letme faaliyetine tahsis edilmi varl,kö* ifadesinden i letmenin faaliyetlerinin devam,na hizmet eden, bu amaca özgülenmi varl,klar,n anla ,lmas, yönünde bkz. GÖLE/AYDO AN, s. 30. Bu varl,klar,n rehin verene ait olmas,n,n art olmad, , rehin verenden ba ka bir üçüncü ki iye ait varl,klar üzerinde iyiniyetli rehin alan,n rehin hakk,n, kazanaca , yolunda (TMK m.939/II) bkz. ARKAN, s. 59. Ticari i letmeye dahil varl,klar,n ticari i letmenin aç,l, ,nda ve her faaliyet dönemi sonunda haz,rılanmas, gereken envanter defterinden (TTK m.66) tespit edilece i hakk,nda bkz. ARKAN, s. 59.

⁴⁰ Ayn, yönde bkz. ÇEK N, s. 498.

⁴¹ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf>.

Bunun yan,nda i letmenin faaliyetinin sürdürülmesine yarayan malvarl, ,n,n rehin veren taraf,ndan kullan,lmaya devam edilmekle borcun ifa edilmesi söz konusudur. An,lan sak,nca kar ,s,nda rehin veren aç,s,ndan beklenen faydan,n sa lanamayaca , söylemek mümkündür. Yukar,daki tespit do rultusunda menfaati korunan tek ki inin rehin veren olacakt,r. öyle ki, borcun ifa edilmemesi halinde rehin veren her halde alaca ,n, elde edeceken (rehinle teminat alt,na al,nm, borcun ödenmesi ya da ta ,n,r,n mülkiyetinin devredilmesi yoluyla), üçüncü ki iler aç,s,ndan dezavantajl, bir durum ortaya ç,kacakt,r. Bu halde Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu uyar,nca rehin hakk, kurman,n sa lad, , faydan,n pratikte azalmas, ve bu rehin türü uygulamada tercih edilmemesi tehlikesi gündeme gelecektir.

5. Çift Tarafl, Bildirim Zorunlulu u

iyiniyetli hak kazan,m, konusunda sorun yaratabilecek bir di er husus, *öçift tarafl, bildirim zorunlulu u*⁴². Bununla bir yandan mevzuat, gere i özel sicillerine kayd, gereken eylerin (*marka, patent gibi*) sicile bildirilmesi (*T TRK m.5/VIII*) ve di er yandan Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu kapsam,nda kurulan rehinlerin özel sicili bulunan varl,klar, kapsam, halinde bunlar için ilgili sicillere bildirimde bulunulmas, gerekti i (*T TRK m.5/VIII ve Rehimli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m.13/II,III*) veya ticari i letme ve esnaf i letmesinin tamam, üzerinde rehin kurulmas, halinde ticari i letme ve esnaf i letmesi rehinlerinin ticaret veya esnaf siciline bildirilmesi (*T TRK m.5/II*) ifade edilmek istenmektedir⁴³.

Sorun, di er sicillere⁴⁴ yap,lm, gereken bildirim yap,lmamas, veya bildirimde yanl, l,k yap,lm, halinde ortaya ç,kacakt,r. Örne in, i letmenin tamam, üzerinde Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu^{na} göre rehin kurulmas, halinde bu rehinin T TRK m. 5/II hükmü uyar,nca Ticaret ve Esnaf Siciline bildirilmesi gerekmektedir. Di er sicillere yap,lacak bildirim amac,, rehin varl, ,ndan herkesin haberdar edilmesi ve bu yolla üçüncü ki iler in iyiniyet iddialar,n,n önlenmesidir. Görü ümüzce an,lan hükümler uyar,nca yap,lm, gereken bildirim yap,lmamas, veya bildirim yanl, yap,lm,sonucu, üçüncü ki iler in daha önce kurulmu rehinden haberi olmamas, veya siciller aras,ndaki uyumsuzluk sebebiyle do ru bilgi sahibi olmamalar, ve sonuç olarak iyiniyetli hak kazan,m,lar,n,n korunmas, olacakt,r.

6. Rehimli Ta ,n,r Üzerinde Birden Fazla Rehni Kurulmas,

T TRK m. 4/VII hükmünde rehimli ta ,n,r üzerinde birden fazla rehin kurulmas, yasaklanmam, , hatta rehne konu ta ,n,r varl, ,n alt veya art rehne konu edilmesi ile rehin verenin rehne konu ta ,n,r varl,k üzerindeki tasarruf yetkisini k,s,tlayan kay,tlar,n geçersizli i öngörülümü tür. Ayr,ca madde gerekçesinde⁴⁵ *öi Kanun kapsam,nda tesis edilen bir sözle me uyar,nca üzerinde rehin kurulan bir varl, ,n ikinci bir rehne konu edilebilmesine imkân sa lanmaktad,r. Mal ve hizmet üretimini kesintiye u ratmamak amac,yla rehin verenin rehimli varl,k üzerindeki tasarruf haklar, korunmaktad,rí* ö denilmek suretiyle rehimli ta ,n,r üzerinde rehin verenin birden fazla rehin kurmas,na izin verilmi tir.

Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu^{nda} iki türlü rehin kurma yöntemi düzenlenmi tir⁴⁶. Bunlardan ilki, ayn, ta ,n,r üzerinde derece belirtilmeksizin birden fazla rehni kurulmas,d,r. T TRK m. 11 hükmü uyar,nca, ayn, ta ,n,r varl,k üzerinde derece s,ras, belirtilmeksizin birden fazla rehin hakk, tesis edilmesi hâlinde alacakl,lar,n öncelik hakk,, rehni kurulma an,na göre belirlenir (*öilerleme sistemiö, TMK m. 948*)⁴⁷. Derece belirtilmesi hâlinde ise, derece s,ras, esas al,n,r. Sonraki s,rada yer alan rehimli alacakl,lara bo alan dereceye geçme hakk,

⁴² Ayr,nt,l, olarak bkz. GÖLE/AYDO AN, s. 40; KARAKILIÇ, Hasan: letmelerin Finansman Sa lama Arac, Olarak Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Üzerine Bir De erlendirme, Uluslararası, ktisadi ve dari ncelemeler Dergisi, (16. Uluslararası, ktisadi ve dari ncelemeler Dergisi Özel Say,s,), Karadeniz Teknik Üniversitesi Be ikdüzü Meslek Yüksekokulu, Trabzon 2017, s. 42. Di er sicillere yap,lacak bildirim aleniyeti sa laya yönelik oldu u hakk,nda bkz. RE SO LU, Ticari letme Rehni, s. 20 vd.; ÜLGEN/HELVACI/KEND GELEN/KAYA/NOMER ERTAN, para. 461; ARKAN, s. 57.

⁴³ Sicillere yap,lacak bildirim ile siciller aras,nda i birli i ve bilgi ak, ,n,n sa lanmas, hedeflenmi tir. Bkz. GÖLE/AYDO AN, s. 40.

⁴⁴ S,nai Mülkiyet Kanunu uyar,nca tutulan Sicil, Gemi Sicili (*Türk Ticaret Kanunu m. 1015/I*), Türk Hava Arac, Sicili (*Türk Sivil Havac,l,k Kanunu m. 70*) gibi.

⁴⁵ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf>. (Eri im Tarihi: 15.02.2019).

⁴⁶ Ayr,nt,l, bilgi için bkz. KIRCA, Çi dem: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni S,ra, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, Ankara 2018, s. 159 vd.

⁴⁷ Ayr,nt,l, bilgi için bkz. ANTALYA/ACAR, s. 139.

verilmesi hâlinde ilk sırada yer alan rehin alacaklısına, alacaklına, tamamen almadan bir sonraki rehin alacaklısına ödeme yapılmaz.

Bir diğer rehin kurma yönteminde ise, derecelere göre birden fazla rehin kurulmaktadır. Buna göre, rehinin sıralaması, güvence, tescilde belirtilen rehin tutarı, ve derecesi ile sıralanır. Rehin, sırada kendisinden önce gelecek olan miktarın tescilde belirtilmesi kaydıyla ikinci veya daha sonraki derecede de kurulabilir. Bu halde TMK m. 871 ile m. 876'nın bu Kanuna aykırık olmayan hükümleri uygulanır (T TRK m.10/I). Rehin sözleşmesinde sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boş alan dereceye geçme hakkı verilebilir. Rehin sözleşmesinde bir sözleşme ile bu hakkın tanınması, hâlinde sözleşmenin geçerliliği, Sicile tescil edilmesine bağlıdır (T TRK m.10/II).

7. Lex Commissoria Yasa , Çerçevesinde Rehin Veren Tasarruflar,

Rehin veren kimsenin iradesi yalnızca borcun ifa edilmemesi halinde rehne konu şeyin satışa paraya çevrilmesine ve satış bedelinden rehinli alacaklının tatmin edilmesine yöneliktir. TMK m. 873/II hükmünde borcun ödenmemesi halinde rehinli tasarrufların müllkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmünün geçersizliği düzenlenmiştir. Benzer şekilde TMK m. 949 hükmünde borcun ödenmemesi halinde rehinli tasarrufların müllkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersiz kabul edilmiştir. Bu rehin konusu şeyin müllkiyetinin borcun ifa edilmemesi halinde rehinli alacaklıya devri yasa , *ölex commissoria yasa* , ö olarak ifade edilmektedir⁴⁸.

Kural, rehin konusu şeyin müllkiyetinin rehinli alacaklıya devri olmakla birlikte T TRK m. 14/ I hükmünde bu düzenleme dikkat çekmektedir:

öBu Kanun kapsamındaki borçlar, n süresinde ifa edilmemesi hâlinde alacaklı, a a ,daki yollara başvurabilir: a) Birinci derece alacaklı ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı, cra ve flas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli tasarrufların müllkiyetinin devrini talep edebilir. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehinli tasarrufların, Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası, uyarınca belirlenen de erinin, birinci derece alacaklıların toplam alacaklarından fazla olması, durumunda, aradaki fark miktarından, di er derecelerdeki alacaklılara kar ş, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur.ö

Anılan hüküm muaccel olan borcun ödenmesinde temerrüdün sonucu olarak düzenlenmiştir. Hüküm, rehinli tasarrufların müllkiyetinin geçmesi imkânın, öyasa ve önceden rehinli alacaklıya vermesi yönüyle *lex commissoria yasa* ,na istisna getirmektedir. *Lex commissoria yasa* ,nın amacı, borcun muaccel olması,ndan önce⁴⁹ müllkiyeti devir taahhütleri verilmesini önlemektir. T TRK m. 14 hükmünde de borçlunun temerrüde dü mesinden sonra müllkiyetin rehinli alacaklıya devri öngörümü tür. Gerek bu imkânın yasa ile getirilmesi olması, gerekse arta kalan de erinin rehin verene iade edilecek olması, ve özellikle rehinli tasarrufların objektif de er tespiti sonrası, devredilmesi göz önüne alındığında, nda *lex commissoria yasa* , ile önlenmek istenen *örehin verenin sömürülmesiö* durumunun burada gerçekleşmesi kabul edilebilir⁵⁰. Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu kapsamında kurulan rehinlerde rehin konusunun objektif de er tespiti yapılmaz, (m.13) ve alacaklı, ancak bu de er üzerinden talepte bulunabilmesi sonucu bu tür kayıtlar *lex commissoria yasa* , ile engellenmek istenen rehin verenin zor durumda bırakılması, durumuna sebep vermeyecektir⁵¹.

⁴⁸ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1020-1021; HELVACI, İhan: Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhununu Temellük) Yasa , İstanbul 1997, s. 10; O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEMİR, para. 3684; SEROZAN, Rona: E ya Hukuku I, 3. Bas., Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, para. 1519 vd.; S RMEN, Lale: E ya Hukuku, 6. Bas., Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2018, s. 746-747; ACAR, Rehin Hukuku, para. 189 vd.; AYAN, s. 281-282; AK PEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATE Derya: E ya Hukuku, 2. Bas., Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 847; NOMER/ERGÜNE, para. 757 vd.

⁴⁹ HELVACI, s. 100-102; O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEMİR, para. 3684; S RMEN, E ya, s. 674; ACAR, Rehin Hukuku, para. 192; ANTALYA/ACAR, s. 148; NOMER/ERGÜNE, para. 757 vd.; ERMAN, Hasan: E ya Hukuku Dersleri, 8. Bas., Der Yayınları, İstanbul 2018, s. 185.

⁵⁰ ANTALYA/ACAR, s. 149; kar ş. T MAMO LU, s. 41; ÖZ, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Öma ş Arma n, s. 175 vd.; TUNCER KAZANCI, s. 75-76.

⁵¹ ACAR, Rehin Hukuku, para. 189; ANTALYA/ACAR, s. 126, 127; bu konuda ayrıca 22/05/2018 tarihli Ticari lemlerde Rehin Hakkında Kurulması, ve Temerrüt Sonrası, Hakların Kullanılması, Hakkında Yönetmelikte De ğ iklilik Yapılması,na Dair Yönetmelik ile kaldırılan Kurulma Yönetmeliğ i m. 9/I, b. I hükmünde rehin sözleşmesinin zorunlu unsurları, arasındayarsa temerrüt durumunda müllkiyeti devralma hakkının kullanılması, kayd, da sayılm, t.. Söz konusu Kurulma Yönetmeliğ i düzenlemesi ile henüz rehin sözleşmesinin akdedilmesi a masında rehin konusu varlığı, n müllkiyetini talep etme hakkı, veya müllkiyeti devretme borcunun öngörülebilmesine olanak tanınm, t.. Özellikle anılan Yönetmelik düzenlemesi müllkiyetin devri kayıtların, rehin sözleşmesinin zorunlu unsurları, içerisinde sayılm, t.. Özellikle anılan Yönetmelik düzenlemesinin yürürlükte

8. Rehin Veren Tasarruflar, Sebebiyle Rehinli Alacaklı, Tazminat Talep Etme Hakkı,

Ta ,n,r üzerinde rehin hakkı, kurulmuş olmasının rehin verenin rehinli ta ,n,r üzerinde tasarruflarda bulunmamasına, ta ,n,r, devretmesine veya rehin hakkı, gibi başka bir hakla kayıtlamasına engel olmadıkça, belirtmek gerekir. Bu doğrultuda bu bağlamda rehin verenin tasarruflarda bulunamayacağı, hususu de il, rehin verenin rehinli ta ,n,r,n de erini düzenleyen tasarruflarda bulunmaması, halinde rehinli alacaklı, sahip olduğu haklar incelenecektir.

T TRK m. 12/V hükmü uyarınca, rehin veren, rehin konusu ta ,n,r varlıklarında erini rehin alacaklı, aleyhine azaltan tasarruflardan bulunursa bundan doğan zararlar, tazmin etmekle yükümlüdür. Anılan hükümde, de er düzenleme tehlikesinin bertaraf edilmesi için yapılan masrafların tazminine ilişkin T TRK m. 12/III hükmünden farklı olarak rehin verenin yapılmış olduğu tasarrufların sonucu rehinli alacaklı, sahip olduğu güvencenin azalması, ve bundan doğan zararın tazmini düzenlenmiştir. Burada bahsi geçen tazminat, güvencenin eksilen kısmının para olarak rehinli alacaklıya verilmesidir⁵².

Öte yandan, rehinli alacaklıya tazminat talep etme hakkı, doğanda başka güvence gösterilmesine veya eski hale iadeyi talep hakkına Ticari Hukuk Kanununda yer verilmemiştir⁵³, bu imkân Kurulma Yönetmeli m. 27/II, III'de tanımlanmıştır, t,r:

Rehinli ta ,n,r varlıklarında erinde düzenleme meydana gelmesi sebebiyle rehin alacaklı, alacağı için başka güvence göstermesini veya rehinli ta ,n,r varlıklarında erinin düzenleme tehlikesinin mevcut olmasının hâlinde de güvence isteyebilir. Yeterli güvence hâkim tarafından belirlenen süre içinde verilmediği takdirde rehin alacaklı, güvence eksikliği nedeniyle alacağı miktarındaki alacak kısmının ödenmesini isteyebilir.

De er düzenleme zilyedin kusuru olmadan meydana gelmesi sebebiyle rehin alacaklı, ancak zilyedin zarardan ötürü aldığı tazminat miktarını, alacağı ölçüsünde borçludan güvence vermesini veya kısmi ödeme yapmasını, isteyebilir. Bununla birlikte rehin alacaklı, de er düzenlemenin önlenmesi veya giderilmesi için gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir. Rehin alacaklı, bu amaçla yaptığı masrafları, harcama tutarını, kadar rehinli ta ,n,r varlıklarında erinde tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olur. Malik, bu masraflardan ki isel olarak sorumlu değildir. Bu konuda TMK m. 54'nin bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düzenleme ölçüsünde tüm özel hukuk ilmine uygulanarak hükmü ile yetinilerek söz konusu talepler genel hükümlere tabi olunacakken, konuya ilişkin benzer düzenlemenin Kurulma Yönetmeliğinden konulmamasına esasen gerek bulunmamaktadır. Zaten TMK m. 866 hükmünde de ta ,n,maz rehininde ta ,n,maz,n de erinde düzenleme meydana gelmesi sebebiyle rehinli alacaklıya alacağı için güvence gösterilmesini veya rehne konu ta ,n,maz,n eski hale getirilmesini talep etme imkânı, düzenlenmiştir. Dolayısıyla Kurulma Yönetmeliğinin m. 27/II uyarınca tanımlanan, olsaydı dahi, ta ,n,maz rehinine ilişkin TMK m. 866 hükmünün uygulanması, sonucu (T TRK m.18) rehinli ta ,n,maz,n de erinde düzenleme meydana gelmesi sebebiyle rehinli alacaklıya alacağı için güvence gösterilmesini veya rehne konu ta ,n,maz,n eski hale getirilmesini talep etme imkanına, Ticari Hukuk Kanununda Rehin Kanunu kapsamında kurulacak rehin için de tanımlanması gerekecektir⁵⁴.

IV. REHNE KONUSU ALACAKLI İN ÜÇÜNCÜ KISIMDAKİ DEVR

Çalışmamızın konumuz açısından incelenmesi gereken bir diğer husus, rehinle teminat altına alınan alacaklı devridir. T TRK m. 12/VI hükmünün *Rehin veren, rehinli ta ,n,r varlıklarında devri ile alacağı devrini Sicile tescil ettirmekle yükümlüdür.* örneğindeki düzenlemesiyle rehne konu alacağı devrinin yasaklanmadıkça, yalnızca alacağı devri halinde bildirim yükümlülüğünün doğduğunu görüyoruz. Buna göre, rehinli alacağı devri durumunda rehin veren ve rehinli alacağı devralan kişi alacağı devrini sicile bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde rehinli alacağı devrinin sicile tescil ettirilmemesi halinde idari para cezası, yaptırım, gündeme gelecektir (T TRK m.16/I,

olduğu dönem için mülkiyet devrinin kararlarla tanımlandığı, zaman dilimi açısından bakıldığında bu tür kayıtların lex commissoria yasa çerçevesinde geçersiz olmaları gerektiği söylenebilir. Bkz. ANTALYA/ACAR, s. 149.

⁵² ANTALYA/ACAR, s. 165.

⁵³ Karar mülga T TRK m. 11.

⁵⁴ Bu yönde bkz. RE SOĞLU, Seza: Menkul Potansiyel Teslimsiz Menkul Rehni, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Basımevi, Ankara 1965, s. 7.

ç)⁵⁵. Rehinli alaca ,n devrinden borçlunun haberdar edilmesi zorunlulu u ise, kanunda öngörülmemi tir.

Alaca ,n devrinin sicile bildirilmemesinin ve dolay,s,yla rehin verenin alaca ,n devredildi inden haberdar olmamas,n,n rehinle teminat alt,na al,nan alaca a etkisi ise, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu^{nda} aç,kça düzenlenmemi tir. TBK m. 186 hükmüne göre, alaca ,n devredildi i devreden veya devralan taraf,ndan borçluya bildirilmemi se, önceki alacakl,ya ifade bulunan borçlu borcundan kurtulur. Acaba sicile bildirilmeyen alaca ,n devri kar ,s,nda önceki rehin alacakl,s,na ifade bulunan rehin verenin borcundan kurtuldu u kabul edilmeli midir? Sicile tescil edilen hususlar,n aleni oldu u yönündeki T TRK m. 2/I b. k, 8/II ve Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 17/II düzenlemeleri do rultusunda bu soruya *öalaca ,n devri sicile bildirilmi se art,k rehin verenin alaca ,ndan haberdar olmad, , yolundaki iddias, dinlenmeyecektir (bkz. T TRK m. 9/I), önceki rehin alacakl,s,na ifade bulunan rehin veren borcundan sorumlu olmaya devam ederö* ekinde cevap vermek mümkündür. Yöneltilen soru bu ekinde cevaplandı ,nda art,k rehin veren, borcunu ifadan önce rehne konu alaca ,n bir ba kas,na devredilip devredilmedi ini inceleme külfeti alt,nda olacaktır,r. Fakat bu noktada rehin verenin ifadan önce sicili inceleme külfeti alt,nda olmas,n,n ticaret hayat,n,n gereklilikleriyle (*h,zl, ve güvenli i lem yapabilme*) ba da mayaca , ele tirisi makul görülebilir⁵⁶. Bu sonucu amaçsal yorum ilkeleriyle yorumlayacak olursak, aleniyetin sa lanmas, konusunda düzenlenmi T TRK m. 2/I b. k, 8/II ve Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i m. 17/II hükümleriyle sicilin yaln,zca aç,klay,c, nitelikte oldu undan bu yönde külfet getirdi ini söyleyebiliriz⁵⁷. Yukar,da ele ald, ,m,z T TRK m. 7/son f,kran,n *öBir ta ,n,r,n rehinli oldu unu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü ki inin iyiniyeti korunur.ö* ekindeki hükmü kar ,s,nda art,k Rehinli Ta ,n,r Siciliⁱⁿⁱⁿ tapu siciline benzer ekinde aç,kl, , sa lad, , (*TMK m.1020*) ve iyiniyetle ayni hak edinmeyi ortadan kald,rd, , (*TMK m.1023*) söylenemez⁵⁸.

Ek olarak, alaca ,n devrinde alaca , devralan,n hukuki durumu hakk,nda da tespitte bulunmak gerekir. TBK m. 189/I hükmünün *öAlaca ,n devri ile devreden ki ili ine özgü olanlar d, ,ndaki öncelik haklar, ve ba l, haklar da devralana geçer.ö* ekindeki düzenlemesi kar ,s,nda alaca ,n devri ile kural olarak ba l, hak niteli indeki rehin hakk, da devredilmi olacaktır,r. Öte yandan ipote e ili kin TMK m. 891 hükmünde alaca ,n devrinin ipotek hakk,n,n sahibinin de i mesine yol açt, , düzenlenmi tir. T TRK m. 18 hükmüne göre, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu^{nda} hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu^{nun} ta ,nmaz rehine ili kin hükümleri k,yasen uygulanacaktır,r. An,lan hükümler çerçevesinde alaca ,n devri ticari i lemlerde ta ,n,r rehlinin sona ermesine sebep olmayacak, alaca , devralan üçüncü ki i rehin hakk,n, ba l, hak olarak kazanacaktır,r⁵⁹. Bu ba lamda rehinli alaca , devralan ki inin Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ve Kurulma Yönetmeli ⁱⁿⁱⁿ ilgili maddelerinde say,lan ki iler olmamas,n,n rehinden yararlanmas,na engel olmad, ,n,, rehine taraf olabilecek ki iler bak,m,ndan yap,lan say,m,n rehlin kurulu a amas,na ili kin oldu unu da belirtmek gerekir (*bkz. T TRK m. 3; Kurulma Yönetmeli i m. 10/ III, IV*)⁶⁰.

V. SONUÇ

Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu kapsam,nda kurulacak rehin hakk,nda özellikle üzerinde durulmas, gereken, rehinli mal, kullanmaya ve bu yolla ihtiyaç duydu u nakdi elde etmeye devam eden rehin verenin rehin konusu üzerinde tasarrufla bulunmas,na aç,kça izin verilmi olmas,d,r (*T TRK m. 4/VII, m.12/VI*).

7099 say,l, Kanun m. 29 ile de i en T TRK m. 7/III hükmü, bir ta ,n,r,n rehinli oldu unu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü ki inin iyiniyetinin korunmas,na ili kindir. Öte yandan T TRK m. 8/I hükmünde rehin hakk,n,n *öüçüncü ki ilere kar , hüküm ifade etmesiönden bahsedilmi ve m. 9/I hükmünde hakk,n tescille birlikte üçüncü ki ilere kar , hüküm ifade edece i düzenlenmi tir. An,lan hükümlerde geçen *öüçüncü ki ilere kar , hüküm ifade etme (ileri sürülebilme)ö* ifadesi üçüncü ki ilerinin kendilerine kar , sonuç do urmaya ba layan sicil kay,tlar,n,*

⁵⁵ Sicilden habersiz olan alaca , devralan,n idari para cezas,na çarpt,r,lmas,n,n yerinde olmad, , hakk,nda bkz. GÖLE/AYDO AN, s. 43.

⁵⁶ Konu hakk,nda ele tiri ve tespitler için bkz. ÇEK N, s. 497- 498.

⁵⁷ Sicile yap,lacak tescilin gerekli aleniyeti sa lad, , yönünde kar . AYAN, s. 272-273.

⁵⁸ Bkz. *öSicile Tescil Zorunlulu u ve Sicilin Hükümüö* ba l, , alt,ndaki aç,klamalar.

⁵⁹ Ayn, yönde bkz. RE SO LU, Ticari letme Rehni, s. 14; ARKAN, s. 53; T MAMO LU, s. 43.

⁶⁰ ARKAN, s. 53; AYTAÇ, Zühtü: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kapsam,nda Taraflar, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, Ankara 2018, s. 111.

bilmediklerine dair iddialar, n, n dinlenmeyece i ekinde yorumlanabilir. Buna göre rehinli ta , n, r, n bir ba kas, na devri veya ta , n, r, n bir ba kas, lehine bir s, n, rl, aynı hakla kay, tlanmas, halinde dahi mevcut rehin hakk, n, n sona ermeyecektir. Ayr, ca yeni hak sahibi rehlin paraya çevrilmesi talebine ve sonuçlar, na katlanmak zorundadır. An, lan hükümler yan, nda T TRK m. 16 hükmü uyar, nca, ta , n, r, rehin yüklü olarak devralan ki i borcu ödemekle yükümlü olup, borcu ödememesi halinde rehinli varl, , n mülkiyetini devretmek zorundadır. Aksi halde ta , n, r, rehin yüklü olarak devralan ki i hakk, nda adli para cezas, uygulan, r. Öte yandan Kurulma Yönetmeli i m. 28øde TMK m. 888 hükmü ile paralel ekilde rehinli ta , n, r varl, , n mülkiyetinin veya zilyetli inin devrinin, aksi kararlar, t, r, lm, , olmad, kça, borçlunun sorumlulu unda ve güvencede bir de i iklik meydana getirmeyece i; mülkiyetin devredilmesi halinde yeni malik borcu yüklendi i takdirde rehin alacakl, s,, kendisine ba vurma hakk, n, sakl, tuttu unu bir y, l içinde yaz, l, olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlunun borcundan kurtulaca , düzenlenmi tir. An, lan hükümleri üçüncü ki ilerin iyiniyetli hak kazan, mlar, yla ba lant, l, olarak yapt, , m, z ösicili inceleme yükümlülü ünün bulunmad, , ö tespitimiz ile de erlendirdi imizde sicili inceleme zorunlulu u bulunmayan, rehin hakk, ndan habersiz iyiniyetli üçüncü ki ileri rehinli ta , n, r, devrald, ktan sonra rehinle teminat alt, na al, nm, borcu ödemek ve hatta borcun ödenmemesi halinde ta , n, r, n mülkiyetini devretme yükümlülü ü alt, na sokmak Ticari lemlerde Ta , n, r Rehni Kanunu nun üçüncü ki ilerin iyiniyetli hak kazan, mlar, na ili kin T TRK m. 7/III hükmü düzenlemesi kar , s, nda da tutarl, olmayacaktır. T TRK m. 16 hükmü, T TRK m. 7/III hükmü ile birlikte ele al, nd, , nda özellikle i letmenin münferit unsurlar, üzerinde Ticari lemlerde Ta , n, r Rehni Kanunu kapsam, nda rehin kurulduktan sonra rehne konu bu unsurlar üzerinde rehin hakk, ndan habersiz iyiniyetli üçüncü ki ilerin kazan, mlar, n, n tam olarak korunmas, ndan zaten bahsedilemeyecektir. Bu durum kar , s, nda T TRK ile amaçlanan teslimsiz sicilli rehin ile kredi teminini kolayla tırma amac, ndan uzakla , lm, olacaktır.

Sonuç olarak, Türk Medeni Kanunu nun teslimi ba l, ta , n, r rehni düzenlemesinin ticari hayat, n gereklerine uymamas, sebebiyle ticari i letmeye dahil ta , n, r unsurlar üzerinde teslimi ba l, olmaks, z, n rehin hakk, kurulabilmesi olumlu kar , lanmal, d, r. Ku kusuz bu yolla ticari hayat, n gerektirdi i pratiklik ve ticari faaliyetlerin devaml, l, , daha kolay sa lanabilecektir. Kanunun mevcut düzenlemesi ile sicil aleniyeti sa layamamakta ve sicilin yaln, zca aç, klay, c, i levi bulunmaktadır. Bunun yan, nda Rehlinli Ta , n, r Sicili nin tapu kütü ündeki tescilin olumlu hükmüyle (TMK m. 1023) benzer ekilde olumlu hükmü yoktur. Bu sonuçla iyiniyetli üçüncü ki ilerin rehin konusu ta , n, r üzerinde mülkiyet hakk, kazan, mlar, n, n korunmas, gerekir. Buna kar , l, k rehinli mal, iktisap eden üçüncü ki inin rehne konu borcu ödemek zorunda olmas, n, ve borcu ödememesi halinde ta , n, r, n mülkiyetini devretmek zorunda olmas, n, düzenleyen T TRK m. 16 hükmünün düzenlemesi dikkate al, nd, , nda kanun koyucunun ele tirilere konu hükümlerde yeniden düzenleme yapmas, gerekti i söylenebilir. Konumuz kapsam, nda dikkat edilmesi gereken bir di er nokta, rehne konu alaca , n üçüncü ki iye devridir. Rehne konu alaca , n devrinin sicile bildirilmemesi durumunda art, k rehin verenin alaca , ndan haberdar olmad, , yolundaki iddias, dinlenmeyecek (bkz. T TRK m. 9/I), önceki rehin alacakl, s, na ifada bulunan rehin veren borcundan sorumlu olmaya devam edecektir. Bu halde rehin veren borcunu ifadan önce rehne konu alaca , n bir ba kas, na devredilip devredilmedi ini inceleme külfeti alt, nda olacaktır. Ancak rehin verenin ifadan önce sicili inceleme külfeti alt, nda olmas, n, n ticaret hayat, n, n gereklilikleriyle (h, zl, ve güvenli i lem yapabilme) ne derecede ba da aca , sorgulanmaya aç, kt, r. Özetle mevcut düzenlemelerle çal, mam, za konu teslimsiz sicilli ta , n, r rehninden beklenen faydan, n tam olarak sa lanamayaca , görü ündeyiz.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, 2. Bas., Vedat Kitapç, l, k, stanbul 2017. (Rehin Hukuku)
- ACAR, Faruk: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Bak,m,ndan Rehin Alan,n ve Rehin Veren Hak ve Yükümlülüklerine K,sa Bir Bak, , Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, Ankara 2018, s. 191-198.
- AK PEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATE Derya: E ya Hukuku, 2. Bas., Beta Yay,nc,l,k, stanbul 2018.
- ALTORFER, Peter: Die Mobiliarhypothek, Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts (Zürcher Studien zum Privatrecht), Schulthess, Zürich 1981.
- ANTALYA, O. Gökhan/ACAR, Faruk: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni (6750 say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler), 2. Bas., Aristo Yay,nevi, stanbul 2017.
- ARKAN, Sabih: Ticari letme Hukuku, 24. Bas., Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü, Ankara 2018.
- AYAN, Mehmet: E ya Hukuku III, S,n,rl, Ayni Haklar, 8. Bas., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2017.
- AYTAÇ, Zühtü: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kapsam,nda Taraflar, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, Ankara 2018, s. 85-114.
- BAHT YAR, Mehmet: Ticari letme Hukuku, 1. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, stanbul 2018.
- ÇEK N, Mesut S.: Das neue türkische Gesetz über Mobiliarpfandrechte bei Handelsgeschäften, Recht der Internationalen Wirtschaft, Heft: 08, 2017, s. 493-501.
- DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, stanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaas,, stanbul 1972.
- DAVRAN, Bülent: Teslim artl, Menkul Rehni- Sicilli Menkul Rehni, Ticaret ve Banka Hukuku Haftas, (27 Nisan- 3 May,s 1959), Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü, Ankara 1960.
- ERDEM, H. Ercüment: Ticari letme Rehninde Güncel Sorunlar, Bankac,lar Dergisi, Say, 76, stanbul 2011, s. 42-60.
- ERGÜNE, Serkan: Hukukumuzda Ta ,n,r Rehninin, Özellikle Teslime Ba l, Ta ,n,r Rehninin Kurulu u, 1. Bas., Filiz Kitabevi, stanbul 2002.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehninin Kurulu u, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, Ankara 2018, s. 117-124. (Sempozyum)
- ERMAN, Hasan: E ya Hukuku Dersleri, 8. Bas., Der Yay,nlar,, stanbul 2018.
- GÜMÜ , Mustafa Alper: 6570 Say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Bak,m,ndan Temerrüt Sonras, Haklar, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2018, s.199-225.
- GÖLE, Celal/AYDO AN, Gökhan: öTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuönun Ticaret Hukuku Aç,s,ndan De erlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 2017, Cilt 33, Say, 1, Ankara 2017, s. 5-51.
- GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara: 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Peter BREITSCHMID/Tugrul ANSAY (Hrsg.), Sachenrecht: Prinzipien des Sachenrechts und Kreditsicherung durch dingliche Rechte, Berliner Wiss.-Verl., Berlin 2008, s. 93-102.
- GÜRPINAR, Damla: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehninin Teslime Ba l, Ta ,n,r Rehni Kurallar,ndan Ayr,lan Yönleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Say, 1, zmir 2017, s. 111-159.
- GÜRSOY, Kemal/EREN, Fikret /CANSEL, Erol: Türk E ya Hukuku, 2. Bas., Ankara Üniversitesi Bas,mevi, Ankara 1984.
- HAMAMCIO LU, Esra/KARAMANLIO LU, Argun: 6750 Say,l, T,car, lemlerde Ta ,n,r Rehn, Kanunuöna l, k,n Baz, Tesp,tlar, Yed,tepe Ün,vers,tes, Hukuk Fakültes, Derg,s,, Özel Say,: Yed,tepe Ün,vers,tes, Hukuk Fakültes,ön,n Kurulu unun 20. Y,l, Arma an,, Cilt 2, stanbul 2016, s. 95-138.
- HASIRCI, Hakan: 6750 Say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuönda 7099 Say,l, Kanun ile Yap,lan De i iklikler Çerçevesinde cra ve flas Hukuku ile lgili Ortaya Ç,kmas, Muhtemel Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 35, Say,:1, Mart 2019, s. 189-211.
- HELVACI, lhan: Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhununu Temellük) Yasa ,, stanbul 1997.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Schulthess, Basel 2015.
- KAHRAMAN, Zafer: Kar ,la t,rmal, Hukukta Borcun D, Üstlenilmesi (Borcun Nakli), 1. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2013.
- KAHRAMAN, Zafer: Ticari letmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin ntikali, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin An,s,na Arma an, Bahçe ehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Say, 145ö 146, Eylül - Ekim 2016, s. 587-630.
- KARAKILIÇ, Hasan: letmelerin Finansman Sa lama Arac, Olarak Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Üzerine Bir De erlendirme, Uluslararası, ktisadi ve dari ncelemeler Dergisi, (16. Uluslararası, ktisadi ve dari ncelemeler Dergisi Özel Say,s,), Karadeniz Teknik

- Üniversitesi Be ikdüzü Meslek Yüksekokulu, Trabzon 2017, s. 37-47.
- KIRCA, Çi dem: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehninde S,ra, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, Ankara 2018, s. 159-179.
- NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: E ya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Haklar., Payl, Mülkiyet, 5. Bas., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017.
- OFTINGER Karl/BÄR Rolf: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/2c - Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1981.
- O UZMAN, M. Kemal/ÖZ: Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, 12. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2016.
- O UZMAN, M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 21. Bas., Filiz Kitabevi, stanbul 2018.
- ÖZ, Turgut: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Oma øa Arma an, stanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Say.), Cilt 3, 1. Bas., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2017, s. 151-186. (Prof. Dr. iur. Merih Kemal Oma øa Arma an)
- ÖZ, Turgut: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanununa Göre Rehinli Mal,n Birle mesi ve Kar, mas, (Kanundaki Önemli De i ikliklerle Birlikte), Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2018, s. 125-139.
- ÖZCAN, Didem: Borcun Üstlenilmesi, 1. Bas., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017.
- POROY, Reha /YASAMAN, Hamdi: Ticari letme Hukuku, 17. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2018.
- RE SO LU, Seza: Menkul pote i öTeslimsiz Menkul Rehniö, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bas,mevi, Ankara 1965. (Menkul pote i)
- RE SO LU, Seza: Ticari letme Rehni ve Uygulamada Ortaya Ç,kan Sorunlar, lk-San Matbaas,, Ankara 1977. (Ticari letme Rehni)
- SEROZAN, Rona: E ya Hukuku I, 3. Bas., Filiz Kitabevi, stanbul 2014.
- S RMEN, Lale: E ya Hukuku, 6. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, Ankara 2018. (E ya)
- S RMEN, Lale: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehninin Düzenleni Biçimi, Niteli i ve Rehne Hakim Olan lkeler, Bilkent Hukuk Fakültesi, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehne Sempozyumu- 16 ubat 2018, 1. Bas., Yetkin Hukuk Yay,nlar,, Ankara 2018, s. 21-52. (Sempozyum)
- T MAMO LU, Ba ak: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Üzerine Bir nceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Ara tırmalar, Enstitüsü, Ankara 2017.
- TUNCER KAZANCI, dil: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Kapsam,nda Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacakl,n,n Tatmin Edilmesi, nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 10(1) 2019, s. 73-86.
- ÜLGEN, Hüseyin /HELVACI, Mehmet/KEND GELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari letme Hukuku, 5. Bas., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2015.
- ZEVKL LER Ayd,n/GÖKYAYLA K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç li kileri, 18. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- ZOBL, Dieter/THURNHERR, Christoph: Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Staempfli Verlag, Bern 2010.

AVRUPA BİRLİĞİ BAKIMINDAN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ ETKİLERİ

LEGAL EFFECTS OF UNITED NATIONS CONVENTION ON LAW OF THE SEA WITH REGARD TO EUROPEAN UNION

Ike GÖÇMEN* & Emriye Özlem EKER**

[doi:https://doi.org/10.21492/inuhfd.567944](https://doi.org/10.21492/inuhfd.567944)

Makale Bilgi

Gönderilme: 20/05/2019
Kabul: 08/08/2019

Anahtar Kelimeler

Avrupa Birliği,
Birleşmiş Milletler
Deniz Hukuku
Sözleşmesi,
Kurumsal Denge
ilkesi,
Avrupa Birliği
Hukukundaki Genel
Etkileri.

Article Info

Received: 20/05/2019
Accepted: 08/08/2019

Keywords

European Union,
United Nations
Convention on Law of
the Sea,
Principle of
Institutional Balance,
General Effects under
European Union Law.

Özet

Avrupa Birliği (AB), 1 Nisan 1998 tarihinde Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne (BMDHS) taraf olmuştur. BMDHS; çok taraflı, maddi yönden denizlerin anayasası, niteliği taşıyan, kurumsal yönden Uluslararası, Deniz Hukuku Mahkemesi dâhil kurumsallaşmış yapı, getirmesi ve AB yönünden karma anlama oluşturan yönleriyle, AB'nin diğer uluslararası anlaşmalarından kısmen veya tamamen ayrı olarak, AB bakımından pek çok ve kimi zaman karmaşık hukuki etkiler meydana getirebilmektedir. Te bu bağlamda, yukarıdaki nedenlerle, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihat hukuku ışığında, BMDHS'nin AB bakımından hukuki etkilerini kurumsal denge ilkesi ve AB hukukundaki genel etkiler üzerinden ortaya koymayı amaçlamaktadır. Görüleceği üzere, kurumsal denge ilkesi, ana hatlarıyla, BMDHS ile ilgili hususlarda üye devletlerin maksimum kontrol isteğinin karşısında, ulusüstü niteliği taşıyan basan AB kurumları'nın kontrolü ele alma isteğinin yanındadır. Ayrıc, BMDHS ve BMDHS'nin kimi hükümlerinin bir parçası olarak, uluslararası ölçüde uluslararası teamül hukuku, AB açısından bağlayıcı ve ihlal davası ve uygun yorum ilkesine konu edilebilecek olmakla birlikte; doğrudan etkililik, hukuka uygunluk denetimi ve AB'nin haksız fiil sorumluluğu yönlerinden kısmen belirsizlik, dahası tutarsızlıklar içermektedir.

Abstract

European Union (EU) became a party to the United Nations Convention on Law of the Sea (UNCLOS) in 1 April 1998. UNCLOS can generate several and sometimes complicated legal effects with regard to the EU, either partially or fully separate from the EU's other international agreements, since it is multilateral, have the characteristic of constitution of the seas in substantive terms, brings an institutionalised structure, including International Tribunal for the Law of the Sea, in institutional terms and is a mixed agreement in EU terms. Hence, for these reasons, this Article aims to present the legal effects of the UNCLOS with regard to the EU, on the basis of principle of institutional balance and general effects under EU law, in the light of the case-law of the Court of Justice of the European Union. As will be seen, generally, the principle of institutional balance has been against the maximum control demands of Member States and for the desire of the EU institutions, which bear overriding supranational characteristics, to take the control in their hands in relation to the UNCLOS matters. Besides, both UNCLOS and international customary law as long as composed by a provision of UNCLOS, provided that they are binding on the EU, can be a subject of infringement proceedings and principle of consistent interpretation; however, contain partially certainty, furthermore inconsistencies in relation to directly effectiveness, legality review and EU's non-contractual liability.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku ABD. (e-mail: igocmen@ankara.edu.tr)

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6076-1368>

** Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku ABD. (e-mail: eoeker@ankara.edu.tr)

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1584-1219>

I. G R

Avrupa Birli i (AB),¹ Birle mi Milletler Deniz Hukuku Sözle mesiøne (BMDHS)² 1 Nisan 1998 tarihinde taraf olmu tur.³ BMDHS'nin kendine has kimi özellikleri, onu AB'nin di er uluslararası, anla malar,ndan k,smen veya tamamen ay,rarak ayr,ca incelenmesini gerektirmektedir. BMDHS, çok tarafl, bir uluslararası, anla mad,r, maddi yönden denizlerin anayasas, olarak nitelendirilmektedir, ki bu yönden hükümlerinin ço u uluslararası, deniz teamül hukukunu yans,tmaktad,r ve kurumsal yönden Uluslararası, Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM) dâhil, belirli bir kurumsalla ma getirmektedir. Dahas,, BMDHS, AB aç,s,ndan bir ölçüde münhas,r yetkisi, bir ölçüde de payla ,lan yetkisi içinde kalan konular, kapsayan, dolay,s,yla ancak üyesi devletler ile birlikte taraf olabildi i, bir karma anla ma olmaktadır. te BMDHS; çok tarafl, olmas,, maddi içeri inin önemi, kurumsalla mas, ve karma anla ma olmas, nedenleriyle AB bak,m,ndan pek çok ókimi zaman karma ,kó hukuki etkiler meydana getirebilmektedir. O halde BMDHS'nin AB'deki hukuki etkileri incelenmeyi hak etmektedir.

AB bak,m,ndan BMDHS'nin hukuki etkilerini inceleme gere i, yukar,daki sebeplerin yan, s,ra, Türkiye'nin özel durumu nedeniyle de faydal, bulunmaktad,r. Zira Türkiye (ABD, srail ve Venezuela ile), BMDHS'ye kar , oy kullanan dört devletten biri olup Sözle me'yi imzalamam, t,r. Bununla birlikte, Türkiye, AB ile kat,l,m müzakereleri yürütmekte olup BMDHS AB müktesebat,n,n bir parças, olarak⁴ Türkiye'nin uyum yükümlülü ünün söz konusu oldu u Sözle meler aras,nda bulunmaktad,r.⁵ Dahas,, Türkiye, AB'ye kat,l,m gerçekte mese de AB'nin co rafi aç,dan kom usu olma s,fat,yla BMDHS ile kar , ya kalabilecektir. te bu nedenlerle de BMDHS'nin AB'deki hukuki etkilerini belirlemenin Türkçe dilindeki literatüre katkı, sa layaca , umulmaktad,r.⁶

Bu çal, ma, BMDHS'nin AB bak,m,ndan hukuki etkilerini ortaya koyma amac,yla üç bölüme ayr,lm, t,r. Birinci bölümde, BMDHS'nin AB hukuk düzeninin nas,l ve ne ölçüde bir parças, haline geldi i ve bu hukuk düzenindeki yeri konular, i lenecektir. kinci bölümde, BMDHS'nin AB bak,m,ndan hukuki etkileri, kurumsal denge ilkesi üstündeki hem iç ili kideki hem de d, a kar , etkileri özelinde ele al,nacakt,r. Üçüncü bölümde ise hem BMDHS hem de BMDHS'nin kimi hükümlerinin bir parças,n, olu turdu u ölçüde uluslararası, teamül hukuku, genel olarak, AB hukukundaki etkileri yönüyle incelenecektir.

II. B RLE M M LLETLER DEN Z HUKUKU SÖZLE MES VE AVRUPA B RL

BMDHS'nin AB bak,m,ndan hukuki etkileri, öncelikle, AB BMDHS'ye taraf oldu undan ve böylece BMDHS AB hukuk düzeninin bir parças, haline geldi inden kaynaklanmaktad,r.

A. Avrupa Birli i'nin Birle mi Milletler Deniz Hukuku Sözle mesiøne Taraf Olma u

AB söz konusu oldu unda BMDHS óXI. K,sm,n Uygulanmas,na li kin Anla ma ile birlikte⁷, 7 Aral,k 1984 y,l,nda imzalanm, , 23 Mart 1998 tarihinde onaylanm, ⁷ ve 1 Nisan 1998 tarihinde yürürlü e girmi tir.⁸

AB'nin BMDHS'ye kat,l,m,n,n temelleri BMDHS ve AB aç,s,ndan olmak üzere ikiye ayr,labilir. Bir taraftan BMDHS öuluslararası, örgütleröin kat,l,m,na aç,k bir Sözle me'dir.⁹

¹ Kavram bütünlü ü sa layabilmek ad,na bu çal, ma boyunca öAvrupa (Ekonomik) Toplulu u / Toplulukö ifadesi yerine öAvrupa Birli i / Birlikö ifadesi kullan,lm, t,r.

² BMDHS'nin Türkçe metni için bkz. KURAN, Selami: Uluslararası, Deniz Hukuku, 4th ed, Beta Yay,nc,l,k, stanbul, 2014, s.3446473.

³ 98/392 say,l, Karar [1998], OJ L 179/1; BMDHS md.308(2).

⁴ Bkz. 3 Ekim 2005 tarihli Müzakere Çerçeve Belgesi, para.10.

⁵ Türkiye'nin AB'ye kat,l,m, özelinde BMDHS ile ilgili bir çal, ma için bkz. GÜNDÜZLER, Ula : öUnited Nations Convention on Law of Sea As a Mixed Treaty of EU: A Headache for Turkey?ö, Ankara Avrupa Çal, malar, Dergisi, 12(2), 2013, s.61680.

⁶ Bu yönden KURAN, Türkiye BMDHS'yi imzalamam, sa, dolay,s,yla BMDHS Türkiye aç,s,ndan ba lay,c,l,k ta ,masa bile, öulusal ç,karlar,m,z aç,s,ndan sözle menin iyi bir ekilde de erlendirilmesinin í zaruri oldu u dü üncesindeö oldu unu ifade etmi tir. KURAN, dn. 2, s.9. BMDHS'nin AB'deki hukuki etkilerini belirlemenin bu tür bir de erlendirmeye de katkı, sunaca , umulmaktad,r.

⁷ 98/392 say,l, Karar [1998], OJ L 179/1.

⁸ Bkz. BMDHS md.308(2).

⁹ BMDHS md.305(1/f), 306, 307 ve IX numaral, Ek.

BMDHS, öuluslararası, örgütö ile ilgili detayl, kurallar, IX numaral, Ek ile düzenlemi tir.¹⁰ Buna göre öuluslararası, örgütö, ödevletler taraf,ndan olu turulmu olan ve üyesi devletlerin [BMDHS]öye tabi tutulan konular üstündeki yetkilerini, bu konular bak,m,ndan anla ma ba ,tlamak yetkisi de dâhil olmak üzere, devretmi oldu u uluslararası, örgütöü ifade eder.¹¹ Böyle bir uluslararası, örgüt, öüyesi devletlerin ço u [BMDHS]öyi imzalad,ysa onu imzalayabilirö¹² ve öüyesi devletlerin ço u [BMDHS] ile ilgili onay veya kat,l,m arac,n, tevdi ettiyse kendi resmi onay veya kat,l,m arac,n, tevdi edebilirö.¹³ Böyle bir uluslararası, örgüt, sundu u Deklarasyonlar, Bildiriler veya Bildirimlere uygun olarak öyetkisi oldu u ölçüdeö BMDHSöye taraf olacakt,r.¹⁴ Böyle bir uluslararası, örgüt veya üyesi devletler, yeni yetki devirleri dahil olmak üzere, yetki da ,l,m, ile ilgili de i iklikleri vakit kaybetmeksizin BMDHS depoziterine bildirecektir.¹⁵ Görülebilece i üzere BMDHS IX numaral, Ek AB göz önünde tutularak kaleme al,nm, t,r.¹⁶

AB ise, BMDHSöye kat,l,m,n, ortak tar,m politikas,, ortak ticaret politikas, ve çevre politikas, ile ilgili maddelere dayand,r,m, olup¹⁷ BMDHSöye iki kez Deklarasyon eklemi tir. AB, BMDHSönin imzas, tarihiyle bir 7 Aral,k 1984 tarihli Deklarasyon ile, di erlerinin yan,nda, yetki ile ilgili aç,klamalarda bulunmu tur. Buna göre AB üyesi devletler, ödeniz bal,kç,l, , kaynaklar,n,n koruma alt,na al,nmas, ve yönetilmesiö alan,nda ve ödeniz çevresinin koruma alt,na al,nmas,ö alan,nda óDeklarasyonün Ekiñde belirtilmi olanó ABönin benimsedi i belirli tasarruflar ve akdetti i belirli uluslararası, anla malar çerçevesinde ABöye yetkiyi devretmi tir. Bunun d, ,nda, AB, BMDHS X. K,s,m hükümleri ile ilgili olarak ekonomik birlik gerçekte tirme amac, oldu undan kimi yetkilere sahiptir ve BMDHS XI. K,s,m hükümleri ile ilgili olarak ortak ticaret politikas, konular,nda yetki sahibidir. AB, ayr,ca, yetki meselesinin ödo as, gere i sürekli geli imö içinde oldu unu da not dü mü tür. Son olarak, BMDHS, ABöye devredilen konular bak,m,ndan kurucu antla man,n uyguland, , bölgelerde, kurucu antla madaki ko ullar alt,nda uygulanacakt,r.

AB, BMDHSönin óXI. K,sm,n Uygulanmas,na li kin Anla ma ile birlikteó resmi onay,n,n tarihiyle bir 1 Nisan 1998 tarihli Deklarasyon ile, di erlerinin yan,nda, yetki ile ilgili aç,klamalarda bulunmu tur.¹⁸ Buna göre AB, öbelirli konularda münhas,r yetkiye sahiptir ve belirli di er konularda yetkisini üyesi devletler ile payla ,rö. AB, ödeniz bal,kç,l, , kaynaklar,n,n koruma alt,na al,nmas, ve yönetilmesiö ile ilgili olarak ve ticaret ve gümrük politikas, arac,l, ,yla BMDHS X. ve XI. K,s,m ile 28 Temmuz 1994 tarihli Anla mañ,n uluslararası, ticaret ile ilgili hükümleri yönünden münhas,r yetki sahibidir. AB, ödeniz bal,kç,l, , kaynaklar,n,n koruma alt,na al,nmas, ve yönetilmesi ile do rudan ilgili olmayan í kimi bal,kç,l,k konular,ö bak,m,ndan payla ,lan yetkiye sahiptir. AB, ödeniz ta ,mac,l, ,, nakliye emniyeti ve deniz kirlili inin önlenmesi ile ilgili hükümler bak,m,ndan yaln,zca í bu hükümler [Birli in] ortak kurallar,n, etkiledi inde münhas,r yetkiye sahiptirö, öaksi halde üye devletler yetkilidirö.¹⁹ AB, BMDHS XIII. ve XIV. K,s,m ile ilgili hükümler yönünden üyesi devlet etkinliklerini yaln,zca desteklemektedir. Son olarak, ABönin öhaks,z ticari uygulamalar,n kontrolü, kamu ihaleleri, sanayinin rekabet edebilirli i ve kalk,nma yard,m, alanlar,ndaki politikalar, ve etkinlikleriö BMDHS ile, özellikle BMDHS K,s,m VI ve XI ile, alakal, olabilir. AB, ayr,ca, yetki meselesinin ödo as, gere i sürekli geli imö içinde oldu unu da not dü mü tür. BMDHS, ABöye devredilen konular bak,m,ndan kurucu antla man,n uyguland, , bölgelerde, kurucu antla madaki ko ullar alt,nda uygulanacakt,r.

ABönin BMDHS nezdindeki Deklarasyonlar, ile ilgili olarak kimi tespitler yap,labilir. Birincisi, 7 Aral,k 1984 tarihli ve 1 Nisan 1998 tarihli Deklarasyonlar, BMDHS söz konusu

¹⁰ BMDHS IX numaral, Ek ile ilgili olarak ayr,ca bkz. BOELAERT-SUOMINEN, Sonja: öThe European Community, the European Court of Justice and the Law of the Seaö, The International Journal of Marine and Coastal Law, 23(4), 2008, s.6656668; PAASIVIRTA, Esa: öThe European Union and the United Nations Convention on the Law of the Seaö, Fordham International Law Journal, 38(4), 2015, s.104861050.

¹¹ BMDHS IX numaral, Ek md.1.

¹² BMDHS IX numaral, Ek md.2.

¹³ BMDHS IX numaral, Ek md.3(1).

¹⁴ BMDHS IX numaral, Ek md.4(2).

¹⁵ BMDHS IX numaral, Ek md.5(4).

¹⁶ Örne in bkz. BOELAERT-SUOMINEN, s.666; PAASIVIRTA, s.1048.

¹⁷ 98/392 say,l, Konsey Karar, Dibace para.1. S,ras,yla bkz. MA ile de i ik ATA md.43, 113 ve 130. S,ras,yla kr . LA ile de i ik AB HA md.37, 207 ve 192.

¹⁸ Bu Deklarasyon ile ilgili olarak ayr,ca bkz. BOELAERT-SUOMINEN, s.6716673.

¹⁹ Bu bak,m,ndan Deklarasyonün Eki ile birtak,m tasarruflar ve uluslararası, anla malar belirtilmi tir.

oldu unda, AB ile üyesi devletler aras,ndaki yetki da ,l,m, ile ilgili bir ç,k, noktas, olu turdu undan hukuki de eri yads,namaz. Bununla birlikte, Deklarasyonlar, en az,ndan içerdikleri belirli alanlar bak,m,ndan yetkinin ABøde mi, yoksa üyesi devletlerde mi oldu u konusunda mutlak netlik ta ,mamaktad,r.²⁰ kincisi, AB, her iki Deklarasyon ile birlikte yetki meselesinin ödo as, gere i sürekli geli imö içinde oldu unu not dü mü se de 1 Nisan 1998 sonras,nda BMDHSøye yetki ile ilgili ba kaca bir bildirim gerçekle tirmemi tir. Bu durum ilginçtir,²¹ zira AB, o tarihten sonra Amsterdam, Nice ve Lizbon Antla malar, ile kurucu antla ma de i iklimleri geçirmi tir. Hatta Lizbon Antla mas,, AB ile üye devletler aras,ndaki yetki da ,l,m, yönünden bir yetki katalo u bile getirmi tir.²² Kald, ki, aradan geçen 20 y,ll,k zaman zarf,nda, BMDHSønin óXI. K,sm,n Uygulanmas,na li kin Anla ma ile birlikteó düzenledi i konulara de inen AB tasarruflar, ve uluslararası, anla malar, da, tek tek belirtilemeyecek olmakla birlikte, büyük ihtimalle olmu tur.²³ Sonuç olarak, ABønin BMDHS nezdindeki Deklarasyonlar, eskimi tir veyahut da yenilenmeye ihtiyaç göstermektedir, denilebilir.

B. Birle mi Milletler Deniz Hukuku Sözle mesiønin Avrupa Birli i Hukuk Düzenindeki Yeri

ABønin BMDHSøye taraf olmas,n,n AB hukuk düzeni aç,s,ndan belli sonuçlar, vard,r. BMDHS böylelikle AB kurumlar, ve üye devletler için ba lay,c, hale gelmi tir²⁴ ve BMDHSønin hükümleri de AB hukuk düzeninin ayrılmaz bir parças,n, olu turmaya ba lam, t,r.²⁵ Bu bak,mdan, BMDHS öpayla ,lan yetki temelinde hem [AB] hem de üyesi devletler taraf,ndanö akdedilmi bir ökarma anla maö olsa bile ökarma anla malar, *hükümleri [Birlik] yetkisi içinde kald, , ölçüde*, [AB] hukuk düzeninde saf [AB] anla malar, ile ayn, hukuki statüye sahiptirö.²⁶ Öyleyse BMDHS, ilgili hükmü Birlik yetkisi içinde kald, , ölçüde AB hukuk düzenine tabi olacak,²⁷ ilgili hükmü üye devlet yetkisi içinde kald, , ölçüde de ulusal hukuk düzenine tabi olacakt,r.²⁸ Ayr,ca, ABAD, BMDHSønin bir hükmü hem ulusal hukukun hem de AB hukukunun kapsam, içerisinde kal,yorsa bu hükmü yorumlama yetkisine sahip olacakt,r.²⁹

BMDHS, AB hukukunun kaynaklar, aç,s,ndan konuya yakla ,ld, ,nda, normlar hiyerar isinde birincil hukuk ve yaz,l, olmayan hukuk ile ikincil hukuk aras,na yerle ir.³⁰ Birincil hukuk; kurucu antla malar,³¹ kurucu antla malar, de i tiren antla malar, kat,l,m antla malar, ve bu antla malara ek protokollerden olu ur³² ve normlar hiyerar isinin en tepesinde yer al,r. Yaz,l, olmayan hukuk, AB hukukunun genel ilkeleri ve uluslararası, teamül hukuku ve uluslararası, hukukun genel ilkeleri³³ ile olu ur ve birincil hukuk ile e seviyede yer al,r.³⁴ kincil hukuk, AB kurumlar,n,n tasarruflar,ndan olu ur. te BMDHS, ABønin uluslararası, anla malar,ndan bir tanesi olarak, birincil hukuka ve yaz,l, olmayan hukuka göre alt,³⁵ ancak

²⁰ Genel olarak bkz. KOUTRAKOS, Panos: EU International Relations Law, 2d ed, Hart Publishing, Oxford, 2015, s.65666.

²¹ Öte taraftan, örne in OLSONøa göre uygulamada bu tür Deklarasyonlar yenilenmemektedir. OLSON, Peter M.: öMixity from the Outside: The Perspective of a Treaty Partnerö, in HILLION, Christophe / KOUTRAKOS, Panos (ed.), Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World, Hart Publishing, Oxford, 2010, s.336.

²² Bkz. AB HA md.2-6.

²³ Ayn, do rultudaki bir tespit için bkz. Olson, s.3366337.

²⁴ AB HA md.216(2).

²⁵ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.82.

²⁶ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], paras.83684. (Vurgu eklenmi tir.)

²⁷ Bkz. Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.86.

²⁸ Kr . Joined cases C-300/98 and C-392/98 *Dior and TUK* [2000], para.49.

²⁹ Kr . Case C-240/09 *Lesoochranárske zoskupenie* [2011], paras.42643.

³⁰ Örne in bkz. LONG, Ronán: öThe European Union and Law of the Sea Convention at the Age of 30ö, The International Journal of Marine and Coastal Law, 27(4), 2012, s.713.

³¹ AB Temel Haklar art., 7 Aral,k 2000 tarihli ve 12 Aral,k 2007 tarihinde uyarland, , hâliyle kurucu antla malar ile ayn, hukuki de ere sahiptir. LA ile de i ik ABA md.6(1).

³² Örne in bkz. Case T-113/96 *Edouard Dubois et Fils* [1998], para.41.

³³ Örne in bkz. Case C-366/10 *ATAA* [2011], paras.1016102.

³⁴ Örne in bkz. Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi I* [2008], para.308. Uluslararası, teamül hukuku yönünden kr . KARAY T, Mustafa T.: Avrupa Birli i Anayasa Hukuku, Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara, 2019, s.82.

³⁵ Kr . Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi I* [2008], para.308.

ikincil hukuka göre üst³⁶ bir konumda yer al,r. BMDHS'nin bu hiyerar ik konumunun sonuçlar, ileride ele al,nacakt,r.

Bu noktada, BMDHS ile uluslararası, teamül hukuku aras,ndaki ili kiye de dikkat çekmek gerekir.³⁷ Örne in ABAD, 1992 tarihli bir karar,nda, ö[BMDHS] henüz yürürlü e girmemi se bile hükümlerinin ço u uluslararası, deniz teamül hukukunun mevcut durumunu yans,t,yor olarak de erlendirilmektedirö tespitini yapm, t,r.³⁸ Öyleyse, BMDHS'nin yürürlü e girmi oldu u günümüzde, BMDHS'nin hükümleri, AB hukuk düzeninde bir yandan AB'nin uluslararası, anla mas,n,n hükmü olarak, di er yandan ko ullar olu tu u takdirde uluslararası, teamül hukukunun bir parças, olarak³⁹ de er kazanabilecektir.⁴⁰ BMDHS'nin uluslararası, teamül hukuku ile ili kisinin AB hukukundaki etkileri ileride ele al,nacakt,r.

Ondan önce, BMDHS'nin AB bak,m,ndan hukuki etkileri, kurumsal denge ilkesi üstündeki etkileri özelinde ortaya konacakt,r.

III. B RLE M M LLETLER DEN Z HUKUKU SÖZLE MES VE KURUMSAL DENGE LKES

AB'nin kurumsal yap,s,n,n temel özelliklerinden birisi olan kurumsal denge ilkesi, ökurumlar,n [Antla malar] ile öngörülen yetkileri aras,ndaki dengeyi ifade etmekteö olup⁴¹ hem iç ili kide hem de d, a kar , gündeme gelebilir. ç ili kide kurumsal denge, s,n,rl, yetki ilkesinin⁴² bir uzant,s, olup öher bir kurumun yetkilerini di er kurumlar,n yetkilerini gere i gibi dikkate alarak kullanmas,n, gerektirirö.⁴³ D, a kar , kurumsal denge ise münhas,r yetki ilkesinin⁴⁴ bir uzant,s, olup her bir kurumun yetkilerininin AB d, , bir ba ka birim taraf,ndan kullan,lamamas,n, gerektirir.⁴⁵ Öyleyse AB'nin kurumsal yap,s,, bozuldu u vakit kurucu antla malara ayk,r,l,k olu turacak ekilde, kendi içerisinde hassas bir denge bar,nd,rmakta olup⁴⁶ BMDHS bu yönden uyu mazl,klara konu olmu tur.

A. ç li kide Kurumsal Denge

BMDHS ve iç ili kide kurumsal denge ile ilgili iki dava söz konusu olmu tur.

Ik olarak, *Council v Commission* davas,nda, BMDHS ba lam,nda, UDHM önünde AB'yi kimin temsil edece i sorun olmu tur.⁴⁷ Burada,⁴⁸ Bölge Alt, Bal,kç,l,k Komisyonu, 28 Mart 2013 tarihinde UDHM'den dan, ma görü ü talep etmi tir. Bu talep, öz olarak öhukuka ayk,r,, bildirilmemi ve düzenlenmemi bal,kç,l,kö ile ilgili sorular, içermekte olup 21 Numaral, Dava olarak kay,t alt,na al,nm, t,r. UDHM, 24 May,s 2013 tarihinde ödi erlerinin yan,ndaö BMDHS'nin taraflar,n, bu davaya yaz,l, aç,klama sunmaya davet etmi , dahas, bir de duru ma yapmaya karar vermi tir. Komisyona göre AB ad,na UDHM'öye yaz,l, aç,klama sunmak ve duru maya kat,lmak kendisine dü er ve dürüst i birli i ilkesi gere ince Konseyi bilgilendirmek yeterlidir. Konseye göre ise, böyle bir yaz,l, aç,klama kendisinin ön onay,na tabi olmal,d,r. Komisyon, çal, ma belgeleri arac,l, ,yla, farkl, tarihlerde ilgili Konsey çal, ma gruplar,n, bilgilendirmi , dahas, çal, ma gruplar,ndaki tart, malar,n ard,ndan çal, ma belgelerini birkaç kez gözden geçirmi tir. Nihayet, Komisyon, 29 Kas,m 2013 tarihli karar, ile 21 numaral, davada UDHM'öye öAvrupa Birli i ad,na Avrupa Komisyonunun Yaz,l, Aç,klamas,ö belgesini sunmu ve Konseyi ayn, gün bir e-posta ile bilgilendirmi tir.

³⁶ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.42.

³⁷ Örne in KURAN'a göre (di er sözleş melerin yan, s,ra) BMDHS, ödeniz hukukunu düzenleyen kurallar,n teamül özelliklerini yaz,l, hâle getirip deniz hukukunun çok önemli kayna ,n, olu turmu [tur].ö KURAN, s.3.

³⁸ Case C-286/90 *Poulsen and Diva* [1992], para.10.

³⁹ BMDHS'nin hükümlerinden hangilerinin uluslararası, teamül hukukunun bir parças, oldu u ile ilgili bir çal, ma için bkz. ROACH, J. Ashley: öToday's Customary International Law of the Seaö, *Ocean Development & International Law*, 45, 2014, s.2396259.

⁴⁰ SUR'un genel olarak belirtti i üzere, ökodifikasyon gerçeikle se bile, [teamül] varl, ,n, sürdürmekte[dir].ö SUR, Melda: *Uluslararası, Hukukun Esaslar,, 12th ed*, Beta Yay,nc,l,k, stanbul, 2018, s.87. Uyarlırsak BMDHS yürürlü e girmi se bile, onun kodifiye etti i denize ili kin uluslararası, teamül hukuku varl, ,n, sürdürmektedir.

⁴¹ ÖZKAN, I .I: *Avrupa Birli i Kamu Hukuku*, 2d ed, Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara, 2017, s.134.

⁴² ABA md.13(2).

⁴³ Case C-409/13 *Council v Commission* [2015], para.64.

⁴⁴ Örne in bkz. AB HA md.344; Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.123.

⁴⁵ Kr . Case C-370/12 *Pringle* [2012], para.158.

⁴⁶ BAYKAL, Sanem / GÖÇMEN, I: *Avrupa Birli i Kurumsal Hukuku*, Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara, 2016, s.170.

⁴⁷ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015].

⁴⁸ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], paras.20633.

Konsey,⁴⁹ 29 Kas,m 2013 tarihli bu karara kar , iptal istemiyle dava açm, t,r.⁵⁰ Bu dava ile Komisyon, 21 numaral, davada UDHMøye AB ad,na yaz,l, aç,klama sunmadan evvel, Konseyin talep etti i gibi, bu yaz,l, aç,klamam,n içeri ini Konseyin ön onay,na sunmayarak Konseyin yetkisini göz ard, etmi midir, sorusu yan,tlanm, t,r.⁵¹ Konsey, s,ras,yla, s,n,rl, yetki ilkesinin ve kurumsal denge ilkesinin ihlali ile dürüst i birli i ilkesinin ihlali iddialar,n, ileri sürmü ,⁵² ABAD da, bu silsileyi takip ederek karar,n, vermi tir.

Ik olarak, s,n,rl, yetki ilkesinin ve kurumsal denge ilkesinin ihlali ile ilgili argümanlar üstünde durulabilir. Konseye göre⁵³ Komisyon Konseyin AB HA md. 218(9) uyar,nca olan yetkisini göz ard, etmi tir, zira bu madde uyar,nca Konsey uluslararası, anla mayla kurulan bir organ,n hukuki etkileri olan tasarruflar kabul etmeye davet edilmesi halinde bu organ bünyesinde Birlik ad,na kabul edilecek pozisyonlar, belirleyen bir karar kabul eder. Nitekim UDHM BMDHS ile kurulmu bir organ olup verece i dan, ma görü ü hukuki etkileri olacak bir tasarruftur. Komisyona göre⁵⁴ bu madde uluslararası, mahkeme önünde AB ad,na aç,klanan pozisyonlar, ilgilendirmez. Konseye göre⁵⁵ Komisyon Konseyin AB HA md. 16(1) uyar,nca olan yetkisini göz ard, etmi tir, zira bu madde uyar,nca politika belirlemek Konseye dü er ve UDHMønin verece i dan, ma görü ü öncesi ona sunulacak yaz,l, aç,klamalar politika belirlemek olsa gerekir. Komisyona göre⁵⁶ burada Konseyin politika belirleme yetkisi söz konusu de ildir, bilakis, Komisyon AB HA md. 17(1) temelindeki yetkisini kullanmaktad,r, çünkü Komisyon ABønin genel ç,karlar, ad,na, ABønin taraf oldu u uluslararası, anla malar dâhil, AB hukukunun uygulanmas,n, sa lamakla yükümlüdür. Konseye göre⁵⁷ Komisyon AB HAø,n 335. maddesine dayanarak hata yapmaktad,r, zira bu madde bir yandan yaln,zca ulusal hukuki muamelelerde ABønin temsili ile ilgilidir, di er yandan Komisyon yaln,zca Konseyin önceden belirledi i politikalar bak,m,ndan temsil yetkisine sahiptir. Komisyona göre⁵⁸ kurucu antla malar, AB HA md. 13(2), 17(1) ve 335 temelinde, uluslararası, mahkeme önünde ABønin temsili rolünü óherhangi bir ön onay aramaks,z,nó Komisyona vermi tir.

Adalet Divan,, Konseyin s,n,rl, yetki ilkesinin ve kurumsal denge ilkesinin ihlali iddialar, kar ,s,nda, Komisyon lehine karar alm, t,r. Öncelikle, taraflar aras,nda ortak bir payda vard,r: UDHM önündeki dan, ma görü ü talebi, en az,ndan k,smen, ortak bal,kç,l,k politikas, çerçevesinde biyolojik deniz kaynaklar,n,n koruma alt,na al,nmas, ile ilgili olup AB HA md. 3(1/d) uyar,nca ABønin münhas,r yetkisi içinde kalmaktad,r ve AB, UDHMønin Usul Kurallar, uyar,nca UDHM önündeki bu muamelelerde yer almakta yetkilidir.⁵⁹ Ayr,ca, AB HA m. 335, içtihat hukuku uyar,nca ö[AB]ønin tüzel ki ili i oldu u ve bu yönden Komisyon taraf,ndan temsil edilece i genel ilkesiniö ifade etmekte olup Komisyonun UDHM önündeki 21 numaral, davada ABøyi temsil etmesinin temelini olu turur.⁶⁰ Bununla birlikte, s,n,rl, yetki ilkesi ve kurumsal denge ilkesi gere i óher bir kurum yetkilerini di er kurumlar,n yetkilerini gere i gibi dikkate alarak kullanmal,d,rö.⁶¹ Birincisi,⁶² Konseyin iddias,n,n aksine, AB HA md. 218(9) bir uluslararası, mahkeme önündeki pozisyonlar bak,m,ndan uygulanabilir de ildir. kincisi,⁶³ Konseyin iddias,n,n aksine, ihtilafl, önlem AB HA md. 16(1) uyar,nca politika belirlemekten say,lamaz. Bu yönden, dan, ma görü üne konu olan hukuka ayk,r,, bildirilmemi ve düzenlenmemi bal,kç,l,k AB hukukunda detayl, düzenlemeye tabi tutulmu tur, Komisyonun yaz,l, aç,klamalar, da ilgili hükümlerin yorumu ve uygulanmas, ile ilgili ABønin duru unu ortaya koymaktad,r. Dolay,s,yla yaz,l, aç,klamalar politika belirlemek amac,n, ta ,mamakta,

⁴⁹ Konsey, bu dava esnas,nda Çekya, Yunanistan, spanya, Fransa, Litvanya, Hollanda, Avusturya, (Portekiz), Finlandiya ve Birle ik Krall,k taraf,ndan desteklenmi tir. Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.36.

⁵⁰ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.1.

⁵¹ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.38.

⁵² Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.39.

⁵³ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], paras.41642.

⁵⁴ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.51.

⁵⁵ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], paras.43645.

⁵⁶ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.53.

⁵⁷ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], paras.46648.

⁵⁸ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.52.

⁵⁹ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.55.

⁶⁰ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], paras.58659.

⁶¹ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.61.

⁶² Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], paras.63667.

⁶³ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.68675.

hukuki gözlemler içermektedir. Konsey, yazılı, açıklamalar UDHM'nin yargı yetkisi ve dan, ma görü ü talebinin kabul edilebilirliği ile ilgili mülahazalar içerdinden stratejik veya politik seçimler olu turdu u kanaatinde olsa bile, bu mülahazalar öbir mahkeme önündeki muamelelere katılman, karakteristi ö olup AB HA md. 16(1) anlam,nda politika belirleme olarak görülemez. Sonuç olarak, Komisyon, 21 numaralı, davada UDHM'ye AB ad,na yazılı, açıklama sunmadan evvel, Konseyin talep ettiği gibi, bu yazılı, açıklaman, içeriğini Konseyin ön onay,na sunmayarak s,n,rl, yetki ilkesini ve kurumsal denge ilkesini ihlal etmemi tir.⁶⁴

kinci olarak, dürüst i birli i ilkesinin ihlali ile ilgili argümanlar ve Adalet Divan,n,n karar, üstünde durulabilir. Konseye göre⁶⁵ Komisyon, yazılı, açıklaman, içeriğini hazırlarken Konsey ile dürüst i birli i içinde olmama, t,r, yalnızca bilgi amaçlı olan ve Konseyin tam metnin tasla n, istemesine kar n nihai metinden çok daha az detay içeren belgeleri Konseye iletmekle yetinmi tir. Komisyona göre⁶⁶ kendisi Konsey ile tam i birli i tesis etmi tir, Konseyde ifade edilen farklı fikirlerin yan s,ra üye devletlerin yapt , tavsiyeleri dikkate alm, t,r. ABAD'a göre öABA madde 13(2) uyar,nca [AB] kurumlar, kar ,l,kl, dürüst i birli i yapmal,d,r[,] ancak bu dürüst i birli i Antla malar taraf,ndan her bir kuruma bah edilen yetkilerin s,n,rlar, içerisinde yap,l,r[,] dolay,s,yla ABA madde 13(2)den do an yükümlülük bu yetkileri de i tiremezö.⁶⁷ Dürüst i birli i ilkesi uyar,nca öKomisyon, bir uluslararası, mahkeme önünde [AB] ad,na tutum aç,klama niyetindeyse Konseye önceden dan, mal,d,rö.⁶⁸ Komisyon, somut uyu mazl,kta Konseyin görüşlerini dikkate almak üzere, çal, ma belgelerini ve de i iklikleri Konseye ileterek bu yükümlülü e uymu tur.⁶⁹

Council v Commission karar, ile ilgili kimi tespitler yapılabilir. Birincisi, bu dava, BMDHS'nin gerek maddi içeriğinin gerek UDHM'nin kararlar,n,n sonuçlar,n,n öneminden olsa gerek, AB üyesi devletlerin kendi ç,karlar, ad,na BMDHS ile ilgili meselelerde kontrolü ó Konsey arac,l, ,yalaó elde tutma istekleri ile Komisyonun AB'nin genel ç,karlar, ad,na, belirli ölçüde de olsa, BMDHS ile ilgili meselelerde kontrolü elde etme niyetinin mücadelesinin sonucu olarak ortaya ç,km, t,r. kincisi, bu karar ile belli olmu tur ki özel olarak BMDHS ba lam,nda UDHM önünde AB'yi temsil etmek, genel olarak da bir uluslararası, mahkeme önünde AB'yi temsil etmek,⁷⁰ ilgili konu AB hukukunda detaylı, düzenlemeye tabi tutulmu olmak kayd,yla, Konseyin ön onay, gerekli olmaks,z,n, Komisyona dü ektir. Buna kar n, ilgili konu AB hukukunda detaylı, düzenlemeye tabi tutulmam, sa, bir ba ka deyi le Konsey politika belirlemek i levini henüz kullanmam, sa, özel olarak BMDHS ba lam,nda UDHM önünde AB'yi temsil etmek, genel olarak da bir uluslararası, mahkeme önünde AB'yi temsil etmek,⁷¹ Konseyin ön onay, art,yla, Komisyona dü ektir.⁷² Üçüncüsü, ABAD, Komisyonun savundu u salt bilgi verme yükümlü ünden çok, Konseyin savundu u onaya sunma yükümlülü ünden az ba ka öbir usuli yükümlülü ü, dan, ma yükümlülü ünü, tesis etmi tirö.⁷³ Buna göre Komisyon, ancak Konseye dan, t,ktan sonra, UDHM gibi bir uluslararası, mahkeme önünde AB ad,na tutum aç,klayabilecektir. Bu dan, ma yükümlülü ünün derecesi, yani bu yükümlülü ü kar ,lamak için yerine getirmeyi gerektiren ko ullar ise bu karardan net olarak anla ,lamamaktadır.⁷⁴

kinci olarak, *Parliament and Commission v Council* davas,nda BMDHS ba lam,nda hukuki dayanak meselesi ve uluslararası, anlama kavram, tart, lm, t,r.⁷⁵ Burada,⁷⁶ 1977

⁶⁴ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.76.

⁶⁵ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.80.

⁶⁶ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.83.

⁶⁷ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.84.

⁶⁸ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.85-86.

⁶⁹ Case C-73/14 *Council v Commission* [2015], para.87.

⁷⁰ *Council v Commission* karar,n,n genellenebileceği ile ilgili olarak bkz. MEL, Anne Pieter van der: öEU External Relations and Internal Inter-Institutional Conflicts: The Battlefield of Article 218 TFEUö, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 23(6), 2016, s.1076.

⁷¹ Bkz. dn. 70.

⁷² Bu yönde bkz. SÁNCHEZ-TABERNERO, Soledad R.: öSwimming in a Sea of Courts: The EU's Representation Before International Tribunalsö, European Papers, 1(2), 2016, s.755, 757, 758. Kr . Case C-660/13 *Council v Commission* [2016], paras.35, 40, 46.

⁷³ HILLION Christophe: öConferral, Cooperation and Balance in the Institutional Framework of EU External Actionö, in CREMONA, Marise (ed.), Structural Principles in EU External Relations Law, Hart Publishing, Oxford, 2018, s.153.

⁷⁴ Bkz. HILLION, s.152.

⁷⁵ Joined Cases C-103/12 and C-165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014].

⁷⁶ Joined Cases C-103/12 and C-165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], paras.16627.

y, l, ndan itibaren, AB ile Venezuela aras, nda herhangi bir uluslararası, bal, kç, l, k anla mas, olmamas, na ra men, Konsey tasarruflar, arac, l, , yla Frans, z Gineşinin münhas, r ekonomik bölgesinde Venezuela bayra , ta , yan gemilere bal, kç, l, k yapma izni verilmektedir. 2011 y, l, na gelindi inde, Komisyon, bu durumun bir hukuki bo luk olu turdu u dü üncesiyle, AB HA md. 43(2) ve 218(6/a/v) temelinde Frans, z Gineşinin münhas, r ekonomik bölgesinde Venezuela bayra , ta , yan gemilerin bal, kç, l, k etkinli i için uluslararası, hukukta bir temel olu tursun diye bir Konsey Karar, önerisi getirmi tir. Konsey ise öneriyi inceledikten sonra karar, n, AB HA md. 43(3) ve 218(6/b) temelinde almaya karar vermi ve 2012/19 say, l, Karar ile Venezuelaöya yönelik bir Deklarasyon yay, nlam, t, r. Bu Deklarasyon, Frans, z Gineşinin münhas, r ekonomik bölgesinde Venezuela bayra , ta , yan bal, kç, gemilerine AB sular, nda bal, kç, l, k yapma imkân, tan, nmas, ile ilgilidir. Bu arka planda, uygun hukuki dayanak ve uluslararası, anla ma kavramlar, tart, mal, olmu tur. Zira e er Konsey Karar, AB HA md. 43(2) ve 218(6/a/v) temelinde al, n, rsa Avrupa Parlamentosunun muvafakati, yok e er AB HA md. 43(3) ve 218(6/b) temelinde al, n, rsa Avrupa Parlamentosunun dan, ma görü ü al, n, cakt, r.

Avrupa Parlamentosu ve Komisyon, esasen Konseyin kendi yetkisini Avrupa Parlamentosunun yetkisini gere i gibi dikkate almadan kulland, ,, yani kurumsal denge ilkesini ihlal etti i, temelinde Konseye kar ,⁷⁷ 16 Aral, k 2011 tarihli ve 2012/19 say, l, Karar, n, n iptali istemiyle dava açm, t, r.⁷⁸ Öncelikle, Avrupa Parlamentosu ve Komisyon, Konsey tasarrufunun hatal, hukuki dayanak temelinde kabul edildi ini iddia etmi ,⁷⁹ Konsey ise seçilen hukuki dayana , n do ru oldu unu savunmu tur.⁸⁰ ABADöa göre⁸¹ AB HA md. 43(2) uyar, nca Avrupa Parlamentosu ve Konsey, ola an yasama usulüne uygun olarak, ortak tar, m politikas, ile ortak bal, kç, l, k politikas, hedeflerinin takibi için hüküm benimseyebilir. AB HA md. 43(3)öe göre ise Konsey, ola an yasama usulü olmaks, z, n, bal, kç, l, k imkânlar, n, n tespit ve tahsisine ili kin tedbirler kabul edebilir. AB HA md. 43(2) AB yasamas, na hasredilen bir politika karar, içermekteyken AB HA md. 43(3) aslen teknik nitelikli olan tedbirler ile ilgilidir. Yerle ik içtihat hukuku uyar, nca öbir AB önleminin hukuki dayana , n, n seçimi, o önlemin amac, ve içeri i de dâhil, yarg, sal denetimi yap, labilir nesnel etmenlere dayanmal, d, rö.⁸²

O halde ilgili Deklarasyonun amac, na ve içeri ine bak, lmal, d, r. Deklarasyonun içeri i, ortak bal, kç, l, k politikas, çerçevesinde Frans, z Gineşinin münhas, r ekonomik bölgesinde Venezuela bayra , ta , yan gemilere bal, kç, l, k izni verebilmek ile ilgilidir. Deklarasyonun amac, için öncelikle münhas, r ekonomik bölgeye ili kin uluslararası, sistemi ortaya koyan BMDHS dikkate al, nmal, d, r. BMDHS, ö[AB] üstünde ba lay, c, olup bu sahaya ili kin politika tercihlerinde [AB] aç, s, ndan bir çerçeve sunar ve, di erlerinin yan, nda, bu tercihleri yaparken [ABönin kullanabilece i] mevcut hukuki araçlar, ve formlar, belirlerö.⁸³ BMDHS uyar, nca münhas, r ekonomik bölge spesifik bir hukuki rejime tabi tutulmu tur. Buna göre k, y, devleti ile ilgilenen devlet bu alandaki ya ayan kaynaklar, n kullan, m, için irade uyumu içinde olmal, d, r. te bu, öuluslararası, hukukta böyle bir anla man, n resmi olarak tek bir belge içinde veya iki veya daha çok alakal, yaz, l, araçlarla tesis edilip edilmedi i önemsiz oldu undan, BMDHS madde 62(2)önin öngördü ü bir anla ma olu tururö.⁸⁴ Somut uyu mazl, ktaki ABönin Deklarasyonu ve Venezuelaö, n kabulü, birlikte ele al, nda, , nda, AB ile Venezuela aras, nda bir anla ma say, lmal, d, r.⁸⁵

Yukar, daki içerik ve amaç analizi , , , nda, ihtilafl, Deklarasyon hangi hukuki dayanak temelinde ve hangi prosedür çerçevesinde benimsenmelidir? Birincisi, bu Deklarasyon ortak bal, kç, l, k politikas, hedeflerinin takibi, yani AB yasamas, na hasredilmi yetki alan, içinde mi kal, r, yoksa bal, kç, l, k imkânlar, n, n tespit ve tahsisi, yani salt teknik uygulama tedbiri içinde mi

⁷⁷ Konsey, bu dava esnas, nda Çekya, spanya, Fransa ve Polonya taraf, ndan desteklenmi tir. Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.33.

⁷⁸ Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.1.

⁷⁹ Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.36.

⁸⁰ Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.41.

⁸¹ Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], paras.47ö86.

⁸² Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.51.

⁸³ Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.55.

⁸⁴ Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.61.

⁸⁵ Kr . Opinion of Advocate General Sharpston in Joined Cases Cö103/12 and Cö165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.69 vd.

kal,r? Bu bak,mdan, öihtilafl, Deklarasyonun ba l, , ve Deklarasyonda kullan,lan belirli terimler ne olursa olsun, bu Deklarasyonun amac, -bal,kç,l,k imkanlar,n,n tespitini ve tahsisiniø sa lamak de ildir í , bilakis, í Venezuelaøya Frans,z Gineøsinin münhas,r ekonomik bölgesinde ya ayan kaynaklar,n kullan,m,na kat,lma f,rsat, önermektirö.⁸⁶ O halde, ihtilafl, Deklarasyon, ortak bal,kç,l,k politikas, hedeflerinin takibi ile ilgili olup AB HA md. 43(2) içinde kalmaktad,r. kincisi, ihtilafl, Deklarasyon, öbir uluslararası, anla man,n kurucu unsur oldu undan í , AB HA madde 218ın kapsam, içinde kal,r[;] í içtihat hukuku uyar,nca -anla maø genel anlamda ifadesi, resmi ad, ne olursa olsun uluslararası, hukuka tabi birimlerin girdi i ve ba lay,c, olan her türlü taahhüdü belirtiyor eklinde anla ,l,rí ö.⁸⁷ htilafl, önlem, AB HA md. 43(2) temelinde al,nmas, gereken bir önlem oldu una ve bu da ola an yasama usulüne tabi tutuldu una göre, AB HA md. 218(6/a/v) temelinde al,nmal,yd,. Sonuç olarak, 16 Aral,k 2011 tarihli ve 2012/19 say,l, Konsey Karar,, hatal, hukuki dayanak temelinde al,nd, ,ndan, bir ba ka ifadeyle Avrupa Parlamentosunun yetkisi gere i gibi dikkate al,nmad, ,ndan veya kurumsal denge ilkesi göz ard, edildi inden, iptal edilmelidir.⁸⁸

Parliament and Commission v Council karar, ile ilgili kimi tespitler yap,labilir. Birincisi, bu dava, Avrupa Parlamentosunun, Lizbon Antla mas, ile özellikle ola an yasama usulünün uyguland, , alanlar, kapsayan uluslararası, anla malar bak,m,ndan muvafakat verme yetkisini kazan,nca,⁸⁹ beklenildi i gibi, bu yetkisini korumak amaçl, dava açmakta tereddüt etmeyece ini göstermektedir.⁹⁰ kincisi, bu karar, BMDHSın denizlerin anayasas, niteli inin AB aç,s,ndan hukuki dayanak seçimi ve/veya uluslararası, anla ma kavram,n,n tan,m, üstündeki, dolay,s,yla kurumsal denge ilkesi üstündeki, etkilerini net bir biçimde ortaya koymaktad,r. Bir taraftan, ABAD, ABın Deklarasyonunu tek tarafl, bir i lem de il de, bir uluslararası, anla man,n araçlar,ndan biri olarak nitelendirirken BMDHSın münhas,r ekonomik bölge ile ilgili düzenlemelerini, özelde BMDHS madde 62(2)öyi, temel alm, t,r. Di er taraftan, ABAD, ABın Deklarasyonunu salt bal,kç,l,k imkânlar,n,n tespit ve tahsisi ile ilgili bir i lem de il de, ortak bal,kç,l,k politikas, hedeflerinin takibi ile ilgili bir i lem olarak nitelendirirken, örtülü olarak, BMDHS temelinde münhas,r ekonomik bölge konusunun yasama gücünü ilgilendiren bir kamu politikas, konusu oldu undan hareket etmi tir.⁹¹

B. D, a Kar , Kurumsal Denge

BMDHS ve d, a kar , kurumsal denge ile ilgili tek bir dava söz konusu olmu tur.

Commission v Ireland davas,nda, UDHM ile ABAD aras,ndaki ili ki, bir yönüyle de olsa, aç,kl, a kavu turulmu tur.⁹² Burada,⁹³ ngiliz Nükleer Yak,t irketi, rlanda denizi k,y,s,ndaki Birle ik Krall,k / Sellafield mahallinde, plütonyumu geri dönü türen MOX tesisi dâhil, birçok tesis i letmektedir. Birle ik Krall,k makamlar, MOX tesisinin in a edilmesine (1993) ve i letilmesine (1996) izin vermi tir. rlandaøya göre ise Birle ik Krall,k MOX tesisini i letme iznini BMDHS kaynakl, pek çok yükümlülü ü kar ,lamaks,z,n vermi tir.⁹⁴ rlanda, 25 Ekim 2001 tarihinde BMDHS md. 287 temelinde öMOX tesisi, radyoaktif malzemenin uluslararası, hareketi ve rlanda denizinin deniz ortam,n,n korunmas,ö ile ilgili uyu mazl, , çözmek amac,yla meseleyi Birle ik Krall,køa kar , Hakem Mahkemesi önüne götürmü tür. Öz olarak,⁹⁵ rlandaøya göre Birle ik Krall,k, (i) BMDHS md. 206 temelinde MOX tesisi ile ba lant,l, tüm etkinliklerin rlanda Deniziın deniz ortam, üstündeki çevresel etkileri hakk,nda uygun bir de erlendirme yürütme yükümlülü ünü yerine getirmemi tir, (ii) BMDHS md. 123 ve 197 temelinde yar, kapal, bir deniz olan rlanda Deniziın deniz ortam,n, korumak için rlanda ile i birli i yapma yükümlülü ünü yerine getirmemi tir, (iii) BMDHS md. 192, 193 ve/veya 194 ve/veya 207, 211 ve 213 temelinde rlanda Denizinin deniz ortam,ndaki kirlili i önlemek, azaltmak ve kontrol etmek için gerekli önlemleri almam, t,r. Hakem Mahkemesine göre e er

⁸⁶ Joined Cases C-103/12 and C-165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.75.

⁸⁷ Joined Cases C-103/12 and C-165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.83.

⁸⁸ İptal edilen Konsey Karar,n,n etkileri, ABAD karar,ndan itibaren makul süre içerisinde uygun hukuki dayanak temelinde al,nacak yeni AB önlemi yürürlü e girene kadar muhafaza edilmi tir. Joined Cases C-103/12 and C-165/12 *Parliament and Commission v Council* [2014], para.93.

⁸⁹ AB HA md.218(6/a/v).

⁹⁰ Bkz. MEI, s.1059.

⁹¹ Bkz. PAASIVIRTA, s.1065.

⁹² Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006].

⁹³ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], paras.20629; 34648.

⁹⁴ Bkz. Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.87.

⁹⁵ Bkz. Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.89.

mesele bir AB hukuku meselesiye ve ABAD bu meseleyi görmeye yetkiliyse kendi yetkisi BMDHS md. 282 uyarınca sona erecektir. Nitekim Hakem Mahkemesi, Komisyon rlanda'ya karar, i bu ihlal davası, açt, nda, rlanda'nın talebiyle ABAD karar, n, verene kadar önündeki muameleleri durdurma karar, alm, t,r.

Peki, rlanda, BMDHS temelli iddialar, ile MOX tesisi ile ilgili uyuşmazlı, , Birlik Krallık karar, Hakem Mahkemesi önüne taşınarak ABAD'nın yetkisini ihlal etmiş midir? Komisyona göre, özetle,⁹⁶ BMDHS karma anlama olmakla birlikte rlanda'nın Birlik Krallık karar, s,nda ileri sürdüğü BMDHS hükümleri Birlik tarafından üstlenilen çevrenin korunması ile ilgili yetkinin kullanılmasıyla yükümlülükleri içerdiği ABAD'nın münhasır yetkisi ihlal edilmiştir. rlanda'ya göre, özetle,⁹⁷ BMDHS karma anlama olup kendisinin Birlik Krallık karar, s,nda ileri sürdüğü BMDHS hükümleri Birlik yetkisi içinde sayılmayacağından ABAD'nın münhasır yetkisi ihlal edilmemiştir.

ABAD *Commission v Ireland* karar,nda üçüncü amaç, bir inceleme yapmı, t,r. Birinci amada,⁹⁸ BMDHS'nin AB hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası, olduğu tespit edilmiştir. İkinci amada,⁹⁹ BMDHS karma anlama olduğu göre, acaba rlanda'nın Hakem Mahkemesi önünde dayandığı, hükümler Birlik yetkisinin kapsam, içinde kalır mı, sorusu tartışılmı, t,r. rlanda'nın dayandığı, hükümler, md. 123 hariç, deniz çevresinin koruma altına alınması, ile ilgilidir. Birlik, çevrenin korunması, alan,nda münhasır olmasa bile, kural olarak, Birlik üye devletler arasında paylaşılan bir yetkiye sahiptir. Bununla birlikte, öbür karma anlamın bir hükmünün [Birlik] yetkisi içinde kalıp kalmadığı, sorusu yetkilendirilme ile, dolayısıyla da o yetkinin tam da varlığı, ile alakalı, olup onun münhasır veya paylaşılan niteliği ile alakalı, değildir.¹⁰⁰ Öyleyse Birlik, BMDHS'ye taraf olarak, çevrenin korunması, konular,ndaki id, yetkisini kullanmaya karar vermiş midir ve eğer öyleyse ne ölçüde karar vermiştir? BMDHS'nin özel bakım, uyarınca paylaşılan yetki alanları, Birlik'e transfer edilmiş diyebilmek için BMDHS'nin ilgili hükümlerinin kapsam, alanlarda Birlik kuralları, var olmalıdır. Bu bakımdan, BMDHS'ye Birlik yetkisi ile ilgili olarak sunulan Deklarasyonun Eki yararlı, bir çözüme, noktası, olmaktadır. rlanda'nın Hakem Mahkemesi önünde dayandığı, BMDHS hükümlerinin kapsam, konular, büyük ölçüde Birlik tasarrufları, ile düzenlendiği görülmektedir. Öyleyse, MOX tesisi ile ilgili uyuşmazlı, n önemli bir parçası, n, kapsayan deniz kirliliğinin önlenmesi ile ilgili BMDHS hükümleri Birlik yetkisinin kapsam, içinde kalmakta, dolayısıyla Birlik hukuk düzeninin bir parçası, n, olmaktadır. Dolayısıyla, ABAD, öbür hükümlerin yorumuna ve uygulanması, ile ilgili uyuşmazlıklarla ilgilenmek ve bir üye devletin bu hükümlere uygun hareket etmediğini belirlemek yetkisine sahiptir.¹⁰¹

Üçüncü amada, ABAD'nın bu yargı yetkisinin, MOX tesisine ilişkin olan gibi bir uyuşmazlı, n bir üye devlet tarafından BMDHS Hakem Mahkemesi önüne götürülmesinin önüne geçecek türde münhasır olup olmadığı, sorusu tartışılmı, t,r.¹⁰² Önceden karar verildiği üzere, öbür uluslararası anlamı kurucu antlaşmalar, n, sorumluluk da, l, m, na ve dolayısıyla [Birlik] hukuk sisteminin özerkliğine etki edemez.¹⁰³ ABAD'nın bu münhasır yetkisi [AB HA md. 344] ile de teyit edilmiştir: "Üye devletler, Antlaşmaların yorumu veya uygulanması, ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda Antlaşma'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmayacaklardır."¹⁰⁴ Aslında bakıldığında BMDHS de, 282. maddesi aracılığıyla, ABAD'nın bu münhasır yetkisinin ihlalinden kaçınma imkânı sunmaktadır, zira Birlik içi uyuşmazlık çözüm sistemine BMDHS'dekilere nazaran öncelik vermektedir. MOX tesisi ile ilgili uyuşmazlık, ktaki ilgili BMDHS hükümleri Birlik hukuk düzeninin bir parçası, n, olmaktadır. Üstelik bu uyuşmazlık, iki üye devlet arasında geçtiğinden Birlik içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ihlal davası, n, n kapsam, içinde kalmaktadır. Dahası, BMDHS Hakem

⁹⁶ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], paras.61665.

⁹⁷ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], paras.66676.

⁹⁸ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], paras.81685.

⁹⁹ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.86 vd.

¹⁰⁰ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.93.

¹⁰¹ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.121.

¹⁰² Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], paras.1226137.

¹⁰³ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.123.

¹⁰⁴ AB HA md.344, uyuşmazlık anlamında NA ile de ilgili ATA md.292'ye karar, l, k gelmektedir.

Mahkemesinin kararlar, nihai ve uyu mazl,k taraflar, aç,s,ndan ba lay,c, niteliktedir. Ayr,ca, ABADın münhas,r yetkili oldu u sonucuna varmak için, MOX tesisi uyu mazl, ,n,n bütünüyle olmasa bile, esasl, bir k,sm,yla Antla maların yorumu veya uygulanmas, ile ilgili oldu unu tespit etmek yeterlidir. ABAD, e er ihtiyaç has,l olursa, uyu mazl, ,n kendi yetkisi d, ,nda kalan unsurlar,n, ileride tan,malayabilir. Son olarak, rlanda BMDHS uyu mazl,k çözüm sisteminin Birlik içi sisteme göre daha avantajl, oldu unu ileri sürmü se de, böyle avantajlar oldu u gösterilmi olsayd, bile, bunlar sonucu de i tirmeyecektir, zira ABADın yarg, yetkisi münhas,r olup üye devletler üstünde ba lay,c,d,r.

Commission v Ireland karar, ile ilgili kimi tespitler yap,labılır. Birincisi, bu karar, ABADın, AB HA md. 344ü yorumlamaktaki bu ilk f,rsat,nda, özellikle uluslararası, anla malar ile türeyen uyu mazl,k çözüm mekanizmalar, kar ,s,nda, özeld e BMDHSın getirdi i UDHM kar ,s,nda, AB hukukunun özerkli i üzerinden münhas,r yetkisini s,k, s,k,ya, hatta deyim yerindeyse k,skançl,kla, koruma niyetine i aret etmektedir.¹⁰⁵ Bu yönden, BMDHS 282ın varl, ,n,n, ABAD ile UDHM aras,nda yarg, yetkisine ili kin olas, çat, malar, belki tamamen yok edemese bile, en aza indirmekte önemli bir düzenleme oldu u not dü ülmelidir.

kincisi, bu karar, BMDHS özelinde, ABADın münhas,r yetkisinin ko ullar,na ve niteli ine , ,k tutmu tur. Bir taraftan, böyle bir münhas,r yetkiden söz edebilmek için öncelikle bir uyu mazl,k ABın yetkisi içinde kal,yor olmal,d,r. Bu yönden, maddi aç,dan, bir karma anla man,n öüye devletlerin aç,kça münhas,r yetkisi içinde kalan bölümleri hariçö tümü ilk bak, ta (*prima facie*) ABın yetkisi içindedir, dolay,s,yla da ABADın yarg, yetkisi içindedir, denilebilir.¹⁰⁶ Usuli aç,dan ise, bir karma anla man,n belirli bir k,sm,n,n AB yetkisi içinde kal,p kalmad, , yönünden üphe varsa bu üphe, üye devletler veya herhangi bir uyu mazl,k çözüm organ, taraf,ndan de il, yaln,zca ABAD taraf,ndan giderilebilecektir.¹⁰⁷

Di er taraftan, ABADın yarg, yetkisi, ABın yetkisi içinde kalan her uyu mazl,k bak,m,ndan otomatik olarak münhas,r,l,k ta ,mamakla birlikte, münhas,r,l,k mutlakl,k ta ,maktad,r. Sonraki kararlar ile vas,fland,r,labilecek olmakla birlikte,¹⁰⁸ *Commission v Ireland* karar,ndan anla ,ld, , kadar,yla, bir uyu mazl,k, ancak (i) üye devletler aras,nda, (ii) esasl, bir k,sm,yla Antla maların yorumu veya uygulanmas, ile ilgili, (iii) AB içi uyu mazl,k çözüm yöntemlerinden birisine konu olabiliyor ve (iv) (d,) uyu mazl,k çözüm organ,n,n karar, taraflar aç,s,ndan ba lay,c, ise ABADın yarg, yetkisi münhas,r,l,k ta ,maktad,r. Dahas,, bu münhas,r,l,k mutlak niteliktedir, bir ba ka deyi le üye devletler aç,s,ndan uyu mazl,k çözüm sistemleri aras,nda seçim yapma ans,na yer vermedi i gibi, uluslararası, uyu mazl,k çözüm organlar, aç,s,ndan da ABADın yarg, yetkisini gere i gibi dikkate almay, gerektirmektedir.¹⁰⁹

BMDHSın AB bak,m,ndan hukuki etkileri, kurumsal denge ilkesi üstündeki etkileri özelinde ortaya konduktan sonra s,rada AB hukukundaki genel etkileri yönüyle incelenecektir.

IV. B RLE M M LLETLER DEN Z HUKUKU SÖZLE MES AN N AVRUPA B RL HUKUKUNDAK ETK LER

BMDHSın AB hukukundaki etkileri, ABAD içtihat hukuku temelinde, ba lay,c,l, , sonucu etkileri ve belirli nitelikleri ta ,m,yor olu u sonucu etkileri ekinde ikiye ayr,larak incelenecektir.¹¹⁰ Hukuki analizi tamamlamak ad,na da,¹¹¹ BMDHSın kendisinin yan, s,ra BMDHSın kimi hükümlerinin bir parças,n, olu turdu u ölçüde uluslararası, teamül hukukunun AB hukukundaki etkileri incelemeye konu edilecektir. Ayr,ca, bu inceleme, bir ortak payda temelinde yap,lacakt,r: Yukar,da ele al,nd, , üzere, AB hukukunun bu iki kayna ,, yani BMDHS ve uluslararası, teamül hukuku, belirli ön ko ullar alt,nda AB hukuk düzenine tabi

¹⁰⁵ ABADın AB HA md.344e ili kin benzer tutumuna örnek olarak bkz. ABın Avrupa nsan Haklar, Sözle mesele kat,l,m anla mas, tasla ,n,n kurucu antla malara uygunlu u hakk,ndaki *Opinion* 2/13 [2014], paras.201-214.

¹⁰⁶ Bkz. LAVRANOS, Nikolaos: öMOX Plant Dispute ó Court of Justice of the European Communitiesö, *European Constitutional Law Review*, 2(3), 2006, s.465.

¹⁰⁷ Bkz. LAVRANOS, s.465.

¹⁰⁸ Örne in KOUTRAKOSa göre *Commission v Ireland* karar, öspesifik hukuki ve maddi ba lam,ndan ba ,ms,z olarakö ele al,nmamal,d,r. KOUTRAKOS, s.189, 246.

¹⁰⁹ Bkz. LAVRANOS, s.469, 467.

¹¹⁰ Burada BAYKAL ve GÖÇMEN taraf,ndan yap,lan s,n,fland,rma takip edilmi tir. BAYKAL / GÖÇMEN, s.724 vd ve 726 vd.

¹¹¹ Örne in bkz. ve kr . Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.51.

olmakta, dolayısıyla AB hukukunda etki do urabilmektedir:¹¹² BMDHS bir karma anla ma oldu undan öncelikle ilgili hükmü Birlik yetkisi içinde kal,yor olmal,d,r¹¹³ ve uluslararası, teamül hukuku yaz,l, olmayan hukuk oldu undan öncelikle bir ilke, örne in BMDHS'nin ilgili hükmü, uluslararası, teamül hukukunun bir parças,n, olu turuyor olarak tan,n,yor¹¹⁴ olmal,d,r.¹¹⁵

A. Birle mi Milletler Deniz Hukuku Sözle mesi nin Ba lay,c,l, , Sonucu Etkileri

BMDHS, AB aç,s,ndan ba lay,c, oldu undan, birincisi ihlal davas,n,n konusunu olu turabilir ve ikincisi AB tasarruflar, ve duruma göre de AB'nin di er uluslararası, anla malar, mümkün oldu u ölçüde BMDHS'ye uyumlu bir biçimde yorumlan,r. BMDHS'nin hükmü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,n, olu turdu unda uluslararası, teamül hukuku olarak birincisi ihlal davas,n,n konusunu olu turabilir ve ikincisi AB tasarruflar, ve AB'nin di er uluslararası, anla malar, mümkün oldu u ölçüde onunla uyumlu biçimde yorumlan,r, dahas, o birincil hukukun yorumunda göz önüne al,n,r.

lk olarak, BMDHS, bugüne kadar böyle bir örnekle do rudan kar ,la ,mad,ysa bile, ihlal davas,na konu olu turabilir. Zira ihlal davas,, ana hatlar,yla bir üye devletin AB hukukunu, örne in Birlik yetkisi içinde kalan hükümleri bak,m,ndan BMDHS'yi, ihlali halinde aç,labilir.¹¹⁶ O halde, bir üye devlet, BMDHS'nin bu tür hükümlerinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmezse Komisyon veya bir ba ka üye devlet taraf,ndan aç,lacak bir ihlal davas, ile kar , kar ,ya kalabilir.¹¹⁷ ABAD, yukar,da ele al,nan *Commission v Ireland* karar,nda BMDHS'nin bu tür hükümleri bak,m,ndan bir üye devletin bir ba ka üye devlete kar , ihlal davas, aç,abilece i olas,l, ,n, aç,kça zikretmi tir.¹¹⁸

BMDHS'nin hükmü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,ysa uluslararası, teamül hukuku olarak, bugüne kadar böyle bir örnekle kar ,la ,mad,ysa bile, ihlal davas,na konu olu turabilir. Zira ihlal davas, ö[Birlik] hukukundan kaynaklanan yükümlülüklere uymamayaö ili kin oldu una göre,¹¹⁹ AB hukukunun ba lay,c, kaynaklar, aras,nda yer alan uluslararası, teamül hukuku da ihlal davas,na sebebiyet verebilecektir, denilebilir.¹²⁰

kinci olarak, BMDHS, AB tasarruflar, ile ilgili olarak uygun yorum ilkesi aç,s,ndan ölçüt olu turabilir.¹²¹ Çtihat hukuku uyar,nca AB'nin uluslararası, anla malar,n,n Birlik tasarruflar, kar ,s,nda önceli i gere i Birlik tasarruflar,n,n hükümleri, mümkün oldu u ölçüde, AB'nin uluslararası, anla malar, ile uyumlu bir biçimde yorumlanmal,d,r.¹²² BMDHS ile ilgili *Bosphorus Queen Shipping* karar,na göre de ö[BMDHS] ikincil AB mevzuat, kar ,s,nda önceliklidirö.¹²³ Dolay,ısıyla örne in ö2005/35 say,l, Direktif md. 7(2), BMDHS md. 220(6) hükmünü AB hukukuna aktard, ,ndan ve dahas, lafzen de onunla hemen hemen ayn, oldu undan, BMDHS md. 220(6)'ya uygun olarak yorumlanmal,d,rö.¹²⁴ Örne in *Deutscher Naturschutzring* karar, uyar,nca da 1380/2013 say,l, Tüzük md. 11(1) içerisinde ödi er üye devletlerin bal,kç,l,k tekneleriö kavram, geçmekte, ancak kavram tan,m lanmamaktadır.¹²⁵

¹¹² Örne in kr . Joined cases C-300/98 and C-392/98 *Dior and TUK* [2000], para.49.

¹¹³ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], para.84. Ayr,ca bkz. EECKHOUT, Piet: EU External Relations Law, 2d ed, Oxford University Press, Oxford, 2012, s.2606262.

¹¹⁴ Bu yönden bkz. KUIJPER, Pieter Jan: öCustomary International Law, Decisions of International Organisations and Other Techniques for Ensuring Respect for International Legal Rules in European Community Lawö, in WOUTERS, Jan / NOLLKAEMPER, André / DE WET, Erika (ed.), The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2008, s.95696.

¹¹⁵ Case C-366/10 ATAA [2011], para.102.

¹¹⁶ AB HA md.258. Bkz. KARAY T, s.2176218; KUIJPER, Pieter Jan et al: The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor, Oxford University Press, Oxford, 2013, s.231.

¹¹⁷ Örne in bkz. LONG, s.719. Örne in kr . Case C-92/07 *Commission v Netherlands* [2010], para.76.

¹¹⁸ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006], paras.1266128.

¹¹⁹ Örnek olarak bkz. Case C-239/03 *Commission v France* [2004], para.23.

¹²⁰ Bkz. BAYKAL / GÖÇMEN, s.399; KUIJPER, s.102.

¹²¹ Konuyla ilgili olarak ayr,ca bkz. LONG, s.713; WOUTERS, Jan / ODERMATT, Jed / RAMOPOULOS, Thomas: öWorlds Apart? Comparing the Approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Lawö, in CREMONA, Marise / THIES, Anne (ed.), The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges, Hart Publishing, Oxford, 2014, s.2666268.

¹²² Case C-61/94 *Commission v Germany* [1996], para.52.

¹²³ Case C-15/17 *Bosphorus Queen Shipping* [2017], para.44.

¹²⁴ Case C-15/17 *Bosphorus Queen Shipping* [2017], para.49.

¹²⁵ Case C-683/16 *Deutscher Naturschutzring* [2018], para.52.

Bununla birlikte, AB, BMDHS md. 91(1) ve 94(1)den hareketle öbir teknenin göndere çekme hakkına sahip oldu u bayrak devletinin vatanda l, nda oldu una í sayg, gösterme yükümlülü ü alt,ndad,rö.¹²⁶ O hâlde 1380/2013 say,l, Tüzük md. 11(1) içerisinde ödi er üye devletlerin bal,kç,l,k tekneleriö kavram, bir ba ka üye devletin bayra ,n, ta ,yan tekneler ekinde anla ,mal,d,r.¹²⁷

BMDHS, duruma göre, ABönin di er uluslararası, anla malar,n,n yorumunda da kullan,lm, t,r. Örne in *Western Sahara Campaign UK* karar, uyar,nca AB ile Fas aras,ndaki Bal,kç,l, a Dair Ortakl,k Anla mas,ön,n baz, hükümlerini yorumlarken birincisi uluslararası, teamül hukuku kurallar,na, ikincisi i bu anla man,n Dibacesinde ve 5(4). maddesinde aç,kça at,f verildi inden BMDHSöye ba vurmak gereklidir.¹²⁸ bu anla ma Fasön öegemenli i veya yetki alan, içinde kalan sularaö uygulanacak olup bu kavram, BMDHSönin ilgili hükümleri , , ,nda yorumland, ,nda, öülkesine biti ik olan ve karasular,n,n veya münhas,r ekonomik bölgesinin bir parças,n, olu turan sular,ö ifade etmektedir.¹²⁹ O halde, BMDHS, yaln,zca kendisine at,f verildi inde ABönin di er uluslararası, anla malar,n,n yorumunda ölçüt olu turabilecektir.

BMDHSönin hükmü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,ysa uluslararası, teamül hukuku olarak, AB tasarruflar, ve ABönin di er uluslararası, anla malar, mümkün oldu u ölçüde onunla uyumlu biçimde yorumlan,r, dahas, o birincil hukukun yorumunda da göz önüne al,n,r.¹³⁰ Birincisi, *Poulsen and Diva Navigation* karar,nda belirtildi i üzere, mademki AB yetkilerini kullan,rken uluslararası, hukuka riayet etmelidir, o halde Birlik tasarruflar,, di erlerinin yan,nda, BMDHSönin hükmü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,n, olu turdu unda onun , , ,nda yorumlanmal,d,r.¹³¹ kincisi, *Western Sahara Campaign UK* karar,n,n gösterdi i üzere, AB ile Fas aras,ndaki Bal,kç,l, a Dair Ortakl,k Anla mas,ön,n baz, hükümlerini yorumlarken uluslararası, teamül hukuku kurallar,na ba vurmak gereklidir.¹³² O halde, BMDHSönin hükmü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,n, olu turdu unda öBMDHS gibi aç,k atfa gereksinim duymaks,z,nó¹³³ ABönin di er uluslararası, anla malar,n,n yorumunda ölçüt olu turabilecektir.¹³⁴ Üçüncüsü, BMDHSönin hükmü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,ysa birincil hukuk yorumlan,rken göz önünde bulundurulabilecektir.¹³⁵

B. Birle mi Milletler Deniz Hukuku Sözle mesiönin Belirli Nitelikleri Ta ,mamas, Sonucu Etkileri

BMDHS, AB aç,s,ndan ba lay,c, olmakla birlikte, do rudan etkiye elveri li say,lmad, ,ndan, birincisi do rudan etki do uramaz, ikincisi AB tasarruflar,n,n hukuka uygunluk denetimi esnas,nda, kural olarak, ölçüt vazifesi göremez ve üçüncüsü ihlali ihtimalinde ABönin haks,z fiil sorumlulu una,¹³⁶ kural olarak, vücut veremez. BMDHSönin hükmü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,n, olu turdu unda uluslararası, teamül hukuku olarak, birincisi do rudan etki do urmaya elveri li olup olmad, , tart, mal,d,r, ikincisi ancak belirli ko ullar alt,nda AB tasarruflar,n,n hukuka uygunluk denetimi esnas,nda ölçüt vazifesi görebilir, üçüncüsü ABönin haks,z fiil sorumlulu una yol aç,p açmayaca , da tart, mal,d,r.

Ik olarak, BMDHS, *Intertanko* karar,nda belirtildi i üzere,¹³⁷ do rudan etkiye elveri li addedilmemekte, dolay,s,yla da do rudan etki do uramamakta ve kural olarak hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olamamakta ve haks,z fiil sorumlulu una sebebiyet verememektedir.

¹²⁶ Case C-683/16 *Deutscher Naturschutzring* [2018], para.53.

¹²⁷ Case C-683/16 *Deutscher Naturschutzring* [2018], para.54.

¹²⁸ Case C-266/16 *Western Sahara Campaign UK* [2018], para.58.

¹²⁹ Case C-266/16 *Western Sahara Campaign UK* [2018], paras.65, 68.

¹³⁰ Ayn, do rultudaki bir ba ka tespit için bkz. KUIJPER, s.92693.

¹³¹ Case C-286/90 *Poulsen and Diva* [1992], paras.9610.

¹³² Case C-266/16 *Western Sahara Campaign UK* [2018], para.58.

¹³³ Bkz. Case C-266/16 *Western Sahara Campaign UK* [2018], para.58.

¹³⁴ Kr . Case C-266/16 *Western Sahara Campaign UK* [2018], para.63. Ayr,ca Viyana Andla malar Hukuku Sözle mesi ile ilgili benzer tespitler yönünden kr . Case C-386/08 *Brita* [2010], paras.41644.

¹³⁵ Kr . Case C-135/08 *Rottmann* [2010], paras.48, 53.

¹³⁶ ster do rudan etkiye elveri li olsun ister olmas,n, ABönin uluslararası, anla malar,n,n üye devletlerin haks,z fiil sorumlulu una vücut verip vermeyece i, henüz örne i bulunmayan, tart, mal, bir konu oldu undan burada ayr,ca ele al,nmayacaktır.

¹³⁷ Case C-308/06 *Intertanko* [2008].

Intertanko kararında da rüdan etkiye elveri lilik, BMDHS özelinde, BMDHS'nin amac,n,n, dibacesinin ve kurallar,n,n aç, a ç,kard, , niteli i ve genel mant, , çerçevesinde incelenmi tir.¹³⁸ BMDHS'nin esas amac,, ödeniz alanlar,n, ke federken, kullan,rken ve i letirken uluslararası, toplumun bar, ç,l i birli ine ili kin uluslararası, hukukun genel kurallar,n, tedvin etmek, aç,kl, a kavu turmak ve geli tirmektir.¹³⁹ BMDHS'nin Dibacesine göre BMDHS, uluslararası, deniz yolculu unu kolayla t,racık bir hukuk düzeni yaratmak için getirilmi tir.¹⁴⁰ BMDHS, bu yönden, örne in karasular,, münhas,r ekonomik bölgeler ve aç,k denizler gibi deniz alanlar, ile ilgili olan ve k,y, devletleri ile bayrak devletlerinin ç,karlar, aras,nda adil bir denge aray, ,nda bulunan kurallar getirmektedir.¹⁴¹ Öte taraftan, öbireyler, kural olarak, BMDHS arac,l, ,yla ba ,ms,z haklara ve özgürlüklere sahip k,l,nmam, t,rö.¹⁴² Bilakis, öbir geminin uluslararası, hukuki statüsü belirli bir gerçek veya tüzel ki iye aidiyetine de il, bayrak devletine ba l,d,rö.¹⁴³ BMDHS K,s,m XI gerçek ve tüzel ki ileri içerse bile bu analize gölge dü ürmez, zira somut uyu mazl,k oradaki hükümler ile ilgili bulunmamaktadır.¹⁴⁴ Sonuç olarak, öBMDHS, bir geminin bayrak devletinin tutumundan ba ,ms,z olarak bireylerle do rüdan ve derhal uygulanmay, amaçlayan ve devletlere kar , kullan,lmaya elveri li haklar veya özgürlükler bah eden kurallar getirmemektedir.¹⁴⁵ Bu nedenle de BMDHS'nin niteli i ve genel mant, ,, bir Birlik tasarrufunun BMDHS , , ,nda geçerlilik denetiminin yap,lmaz,n,n önüne geçer.¹⁴⁶

Intertanko davas,ndaki Hukuk Sözcüsü (HS) Görü ü incelendi inde, ABAD'ın, HS Kokott'ın görü ünün kar ,s,nda, Konseyin görü ünün yan,nda durdu u anla ,lmaktad,r. HS Kokott'a göre *Intertanko* davas, ile birlikte BMDHS'nin niteli inin ve genel mant, ,n,n ilk kez ele al,naca , do rudur.¹⁴⁷ Konsey, bu davada, BMDHS ile do rüdan etkiye elveri li olmad, , bilinen 1947 tarihli GATT ile DTÖ ve bünyesindeki anla malar aras,nda paralellik kurmak istemektedir.¹⁴⁸ Buna kar ,n, HS Kokott'a göre BMDHS söz konusu anla malar ile ayn, kefeye konulmamal,d,r ve BMDHS'nin do rüdan etkiye elveri li olmamas,n, gerektirecek bir durum ortada bulunmamaktadır.¹⁴⁹ Bununla birlikte, ABAD, *Intertanko* karar,nda 1947 tarihli GATT ile DTÖ ve bünyesindeki anla malar ile ilgili içtihat hukukundaki öileri sürülebilirlikö kriterlerini BMDHS aç,s,ndan kayda de er ölçüde takip etmi tir.¹⁵⁰ Dahas,, ABAD, önceki içtihat hukukundan farklı, olarak, bir uluslararası, anla man,n niteli ini ve genel mant, ,n, ele al,rken o anla man,n bireysel hak ve özgürlükler bah edip bah etmedi ine odaklanm, t,r.¹⁵¹ Kimileri bu odak de i ikli ini ele tiri konusu yaparken¹⁵² kimileri de bu odak de i ikli ini desteklemekle birlikte var,lan sonucu ikna edici bulmam, t,r.¹⁵³

İkinci olarak, BMDHS, bugüne kadar böyle bir örnekle kar ,la ,lmad,ysa bile, istisnai hallerde, hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olabilecek ve haks,z fiil sorumlulu una sebebiyet verebilecek gözükmektedir. Bu sonuca, t,pk, BMDHS gibi do rüdan etkiye elveri li addedilmeyen 1947 tarihli GATT ile DTÖ anla malar,na ait içtihat hukuku ile paralellik kurularak var,lmaktad,r.¹⁵⁴ ABAD, söz konusu içtihat hukukunu o alana özgü kabul etmedi inden ve örne in Aarhus Sözle mesi'nin 9(3). maddesi yönünden de kulland, ,ndan,¹⁵⁵

¹³⁸ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.54.

¹³⁹ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.55.

¹⁴⁰ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.56.

¹⁴¹ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], paras.57658.

¹⁴² Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.59.

¹⁴³ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.61.

¹⁴⁴ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.63.

¹⁴⁵ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.64.

¹⁴⁶ Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.65.

¹⁴⁷ Opinion of Advocate General Kokott in Case C-308/06 *Intertanko* [2007], para.52.

¹⁴⁸ Opinion of Advocate General Kokott in Case C-308/06 *Intertanko* [2007], paras.53655.

¹⁴⁹ Opinion of Advocate General Kokott in Case C-308/06 *Intertanko* [2007], paras.55658.

¹⁵⁰ Bkz. BOELAERT-SUOMINEN, s.705; PAASIVIRTA, s.1066.

¹⁵¹ Bkz. EECKHOUT, Piet: 6Case C-308/06, The Queen on the application of *Intertanko* and Others v Secretary of State for Transport, judgment of the Court of Justice, Grand Chamber, of 3 June 2008ö, Common Market Law Review, 46(6), 2009, s.2054; KOUTRAKOS, s.264.

¹⁵² Örne in bkz. BOELAERT-SUOMINEN, s.707.

¹⁵³ Örne in bkz. EECKHOUT, *Intertanko*, s.2055-2057.

¹⁵⁴ Kr . BOELAERT-SUOMINEN, s.706.

¹⁵⁵ Bkz. Joined Cases C-404/12 P and C-405/12 P *Council and Commission v Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe* [2015], paras.46653.

ileride BMDHS ile ilgili olarak da kullanabilecektir. O halde, denilebilir ki BMDHS, birincisi AB tasarrufu aç,kça BMDHSın hükümlerine at,f yap,yorsa ve ikincisi AB tasarrufu BMDHS çerçevesinde üstlenilen belirli bir yükümlülü ü uygulamak amac,yla ç,kar,lm, sa bu tür etkiler do urabilecektir.¹⁵⁶

Üçüncü olarak, BMDHS özelinde bugüne kadar böyle bir örnekle kar ,la ,lmad,ysa bile, uluslararası, teamül hukuku, ATAA karar,na göre, yaln,zca birlikte aranan iki ko ul alt,nda AB tasarruflar,n,n geçerlili inin denetiminde kullan,labilmektedir.¹⁵⁷ Buna göre uluslararası, teamül hukuku, ö[AB]ın ilgili tasarrufu kabul etmekteki yetkisini sorgulamaya elveri li oldu undaö ve öihtilafl, tasarruf bireylerin [AB] hukukundan kaynaklanan haklar,n, etkilemeye ya da bireylere [AB] hukuku uyar,nca yükümlülükler yaratmaya elveri li oldu undaö o tasarrufun hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olu turabilir.¹⁵⁸ Bununla birlikte, uluslararası, teamül hukukunun bir ilkesi uluslararası, anla ma hükmü ile ayn, kesinlik derecesine sahip bulunmad, ,ndan, bu denetim, AB kurumlar,n,n ihtilafl, tasarrufu kabul ederken uluslararası, teamül hukukunun uygulanmas,na ili kin ko ullar bak,m,ndan öbelirgin de erlendirme hatas,ö yap,p yapmad,klar, sorusu ile s,n,rl,d,r.¹⁵⁹

ATAA karar, temelinde kimi tespitler yap,labilir. Aç,kt,r ki ABAD, bir uluslararası, anla man,n öörne in BMDHSınó AB tasarruflar,n,n hukuka uygunluk denetimi esnas,nda ölçüt vazifesi görebilmesi ile uluslararası, teamül hukukunun öörne in ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,n, olu turan bir BMDHS hükmününó böyle bir ölçüt vazifesi görebilmesini birbirinden farklı,la t,rm, t,r.¹⁶⁰ Bununla birlikte, bu farklı,la t,rma doktrinde ele tiri konusu yap,lm, t,r. Wouters, Odermatt ve Ramopoulos, denetim standard,ndaki farklı, yakla ,m,n gerekçesini ikna edici bulmamaktad,r, zira uluslararası, teamül hukukunun bir ilkesi, duruma göre, uluslararası, anla ma hükmünden daha kesin olabilir ve böyle olup olmad, , ilgili kural,n nerede bulundu undan ziyade içeri i ile ilgilidir.¹⁶¹ Eeckhout da, BMDHSın do rudan etkiye elveri li oldu unun kabulünün, ancak yasama tasarrufu söz konusu oldu unda, öbelirgin de erlendirme hatas,ö yap,l,p yap,lmad, ,n,n denetiminin daha uygun olaca , yönünde görü belirtmi tir.¹⁶² Kan,m,zca da, AB tasarruflar,n,n hukuka uygunluk denetimi bak,m,ndan, uluslararası, anla malar ile uluslararası, teamül hukukunun etkisindeki bu farklı,la ma, belki de en çok BMDHS özelinde kendini gösterecek olup içtihat hukukunun tutarlı,l, , aç,s,ndan gözden geçirilmeli ve iki ayr, formülasyon yerine tek bir formülasyon benimsenmelidir.

Dördüncü olarak, BMDMSın hükümü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukukunun bir parças,n, olu turdu unda, uluslararası, teamül hukuku olarak, do rudan etki do urmaya elveri li olup olmad, , ve ABın haks,z fiil sorumlulu una yol aç,p açmayaca , tart, mal,d,r. Bu hususlarla ilgili ABAD karar, olmad, , gibi,¹⁶³ iki üst paragraftaki ötürünün hemen hemen tek örne i olanó ATAA karar, da bu hususlarla ilgili nihai sonuçlara varmay, mümkün k,lacık tespitler içermemektedir.

E er ABın uluslararası, anla malar, ile ilgili yakla ,mla paralellik kurulursa¹⁶⁴ iki ihtimal ile kar ,la ,labilir. Birinci ihtimalde, uluslararası, teamül hukuku, bir bütün olarak ele al,narak amac, ve niteli i , , ,nda do rudan etkiye elveri li olmad, , sonucuna var,labilir.¹⁶⁵ Bu ihtimalde, uluslararası, teamül hukuku, yaln,zca ATAA karar,ndaki ko ullar alt,nda hukuka uygunluk denetiminde kullan,labilir. Yine bu ihtimalde, ABAD ABın uluslararası, anla malar, söz konusu oldu unda hukuka uygunluk denetimi ile haks,z fiil sorumlulu unu birbirinden

¹⁵⁶ Kr . Joined Cases C-404/12 P and C-405/12 P *Council and Commission v Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe* [2015], para.48.

¹⁵⁷ Ayr,ca bkz. Case C-162/96 *Racke* [1998], para.51.

¹⁵⁸ Case C-366/10 *ATAA* [2011], para.107. Ayr,ca bkz. KUIJPER et al, s.1034.

¹⁵⁹ Case C-366/10 *ATAA* [2011], para.110. Bkz. Case C-162/96 *Racke* [1998], para.52.

¹⁶⁰ Bu yönde bkz. BOELAERT-SUOMINEN, s.697; KARAY T, s.219; KUIJPER et al, s.1034; WOUTERS / ODERMATT / RAMOPOULOS, s.2646265.

¹⁶¹ WOUTERS / ODERMATT / RAMOPOULOS, s.265.

¹⁶² Bkz. EECKHOUT, *Intertanko*, s.205662057.

¹⁶³ Kr . Case C-162/96 *Racke* [1998], para.47. Örne in bkz. EECKHOUT, *External Relations*, s.395.

¹⁶⁴ Böyle bir paralellik kurman,n en makulü olaca , ile ilgili olarak bkz. Opinion of Advocate General Jacobs in Case 283/83 *Racke* [1984], para.78. EECKHOUT da, HS Jacobsın yakla ,m,n,n do ru oldu unu belirtmi tir. EECKHOUT, *External Relations*, s.395.

¹⁶⁵ Örne in KUIJPER, 2008 tarihli çal, mas,nda, hem [AB]ın hem üyesi devletlerinin en üst mahkemelerinin uluslararası, teamül hukukunun do rudan etkisi aç,s,ndan hevesli olmad, ,ndan bahsetmektedir. KUIJPER, s.96.

ay, rmad, ,na göre,¹⁶⁶ uluslararası, teamül hukuku hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olu turdu u ölçüde ABØnin haks,z fiil sorumlulu una da sebebiyet verebilecektir,¹⁶⁷ denilebilir.

kinci ihtimalde, uluslararası, teamül hukuku, örne in andla malara ili kin uluslararası, teamül hukuku veya insanc,l hukuka ili kin uluslararası, teamül hukuku gibi, türlere ayr,labilir ve her bir tür, kendi içerisinde, amac, ve niteli i , , ,nda do rudan etkiye elveri li olup olmad, , incelemesine tabi tutulabilir.¹⁶⁸ Bu ihtimalde, ilgili uluslararası, teamül hukuku türü do rudan etkiye elveri li bulunmazsa, yaln,zca birinci ihtimaldeki gibi belirli ko ullar alt,nda hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olabilir ve haks,z fiil sorumlulu una sebebiyet verebilir, denilebilir. Yine bu ihtimalde, ilgili uluslararası, teamül hukuku türü do rudan etkiye elveri li bulunursa bu kez ilgili ilke yeterince aç,k ve kesin, ko ulsuz ve takdir hakk,na yer b,rakmayan nitelikteyse do rudan etki do urabilir,¹⁶⁹ dahas, bu tür uluslararası, teamül hukuku hukuka uygunluk denetiminde ölçüt olabilir¹⁷⁰ ve haks,z fiil sorumlulu una sebebiyet verebilir¹⁷¹, denilebilir.¹⁷² Bu ihtimal alt,nda, ABADØn denize ili kin uluslararası, teamül hukuku ile BMDHS aras,nda bir ayr,ma gitme olas,l, , dü ük olaca ,ndan, denize ili kin uluslararası, teamül hukuku da, t,pk, BMHDS gibi, yüksek ihtimalle, do rudan etkiye elveri li addedilmeyecek gözükmetedir.¹⁷³

V. SONUÇ

AB bak,m,ndan BMDHSØnin hukuki etkilerinin incelendi i bu çal, mada, BMDHSØnin kendine has kimi özellikleri nedeniyle, gerek iç ili kide ve d, a kar , kurumsal denge ilkesi yönünden gerek AB hukukundaki genel etkiler yönünden, AB bak,m,ndan hem çokça hem de kimi zaman karma ,k hukuki etkiler meydana getirdi i gösterilmeye çal, ,lm, t,r.

Kurumsal denge ilkesi ile ilgili ABAD kararlar,, bütün olarak ele al,nd, ,nda, BMDHS yönünden üye devletler aleyhine, ulusüstü niteli i a ,r basan AB kurumlar, lehine sonland,klar, görülebilir. *Council v Commission* davas,nda üye devletler, Konsey arac,l, ,yla, UDHM önündeki temsili bütünüyle Konseyin ön onay, art,na ba lamak istemi tir, ancak ABAD, Komisyonun ilgili konu AB hukukunda detayl, düzenlemeye tabi tutulmu olmak kayd,yla, Konseye dan, t,ktan sonra, ABØyi UDHM önünde temsile yetkili oldu una karar vermi tir. *Parliament and Commission v Council* davas,nda üye devletler, Konsey arac,l, ,yla, münhas,r ekonomik bölge ile ilgili tasarruflar,n, Avrupa Parlamentosuna dan, t,ktan sonra yapmak istemi tir, ancak ABAD, BMDHS temelinde münhas,r ekonomik bölge konusunun yasama ile ilgisinden hareketle, Avrupa Parlamentosunun muvafakat verme yetkisinin oldu una karar vermi tir. *Commission v Ireland* davas,nda üye devletler öen az,ndan bir k,sm,ó, BMDHS ile ilgili konularda BMDHSØnin uyu mazl,k çözüm mekanizmas,n, kullanabilmek istemi tir, ancak ABAD, BMDHSØnin ABØnin yetkisi içinde kalan k,s,mlar,na ili kin uyu mazl,klar,n, belirli ko ullar alt,nda, mutlak olarak münhas,r yetkisinde kald, ,na karar vermi tir. Öyleyse, BMDHS ile ilgili hususlarda üye devletlerin maksimum kontrol iste i, ABAD kararlar, arac,l, ,yla, ulusüstü niteli i a ,r basan AB kurumlar,n,n kontrolü ele alma iste i ile denge noktas,na oturtulmu tur, denilebilir.

BMDHSØnin ve BMDHSØnin kimi hükümlerinin bir parças,n, olu turdu u ölçüde uluslararası, teamül hukukunun AB hukukundaki etkilerine ili kin ABAD kararlar,, bütün olarak ele al,nd, ,nda, en önemlisi, tutars,zl,klar ta ,d, , ve henüz her konuyu ele almad, , söylenebilir. ABAD, uluslararası, hukukun AB hukuku üstündeki etkileri ile ilgili olarak, ABØnin uluslararası, anla malar, ile ilgili formülasyon ile uluslararası, teamül hukuku ile ilgili formülasyonu, gerekçeleri çok da ikna edici olmaks,z,n, birbirinden ay,rm, t,r. Bu tutars,zl, ,n, özellikle BMDHS gibi pek çok hükmü ayn, zamanda uluslararası, teamül hukuku ilkesi olu turan bir Sözle me yönünden, günün birinde ABAD önüne ta ,nmas, kuvvetle muhtemel olup bu tutars,zl, , gidermek için bir f,rsat olu turabilecektir. Öte yandan, BMDHS, *Intertanko* karar, ile birlikte do rudan etkiye elveri li bulunmam, sa bile, bunun hukuka uygunluk denetimi

¹⁶⁶ Bu tespit için örne in bkz. EECKHOUT, External Relations, s.300.

¹⁶⁷ Benzer nitelikte say,labilecek bir tespit için bkz. KUIJPER, s.104.

¹⁶⁸ Örne in bkz. Opinion of Advocate General Jacobs in Case 283/83 *Racke* [1984], para.84.

¹⁶⁹ Kr . Case 87/75 *Bresciani* [1976], paras.24626.

¹⁷⁰ Kr . Case C-363/12 Z [2014], para.90. KARAY T, s.212.

¹⁷¹ Bkz. KUIJPER, s.105. Kr . EECKHOUT, External Relations, s.299.

¹⁷² Benzer bir tespit için bkz. EECKHOUT, External Relations, s.395.

¹⁷³ Kr . Case C-308/06 *Intertanko* [2008], para.65.

ve AB'nin haksız fiil sorumluluğuna nasıl yansıtılacağı, dahası, BMDHS'nin uluslararası, teamül hukuku ilkesi de sayılabilen hükümleri ile bağlantılı, doğrudan etkililiği, hukuka uygunluk denetimini ve AB'nin haksız fiil sorumluluğunu nasıl ve ne ölçüde etkileyeceğini belirsizdir.

Sonuç olarak, AB bakımından BMDHS'nin hukuki etkileri bugüne kadar ABAD kararları ile belirli bir ölçüde netleştirilmiştir ve de önümüzdeki yıllar yeni sorulara gebe bulunmaktadır.


KAYNAKÇA

- BAYKAL, Sanem / GÖÇMEN İke: Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- BOELAERT-SUOMINEN, Sonja: "The European Community, the European Court of Justice and the Law of the Sea", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 23(4), 2008.
- EECKHOUT, Piet: "Case C-308/06, The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport, judgment of the Court of Justice, Grand Chamber, of 3 June 2008", *Common Market Law Review*, 46(6), 2009.
- EECKHOUT, Piet: *EU External Relations Law*, 2d ed, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- GÜNDÜZLER, Ula : "United Nations Convention on Law of Sea As a Mixed Treaty of EU: A Headache for Turkey?", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 12(2), 2013.
- HILLION, Christophe: "Conferral, Cooperation and Balance in the Institutional Framework of EU External Action", in CREMONA Marise (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018.
- KARAY T, Mustafa T.: *Avrupa Birliği Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- KOUTRAKOS, Panos: *EU International Relations Law*, 2d ed, Hart Publishing, Oxford, 2015.
- KUIJPER, Pieter Jan et al.: *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- KUIJPER, Pieter Jan: "Customary International Law, Decisions of International Organisations and Other Techniques for Ensuring Respect for International Legal Rules in European Community Law", in WOUTERS, Jan / NOLLKAEMPER, André / DE WET, Erika (ed.), *The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2008.
- KURAN, Selami: *Uluslararası Deniz Hukuku*, 4th ed, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- LAVRANOS, Nikolaos: "MOX Plant Dispute at the Court of Justice of the European Communities", *European Constitutional Law Review*, 2(3), 2006.
- LONG, Ronán: "The European Union and Law of the Sea Convention at the Age of 30", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 27(4), 2012.
- MEI, Anne Pieter van der: "EU External Relations and Internal Inter-Institutional Conflicts: The Battlefield of Article 218 TFEU", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(6), 2016.
- OLSON, Peter M.: "Mixity from the Outside: The Perspective of a Treaty Partner", in HILLION, Christophe / KOUTRAKOS, Panos (ed.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- ÖZKAN, İsmail: *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, 2d ed, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- PAASIVIRTA, Esa: "The European Union and the United Nations Convention on the Law of the Sea", *Fordham International Law Journal*, 38(4), 2015.
- ROACH, J. Ashley: "Today's Customary International Law of the Sea", *Ocean Development & International Law*, 45, 2014.
- SÁNCHEZ-TABERNERO, Soledad R.: "Swimming in a Sea of Courts: The EU's Representation Before International Tribunals", *European Papers*, 1(2), 2016.
- SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 12th ed, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- WOUTERS, Jan / ODERMATT, Jed / RAMOPOULOS, Thomas: "Worlds Apart? Comparing the Approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Law", in CREMONA, Marise / THIES, Anne (ed.), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

ACENTENİN TAHSİL KOMİSYONU TALEP HAKKI

THE RIGHT TO DEMAND COLLECTING COMMISSION OF COMMERCIAL AGENT

Ufuk TEKN*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.581592>

Makale Bilgi

Gönderilme:24/06/2019
Kabul:23/08/2019

Anahtar Kelimeler

Acente,
Tahsil Komisyonu,
Ücret,
TTK m. 113/4.

Özet

Acente, kural olarak, müvekkiline ait parayı, tahsil etmekle yükümlü değildir. Ancak, müvekkilinin tahsil etmesi için bir talimatın varlığı halinde Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 113/4'e göre acente, tahsil ettiği paralar için tahsil komisyonu talep edebilir. Acentenin tahsil komisyonu talep hakkı, bağımsız, acentelik faaliyetleri yerine tahsil faaliyetlerini esas alan, acenteye bağımlı, acentelik faaliyetleri için ödenmesi kararlaştırılan ücret hakkından (TTK m. 113/1-3) farklıdır. Bu sebeple tahsil komisyonu, ödevi yönetimsel/idari ücret olarak da ifade edilmektedir. Çalışmamızda, ilk defa 6102 sayılı, TTK'da düzenlenen acentenin tahsil komisyonu talep hakkı, acentenin bağımsız, acentelik faaliyetleri sebebiyle talep edebileceği ücret hakkıyla ilgili kişi üzerinde durulmak suretiyle açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu açıklamalar yapılırken, öncelikle TTK m. 113/4'ün hukukî niteliği üzerinde durulacak, daha sonra ücret ile komisyon terimlerine ilişkin kavramsal çerçeve belirlenerek tahsil komisyonu talep hakkının artları, ele alınacak; tahsil komisyonunun hesaplanması ve ödenmesi konularında da incelenecektir. Bu açıklamalar yapılırken ayrıca yer geldikçe mehz Alman ve şviçre hukukunda konuya ilişkin ödevi ile ilgili kararlarındaki görüşlere de yer verilecektir.

Article Info


Received: 24/06/2019
Accepted: 23/08/2019

Keywords

Commercial Agent,
Collecting
Commission,
Remuneration,
TCC Art. 113/4.

Abstract

In principle, the commercial agent is not obliged to collect the money of his/her client. However, according to Turkish Commercial Code (TCC) Art. 113/4, the commercial agent has the right to demand collection commission for the money he/she collected from customers. While the collection commission right of the commercial agent is based on the collection activities instead of successful agency activities, it is different from the right to be paid to the commercial agent for her/his successful activities (Art. 113/1-3). Therefore, the collection commission is also referred to as administrative remuneration in the doctrine. In our study, initially, it is expected to explain the relationship between remuneration right of commercial agent and his/her right to demand collection commission. Then, it will be focused on the differences between the term remuneration and collection commission, also calculation and payment of the collection commission will be discussed. Finally, the conditions of demanding the collection commission will be evaluated in the light of German and Swiss court decisions and related articles of German Commercial Code and Swiss Code of Obligations.

* Dr. Ar. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD.  ufuk.tekin@dicle.edu.tr
ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7823-1456>

I. G R

Mülga 6762 say,1, Türk Ticaret Kanunu'ndan (eTTK) farklı olarak 6102 say,1, Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile ilk defa acentenin müvekkilinden tahsil komisyonu talep edebilmesi yasal düzenlemeye kavu turulmu tur. TTK m. 113/4'e göre; *öAcente, ayr,ca, müvekkilinin talimat,na uygun olarak tahsil etti i paralar için de tahsil komisyonu isteyebilir.ö* Görevi, müvekkil ve müteri aras,nda i lemin kurulmas,na arac,l,k etmek (arac, acente) yahut bu i lemleri bizzat müvekkili ad,na yapmak (sözle me yapan acente) olan (TTK m. 102/1) acente, kural olarak müvekkille müteri aras,nda kurulacak sözleşme mede kararla t,r,lan bedeli tahsil etmekle yükümlü de ildir¹. Bu sebeple kanun koyucu, müvekkil taraf,ndan sözleşme mede öngörülen bedeli tahsille görevlendirildi i takdirde acenteye, bu görevi dolay,s,yla ayr,ca tahsil komisyonu talep hakk, tan,m, t,r². Hükmün mehz, Alman Ticaret Kanunu'nun (ATK) acentenin ücret hakk,na ili kin § 87 hükmünün 4. f,kras,d,r. Bu hükme göre; *öKurulan i lemlere ili kin talep edilen ücretin yan, s,ra acente, müvekkilinin talimat,na uygun olarak tahsil etti i tutarlar için tahsil komisyonu talep hakk,n, da haizdir.ö* svçire hukukunda ise bu hak, acentenin ücret hakk,ndan ba ,ms,z bir hükümle, svçire Borçlar Kanunu'nun (svBK) *öTahsil Komisyonuö* kenar ba l,kl, 4181 maddesinde düzenlenmi tir. Bu hükme göre; *öI. Aksi kararla t,r,lmad,kça veya aksine teamül bulunmad,kça acente, müvekkilin talimatlar,na göre tahsil etti i ve kendisine teslim edilen tutarlar için tahsil komisyonuna hak kazan,r. 2. Acentelik ili kisi sona erdi i takdirde acentenin tahsil yetkisi son bulur ve müstakbel tahsil talepleri dü er.ö* Çal, mam,zda Türk hukukunun yan, s,ra Alman ve svçire hukukundaki bu hükümler ve öreti dikkate al,nmak suretiyle acentenin tahsil komisyonu talep hakk, aç,klanmaya çal, ,lacakt,r.

II. HÜKMÜN HUKUK N TEL

Acentenin tahsil komisyonu talep hakk,na ili kin TTK m. 113/4 hükmü emredici nitelikte olmay,p, tamamlay,c, nitelik ta ,maktad,r³. Ba ka bir ifadeyle taraflar,n, bu hükmü de i tirerek hükümde yer alan hususlar,n aksini kararla t,r,malar, mümkündür. Bu çerçevede çe itli ihtimaller üzerinde durmak suretiyle de erlendirme yapmakta fayda vard,r. öyle ki, acente, tahsile yetkili k,l,nmakla birlikte tahsil etti i paralar için ücrete hak kazan,p kazanmayaca ,na ili kin taraflarca aç,k bir belirleme yap,lmad, , takdirde dahi, TTK m. 113/4'e göre tahsil komisyonu talebinde bulunabilir. Zira acentenin tahsil komisyonu talep edebilmesi için, bu hususta sözleşme mede ayr,ca bir hükme yer verilmesine gerek olmay,p, tahsil yetkisinin verilmesi yeterlidir. Di er bir ifadeyle tahsile yetkili k,l,nmakla birlikte acente *kural olarak* müvekkilin tahsil etti i paralar, için tahsil komisyonuna hak kazan,r. Öte yandan, acenteye tahsil yetkisi verilmedi i takdirde yahut tahsil yetkisi verilmekle birlikte tahsil etti i paralar için kendisine ayr,ca tahsil komisyonu ödenmeyece i hususunun aç,kça belirtilmesi halinde ise, acentenin tahsil komisyonu talep edebilmesi mümkün de ildir⁴.

III. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Acentenin tahsil komisyonu talep hakk,, *öÜcrete Hak Kazan,ran* lemlerö kenar ba l,kl, TTK m. 113'e düzenlendi inden, tahsil komisyonu kavram,na de inmeden önce ücret kavram, üzerinde durmakta fayda vard,r. Ücret, acenteye müvekkili ad,na gerçekle tirdi i faaliyetler sebebiyle ödenen mutlak bir de eri yahut yüzdeyi ifade etmektedir⁵. öyle ki, ücret, müvekkilin

¹ Bkz. TTK m. 113/4'ün gerekçesi. Bu durumun Alman hukuku bak,m,ndan da geçerli oldu u hakk,nda birçoklar, yerine bkz. FLOHR, Eckhard/WAUSCHKUN, Ulf: Vertriebsrecht, München 2014, ATK § 87, Rn. 128; EMDE, Raimond: Vertriebsrecht, 3. Aufl., Hamburg 2014, ATK § 87, Rn. 150; LÖWISCH, Gottfried: *öHandelsgesetzbuchö*, in Boujong, Karlheinz/Ebenroth, Carsten Thomas/Joost, Detlev/Strohn, Lutz (ed.), München 2014, ATK § 87, Rn. 70; v. HOYNINGEN-HUENE, Gerrick: *öMünchener Kommentar zum Handelsgesetzbuchö*, in Schmidt, Karsten (ed.), 4. Aufl., München 2016, ATK § 87, Rn. 116; BUSCHE, Jan: *öHandelsgesetzbuchö*, in Oetker, Hartmut (ed.), München 2019, ATK § 87, Rn. 34. svçire hukuku bak,m,ndan bkz. MATHYS, Beat: *öCHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2ö*, in Huguenin, Claire/Müller-Chen, Markus (ed.), 3. Aufl., 2016, Art. 4181, Rn. 1.

² Mehaz Alman hukukunda bu yönde bkz. EMDE, ATK § 87, Rn. 150.

³ Birçoklar, yerine bkz. FLOHR/WAUSCHKUN, ATK § 87, Rn. 130; EMDE, ATK § 87, Rn. 156; BAUMBACH, Adolf/HOPT, Klaus J.: *Handelsgesetzbuch*, München 2016, ATK § 87, Rn. 47; HOPT, Klaus J.: *Handelsvertreterrecht*, 5. Aufl., 2015, ATK § 87, Rn. 47; BÜHLER, Theodor: *öZK-Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR* Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)ö, in Gauch, Peter/Schmid, Jörg (ed.), 2000, Art. 4181, Rn. 1.

⁴ BÜHLER, Art. 4181, Rn. 3-4; MATHYS, Art. 4181, Rn. 1; Ayr,ca bkz. a a. IV., B.

⁵ Bu yönde benzer tan,m,lar için bkz. DEVELL O LU, Ferit: *Osmanl,ca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Ankara 2011, s. 1311; *Türk Hukuk Lûgat*, 3. Bask., Ankara 1991, s. 349-350; Birçoklar, yerine bkz. v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87, Rn. 11; CANARIS, Claus-Wilhelm: *Handelsrecht*, München 2006, s. 261, Rn. 53; bu tan,m,n 86/653 say,1, acentelik hukukuna ili kin Avrupa Ekonomi Toplulu u Yönergesinin (OJ, 31.12.1986, L. 382/17) 6. maddesinin 2. f,kras,na uygun

acente vas,tas,yla elde etti i kazanc,n belirli bir k,sm,n, ifade eden belirli bir tutar ekinde (acentelik faaliyetleri sonucunda elde edilen her 100.000 TL'lik net i letme kazanc,nda, acentenin 10.000 TL'lik bir ücrete hak kazanaca , gibi) yahut belirli bir oran üzerinden (acentelik faaliyeti sonucu elde edilen net i letme kazanc,n,n %10'u gibi) belirlenebilir⁶.

Acenteye ücret hakk, kazand,racık faaliyet, TTK m. 102/1øde düzenlenen ola an acentelik faaliyeti (arac,l,k yahut sözleşme yapma) olabilece i gibi, TTK m. 113/4øte düzenlenen tahsil faaliyeti de olabilir.

Acentenin ücret hakk,, Türk hukukunda ve mehz Alman hukukunda çe itli aç,lardan tasnife tabi tutulmu tur⁷. Bu ayr,m,lardan ilki, kayna ,n, TTK m. 113øteki (ATK § 87) sistematikten alan ve ücrete hak kazanma zaman, göz önünde bulundurulmak suretiyle yap,lan öacentelik sözleşme mesinin devam, s,ras,nda yahut acentelik sözleşme mesinden sonra hak kazan,lan ücretö ekindeki ayr,md,r. Di er bir ayr,m da acentenin faaliyette bulunup bulunmad, ,na göre yap,lan ayr,md,r. Bu ayr,m,n temelinde, TTK m. 113/2øde düzenlenen ve acenteye belirli bir bölge veya mü teri çevresinin münhas,ran tahsis edilmesi halinde, bu bölgede yahut mü teri çevresiyle kendi katk,s, olmaks,z,n kurulan i lemler sebebiyle de ücrete hak kazanmas, yatmaktad,r. Bir di er ayr,m ise, acentenin gerçekle tirdi i *faaliyetin niteli inden hareketle* arac,l,k yahut sözleşme kurma ücreti ile idari ücret (*Verwaltungsprovision*) ayr,m,d,r⁸. Bu ikinci türden ücretler, acenteye müvekkil için mü teri bulma faaliyetinden çok, yönetsel faaliyetler gerçekle tirmesi sebebiyle ödendi i için "yönetsel ücretö olarak da ifade edilmektedir⁹.

Acentenin tahsil komisyonu, her ne kadar acenteye ba ar,l, acentelik faaliyetlerinin kar ,l, , olarak ödenen ücretle (TTK m. 113/1-3) ayn, hükümde düzenlenmi ise de, ba ar,l, acentelik faaliyetlerini esas almamas, sebebiyle bu türden bir ücretten farklı, ta ,maktad,r. Gerçekten, hükmün ilk üç f,kras, müvekkille mü teri aras,nda bir i lem kurulmas, esas,ndan hareket etmektedir. Ba ka bir ifadeyle hükmün ilk üç f,kras,nda düzenlenen ücret hakk,, müvekkille mü teri aras,nda bir i lem kurulmas, halinde gündeme gelmektedir¹⁰. Hatta bir ad,m daha ileri gidilerek mü teriyle müvekkil aras,nda i lemin kurulmas, bile acentenin ücrete hak kazanabilmesi için tek ba ,na yeterli görülmemi , bunun için kurulan i lemin ifas, da aranm, t,r (i lemin ba ar,ya ba l, olmas, kural,, TTK m. 114, ATK § 87a). Oysa acentenin tahsil komisyonuna hak kazanabilmesi için mü teriyle müvekkil aras,nda bir i lem kurulup kurulmad, ,n,n herhangi bir önemi bulunmamaktad,r. Di er bir ifadeyle, acente müvekkille mü teri aras,nda bir i lem kurulup kurulmad, ,ndan ba ,ms,z olarak; müvekkil taraf,ndan kendisine tahsil yetkisi verilmesi halinde, tahsil etti i miktar bak,m,ndan tahsil komisyonu talep hakk, elde eder.

oldu u hakk,nda ayr,ca bkz. EMDE, § 87, Rn. 3. Ücretin bedel üzerinden hesaplanacak olmas,, ücret miktar,n,n mutlaka belirli bir mebla ve para olmas,n, gerektirmez, v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87b, Rn. 17. Örne in, acenteye, finansal kiralama sözleşme mesinin konusunu olu turan araçlar,n sat,m,ndan elde edilecek gelirin b,rak,lmas, suretiyle bir ücret ödenece i de kararla t,r,labilir, KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu erhi, Acentelik, stanbul 2016, s. 115 (erh). Yine bu do rultuda, müvekkilin, sat, acentesine, acentelik faaliyetlerinin kar ,l, , olarak sat,m konusu mallar, normal fiyat,n,n alt,nda yahut ücretsiz bir biçimde vermeyi teklif etmesi de ücret hakk,n,n para olarak belirlenmedi i durumlara örnek olarak gösterilebilir, TEK N, Ufuk: Acentenin Ücret Hakk,, Ankara 2018, s. 13, dn. 39. Bu söylenenlerin acentenin tahsil komisyonu bak,m,ndan da geçerli oldu unu söylemek mümkündür.

⁶ TEK N, s. 13.

⁷ Bu ayr,m,lar için Türk hukukunda birçoklar, yerine bkz. KAYA, Mustafa smail: Acentelik Hukuku, Ankara 2014, s. 186-190 (Acentelik); KARAEGE, Özge: Acentenin Ücret Hakk,, Ankara 2016, s. 104-108; TEK N, s. 14-25; Alman hukukunda birçoklar, yerine bkz. BAUMBACH/HOPT, ATK § 87, Rn. 5-7; BUSCHE, ATK § 87, Rn. 8; EMDE, ATK § 87, Rn. 3.

⁸ FLOHR/WAUSCHKUH, § 87 ATK, Rn. 9; BUSCHE, ATK § 87, Rn. 7; THUME, Karl-Heinz/RIEMER, Jens-Berghe/SCHÜRR, Ulrich: Handbuch des Gesamten Vertriebsrecht, Band 1, Handelsvertreter, Frankfurt 2016, s. 316, Rn. 10; KAYA, Acentelik, s. 187-188.

⁹ TEK N, s. 20. Yönetsel ücretler, ço u zaman acentenin ba ar,s,na dayal, hak kazanaca , ücrete ek olarak ödendi inden, bu türden ücretler için ayr,ca ek ücret (*Zusatzprovision*) terimi de kullan,lmaktad,r, BAUMBACH/HOPT, ATK § 87, Rn. 3; SPOERRI, Thomas: öOFK-Orell Füßli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrechtö, in Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Frankhauser, Roland (ed.), 3. überarbeitete Aufl., 2016, Art. 418l, Rn. 1; KARAEGE, s. 105. TTK m. 113/4øte acenteye öayr,caö tahsil komisyonun ödenece inin ifade edilmesi onun ek ücret niteli inin bir göstergesidir.

¹⁰ TTK m. 113/2øde acenteye belirli bir bölge veya mü teri çevresi ömünhas,ranö b,rak,l,d, , takdirde bu bölge ve mü teri çevresinde onun katk,s, olmaks,z,n kurulan i lemler sebebiyle de ücrete hak kazanabilece i dü ünüldü ünde, burada acentenin ücrete hak kazanabilmesi için müvekkille mü teri aras,nda bir i lemin kurulmas,na gerek olmad, , dü ünülebilir. Ancak hemen belirtelim ki, burada kendisine belirli bir bölge veya mü teri çevresi b,rak,l,an acenteye kurulan bir i lem söz konusu olmas, da netice itibariyle ba ka bir acenteye kurulan bir i lem söz konusudur ve acente, di er acenteye *kurulan* bu i lem sebebiyle ücrete hak kazanmaktad,r.

Tüm bunlardan hareketle, i lemin kurulmas,ndan ba ,ms,z oldu u da göz önünde bulunduruldu unda, acentenin tahsil komisyonunun yönetimsel/idari ücret niteli i ta ,d, ,n, söylemek mümkündür¹¹. Bu sebeple, ücret kavram,n,n, tahsil komisyonunu da içeren üst bir kavram oldu unu söylemek yanl, olmasa gerektir. Di er bir ifadeyle tahsil komisyonu, ücret türlerinden sadece biridir¹². Komisyonu di er ücret türlerinden ayr,ran özelli i, onun belirlenme eklidir¹³. öyle ki, komisyon, ö retide, bir sözleşme dayanarak belirli bir faaliyeti yerine getiren tarafa, gerçekte tiridi i faaliyetin de erine göre ödenen ve belirli bir *yüzdeye göre* hesaplanan kar ,l,k eklinde tan,mılanmaktadır¹⁴. Ba ka bir ifadeyle, gerçekte tirilen faaliyetin de erine göre belirli bir yüzdeyle ödenmesi kararlar t,r,lan ücret, komisyon olarak ifade edilmektedir. Acentenin ücret hakk, ba lam,nda ise ö retide baz, yazarlarca¹⁵ öücretö yerine ökomisyonö terimin kullan,ld, , görülmekte ise de; kanuni terim olmas,n,n da etkisiyle, hakl, olarak öücretö terimi daha çok kabul görmü tür. Belirtmek gerekir ki, belirlenme ekline ili kin farklı,k d, ,nda iki kavram aras,nda hukukî aç,dan büyük bir fark bulunmamakta, bu iki terimin birbiri yerine kullan,ımas, büyük sak,ncalar do urmamaktadır. Ancak, TTK m. 113öün kenar ba l, ,n,n öücrete hak kazand,ran i lemlerö oldu u ve söz konusu hükmün ilk üç f,kras,nda öücretö terimine yer verildi i de dü ünüldü ünde, kanun koyucunun tahsil komisyonu yerine *tahsil ücreti* ifadesini tercih etmesi, terim birli ini sa lamak bak,m,ndan daha isabetli olurdu¹⁶. Nitekim, Alman ve sviçre hukukunda acentenin ücret hakk,n,n *Provision*, tahsil komisyonu talep hakk,n,n ise *Inkassoprovision* eklinde ifade edildi i dü ünüldü ünde, böyle bir tercihin mehz kanun hükümlerine de daha uygun dü ece i aç,kt,r.

Burada üzerinde durmak istedi imiz di er bir husus da, tahsil komisyonuna ili kin hükmün düzenlenme tarz,d,r. öyle ki, Alman ö retisinde, ba ar,l, acentelik faaliyetlerini esas almamas, sebebiyle tahsil komisyonuna ATK § 87öün 4. f,kras, (TTK m. 113/4) olarak de il de acentenin bir di er yönetimsel/idari ücreti olan dükrüar ücretinde¹⁷ (*Delkredereprovision*, ATK § 86b) oldu u gibi ayr, bir hükümde yer verilmesinin daha isabetli olaca , ifade edilmektedir¹⁸. Bu ele tirinin ATK § 87/4öün aynen al,nan TTK m. 113/4 bak,m,ndan da geçerli oldu unu ve sviçre hukukunda oldu u gibi (svBK m. 4181), tahsil komisyonunu m. 113 yerine m. 116ödan sonra acentenin ücret hakk, d, ,ndaki haklar, aras,nda, ayr, bir hükümle düzenlemenin daha isabetli olaca ,n, söylemek mümkündür.

IV. TAHS L KOM SYONU TALEP HAKKININ ARTLARI

A. Geçerli Bir Acentelik li kisinin Varl, ,

Acentenin tahsil komisyonu talep edebilmesi için her eyden önce müvekkiliyle aras,nda geçerli bir acentelik ili kisinin varl, , artt,r. Ba ka bir ifadeyle, taraflar aras,nda geçerli bir acentelik ili kisinin bulunmad, , hallerde, tahsil i lemini gerçekte tiren kimsenin TTK m. 113/4ö göre talepte bulunabilmesi mümkün de ildir.

B. Acenteye Tahsil Yetkisinin Verilmesi

Acentenin bu hükme dayanarak tahsil talebinde bulunabilmesi için gereken di er bir art, müvekkilin acenteye tahsile ili kin talimat, ba ka bir ifadeyle tahsil yetkisi vermesidir¹⁹. Taraflar aras,nda ileride ya anacak uyu mazl,klar,n önüne geçmek amac,yla bu yetkinin kural olarak

¹¹ KAYA, Acentelik, s. 188; FLOHR/WAUSCHKUH, § 87 ATK, Rn. 131. Tahsil komisyonu, yönetimsel/idari ücret oldu undan acentenin denkle tirme alaca ,n,n hesaplanmas,nda dikkate al,namayaca , hakk,nda ayr,ca bkz. EMDE, § 87 ATK, Rn. 150.

¹² Bu yönde bkz. CENTEL, Tankut: Hukukunda Ücret, Türkiye Denizciler Sendikası, E itim Dizisi-9, s. 116-117; ALI KAN, Murat/GENÇTÜRK, Muharrem: öAcentenin Komisyonu Hakk,, Özellikle TTKöün 129. Maddesine Göre Komisyonu Hak Kazanma An, Bak,m,ndan Arac, Acente ile Sözle me Yapan Acente Aras,nda Fark Olup Olmad, , Sorunuö, Ünal Tekinalpö Arma an, C. 1, stanbul 2003, s. 20-21.

¹³ Benzer do rultuda bkz. ALI KAN/GENÇTÜRK, s. 21.

¹⁴ EKONOM, Münir: Hukuku, C. 1, Ferdî Hukuku, stanbul 1984, s. 135; CENTEL, s. 128-129.

¹⁵ Bkz. ALI KAN/GENÇTÜRK, s. 20, dn. 3öteki yazarlar.

¹⁶ Ancak çal, mam,zda, kanuni terim olmas, sebebiyle tahsil komisyonu ifadesine yer verilecektir.

¹⁷ Acentenin, mü terinin sözleşme meden kaynaklanan yükümlülü ünün yerine getirilece ini müvekkile ayr,ca garanti etmesi halinde özel olarak talep edebilece i ücret olarak ifade edilebilecek dükrüar ücretine ili kin ATK § 86b hükmüne, TTKöda yer verilmemi tir, KAYA, erh, s. 151; KARAEGE, s. 176.

¹⁸ EMDE, ATK § 87, Rn. 44.

¹⁹ Acentenin sözleşme yapmaya yetkili acente olmas, halinde dahi tahsil komisyonu talebinde bulunabilmesi için kendisine tahsil yetkisinin verilmesi artt,r, LÖWISCH, ATK § 87, Rn. 71; BUSCHE, ATK § 87, Rn. 34; v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87, Rn. 116; ROTH, Wulf-Henning: öHandelsgesetzbuchö, in Koller, Ingo/Kindler, Peter/Roth, Wulf-Henning/Drüen, Klaus-Dieter (ed.), München 2019, ATK § 87, Rn. 17.

herhangi bir ihtilafa yol açmayacak ölçüde açık olması,nda fayda vardır²⁰. Ancak, her ne kadar arzu edilen, acentenin tahsile yetkili olduğu unun açıkça belirtilmesi olsa da, böyle bir yetkilendirmenin zmnen yapıldığı, hallerde²¹ de acentenin tahsil komisyonu talep edebilmesi gerekir²². Tahsil yetkisinin acentelik sözleşmesiyle yahut ayrı bir vekâletnameyle²³ verilmesi halinde talimatın konusu, mekan/yer, ki i ve zaman bakımından sınırlıdır, mümkündür²⁴. Yine aynı şekilde müvekkil, acenteye sadece belirli bir işlem bakımından, yani işlem bakımından tahsilat yetkisi verebileceği gibi; bu konuda genel bir yetkilendirme yapmak suretiyle tüm işlemler bakımından onu tahsile yetkili kılabilir.

Tahsil yetkisinin hem acentelik sözleşmesiyle, hem de acentelik sözleşmesi mesinden başka, özel bir vekâletnameyle verilmesi halinde tahsil yetkisi sözleşmesi meden kaynaklanmaktadır (iradî tahsil komisyonu). Ancak bazı hallerde tahsil yetkisinin kanundan kaynaklanması da muhtemeldir.

Öyle ki, TTK m. 106/1'e göre *Müvekkilinin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acente, bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malların teslim almaya yetkili olmadığı, gibi bu işlemlerden doğan alaca, yenileyemez veya miktarını indiremez.* Bu da demek oluyor ki, acentenin bizzat teslim ettiği malların bedelini, müvekkilinin özel ve yazılı izni olmaksızın tahsili mümkündür. Dolayısıyla burada artık acenteye verilmiş kanunî bir tahsil yetkisi söz konusudur²⁵ ve kural olarak acente, bu işlemler için tahsil komisyonu talep hakkını haizdir.

Müvekkil tarafından kendisine açık yahut örtülü tahsil yetkisi verilmeyen acentenin, buna rağmen tahsilde bulunması halinde, tahsil komisyonu talep hakkından söz edilemez²⁶. Böyle bir durumda artık acentenin TTK m. 20/1'e (ATK § 354) dayanarak da ücret talep edememesi gerekir²⁷.

Müvekkil, acenteye verdiği tahsil yetkisini her zaman geri alabilir. Ayrıca, acentelik sözleşmesi mesinin sona ermesi halinde acenteye verilen tahsil yetkisi de kendiliğinden ortadan kalkar²⁸. Böyle bir durumda her ne kadar acente TTK m. 113/3'e göre acentelik sözleşmesi mesinin bitiminden sonra kurulan işlemler için *ücret* talep edebilse de; ücret talep edebileceği bu işlemlerden doğan paralar, tahsil etmesi, acentelik sözleşmesi sona erdiği için, aksi kararla değil, ona tahsil komisyonu talep hakkı vermez²⁹.

C. Acentenin Tahsilatta Bulunması,

Acenteye tahsil konusunda yetki verilmesi onun komisyona hak kazanabilmesi için tek başına yeterli değildir; acentenin ayrıca müvekkilin talimatlarına uygun olarak tahsilatta bulunması da şarttır³⁰. TTK m. 113/4'e açıkça acentenin müvekkilin talimatlarına uygun olarak tahsil ettiği işlemler için tahsil komisyonu isteyebileceğinin öngörülmesi karşısında, müvekkille müteri arasında kurulan ve tahsil edilen paraların kaynağına, tekil eden işlemin hükümsüzlüğü halinde dahi tahsil işlemini gerçekleştirmeyle acentenin tahsil komisyonuna hak kazanacağına, söylemek

²⁰ EMDE, ATK § 87, Rn. 150.

²¹ Bu duruma örnek olarak acentenin, acentelik sözleşmesiyle yahut ayrı bir vekâletnameyle yetkilendirilmemesine rağmen müvekkilin paralarını, yıllarca tahsil etmesi ve müvekkilin bu tahsil işlemleri sebebiyle ona bir miktar komisyon ödemesi yahut acentenin tahsil ettiği paraları, bir miktar kesinti yaparak kendisine teslim etmesine sessiz kalması gösterilebilir, EMDE, ATK § 87, Rn. 150.

²² Böyle bir durumda tahsil yetkisinin bulunduğu unu iddia eden acente bu iddiasını, ispat etmekle yükümlüdür (bkz. Türk Medeni Kanunu m. 6, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190).

²³ LÖWISCH, ATK § 87, Rn. 71.

²⁴ LÖWISCH, ATK § 87, Rn. 71.

²⁵ KARAEGE, s. 174-175. Ne var ki, TTK m. 113/4'ün gerekçesinde, TTK m. 113/4'e düzenlenen tahsil ücretinin *kanunî* tahsil ücreti olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümde yer alan tahsil ücretinin müvekkilin talimatlarına dayanması, sebebiyle iradî tahsil ücreti olduğu son derece açıktır. Kanun koyucunun gerekçedeki *kanunî* tahsil komisyonu Türk hukukunda yenidir. İfadesiyle kastettiği tahsil komisyonunun kaynağına, belirtmekten ziyade, bu komisyonun ilk defa TTK m. 113/4 ile yasal düzenlemeye kavutunu belirtmek olsa gerektir.

²⁶ KAYA, *erh*, s. 151.

²⁷ Birçoklar, yerine bkz. FLOHR/WAUSCHKUHN, § 87 ATK, Rn. 129; EMDE, ATK § 87, Rn. 154; v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87, Rn. 117; LÖWISCH, ATK § 87, Rn. 72. Tahsile yetkili olmadığı halde müvekkilin paralarını, tahsil eden acentenin bu davranışını, ayrıca Türk Ceza Kanunu m. 155/2 (Alman Ceza Kanunu § 266) anlamında güveni kötüye kullanma suçu da tekil edebilir, EMDE, ATK § 87, Rn. 154, BGH, Urt. v. 29.10.1991 ó 1 StR 513/91 (Beckonline).

²⁸ Bu husus, TTK ve ATK'dan farklı olarak svBK m. 418'ın 2. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.

²⁹ v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87, Rn. 117.

³⁰ BÜHLER, Art. 418I, Rn. 3. Bu doğrultuda ayrıca bkz. OLG Hamburg, Versicherung Recht (VersR), 1963, s. 626.

mümkündür³¹. Ba ka bir ifadeyle acenteye tahsil ücreti talep hakk, kazandıran olgu, müvekkilin talimat,na uygun olarak tahsilde bulunmasıdır. Gerçekten, acentenin TTK m. 113/1 ilâ 3. f.krallar,nda düzenlenen ücret alaca ,n,n aksine, tahsil komisyonu talep hakk, ba ar,l, acentelik faaliyetlerini esas almaz³². Dolay,s,yla acentenin tahsil komisyonuna hak kazanabilmesi için ne müvekkille mü teri aras,nda bir i lem kurulması,na ne de kurulan bu i lemin ifas,na ihtiyaç vardır³³. Bunun için müvekkilin talimat,na uygun olarak tahsilatta bulunması, gerekli ve yeterlidir. Bu durum daha önce de ifade etti imiz üzere tahsil komisyonunun yönetsel/idari ücret olması,na do al bir sonucudur ve acente kendisine yüklenen idari faaliyeti yerine getirmekle tahsil komisyonuna hak kazanmaktadır.

V. TAHSİL KOMİSYONU MİKTARININ BELİRLENMESİ

Tahsil komisyonu acenteye, kendisine ba ar,l, arac,l,k yahut sözleşme yapma faaliyetlerinin sonucunda ödenen ücrete *ek olarak* ödenir. Taraflar, komisyon miktar,n,n ne ekilde belirleneceğini acentelik sözleşmesinde kararlaştırabilirler. Örneğin acentelik sözleşmesinde, acentenin tahsil ettiği her 1.000 Türk Lirası, (TL) için 100 TL³⁴ yahut tahsil edilen tutar,n %50 oran,nda tahsil komisyonuna hak kazanacağı, ekilde bir belirleme yapılabilir. Arzu edilen, ücret miktar,n,n taraflarca belirlenmesi olsa da, böyle bir belirlemenin yapılması, da ihtimal dahilindedir. Taraflarca tahsil komisyonu miktar,na ilişkin bir belirleme yapılmadığı takdirde ücretin miktar,ö kenar ba l,kl, TTK m. 115/1, acentenin tahsil komisyonu talebi hakk,nda da uygulanır³⁵. Bu hükme göre, *ÖSözle mede hüküm yoksa ücretin miktar,, acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle, teamül de mevcut de ilse hâlin gerektirine göre o yerdeki asliye ticaret mahkemesince belirlenir.* Hükümün mehzaz, ATK § 87b'nin ilk fıkrası, olup ATK § 87b'nin 2. ve 3. f.krallar, TTK'ya alınmamıştır³⁶. ATK § 87b/2'ye göre, *Ücret, üçüncü ki i [mü teri] ya da müvekkilin ödemekle yükümlü olduğu bedel üzerinden hesaplanır. Pe in ödeme sebebiyle yapılan indirimler kesilmez; ayn,s, ta ,ma, ambalaj, gümrük, vergi gibi tali masraflar için de geçerlidir, me erki bu masraflar üçüncü ki iye ayrıca fatura edilsin.* Ayn, hükümün 3. fıkrası,na göre ise, *Belirli süreli kullan,m,n devri ve kullan,m sözleşmelerinde ücret, sözleşme boyunca elde edilecek toplam bedel üzerinden hesaplanır. Belirsiz süreli ücret, üçüncü ki inin sözleşme meyi en erken feshedebileceği zamana kadar, bu zaman esas alınarak hesaplanır; sözleşme devam ettiği sürece acente, benzer ekilde hesaplanacak ek ücretlere hak kazanır.* Acentenin, müvekkilin paraları,n, tahsil ettiği anda ve ölçüde ücrete hak kazanacağı, dü ünlüde onun ücret hakk, bak,m,ndan uygulanma kabiliyeti bulunan bu hükümlerin tahsil komisyonu bak,m,ndan uygulanma kabiliyetinin bulunduğunu söylemek güçtür. Çünkü tahsil komisyonunun belirlenmesi, acentenin ücret hakk,n,n belirlenmesine nazaran daha kolaydır ve ilke gayet açıktır: Acente müvekkilin paraları,n, tahsil ettikçe tahsil komisyonuna hak kazanır. Bu durum, tahsil komisyonunun ba ar,l, acentelik faaliyetlerine de il, do rudan tahsil faaliyetlerine dayanması,ndan kaynaklanmaktadır.

VI. TAHSİL KOMİSYONUNUN ÖDENMESİ

Acentenin tahsil komisyonu alacağı, müvekkilin paraları,n, tahsil ettiği an muaccel olur. Bu talep, muacceliyet tarihinden itibaren beş yıl,k zamana ,m,na tabidir (TBK m. 147/I/5, m. 149/I). Acentenin ücret hakk,n,n ödenme zaman,na ilişkin TTK m. 116/1, onun tahsil komisyonu talep

³¹ Bu do rultuda dolaylı olarak bkz. v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87, Rn. 118. Ayn, sonuç, müvekkille mü teri aras,nda i lemin kurulması,na artı ba lı oldu u ve bu art,n gerçekleştirilmesi yahut mü teri taraf,ndan ifade bulunulması,na rağmen müvekkilin ifade bulunmadığı, hallerde de geçerlidir.

³² v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87, Rn. 118.

³³ LÖWISCH, ATK § 87, Rn. 72.

³⁴ EMDE, ATK § 87, Rn. 151. Böyle bir belirlemenin yapılması, halinde, k,s,m tahsilatta bulunan acente, tahsil komisyonuna tahsil ettiği k,s,m oran,nda hak kazanır, EMDE, ATK § 87, Rn. 151. Yukarıdaki örnekten hareketle, 500 TL'dik tahsilatta bulunan acente, kararlaştırılan tahsil komisyonunun yarısı, olan 50 TL'ye hak kazanır.

³⁵ Alman hukuku bak,m,ndan birçoklar, yerine bkz. BAUMBACH/HOPT, ATK § 87, Rn. 47; HOPT, ATK § 87, Rn. 47; v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87, Rn. 118; BUSCHE, ATK § 87, Rn. 34. Türk hukuku bak,m,ndan bkz. KARAEĞE, s. 174; TEK N, s. 22-23.

³⁶ Ne var ki, bu hükümlerin TTK'ya alınması, önüne *ücretin* hesaplanması,na ilişkin bir uyuşmazlık gelen hakim bu hükümlerden hiç yararlanmayacağı, anlam,na gelmez. Zira kanun hükümlerinin yorumlanması,nda da uygulanma kabiliyeti olan TMK m. 1/III'e göre, hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır. Hükümde yer alan öbilimsel görüşler ve yargı kararları,ö ifadesinin kapsam,na, öncelikle mehzaz hukuk sistemindeki bilimsel görüş ve yargı kararları, da girer. Kaldı ki hakim, mehzaz olmasa bile karar,la t,r,ml, hukukun verilerinden de yararlanmalıdır, O UZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giri -Kaynaklar-Temel Kavramlar, B. 22, İstanbul 2016, Nr. 260-261, s. 77-78; Y BGK, 09.03.1955, E. 1954/22, K. 1955/2, (Kazanc, çitihat Bilgi Bankası).

hakk, bak,m,ndan da uygulama alan, bulur³⁷. Söz konusu hükme göre, *öAcentenin hak kazand, , ücretin, do umu tarihinden itibaren en geç üç ay içinde ve her hâlde sözleşle menin sona erdi i tarihte ödenmesi gerekir.*ö Yine ayn, ekilde acentenin ücrete ili kin kontrol hakk,n, düzenleyen TTK m. 116/2 hükmü (ATK 87c/2-4) de tahsil komisyonu hakk,nda uygulan,r³⁸. Böylelikle acente, tahsil komisyonu talebi, muacceliyeti ve hesaplanmas, bak,m,ndan önemli olan *bütün* konular hakk,nda müvekkilinden bilgi isteyebilir, defter kay,tlar,n,n suretlerinin kendisine gönderilmesini isteyebilir yahut bu kay,tlar, bizzat talep edebilir veya bir uzman arac,l, ,yla inceleyebilir.

Tahsil komisyonu alaca ,n,n ödenmemesi halinde acente, TTK m. 119/1æ göre, *ö[m]üvekkilindeki bütün alacaklar, ödeninceye kadar, acentelik sözleşle mes dolay,s,yla al,p da gerek kendi elinde gerek özel bir sebebe dayanarak zilyet olmakta devam eden bir üçüncü ki inin elinde bulunan ta ,n,rlar ve k,ymetli evrak ile herhangi bir e yay, temsil eden senet arac,l, ,yla kullanabildi i mallar üzerinde hapis hakk,na sahiptir.*ö Ayn, hükmün 2. f,kras,nda acenteye ayr,ca, müvekkilin mallar,n, satmak suretiyle elde etti i bedeli kendisine ödemekten kaç,nma imkan, da tan,nm, t,r (takas hakk,³⁹).

Acentenin tahsil komisyonuna ili kin uyu mazl,klar, TTK m. 4/1/a gere i mutlak ticari davaya vücut verir. Bu sebeple TTK m. 5æ göre aksine hüküm bulunmad,kça görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir⁴⁰. Ayr,ca TTK m. 5/Aç,n 1. f,kras,na göre, *öBu Kanunun 4 üncü maddesinde ve di er kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paran,n ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakk,nda dava aç,lmadan önce arabulucuya ba vurulmu olmas, dava art,d,r.*ö Dolay,s,yla, acentenin tahsil komisyonu talebinin konusunu bir miktar paran,n ödenmesinin olu turdu u durumlarda, dava aç,lmadan önce arabulucuya ba vurulmas, art,r.

VI. SONUÇ

Acentenin ücret hakk,, öÜcrete hak kazand,ran i lemlerö kenar ba l,kl, TTK m. 113æ düzenlenmi tir. Hükümün ilk üç f,kras,nda acentenin ba ar,ya ula an ola an acentelik faaliyetleri sebebiyle talep edebilece i ücret hakk, düzenlenmekte iken; dördüncü f,kras,nda, müvekkilinin talimatlar, do rultusunda tahsil etti i paralar için talep edebilece i komisyon hakk, düzenlenmi tir. Tahsil komisyonunun, ba ar,l, acentelik faaliyetleri sebebiyle de il de tahsil faaliyetleri sebebiyle ödenecek olmas,, onun yönetsel/idari bir ücret olmas, sonucunu do urur. Bu aç,dan bak,ld, ,nda da, ücret hakk,n,n üst kavram oldu u, tahsil komisyonun da ücret türlerinden biri oldu unu söylemek mümkündür. Esas itibariyle aralar,nda hukukî aç,dan büyük bir farklı,k bulunmayan bu iki terimin ö retide zaman zaman birbiri yerine kullan,ld, , görülmekte ise de; söz konusu hükmün kenar ba l, , ve ilk üç f,kras,yla terim birli inin sa lanmas, bak,m,ndan tahsil komisyonu yerine tahsil ücreti teriminin kullan,lmas, daha isabetli olacakt,r. Bu do rultuda ayr,ca, Alman ö retisinde konuya ili kin hakl, ele tirileri de dikkate alarak, tahsil komisyonuna ili kin düzenlemeye, ba ar,l, acentelik faaliyetlerini esas alan TTK m. 113/1-3æten ba ,ms,z, ayr, bir hükümde (svBK m. 418læde oldu u gibi) yer verilmesinin dikkate de er bir öneri oldu unu belirtmek isteriz.

Acentenin tahsil komisyonu talep edebilmesi baz, artlar,n varl, ,na ba l,d,r. Böyle bir talepte bulunulabilmesi için, her eyden önce geçerli bir acentelik ili kisinin varl, , artt,r. Bunun d, ,nda müvekkil, acenteye tahsile ili kin bir talimat da vermi olmal,d,r. Tahsile ili kin talimatla kastedilen, acenteye aç,k yahut örtülü tahsil yetkisinin verilmesidir. Bu yetki, acentelik sözleşle mesleyle verilebilece i gibi, acentelik sözleşle mesinden ba ,ms,z bir biçimde, ayr, bir vekâletname ile de verilebilir. Tahsile yetkili olmad, , halde müvekkilinin paralar,n, tahsil eden acente, TTK m. 113/4æ göre tahsil komisyon talep edemeyece i gibi, TTK m. 20/1æ dayanarak da talepte bulunamaz.

Tahsil komisyonu, acenteye ola an acentelik faaliyetleri sebebiyle ödenen ücrete ek olarak ödenir. Ücret miktar,na ili kin TTK m. 115/1 acentenin tahsil komisyonu miktar,n,n belirlenmesi bak,m,ndan da uygulama alan,na sahiptir. Yine ayn, ekilde, ücrete ili kin kontrol hakk,n, düzenleyen TTK m. 116/2 de acentenin tahsil komisyonu hakk,nda uygulanacak hükümlerden bir di eridir. Ayr,ca belirtmek isteriz ki, acenteye ödenen tahsil komisyonunun, acentenin

³⁷ Alman hukukunda bu do rultuda kar . § 87c/1 ve bkz. EMDE, ATK § 87, Rn. 152; v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87c, Rn. 10; BUSCHE, ATK § 87c, Rn. 3.

³⁸ EMDE, ATK § 87, Rn. 152; v. HOYNINGEN-HUENE, ATK § 87c, Rn. 10; BUSCHE, ATK § 87c, Rn. 3.

³⁹ KAYA, erh, s. 272.

⁴⁰ Ancak, her ne kadar bu hükümde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi oldu u ifade edilmekte ise de, müstakil bir asliye ticaret mahkemesinin bulunmad, , yerlerde görevli mahkeme o yerdeki asliye hukuk mahkemesidir.

denkle tirme alaca , hesaplan,rken (TTK m. 122/2) dikkate alınmas, ise mümkün de ildir.

Nihayet, acentenin tahsil komisyonuna ili kin uyu mazl,klar, TTK m. 4/1/a gere i mutlak ticari davaya vücut verece inden ve TTK m. 5/Açın, n 1. f,kras,na göre, konusu bir miktar paran,n ödenmesi olan alacak ile tazminat talepleri hakk,nda dava aç,lmadan önce arabulucuya ba vurulmu olmas, dava art, oldu undan, acentenin tahsil komisyonu talebinin konusunu bir miktar paran,n ödenmesinin olu turdu u durumlarda, dava aç,lmadan önce arabulucuya ba vurulmal,d,r.


KAYNAKÇA

- ALI KAN, Murat/GENÇTÜRK, Muharrem: öAcentenin Komisyon Hakk., Özellikle TTKınun 129. Maddesine Göre Komisyon Hak Kazanma An, Bak,m,ndan Arac, Acente ile Sözle me Yapan Acente Aras,nda Fark Olup Olmad, , Sorunuö, Ünal Tekinalpæ Arma an, C. 1, stanbul 2003.
- BAUMBACH, Adolf/HOPT, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, München 2016.
- BÜHLER, Theodor: öZK-Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)ö, in Gauch, Peter/Schmid, Jörg (ed.), 2000.
- BUSCHE, Jan: öHandelsgesetzbuchö, in Oetker, Hartmut (ed.), München 2019.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, München 2006.
- CENTEL, Tankut: Hukukunda Ücret, Türkiye Denizciler Sendikası, E itim Dizisi-9.
- DEVELL O LU, Ferit: Osmanl,ca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 2011.
- EKONOM , Münir: Hukuku, C. 1, Ferdî Hukuku, stanbul 1984.
- EMDE, Raimond: Vertriebsrecht, 3. Aufl., Hamburg 2014.
- FLOHR, Eckhard/WAUSCHKUH, Ulf: Vertriebsrecht, München 2014.
- HOPT, Klaus J.: Handelsvertreterrecht, 5. Aufl., 2015.
- KARAEĞE, Özge: Acentenin Ücret Hakk., Ankara 2016.
- KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu erhi, Acentelik, stanbul 2016 (erh).
- KAYA, Mustafa smail: Acentelik Hukuku, Ankara 2014 (Acentelik).
- LÖWISCH, Gottfried: öHandelsgesetzbuchö, in Boujong, Karlheinz/Ebenroth, Carsten Thomas/Joost, Detlev/Strohn, Lutz (ed.), München 2014.
- MATHYS, Beat: öCHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2ö, in Huguenin, Claire/Müller-Chen, Markus (ed.), 3. Aufl., 2016.
- O UZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giri -Kaynaklar-Temel Kavramlar, B. 22, stanbul 2016.
- ROTH, Wulf-Henning: öHandelsgesetzbuchö, in Koller, Ingo/Kindler, Peter/Roth, Wulf-Henning/Drüen, Klaus-Dieter (ed.), München 2019.
- SPOERRI, Thomas: öOFK-Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrechtö, in Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Frankhauser, Roland (ed.), 3. überarbeitete Aufl., 2016.
- TEK N, Ufuk: Acentenin Ücret Hakk., Ankara 2018.
- THUME, Karl-Heinz/RIEMER, Jens-Berghe/SCHÜRR, Ulrich: Handbuch des Gesamten Vertriebsrecht, Band 1, Handelsvertreter, Frankfurt 2016.
- Türk Hukuk Lûgat,, 3. Bask., Ankara 1991.
- v. HOYNINGEN-HUENE, Gerrick: öMünchener Kommentar zum Handelsgesetzbuchö, in Schmidt, Karsten (ed.), 4. Aufl., München 2016.

DEN ZYOLUYLA TA ,NAN E YALARIN GEÇ TESLİM HALİNDE YAPILMASI GEREKEN BİLDİRİMLERİN DEĞERLENDİRMELERİ

CONSIDERATIONS ON "NOTICE OF DELAY" FOR GOODS CARRIED BY SEA

Melda TAŞKIN*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.570785>

Makale Bilgi

Gönderilme: 27/05/2019
Kabul: 26/08/2019

Anahtar Kelimeler

Hamburg Kuralları,
Geç Teslim, Gecikme
Bildirimi,
Taşkın Eylanın
Geç Tesliminden
Sorumluluğu.

Article Info

Received: 27/05/2019
Accepted: 26/08/2019

Keywords


Hamburg Rules,
Delay in Delivery,
Notice of Delay,
Liability of Carrier
for Delay in Delivery.

Özet

Denizyolu ile taşıma sözleşmesinde taşıyıcı, zamanda teslim etmekte de yükümlüdür. Lahey Kuralları'nda veya Lahey - Visby Kuralları'nda taşıyıcı, zararlı hasardan sorumluluğu düzenlenmemiştir; geç teslimden ileri gelen sorumluluğu ilkin bir hükme yer verilmemiştir. Eylanın geç tesliminden sorumluluğunun ilk defa özel olarak düzenlendiği uluslararası belge Hamburg Kuralları'dır. Diğer taraftan, eski Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, 6102 sayılı, Türk Ticaret Kanunu'nda, taşıyıcı eylanın geç tesliminden sorumluluğuna ilkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu çerçevede, TTK m.1185'te, gönderilenin eylanın geç teslim edildiği hususunda taşıyıcı yapması gereken bildirim ilkin temel esaslar düzenlenmemiştir. Hamburg Kuralları'ndan tercüme edilmek suretiyle Türk Ticaret Kanunu'na aynen aktarılan bu hükmün geç teslim bildirimine ilkin baz, bölükler ihtiva etmemiştir söylemek mümkündür. Çalınma, mada, eylanın zamanında teslim edilmemesi halinde yapılacak bildirim ilkin baz, hususlar, TTK m.1185'teki hükmün (ve hükmün mehzaz, olan Hamburg Kuralları, Art. 19 / 5'inci) ihdas edilme amacı, ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki temel esaslar çerçevesinde incelenmemiştir.

Abstract

In a contract of carriage of goods by sea, carrier is also liable to deliver the goods at the right time. Although Hague and Hague-Visby Rules have set forth liability of carrier because of loss and damage, neither Hague Rules nor Hague-Visby Rules include any provision about delay in delivery. Hamburg Rules is the first international document which has regulated the liability of carrier because of delay. On the other hand, in Turkish Commercial Code numbered 6102 (TCC), there is a provision about liability of carrier related to delay of goods, differently from old Turkish Commercial Code. In this context, TCC Art.1185/5 sets forth the general principles of notice of delay. However it is possible to say that this provision which constitutes the translation of Hamburg Rules Art.19/5, includes some legal gaps about the notice. In this study, some particular cases about the notice for delay has been evaluated in the frame of purpose TCC Art.1185/5 (and Hamburg Rules Art.19/5, which constitutes the source of TCC Art.1185/5) and general principles of Turkish Code of Obligations.

* Dr. Ar. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku ABD.  melda.taskin@istanbul.edu.tr
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4922-2451>

I. G R

TTK m.1138de, navlun sözle mesi, ta ,yan,n, önavlun kar ,l, ,ndaö ay,rt edilmi olup olmad, ,na bak,lmaks,z,n öe yay,ö, ögeminin tamam,n, veya bir k,sm,n, ya da belli bir yerini ta ,tana tahsis ederekö veya öay,rt edilmi e yay,ö denizde ta ,may, üstlendi i sözle me olarak tan,m lanm, t,r¹. Buna göre, denizyolu ile e ya ta ,ma sözle mesinde ta ,tan,n navlun ödeme borcunun kar ,s,nda ta ,yan,n e yay, ta ,ma borcu bulunmaktad,r². Ta ,yan,n, e yay, ta ,ma borcu sadece e yay, z,ya-hasars,z ekilde ta ,maktan ibaret olmay,p, ayr,ca e yan,n zaman,nda ula t,r, lmas,n, da kapsamaktad,r. Lahey Kurallar,nda³ veya Lahey-Visby Kurallar,nda⁴ sadece ta ,yan,n e yan,n z,ya,ndan ve hasar,ndan sorumlulu u düzenlenmi ; geç teslimden ileri gelen sorumlulu a ili kin bir hükme yer verilmemi tir⁵. Ta ,yan,n e yan,n geç tesliminden

¹ KENDER, Rayegân/ÇET NG L, Ergon/YAZICIO LU, Emine, Deniz Ticareti Hukuku, stanbul, 2019, s.158 vd.; CAN, Mertol, Navlun Sözle mesinin Sona Ermesi, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü, Ankara, 1998, s.11 vd.; SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-1, stanbul, 2017, s.317 vd.; AKINCI, Sami, Deniz Ticareti Hukuku Dersleri: Navlun Mukaveleleri, stanbul, 1961, s.4 vd.; YET AMLI, Kübra, 6102 say,1, Türk Ticaret Kanunu na göre Ta ,yan,n Z,ya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumlulu u, stanbul, 2013, s.10.

Alman Kanukoyucu, TTKdan farkl, olarak navlun sözle mesinin türlerini farkl, maddelerde düzenlemi tir. HGB§481de, k,rkambar sözle mesi (*Stückgutfrachtvertrag*) ta ,yan,n (*belirlenmi e yay./das Gut*) e yay, denizyolu ile belirli bir yere ula t,rma ve gönderilene teslim etme; ta ,tan,n belirlenen navlunu ödeme yükümlülü ü alt,nda oldu u hüküm alt,na al,nm, t,r. HGB§527öye göre, yolculuk çarteri sözle mesinde (*Reisefrachtvertrag*), ta ,yan e yay, belli bir geminin tamam,n,, bir k,sm,n, veya belli bir yerini tahsis etmek suretiyle belli bir veya daha fazla yolculuk için belli bir yere ta ,may, ve gönderilene teslim etmeyi taahhüt etmektedir. OETKER, Harmut, Handelsgesetzbuch-Kommentar, 2017, HGB§527 Rn.1 vd.; HERBER, Rolf, Seehandelsrecht: Systematische Darstellung, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1999, s.237-238; RABE, Dieter/BAHNSEN, Kay Uwe, Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, München, 2018, §481, Rn.1; PÖTSCHKE, Jan Erik, öHGB§481ö, in Schmidt, Karsten/Herber, Rolf (ed.), Münchener Kommentar zum HGB: Band7, Transportrecht- viertes Buch, Handelsgeschäfte, 3. Aufl. 2014, HGB§481 Rn.1. (Bununla birlikte HGBdeki reform öncesi düzenleme, TTK m.1138deki düzenleme ile tam olarak uyum içindedir. Reform öncesi düzenleme için bkz. SCHLEDELBERGER, Franz/LIESECKLE, Rudolf, Seehandelsrecht, Verlag Franz Vahlen, Berlin und Frankfurt a. M., 1959, §556, Rn.1 vd.)

Hamburg Kurallar, n,n öTan,mlarö ba l,kl, 1. maddesinin alt,nc, f,kras,nda, ödenizyolu ile ta ,ma sözle mesi (*contract of carriage by sea*)ö geminin ötahtisö edilmi olmas,ndan veya e yan,n ay,rt edilmi olmas,ndan ba ,ms,z ekilde, öta ,yan,n bir navlun ücreti kar ,l, ,nda e yan,n bir limandan di er limana ta ,may, üstlendi i sözle meö olarak tan,m lanm, t,r.

² YAZICIO LU, Emine, Hamburg Kurallar,na Göre Ta ,yan,n Sorumlulu u: Lahey/Visby Kurallar, ile Kar ,la t,r mal, Olarak, stanbul, 2000, stanbul, s.20; OETKER, §481 Rn.4vd; HERBER, Seehandelsrecht, s.235-236; RABE/BAHNSEN, §481, Rn.3; SCHLEGELBERGER/LIESECKE, §556, Rn.3,15.

Ta ,man,n yükleme liman,nda ba layaca , ve kural olarak varma veya bo altma liman,nda sona erece i ve her ikisinin de navlun sözle mesinde belirtilece i; bununla birlikte varma liman,n,n sözle mede aç,k b,rak,lmas,n,n da ihtimal dâhilinde oldu u ve hatta aç,k denize dökülmek üzere çöp veya patlay,c, maddelerin ta ,nmas,nda oldu u gibi bazen bir varma liman,n,n hiç mevcut olmayabilece i hakk,nda bkz. ÇA A, Tahir/KENDER, Rayegân, Deniz Ticareti Hukuku: Navlun Sözle mesi, C.II, stanbul, 2009, s.1-2.

³ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading ("Hague Rules"), (Brussels, 25 August 1924)

⁴ öHague/Visby Rules, 1968: Hague Rules 1924, as amended by the öProtocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Ladingö, adopted at Brussels, February 23, 1968ö, (entered into force June 23, 1977).

⁵ VON ZIEGLER, Alexander, Compensation for Damage: The Rotterdam Rules Appraised, European Journal of Commercial Contract Law 2010-1/2, s.51; WERTH, Douglas A., The Hamburg Rules Revisited-A Look at U.S.Options, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.22, No.1, January, 1991, s.60-66; DONOVAN, James J., The Hamburg Rules: Why a New Convention on Carriage of Goods by Sea, 4 Mar. Law. 1(1979), s.6; MAHER, Joan D., Marine Transport, Cargo Risks, and the Hamburg Rules, Rationalization or Imagery, Dick. L. Rev.183(1979), s.205.

Lahey-Visby Kurallar,nda, genel olarak ta ,yan,n e yan,n yüklenmesinde, elleçlenmesinde, istifinde, ta ,nmas,nda, korunmas, ve gözetiminde ve bo alt,lmas,nda tedbirli ve dikkatli davranmakla yükümlü oldu u hüküm alt,na al,nd,ktan ba ka, genel olarak ta ,yan,n sorumlu oldu u öe yan,n u rad, , veya e ya ile ba lant,l, z,ya-hasar (*loss and damage to or in connection with goods*)ö kavram,n,n kapsam,na ili kin aç,k bir hüküm veya tan,ma yer verilmemi tir. Bu durum ö retide Lahey Kurallar, çerçevesinde gecikmeden ileri gelen zararlar,n tazmin edilmesinin mümkün olup olmad, , hususunda farkl, görü lerin ileri sürülmesine sebebiyet vermi tir. VON ZIEGLER, Alexander, Compensation for Damage: The Rotterdam Rules Appraised, European Journal of Commercial Contract Law, 2010-1/2, s.60, dn.38: Yazar, Lahey Kurallar,nda, ta ,yan,n geç teslim zararlar,n, tazminle yükümlü olup olmad, ,n,n tart, mas,z ekilde ortaya konulamad, ,n, ifade etmektedir.Lahey Kurallar,nda yer alan öloss or damages to or in connection with the goodsö ifadesinin asl,nda geç teslimden sorumlulu a ve geç teslimden ileri gelen sorumlulu u s,n,rland,r,lmas,na imkân verebilece i ancak bunun ba ar,lamad, , hakk,nda bkz. PUTTFARKEN, Hans- Jürgen, Seehandelsrecht, Heidelberg, 1997, s.105: Aksi yönde bkz. PRÜSSMANN, Heinz/RABE, Dieter, Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, München, 2000, §606, s.575. Ayr,ca bkz. WÜSTENDÖRFER, Hans, Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationalen Rechts, Tübingen, 1950, s.294.

sorumlulu unun düzenlendi i ilk uluslararası, belge öHamburg Kurallar,d,rö⁶. Hamburg Kurallar,ndan sonra kabul edilen Rotterdam Kurallar,nda⁷ da ta ,yan,n e yan,n tesliminden do an sorumlulu u hüküm alt,na al,nm, t,r.

Ta ,nan e yan,n z,yaa ve hasara u rad, , veya geç teslim edildi i hallerde, z,ya, hasar veya geç teslimin ispat, bak,m,ndan e yan,n incelenmesi ve kar , taraf,n bir an önce haberdar edilmesi son derece önemlidir. TTK m.1185/5⁸te, öE yan,n teslimindeki gecikmenin, teslim tarihinden itibaren altm, gün içinde ta ,yana yaz,l, olarak bildirilmesi gere i düzenlenmi tir. Çal, mada, e yan,n geç teslimi halinde yap,laacak bildirimde ili kin esaslar TTK hükümleri ile Hamburg Kurallar, çerçevesinde ele al,nacakt,r.

II. DEN ZYOLU LE E YA TA IMALARINDA E YANIN GEÇ TESL M N DEN SORUMLULUK

Hamburg Kurallar,ndan (HK Art.5/1) tercüme edilmek suretiyle Kanuna aynen aktar,lan TTK m.1178/2 uyar,nca, öTa ,yan, e yan,n z,ya, veya hasar,ndan yahut geç tesliminden do an zararlardan, z,ya, hasar veya teslimde gecikmenin, e yan,n ta ,yan,n hâkimiyetinde bulundu u s,rada meydana gelmi olmas, art,yla sorumluödur.

TTK m.1178/5⁸te hangi hallerde geç teslimin söz konusu olaca ,, HK Art. 5/2⁸de yer alan düzenlemeyle paralel ekilde aç,kça hüküm alt,na al,nm, t,r. Buna göre, e yan,n, taraflarca navlun sözleşme belirlenen tarihte teslim edilmemesi halinde geç teslimden bahsedilece i hususunda üphe bulunmamaktadır,⁸. Sadece denizyolu ile e ya ta ,ma sözleşme melerinde de il, tüm borç ili kileri bak,m,ndan geçerli olan bu genel prensip, TTK m. 1178/5⁸te öe ya, navlun sözleşme belirlenen bo altma liman,nda aç,kça kararla t,r,lm, olan süre içinde teslim edilmedi i takdirde teslimde gecikme oldu u varsay,l,rö eklinde ifade edilmi tir. Sözle me yap,l,rken taraflarca bir teslim süresinin kararla t,r,lmad, , hallerde, yükün ne zaman teslim edilece i, ta ,yan,n takdirine b,rak,lm, de ildir⁹. Teslim tarihinin kararla t,r,lmad, , durumlarda teslimde gecikmenin nas,l tespit edilece i de ayn, f,krada aç,kça düzenlenmi tir. TTK m.1178/5⁸ göre, e yan,n öaç,kça kararla t,r,lm, bir süre yoksa, olay,n özelliklerine göre tedbirli bir ta ,yandan e yan,n tesliminin makul olarak istenebilece i süre içinde teslim edilmemi olmas,ö ihtimalinde teslimde gecikmenin var oldu u kabul edilecektir. Buna göre, sözleşme teslim tarihinin kararla t,r,lmad, , bu halde, geç teslimin söz konusu olup olmad, ,n,n belirlenmesinde ta ,nan e yan,n özellikleri ba ta olmak üzere somut olay,n artlar,n,n göz önünde bulundurulmas, gerekti i¹⁰ vurgulanmal,d,r. Bu

Bu hususta 6102 say,l, TTK⁶n 1178. maddesine ili kin gerekçede de isabetli bir aç,klama yer almaktadır. Buna göre, ö6762 say,l, Kanunun 1061inci maddesinde Alman Kanun koyucunun yapt, , tercih do rultusunda, ta ,yan,n sadece yükün z,ya veya hasar,ndan yani yükteki maddi kay,plardan sorumlu tutulaca , belirtilmi tir. Asl,nda, 1924 tarihli Brüksel Sözle mesindeki *öperte ou dommage*ö terimleri e yan,n z,ya veya hasar,ndan ba ka gecikmeden do an zararlar, da kapsamaktadır. Fakat bu terimler Alman ve Türk Hukukuna sadece z,ya-hasar olarak aktar,lm, t,r. Bu s,n,rlama gecikmenin ta ,mac,l,ta ola an kar ,land, , 1960⁶d, y,llara kadar kayda de er sonuçlar do urmam, sa da, zaman,nda teslimin büyük önem ta ,d, , günümüzde ta ,yan,n gecikmeden do an sorumlulu u hakk,nda deniz ticaretinin özelliklerini yans,tan ticarî hükümler yerine, Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanmas,n,n gerekti inin savunulmas,na yol açm, t,rí ö

⁶ United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978. Bkz. SCHOLLENBERGER, David K., Risk of Loss in Shipping under the Hamburg Rules, Denv. J. Int'l L. & Pol'y 568, Vol.10, Y.1980, s.672; YANCEY, Benjamin W., Carriage of Goods: Hague, Cogs, Visby, and Hamburg, 57 Tulane Law Review, Vol.57, Y.1982-1983, s.1253; WERTH, s.59-80; DONOVAN, s.6, MAHER, s.205.

⁷ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008 (Rotterdam Rules). Ta ,yan,n Rotterdam Kurallar, çerçevesindeki sorumlulu u ile ilgili aç,klamalar için bkz. VON ZIEGLER, Rotterdam Rules, s.51vd.; Gecikme zararlar,ndan sorumluluk için özellikle bkz. VON ZIEGLER, Alexander, Delay and the Rotterdam Rules, 14 Unif.L.Rev.997-1009.

⁸ Bununla birlikte, deniz ta ,malar,nda ta ,ma süresinin sözleşme ile aç,kça kararla t,r,lmam,n,n uygulamada genellikle söz konusu olmayaca ,; çok defa yük teslim al,nd,ktan sonra ta ,tan veya yükletene geminin varma liman,na ne zaman ula bilece i tahmini olarak bildirildi i; bu gibi hallerde sonradan bildirilen bu sürenin a ,lmas, durumunda ögeç teslimöden bahsedilece i hakk,nda bkz.YAZICIO LU, Emine, Deniz Yolu ile E ya Ta ,malar,nda Geç Teslimden leri Gelen Zararlardan Sorumluluk, MHB, Y.1:2002, S.2, s.1044; YET AMLI, s.42 ve s.42. Denizyolu ile e ya ta ,malar,nda aç,k bir teslim tarihi kararla t,r,lmak yerine tahmini bir zaman diliminin (ETA=*Estimated time of arrival*) kararla t,r,ld, , hakk,nda bkz. KIENZLE, Jost, Die Haftung des Carrier und des Actual Carrier nach den Hamburg-Regeln, Schriften zum Transportrecht, Heft 8, 1993, s. 148. Ayr,ca bkz. RABE/BAHNSEN, §511, Rn.5.

Deniz ta ,malar,nda, ösüreninö taraflarca kararla t,r,lmad,kça sözleşme menin esasl, unsurunu te kil etmedi i; bununla birlikte, deniz ticareti hukukunun genel prensipleri çerçevesinde, ta ,yanlar,n, seferi makul süre içinde gerçekle tirme yükümlülüklerinin bulundu u yönünde bkz. MAHER, s.198.

⁹ YAZICIO LU, Geç Teslim, s.1041. Ayr,ca bkz. VON ZIEGLER, Delay and The Rotterdam Rules, s.997 vd.;MAHER, s.198.

¹⁰ Teslim tarihinin aç,kça kararla t,r,lmad, , hallerde teslimde gecikmenin bulunup bulunmad, ,n,n tespitinde somut olay artlar,n,n esas al,naca , (*öhaving regard to the circumstances of the case.ö*) HK Art.5/2⁸de de aç,kça hüküm al,nm, t,r.

de erlendirme yap,l,rken, ta ,may, gerçekte tiren geminin, takip edilecek rotan,n ve ta ,nacak e yan,n özellikleri, ta ,man,n gerçekte tirildi i s,radaki hava ko ullar, dikkate al,nmal,d,r¹¹.

Gecikmenin uzun sürmesi nedeniyle e yay, teslim alman,n gönderilen için öneminin ortadan kalkt, , veya teslim almakla elde edilebilecek amaca ula man,n imkâns,zla t, , hallerde art,k e yan,n geç tesliminden de il, öz,ya,ndanö bahsetmek gerekecektir¹². Bu hususta 6102 say,l, TTK m.1178/6'da aç,k bir düzenlemeye yer verilerek, öteslim süresinin dolmas,ndan itibaren aral,ks,z altm, gün içinde teslim olunmayan e yan,n zayı olmu say,labilece iö hüküm alt,na al,nm, t,r. Bu düzenlemeyle m.1178/6'da öngörülen süre içinde teslim edilmemi e ya bak,m,ndan, tazminat talebinde bulunabilecek ki iye seçim hakk, tan,nm, ve 60 günlük sürenin dolmas, halinde e yan,n zayı oldu una ili kin kesin bir karine öngörölmü tür¹³. Kanaatimizce, bu hükümde yer verilen teslim süresinin dolmas,ndan itibaren hesaplanacak 60 günlük sürenin, üst süreö niteli inde oldu u kabul edilmeli; somut olay,n özellikleri gere i bilhassa da e yan,n niteli i gere i teslimin amac,n,n ortadan kalkt, , hallerde 60 günlük süreden önce e ya zayı olmu say,labilmelidir¹⁴.

III. GEC KME B LD R M

A. Genel Olarak

TTK m.1185/5 uyar,nca, öE yan,n teslimindeki gecikmenin, gönderilen taraf,ndan, onun kendisine teslimi tarihinden itibaren aral,ks,z olarak hesaplanacak altm, gün içinde ta ,yana yaz,l, olarak bildirilmesi artt,rö. Bu bildirim süresi içinde yap,lmamas, durumunda, ögecikme zararlar, için tazminat ödenmeyecektir. Ta ,nan e yan,n z,yaa ve hasara u rad, , veya geç teslim edildi i hallerde, z,ya, hasar veya geç teslimin ispat edilmesi bak,m,ndan e yan,n incelenmesi ve z,ya, hasar veya geç teslimden kar , taraf,n bir an önce haberdar edilmesi son derece önemlidir. Bu e kilde ileride do mas, muhtemel ispat güçlüklerinin engellenmesinin yan, s,ra ayr,ca, ta ,yan,n z,ya, hasar veya geç teslimden haberdar olmas, ve zarar,n artmas, için al,nabilecek önlemler varsa

Ayr,ca bkz. VON ZIEGLER, Alexander, Schadenersatz im Internationalen Seefrachtrecht, Baden-Baden, 1990, s.96: Yazar, söz konusu maddede yer verilen *ö..reasonableí ; í .diligent carrierí ; í .Having regard to the circumstances of the caseí* ö ifadelerinin son derece soyut ve belirsiz oldu unu ifade etmektedir. Ayr,ca bkz. MAHER, s.206. E yan,n geç teslimine ili kin olarak Hamburg Kurallar,nda yer alan tan,m,n ve geç teslim ba lanan sonuçlar,n son derece kat, oldu u hakk,nda bkz. YANCEY, s.1253.

¹¹ TTK m.1178'de hüküm alt,na al,nan ögeç teslimö ile e yan,n ta ,nmak üzere ta ,yan taraf,ndan geç teslim al,nmas,n,n ay,rt edilmesi gereklidir. YAZICIO LU, Hamburg Kurallar,, s.80. Buna göre, TTK m.1178'de öngörülen ömakul süreö, e yan,n ta ,yan taraf,ndan teslim al,nmas, an,ndan itibaren hesaplanmal,; e yan,n ta ,yan taraf,ndan teslim al,nmas,ndaki gecikme dikkate al,nmamal,d,r.

Geminin yolculu a gecikmeli ba lamas, veya geminin gecikmesi neticesindeki zararlar,n geç teslim zararlar, kapsam,nda oldu u hakk,nda Bkz. SCHLEDELBERGER/LIESECKE, §606, Rn.24. Bu görü ün, ta ,yan,n geç teslimden sorumlulu unun HGB'de özel olarak düzenlenmedi i ve BGB'nin uygulama alan,na b,rak,ld, , gözetildi inde Alman Hukuku bak,m,ndan makul oldu u söylenmelidir. Alman Hukukunda, ta ,yan,n gerek e yan,n fiili hâkimiyetinde bulundu u s,rada ortaya ç,kan bir sebeple gerekse de geminin gecikmesi gibi sebeplerle geç teslim edilmesi aras,nda bir ayr,m yap,lmaks,z,n, geç teslimden ileri gelen zararlar BGB'nin sözle meye ayk,r,l,k ve temerrüt hükümleri uyar,nca tazmin edilmektedir. Ayr,ca, HERBER, Seehandelsrecht, s.313; VON ZIEGLER, *Schadenersatz*, s.95. 2014 de i ikli i sonras,nda, ta ,yan, sadece e ya z,ya-hasar,ndan sorumlu tutan HGB§606'daki hükmün bu haliyle muhafaza edilmesi kar ,s,nda (HGB§498 ve §481), bu yorum geçerlili ini korumaya devam edecektir. CZWERWENKA, s.129.

¹² YAZICIO LU, Geç Teslim, s.1047.

¹³ Benzer durum, Rotterdam Kurallar, bak,m,ndan, bkz. KIENZLE, s.150; VON ZIEGLER, *Schadenersatz*, s.96; YAZICIO LU, Hamburg Kurallar,, s.75; YET AMLI, s.33. Hamburg Kurallar,nda yer alan bu faraziye (fiction), Rotterdam Kurallar,nda yer almam, t,r. VON ZIEGLER, *The Rotterdam Rules*, s.60.

Benzer düzenlemeye, e yan,n geç tesliminden sorumlulu u özel olarak düzenlenmedi i Alman Ticaret Kanunu'nda da yer verilmi tir. Bu düzenleme (HGB§511) uyar,nca zaman,nda teslim edilmeyen e yan,n zayı olmu say,labilmesi (*Verlustrvermutung*) bak,m,ndan HK'daki 60 günlük sürenin yerine, öe er bir teslim süresi kararlar t,r,lm, sa, 30 günden az olmamak üzere bu sürenin iki kat,öna tekabül eden sürenin geçmesi aranmaktad,r. Ayr,ca s,n,r ötesi ta ,malarda (*ögrenzüberschreitenden Beförderungö*) hükmün uygulanmas,nda 60 günlük zaman diliminin esas al,naca , öngörülmektedir. Bu konuda bkz. CZERWENKA, Beate, *Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts*, Köln, 2014, s.161; OETKER, HGB§511 Rn.1 vd.; HERBER, *Münchener Kommentar*, HGB§511 Rn.1vd.; RABE/BAHNSEN, HGB§511 Rn.7 vd.

¹⁴ Bu düzenleme, gerekçede, öTasar,n,n 1178inci maddesinde hangi hallerde gecikmeden bahsedilece i ve bunun z,ya say,labilmesinin artlar,, 1978 tarihli Hamburg Kurallar,n,n 5inci maddesinin ikinci üçüncü f,kralar, dikkate al,narak düzenlenmi tir. í í ..Deniz ta ,mac,l, nda 60 günlük bir gecikmeyi ziya olarak nitelendirmeye yönelik bir anlay, bulunmaktad,r.ö ekinde ifade edilmi tir. Kanaatimizce gerekçede de 60 günlük sürenin üst süre olarak kabul edilmesini engelleyecek bir aç,klama mevcut de ildir.

bu önlemleri vakit kaybetmeden alması, sağlanabilecektir¹⁵.

B. hbar,n Yap,Imas,na li kin Esaslar

1. hbar,n ekli

TTK m.1185 uyarınca, öE yan,n teslimindeki gecikmenin, gönderilen taraf,ndan, onun kendisine teslimi tarihinden itibaren aral,ks,z olarak hesaplanacak altm, gün içinde ta ,yana yaz,l, olarak bildirilmesi gereklidir. Sözlü olarak yap,lan bildirimler, bildirim yükümlülü ünün ifa edilmiş say,Imas, bak,m,ndan yeterli değildir¹⁶. Bilindi i üzere, TBK m.14/1 uyarınca yaz,l, eklin sağlanabilmesi için, sadece metnin ö haz,rılanması,ö yeterli olmay,p, ayn, zamanda ilgililerin ö imzaö lar,n, da içermesi gereklidir. Kanaatimizce kayna , Hamburg Kuralları, olan bu düzenlemede yer alan ö yaz,l, olarak bildirilmesiö ifadesi ile amaçlanan, TBK m.14/1 anlam,nda bir s,hhat art, olarak ö yaz,l, ekilö zorunlulu u ö ngörmek de ildir. Öncelikle, Hamburg Kuralları,n,n kabul edilmesindeki amaçlardan biri de, deniz yolu ile e ya ta ,malar,nda uluslararası,-yeknesak bir sorumluluk rejiminin sağlanması,d,r. TTK m.1185'ın kayna ,n, te kil eden HK Art.19/5'eki ö yaz,l, olarak (*in writing*)ö ifadesinin, ekil art, olarak kabul edildi i varsay,m,nda, her Taraf Devletin mevzuat,n,n ö yaz,l, ekilö e yükledi i anlam,n farklı, olabilmesi ihtimali kar ,s,nda, yap,lacak bildirim bak,m,ndan uluslararası, alanda yeknesakl, ,n temini mümkün olmayacaktır. Di er taraftan HK ile benzer ekilde, Hague Kuralları,nda da bildirim ö yaz,l,ö olarak yap,Imas, gereğinin ö ngörüldü üne¹⁷; ancak Alman Kanun Koyucunun, Kanunun resmi gerekçesinde aç,kça ifade edildi i üzere, ö kayna ,n, Hague Kuralları, Art.3,6'dan alanö¹⁸ HGB§510'da yap,Imas,n, ö ngördü ü bildirim, §126b'de düzenlenen ö *Textform*ö a uygun yap,Imas,n,n yeterli olacağı ,n, hüküm alt,na ald, ,na dikkat çekmek gerekir. Di er bir ifade ile Alman Kanun koyucu mehz,n,, HK Art.19/5 ile benzer bir düzenleme olan Hague Kuralları, Art.3,6'n,n olu turdu u bu hükümde, bilinçli bir ekilde, bildirim, BGB§126'da düzenlenen yaz,l, ekle (*Schriftform*) uygun olma zorunlulu u ö ngörmemi ; aksine ö *Textform*ö a uygun ekilde yap,Im, olmasının, yeterli bulmu tur¹⁹. Bu halde, BGB§126b uyarınca, bildirim maddi varl, , olan bir cisim üzerinde yaz,l, olmasının, veya ilgililerin imzas,n, içermesi zorunlulu u bulunmay,p, elektronik posta ve faks yolu ile yap,lan bildirimler de geçerli olacaktır. Alman Kanun koyucunun, bu tutumu da, birbiri ile uyum içinde olan Hague ve Hamburg Kuralları,nda yer verilen ö yaz,l, bildirimö ifadesi ile bir ö s,hhat art,ö olarak ö yaz,l, eklinö ö ngörülmesinin amaçlanmad, ,n, destekler niteliktedir. Bu aç,klamalar çerçevesinde, TTK m.1185'te yer alan ö yaz,l, olarakö ifadesi de, TBK m.14 uyarınca ilgililerin imzas,n,n aranması , ö yaz,l, ekilö olarak anlaşılmamalı; elektronik imza içerip içermedi i önem

¹⁵ YET AMLI, s.182; ÇA A/KENDER, s.150; RABE/BAHNSEN, HGB§510 Rn.1; ECKARDT, Tobias, ö HGB§510ö, in Schmidt, Karsten / Herber, Rolf (ed.), Münchener Kommentar zum HGB:Band7, Transportrecht- viertes Buch, Handelsgeschäfte, 2014. Herber (Ed.), Rn.1; OETKER, HGB§510 Rn.1. HGB§510 uyarınca yap,lacak bildirim i levlerinin vurgulanması , bir Alman Yüksek Mahkeme karar, için bkz. *OLG München Schlussurteil v.16.3.2016 7U1807/09*, BeckRS 2011, 6756. (Bununla birlikte HGB§510'daki bu düzenlemenin, gecikmeden ileri gelen zararlar bak,m,ndan uygulanması,n,n söz konusu olmad, , belirtilmelidir. RABE/BAHNSEN, HGB §510 Rn.6). Ayn, husus, HGB'nin Deniz Ticareti Kitab,nda yap,lan Reforma ili kin madde gerekçelerinde de vurgulanmış, t,r. Aç,klamalar için bkz. *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Seehandelsrechts, Drucksache-17/10309*, 12.7.2012, s.87.

Kar . HGB §510: Alman Kanun Koyucu, e yan,n z,ya, ve hasar, halinde varma liman,nda yap,lacak incelemeye ili kin ö 610. Paragrafa 25.4.2013 tarihli Reform sonrası,nda yer vermeme tir. (HGB(a.F.) §610'da yer alan bu hüküm eTTK'da yer alan ve TTK m.1185'e küçük de i ikliklerle al,nan 1065. maddenin mehz,n, te kil etmekteydi.) 2013 Reformu sonrası, HGB'de, e yan,n incelenmesine ili kin esaslar, düzenleyen herhangi bir madde bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ö zarar bildirimini (*ö Schadensanzeigeö* ba l,kl, HGB§510'da sadece e yan,n z,ya, ve hasar, halinde yap,lacak bildirim ile kin temel esaslara yer verildikten sonra, hükmün son f,kras,nda, ö z,ya ve hasar e yan,n teslimi s,ras,nda (teslim edenlere kar ,) kay,t alt,na al,nm, - tespit edilmiş ö gösterilmiş olmasının, halinde, bak,m,ndan yeterli oldu u ö hüküm alt,na al,nm, t,r. Bununla birlikte, bu hükümde, HGB(a.F.)§611,2 ve TTK m.1185/2'den farklı, ekilde önceleme (*ö ..bestellten Sachverständigen festgestellt worden ist.ö*) de il, ö ihbar (*ö í í bei Ablieferung angezeigtö*)ö ifadesinin tercih edildi ine dikkat çekilmelidir. Dolay,s,yla, HGB§510,4'te yer verilen bu tespiti, a.F. HGB§610 ve §611'de hüküm alt,na al,nan önceleme-tespitö ten farklı, olarak herhangi bir prosedüre tabi olmayan ve HGB§610 ve §611'e k,yasla daha esnek bir ötespitö oldu una dikkat çekilmelidir.

¹⁶ KENDER/ÇET NG L/YAZICIO LU,s.219. (6762 say,l, TTK bak,m,ndan ayn, husus, bkz. ÇA A/KENDER,s.152-153); YET AMLI, s.191.

Bununla birlikte ö retide, bildirim yükümlülü ünün yaz,l, ekilde ifas,nda bo altma liman,ndaki teamüllerin esas al,naca , ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. RABE/BAHNSEN,§510, Rn.16; YET AMLI, s.191.

¹⁷ *ö í . be given in writing to the carrierí .ö*

¹⁸ Hükümün kayna ,n,n Haague Kuralları, Art.3,6 oldu u hakkında bkz. *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Seehandelsrechts, Drucksache-17/10309*, 12.7.2012, s.87.

¹⁹ Aç,klamalar için bkz. RABE/BAHNSEN, §510, Rn.16; OETKER, HGB§510 Rn.5; ECKARDT, §510 Rn.30. HGB'de Deniz Ticareti Kitab,nda yap,lan Reforma öncesi metinde, bildirim ö yaz,l,ö ekle uygun yap,Imas, aranmaktaydı, ancak metnin bu halinde dahi, teleks veya telgrafla yap,lan bildirimlerin bu art, sağlanmasını bak,m,ndan yeterli oldu u kabul edilmekteydi. Bu hususta bkz. SCHLEDELBERGER/LIESECKE, §611,2.

ta ,maks,z,n elektronik posta ile yap,lan bildirimlerin dahi TTK m.1185teki öyaz,l,l,kö art,n, sa layaca , kabul edilmelidir²⁰. Aksi görü ün kabulü halinde, ticaret hayat,n,n gerektirdi i süratin temini mümkün olmayacaktır²¹.

2. hbar,n Kapsam,

TTK m.1185/1de z,ya-hasar halinde yap,lacak bildirim kapsam,na ili kin aç,k bir hüküm getirilerek, öihbarnamede z,ya veya hasar,n neden ibaret oldu unun genel olarak belirtilmesinin gerekli oldu u²² düzenlenmiştir. Geç teslim durumunda yap,lacak bildirim kapsam,na ili kin olarak TTK m.1185te veya Hamburg Kuralları,nda aç,k bir hüküm bulunmamaktadır. A a ,da daha ayrıntılı, ekilde izah edilece i üzere, TTK m.1185/5te düzenlenen geç teslim ihbar,n,n, maddenin ilk fıkrasında hüküm altına alınmış olan öz,ya-hasar ihbar,ndanö ay,rt edilmesi gereklidir. Z,ya-hasar bildirimının amacı, e yan,n zayı oldu una veya hasara uğradı ,na ili kin tazminat yükümlüsü olabilecek kişinin haberdar edilmesi ve tazmin edilmesi gereken zarar hakkında genel nitelikte bir ihtarda bulunulması,ken, kanaatimizce geç teslim bildirim TBK m.112de düzenlenen temerrüt ihtar,n,n özel görünümü niteliindedir ve sözleşme medeni do an teslim borcunu zaman,nda ifa etmeyen ta ,yan,n ifade temerrüde dü tü ü hususunda uyar,lımas,na yöneliktir²³. Z,ya-hasar bildiriminin kapsam,n, aç,kça düzenleyen ve bildirimde z,ya ve hasar,n genel olarak belirtilmesini gerekli gören Kanun Koyucunun, geç teslim bildiriminin kapsam,na ili kin aç,k bir hükme yer vermemesinin bilinçli bir tercih oldu u kabul edilmelidir. TTK m.1185te veya mehz HKda z,ya-hasar bildirimindekinin aksine aç,k bir hükme yer verilmemi oldu u ve geç teslim bildiriminin hukuki niteli i gözetildi inde, gönderilenin, öe yan,n kararlarla t,r,lan tarihte veya bir teslim tarihinin kararlarla t,r,ımadı , durumlarda tedbirli bir ta ,yandan teslimin makul olarak istenebilece i süre içinde teslim edilmedi iöne ili kin beyan,n, içeren bir bildirimde bulunmas,n,n dahi yeterli oldu u kanaatindeyiz²⁴.

²⁰ Hükümün amacı, ta ,yan,n e yan,n teslimde temerrüde dü tü ü hususunda bilgilendirilmesidir ve TTK m.1185/5 çerçevesinde yap,lacak bildirim, ileride izah edilece i üzere, TBK m.117 çerçevesinde yap,lacak temerrüt ihtar,n,n özel görünümü oldu u yönündeki görü ümüz de bu sonucu desteklemektedir.

²¹ Navlun sözleşmesinde taraflar,n tacir olma ihtimali ve TTK m.1185teki bildirim temerrüt ihtar,n,n özel görünümü olarak kabul eden görü ümüz kar ,s,nda, TTK m.18/3teki düzenlemenin incelenmesinde fayda bulunmaktadır. TTK m.18/3de, öTacırlar arasında, di er taraf, temerrüde dü ürmeye, sözleşme feshe, sözleşme dönmeyle ili kin ihbarlar,n veya ihtarlar,n noter aracılı ,yla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı, elektronik posta sistemiyle yap,laca ,ö hüküm altına alınmış, bu ekilde tacirler arasındaki ihtarlar özel ekle tâbi tutulmuştur. (Özellikle 6762 sayılı, TTK döneminde, Etkm.20/3te bulunan ömüteber olma, içinö ifadesine rağmen hükümdeki ekil art,n,n ispat m. geçerlilik art, oldu u yönünde farklı görü ler ileri sürülmüştü de (Bu hususta Etkm bak,m,ndan bkz. D R KKAN, Hanife, Tacirler Aras, hbar ve ihtarlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C4/S1(2002), s.43vd;) Kanaatimizce, TBK m.12/2 çerçevesinde bu hükümün geçerlilik art, oldu u hususunda tereddüt etmemek gereklidir (ÜLGEN, Hüseyin/HELVAÇI, Mehmet/KEND GELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İletme Hukuku, İstanbul, 2015, kn.576, s.288.) TTK m.18/3teki düzenlemenin, TTK m.1185 çerçevesinde yap,lacak gecikme bildirimini bak,m,ndan uygulanması, mümkün görünmemektedir. Hükümün gerekçesinde, maddenin, ö1978 tarihli Hamburg Kuralları,n,n 19uncu maddesi ile yap,lan de i iklikler ve milletlerarası uygulama göz önünde bulundurularak al,ndı , aç,kça ifade edilmiştir. Gereğçede yer verilen bu aç,kklamalar çerçevesinde, Kanun Koyucunun, deniz yoluyla e ya ta ,malar,nda yap,lacak gecikme bildirimini bak,m,ndan öngördü ü öyaz,lı, ekliö, genel hükümlerden farklı, ve milletlerarası düzenlemelerle uyumlu özel bir geçerlilik art, olarak düzenledi i anlaşılmaktadır.

²² TTK m.1185/1 uyarınca, z,ya-hasar halinde yap,lacak bildirimde, öz,ya veya hasar,n neden ibaret oldu unun genel olarak belirtilmesi gereklidir. Ö retide ifade edildi i üzere, bu hükümün z,t anlam,ndan zarar,n tam ve ayrıntılı, ekilde belirtilmesinin gerekli olmadığı, sonucuna ula ,lmaktadır. Aç,kklamalar için bkz. YET AMLI, s.191.

²³ Deniz Ticareti Kitabı,ndaki Reform ile fiili ta ,yan ba ta olmak üzere pek çok farklı konuda, Hamburg Kuralları, veya Rotterdam Kuralları,na benzer düzenlemeler getiren Alman Kanun Koyucunun, e yan,n geç teslimi bak,m,ndan bu uluslararası metinlerle uyumlu özel düzenlemeler ihdas edilmesi ihtiyacı, hissetmeyerek; geç teslimden do an sorumluluğu BGBdeki borçlu temerrüdü esaslarına tâbi tutmaya devam etmesi de HKdaki geç teslim ile ili kin hükümlerin borçlu temerrüdü hükümlerinin özel görünümü oldu unu desteklemektedir.

²⁴ Öyle ki görü meler s,ras,nda, Yunanistan temsilcisi, Art.19/5te yer alan 21 günlük sürenin uzun oldu unu belirtmi ve bu sürenin kısaltılması, yönündeki önerisine dayanak olarak, ögönderilenin tek yükümlülüğü ünün-tazminat talep etme niyeti varsa-özarar,n kapsam,n, belirtmeksizinö ta ,yana bildirimde bulunmak oldu unu ifade etmiştir. Hamburg Rules-Official Records, s.312.

Bununla birlikte ö retide e yan,n z,ya-hasar,n,n bulunmadı , sadece geç teslim edildi i hallerde yap,lacak ihbarda, ökararla t,r,lan teslim tarihinin-böyle bir tarih kararlarla t,r,ılaması, sa gönderilene göre e yan,n teslim edilmesi gereken tarihin ve e yan,n teslim edildi i tarihin ve ayrıca geç teslimden do an zarar,nö da genel olarak belirtilmesinin gerekli oldu u ifade edilmektedir. YAZICIO LU, Hamburg Kuralları, s.136; YET AMLI, s.192. Ayrıca kar . Rotterdam Rules Art.23/4: Rotterdam Kuralları,nda Hamburg Kurallarıyla benzer ekilde e yan,n gecikmesi halinde ta ,yana bildirimde bulunulması, öngörölmü ; bildirim kapsam,na ili kin bir hükme yer verilmemiştir. Ö retide, yap,lacak bildirimde sadece gecikmenin mevcudiyeti ve gecikme nedeniyle bir zarar,n ortaya ç,ktı, -zarar,n kapsam,n,n belirtilmesine gerek olmaksızın-hakk,nda ihtarda bulunulması,n,n yeterli oldu u ileri sürülmektedir. VON ZIEGLER, The

3. hbar,n Yükümlüsü ve hbarda Bulunmaya Yetkili Ki iler

TTK m.1185/5²⁵te, öE yan,n teslimindeki gecikmenin, gönderilen taraf,ndanø onun kendisine teslimi tarihinden itibaren aral,ks,z olarak hesaplanacak altm, gün içinde ta ,yana yaz,l, olarak bildirilmesinin gerekli oldu uö hüküm alt,na al,nm, t,r. Bu hükümden anla ,ld, , üzere, ihbar yükümlüsü ögönderilenödir. Gönderilen ile ta ,tan,n ayn, ki i olmas, halinde bir tereddüt söz konusu olmayacaksa da, gönderilenin ta ,tandan farklı, bir ki i oldu u navlun sözleşme melerinde, ta ,tan,n da e yan,n teslimindeki gecikmeyi ihbar etmesinin mümkün olup olmad, ,n,n aç,kl, a kavu turulmas, gerekir. Kural olarak sözleşme eden do an edimlerin ifas,n, talep hakk, sözleşme menin taraflar,na ait oldu undan navlun sözleşme mesinin taraf, olan ta ,tan,n, ta ,yan,n sözleşme eden do an edimini zaman,nda ve gere i gibi ifa etmesini talep hususunda evleviyetle hak sahibi oldu u hususunda tereddüt edilmemelidir. Navlun sözleşme mesinin üçüncü ki i yarar,na sözleşme niteli i dikkate al,nd, ,nda²⁵, tam üçüncü ki i yarar,na sözleşme menin yap,ld, , hallerde dahi²⁶, sözleşme menin taraf, olan vaadettirenin, borçludan edimin ölehine sözleşme yap,lan ki iye ifas,n,ö talep etmesi ve bu çerçevede borcun zaman,nda ifa edilmedi i hallerde ötemerrüt ihtar,nda bulunmas,ö mümkün olaca ,ndan²⁷, ta ,tan,n, TBK'daki temerrüt ihtar,n,n özel görünümü olan ögeç teslim bildirimindeö bulunabilece i kabul edilmelidir. Bu halde, ihbar,n as,l amac,n,n tazminat yükümlüsü olabilecek ta ,yan,n navlun sözleşme mesinin zaman,nda ifa edilmedi i hususunda uyar,lmas, oldu u gözetildi inde, ta ,tan taraf,ndan yap,lan bildirim TTK m.1185/5²⁸teki ihbar art,n, sa lamayaca ,n,n ileri sürülmesi, MK m.2 ile çeli ecektir²⁸.

4. Bildirimin Muhatab,

TTK m.1185/5 uyar,nca, geç teslim bildiriminin muhatab, kural olarak ö(akdi) ta ,yanö,d,r. Bununla birlikte, Kanun Koyucu, Hamburg Kuralları,ndaki düzenleme ile paralel ekilde özel bir

Rotterdam Rules, s.60; VON ZIEGLER, Delay and The Rotterdam Rules, 1008.

²⁵ ÇA A/KENDER, s.5; PÖTSCHKE, HGB§481 Rn.14; RABE/BAHNSEN, HGB§481 Rn.13; EBENROTH, Carsten Thomas/BOUJONG, Karlheinz/JOUST, Detlev/STROHN, Handelsgesetzbuch: Band2, §343-475h, Transpportrecht-Bank und Börsenrecht, Verlag C.H. Beck Verlag, München, 2015, HGB vor §407 Rn.66; ÇA A/KENDER/YAZICIO LU, s.158.

²⁶ Tam üçüncü ah,s yarar,na akdedilen sözleşme melerde, TBK m.129/2 uyar,nca, öüçüncü ki i veya ona halef olanlar bu hakk, kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacakl, borçluyu ibra edemeyece i gibi, borcun nitelik ve kapsam,n, da de i tiremeyeceködir. Di er bir ifadeyle tam üçüncü ah,s yarar,na sözleşme melerde alacakl,n,n, alacak üzerindeki tasarruf yetkisi s,n,rlanmaktadır. Ö UZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku C.2, kn.1311 vd.; AKYOL, ener, Tam Üçüncü ah,s Yarar,na Sözleşme, stanbul, 2008, s.104.

²⁷ Ö UZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku C.2, kn.1322.

²⁸ eride ö hbar Süresinin Ba lamas,ö ba l, , alt,nda izah edilecek olmakla birlikte, liman i letmesi taraf,ndan düzenlenen ve ta ,yan,n imzas,n, içermeyen belgelerin TTK m.1185 çerçevesinde yap,lm, bir bildirim olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmad, ,n,n tespiti için öncelikle, liman i letmesinin gönderileni temsil yetkisinin bulunup bulunmad, , belirlenmesi gereklidir. Bu çerçevede, TTK m.1178/3²⁸te öyüklenme liman,nda uygulanan kanun ve düzenlemeler uyar,nca e yan,n ta ,nmak üzere kendilerine teslimi zorunlu makamlarö ile öyüklenen ad,na veya hesap,na hareket eden ki iölerin ayr, ayr, say,ld, ,na; di er bir ifadeyle Kanun Koyucunun bu maddede liman i letmelerine öyüklenenin temsilcisio ,s,fat,n, bah etmeyi amaçlamad, ,na dikkat çekilmelidir. Bu husus, hükmün gerekçesinde de, ö ..Yürürlükteki düzenlemeye göre teslimin gerçekte ip gerçekte medi ini belirleyebilmek için liman idarelerinin kimin temsilcisi oldu u tart, ,lm, ve farklı, sonuçlara var,lm, t,r. Buradaki sorun, e ya liman idarelerinin elinde iken ta ,yan,n onun üzerinde fiili hakimiyetinin bulunup bulunmad, ,n,n tesbitidir. ö eklinde ayr,ca ifade edilmi tir. Bu nedenle bu hüküm, sadece öbo altma liman,nda e yan,n liman idaresine teslim edilmesiyle fiili hâkimiyetinin sona erece ineö i aret etmektedir ve yukarıdaki aç,klamalar do rultusunda, bo altma liman,nda liman idaresinin gönderilenin temsilcisi oldu u eklinde bir sonuca ula ,lmas, mümkün görünmemektedir. (Ayn, yönde, YET AMLI, s.52.) Uygulamada, bo altmada, liman i letmesi gemi acentesinin ba vurusu üzerine harekete geçmekte ve yük de gönderilene i letme arac,l, ,yla supalan teslimde bo altmay, takiben, aksi halde, ambarda teslim edilmektedir (ÇA A/KENDER, s.146; Alman Hukukundaki fiili duruma ili kin aç,klamalar için bkz. SCHLEGELBERGER/LIESECKE, §606, Rn.9 vd; HERBER, Seehandelsrecht, s.315; HERBER, Münchener Kommentar, Rn.36vd ve Rn.45; ABRAHAM, Hans Jürgen, Das Seerecht, Berlin, 1956, s.111; OETKER, HGB§498 Rn.4 vd.; ECKARDT, HGB§510 Rn.20). Bu halde, ta ,yan,n yükü ilgisi teslim an,na kadar devam etti inden, liman i letmesinin ta ,yan,n yard,mc, ,ahs, s,fat,n, haiz olmaktadır (ÇA A/KENDER, s.146; ayr,ca bkz. HERBER, Münchener Kommentar, Rn.45; SCHLEGELBERGER/LIESECKE, §606, Rn.9. Ayr,ca bkz. HERBER, Seehandelsrecht, s.315. Var, seferi bak,m,ndan, liman i letmesinin, geminin eklentisi (*Allonge des Schiffes*) olarak nitelendirildi i bir Alman yarg, karar, için bkz. *OLG Hamburg 10.12.1964*, VersR 1965, 374. Bu yönde ayr,ca bkz. ABRAHAM, s.111. Gümrük idaresine yap,lan teslimin, gönderilene teslim hükmünde olmayaca , hakk,nda bir Alman yarg, karar, için bkz. *OLG Bremen Urt.v.10.5.200762U108/06*, BeckRS2008, 672. Bu yönde ayr,ca bkz. OETKER, HGB§498 Rn.5). Bu yerle ik uygulama dikkate al,nd, ,nda, somut olayda liman i letmesinin gönderilenin temsilcisi s,fat, ile hareket etti ini gösteren istisnai bir durum söz konusu olmad,kça, liman i letmesi taraf,ndan düzenlenip ta ,yan,n veya temsilcisinin imzas,n, içermeyen ve e yan,n geç teslim edildi ine ili kin aç,klamalar,n yer ald, , belgelerin, TTK m.1185 çerçevesinde geçerli bir bildirim oldu unun kabulü mümkün görünmemektedir. Ö retide ifade edildi i üzere, r,ht,m idaresi puantörünün koni mentoya koyaca , bir aç,klama veya idarece kendi ad,na düzenlenen ancak ta ,yan veya temsilcisinin imzas,n, içermeyen kargo raporlar, bu hususta yeterli olmad, , hakk,nda bkz. ÇA A/KENDER, s.153.

hüküm getirerek bildirim muhatab, olan ki ilerin kapsam, n, geni letmi tir. 1185/60ya göre, öE ya, fiilî ta ,yan taraf,ndan teslim edilmise, bu madde uyar, nca kendisine yap, lan her bildirim ta ,yana yap, lm, gibi ve ta ,yana yap, lan her bildirim de fiilî ta ,yana yap, lm, gibi hüküm ifade edecekötir. Maddenin devam, nda, öKaptan ve sorumlu gemi zabiti dâhil olmak üzere, ta ,yan veya fiilî ta ,yan ad ve hesap, na hareket eden bir ki iye yap, lan bildirim de, ta ,yana veya fiilî ta ,yana yap, lm, say, laca , ö hüküm alt, na al, nm, t, r. Hükümde kaptan ve sorumlu gemi zabitinin örnek olarak say, ld, ,, ta ,yan, n ad, na ve hesap, na hareket eden di er ki ilere yap, lacak bildirim de TTK m.1185/5öte yer alan bildirim art, n, sa layaca , kabul edilmelidir²⁹.

Geç teslim bildiriminin yukar, da aç, klanan amac, göz önünde bulunduruldu unda, ta ,man, n fiili ta ,yana b, rak, ld, , hallerde fiili ta ,yan, n da bildirim muhatab, olarak zikredilmesi son derece isabetlidir. Zira TTK m.1191/2 uyar, nca, öBu Kanunun ta ,yan, n sorumlulu una ili kin olan tüm hükümleri, fiilî ta ,yan, n bizzat gerçekle tirdi i ta ,madan sorumlulu u hakk, nda da geçerli olacakö, t, r. TTK m.1185/6ödaki düzenleme bak, m, ndan dikkat çekilmesi gereken noktaysa, maddede ta ,ma i inin b, rak, ld, , herhangi bir fiili ta ,yan, n de il, öe yay, teslim alanö fiili ta ,yan, n bildirim muhatab, olarak say, ld, , d, r³⁰. Bilindi i gibi, TTKöda denizyoluyla e ya ta ,ma sözle meleri bak, m, ndan fiili ta ,yan kavram, n, n tan, mland, , bir hükme yer verilmemi ³¹, sadece fiili ta ,yan, n sorumlulu u düzenlenmi tir. Bununla birlikte fiili ta ,yan, n sorumlulu una ili kin TTK m.1191öden gerekçesindeki aç, klamalardan anla , ld, , üzere³², TTKö, n fiili ta ,yana ili kin hükümleri Hamburg Kurallar, önden Türkçeye tercüme edilmek suretiyle Kanuna aynen al, nm, t, r³³. Hamburg Kurallar, önda fiili ta ,yan kavram, , denizyoluyla yolcu ta ,ma sözle melerine ili kin 2004 tarihli Atina Konvansiyonuöndakinden farklı, ekilde , öta ,may, fiilen icra eden ki iöyi de il, öta ,man, n tamamen veya k, smen devredildi i ki iö³⁴yi ifade etmektedir (HK Art.1/2). Ö retide bu tan, m, ndan yola ç, k, lmak suretiyle ve uygulamadaki denizyolu ile e ya ta ,malar, n, n kendine özgü niteli inin ortaya ç, kard, , ihtiyaç do rultusunda³⁵, öfiili ta ,yanö s, fat, n, kazanabilmek için ta ,man, n fiilen icra edilmesinin gerekli olmad, , belirtilmektedir³⁶. Benzer ekilde, ö retide, öKonvansiyonun ta ,yan, n sorumlulu una ili kin hükümlerinin, fiili ta ,yan, n ta ,man, n öicra etti i k, sm, ö bak, m, ndan uygulanaca , n, düzenleyen HK Art.10/2önin lafz, na ra men³⁷, hükümde yer alan öicra etti i ta ,maö ifadesinin bir limandan di er limana ta ,nmas, ile s, n, rl, olarak anla , lmamas, gerekti i; fiili ta ,yan, n sorumlu tutulabilmesi için dar anlamda ta ,man, n icra edilmisi olmas, n, n art olmad, , kabul edilmektedir³⁸. Bununla birlikte, HK Art.10/2

²⁹ Hamburg Kurallar, bak, m, ndan, ayn, yönde bkz. YAZICIO LU, Hamburg Kurallar, , s.137; YET AMLI, s.193.

³⁰ Hükümdeki bu ifadenin genel itibariyle HK Art.19/6öda yer alan düzenlemeyle uyumlu oldu u belirtilmelidir. Zira bu maddede de aç, kça *öIf the goods have been delivered by an actual carrierö* ifadesi yer almaktadır.

³¹ Denizyoluyla e ya ta ,malar, nda fiili ta ,yan tan, m, n, n yer almad, , TTKöda, HK Art. 1/2ödeki fiili ta ,yan tan, m, yla uyumlu ekilde, öta ,man, n fiili ta ,yan taraf,ndan icra edilmesio ifadesi de il, "ta ,man, n gerçekle tirilmesinin tamamen veya k, smen bir fiili ta ,yana b, rak, lmas, ö ifadesi tercih edilmi tir.

³² TTK m.1191/2öde bu husus, öf Bu eksikli i gidermek ve yükü ilgiliye as, l ta ,yan yan, nda fiili ta ,yana kar , da dava açabilme olana , yaratmak, bu suretle usul ekonomisine de katkı, sa layabilmek için Hamburg Kurallar, n, n 10uncu maddesi, Tasar, n, n 1191inci maddesine al, nm, t, rö eklinde aç, kça vurgulanm, t, r.

³³ Kar .HK Art. 10/2: Hamburg Kurallar, ö, n ilgili maddesinde benzer ekilde, ö*the carriage performed by himö* ifadesi tercih edilmi tir. Bununla birlikte, Hamburg Kurallar, önda yer alan bu hüküm geni yorumlanmakta ve ta ,may, taahhüt eden tüm fiili ta ,yanlar, n ta ,yan, n sorumlulu u hükümleri çerçevesinde sorumlu olaca , kabul edilmektedir.

³⁴ Kar . HK Art.1/2 *öany person to whom the performance of the carriage of the goods, or of part of the carriage, has been entrusted by the carrier, and includes any other person to whom such performance has been entrusted.ö*

³⁵ Ayn, yönde bkz. YAZICIO LU, Hamburg Kurallar, , s.44: Yazar, denizyoluyla e ya ta ,mac, l, , alan, ndaki hukuki ili kilerin, di er ta ,mac, l, k alanlar, na göre daha karma , k olmas, sebebiyle, Guadalajara Protokolü veya Atina Konvansiyonuöndaki fiili ta ,yan tan, m, n, n Hamburg Kurallar, öna aynen al, nmamas, n, n bilinçli bir tercih oldu unu ifade etmektedir.

³⁶ Bu hususta bkz. YAZICIO LU, Hamburg Kurallar, , s.140; YET AMLI, s.70: Yazar, TTK m.1191/2öde öbizzat gerçekle tirdi i ta ,madanö bahsedilmi olmas, n, n sebebinin, ta ,man, n tamam, nda, di er bir ifade ile akti ta ,yan, n veya di er fiili ta ,yan, n kusurlar, ndan sorumlu olmad, , n, n vurgulanmas, oldu unu ifade etmektedir. Aksi yönde bkz. KIENZLE, s.235; AKSOY, s.102ö103 ve s.83-84: Yazar, HK Art.1ödeki fiili ta ,yan tan, m, nda yer alan öta ,man, n b, rak, lmas, ö ibaresine yer verilmekle ta ,may, sadece taahhüt eden ki inin fiili ta ,yan oldu unun kabul edilmesi olmad, , ; aksine yetkisiz hareket eden sonraki ta ,yanlar, fiili ta ,yan kavram, d, , nda tutmak oldu unu ve Hamburg Kurallar, öndaki fiili ta ,yan, n sadece gerçekle tirdi i ta ,madan sorumlu olaca , n, ifade etmektedir.

³⁷ Bu düzenlemenin, fiili ta ,yana ili kin aç, k bir hükmün yer almad, , Lahey/Visby Kurallar, na k, yasla, yükü ilgililerin oldu u kadar fiili ta ,yan, n da lehine oldu u; zira Lahey/Visby Kurallar, çerçevesinde sorumlulu u haks, z fiil hükümlerine göre tayin edilecek olan fiili ta ,yan, s, n, rl, sorumluluktan da yararlanamayaca , hakk, nda bkz. YAZICIO LU, Hamburg Kurallar, , s.138.

³⁸ Bkz. Yaz, c, o lu, Hamburg Kurallar, , s.140. Ta ,man, n fiili ta ,yan taraf,ndan bir üçüncü ki iye b, rak, ld, , hallerde de ta ,man, n fiilen (ta ,man, n icras, n, devreden) kendisi taraf,ndan icra edildi iö art, n, n gerçekle ti inin kabul edilmesi

uyar,nca, fiili ta ,yan, ta ,yan,n sorumlulu una ili kin hükümler çerçevesinde sorumlu tutulaca ,ndan ve ta ,yan,n sorumlu olabilmesi için z,ya- hasar veya geç teslim sebebiyet veren olgunun e yan,n ta ,yan,n hâkimiyetinde bulundu u s,rada meydana gelmi olmas, gerekti inden fiili ta ,yan,n sorumlu tutulabilmesi için de hiç de ilse bu art gerçekle mi olmal,d,r³⁹. Bu halde, ö retide HK Art.10Øda hüküm çerçevesinde ö retide fiili ta ,yana verilen anlam kar ,s,nda, HK Art.19/6Øda yer alan ve geç teslim bildirimini öe yay, teslim eden fiili ta ,yanaö yap,laca ,n, öngören düzenlemenin Hamburg Kurallar,ndaki öfiili ta ,yan tan,m,ö ile uyumlu olmasa dahi öfiili ta ,yan,n sorumlulu una ili kin esaslar,ö ile uyum içinde oldu u söylenebilecektir. TTKØ,n fiili ta ,yana ili kin hükümlerinin mehaz,n,n HK oldu u gözetildi inde, bu aç,klamalar TTK m.1185/6 bak,m,ndan da geçerlidir ve birden fazla fiili ta ,yan,n bulundu u ta ,malarda öfiili ta ,yanö kavram, bak,m,ndan da geçerli olacaktır,r⁴⁰.

5. hbar Süresi

a. hbar süresinin ba lamas,

TTK m.1185/5 uyar,nca, öSüresinde bildirim yap,lmayan gecikme zararlar, için tazminat ödenmeyecekötir. Geç teslim bildirimini yap,lmamas,na ba lanan yapt,r,m,n a ,rl, ,, bildirim yap,laca , zaman diliminin tespit edilmesinin önemini artt,r,maktad,r. TTK m.1185/5 uyar,nca, öE yan,n teslimindeki gecikmenin, gönderilen taraf,ndan, onun kendisine teslimi tarihinden itibaren aral,ks,z olarak hesaplanacak altm, gün içinde ta ,yana yaz,l, olarak bildirilmesiö gereklidir. Bu hükümden de anla ,laca , üzere, maddede öngörülen altm, günlük ihbar süresi e yan,n teslim edildi i tarihten itibaren i lemeye ba layacaktır. Bu nedenle, e yan,n geç teslim edildi ine ili kin bildirim yap,labilece i zaman diliminin kapsam,n,n tespiti, e yan,n teslim an,n,n belirlenmesini gerekli k,lmaktad,r.

6102 say,l, TTKØda e yan,n teslim edildi i an,n tespitinde esas al,nabilecek aç,k bir düzenlemeye yer verilmi tir. TTK m.1178/3,c uyar,nca, e ya, öta ,yan taraf,ndan gönderilene teslim edildi i anaö veya öbo altma liman,nda geçerli kanun ve düzenlemeler uyar,nca e yan,n kendilerine teslimi zorunlu makamlara veya üçüncü ki ilere teslim edildi i ana kadar ta ,yan,n hâkimiyetinde say,lacaköt,r. HK Art.4Øten tercüme edilmek suretiyle TTKØya al,nan bu düzenleme ile asl,nda e yan,n bo altma liman,nda liman i letmesine teslimi, e yan,n gönderilene teslimine e tutulmu tur⁴¹. Bu halde, TTK m.1185/5Øte yer verilen öe yan,n gönderilene teslimi tarihinden itibarenö ifadesinin kapsam,n,n belirlenmesi son derece önemlidir. Bu çerçevede özellikle de, TTKØ,n ve bu hükümlerin mehaz, olan Hamburg Kurallar,Ø,n, e yan,n bo altma liman,nda liman i letmesine teslimini, gönderilene teslim hükmünde kabul eden sistemi göz önünde bulunduruldu unda, bildirim tarihinin i lemesi bak,m,ndan liman i letmesine teslimin yeterli olup olmad, , aç,kl, a kavu turulmal,d,r. Bunun için, HKØ,n haz,r,l,k görü melerine ili kin tutanaklar,n incelenmesinde fayda bulunmaktad,r. Sözle menin haz,r,l,k görü meleri esnas,nda Amerika Birle ik Devletleri temsilcisi taraf,ndan e yan,n z,ya, ve hasar, halinde yap,lmaz, gereken bildirim süresinin i lemesi bak,m,ndan e yan,n ta ,yan,n fiili hâkimiyetinde bulundu u zaman dilimini düzenleyen Art.4/2Ødeki hüküm ile uyumlula t,r,lmas,; bu çerçevede, daha dar ve kesin kapsaml, olan *ö handed over to the consignee*ö ifadesi yerine Art.4/2Øde yer alan *ö deliver to consignee*ö

gerekti i ifade edilmektedir. BERLINGIERI, Francesco, International Maritime Conventions Volume 1: The Carriage of Goods and Passengers by Sea, Informa Law, 2014, 85.

Hükümün mehaz,n, olu turan Hamburg Kurallar, Art.10/2 ile kar ,la t,r,l,d, ,nda, TTK m.1191/2Øde yer alan öbizzat gerçekle tirdi iö ifadesinin, HK Art.10/2Ødeki *öperformed by him*ö ifadesiyle uyum içinde oldu u görülmektedir. Di er taraftan, Hamburg Kurallar,Ø,n haz,r,l,k görü melerine ili kin tutanaklar,nda, bu hususa , ,k tutabilecek bir kay,t bulunmaktad,r. Buna göre, HKØ,n fiili ta ,yan,n sorumlulu una ili kin 10. maddesinin ikinci paragraf,na ili kin görü meler s,ras,nda Avusturya delegesi taraf,ndan, hükümün bu haliyle, ta ,ma i inin icras,na hiçbir ekilde kat,lmayan fiili ta ,yan,n sorumlu tutulmas,na,n mümkün olmad, , ekinde anla ,lmaya müsait oldu u; bu nedenle hükümde, ta ,ma tamamen veya k,smen kendisine b,rak,lan ancak ta ,ma i inin ifas,na tamamen veya k,smen kat,lmayan ta ,yan,n da sorumlu tutulmas,na imkân verecek ekilde *öperformed by*ö ifadesi yerine *öentrusted to*ö ifadesinin kullan,lmaz,n,n isabetli olaca , ileri sürülmü ancak bu talep reddedilmi tir. Official Records, s.55,90, Tutanaklarda yer alan kay,tlardan anla ,ld, , üzere, AvusturyaØ,n kanaatimizce son derece isabetli olan bu önerisi 22Øye kar , 30 oyla reddedilmi tir. Ayr,ca bkz. KIENZLE, s.235, dn.1; AKSOY, Sami, Ta ,ma Hukukunda Fiili Ta ,y,c,, stanbul, 2015, s.84. Hamburg Kurallar,Ø,n resmi kay,tlar,na ili kin tam metin için bkz.

https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/hamburg/Conference_Carriage_Goods_e.pdf

³⁹ YAZICIO LU, Hamburg Kurallar,, s.140 ve s.141; YET AMLI, s.88.

⁴⁰ HGB§510Øda, bildirim ta ,yana yap,laca , hüküm alt,na al,nm, ; öfiili ta ,yanö aç,kça zikredilmemi tir. Ö retide, kaptan ba ta olmak üzere temsilcilere ve e yay, varna liman,na getiren geminin donatan,na yap,lacak bildirim yeterli olaca , kabul edilmektedir. RABE/BAHNSEN, §510 Rn.17-18; ECKARDT, HGB§510 Rn.22.

⁴¹ HK Art.4Øteki bu düzenlemeye ili kin ayr,nt,l, aç,klamalar için bkz. KIENZLE, s.124 vd. Alman Hukukunda, e yan,n teslim al,nmas, ve teslim edilmesi an,na ili kin aç,klamalar için bkz. RABE/BAHNSEN, §498 Rn.31 vd.

ifadesinin kullanılması, önerilmesi de⁴², bu öneri sonradan iptal edilmiş ve metin UNCITRAL tarafından düzenlenen hali ile kabul edilmiştir⁴³. ABD'nin bu önerisinin iptal edilmesi ve sonradan hiçbir ülke temsilcisi tarafından tekrar gündeme getirilmemesi olması, kanaatimizce HK Art.19'da yer alan *handed over to consignee* ifadesinin kullanılması, bilinçli bir tercih oldu unu desteklemektedir⁴⁴. Bu nedenle, TTK m.1185/5 (ve aynı zamanda zarar bildirimine ilişkin m.1185/1'deki) gönderilene teslim ifadesinin, TTK m.1178/3'teki (HK Art.4/2) gönderilene teslim hükmünde sayılan halleri kapsamadığı, diğeri bir ifadeyle boşaltma limanında liman işletmesine yapılacak teslimin ihbar süresinin işletmesi bakımından yeterli olmadığı, kanaatine varmak gerekecektir⁴⁵. Bununla birlikte, bu düzenleme kararında, gönderilenin işletme liman işletmesinden fiilen teslim alınması, erteleyerek ihbar süresinin başlangıcında, erteleyebilme ihtimalinin bulunduğu özellikle dikkat çekilmelidir. Bu nedenle, suiistimal edilmeye son derece elverişli bulunan bu hükmün uygulanmasında, işletme limanına gönderilene fiilen teslim edilmesi bakımından ötedbirli bir gönderilene işletme teslim alınması, beklenen makul süre esas alınmalı, ve 60 günlük süre bu andan itibaren başlatılmalıdır. Bu halde, işletme bu makul süreyi ancak kadar uzun süre liman işletmesinde tutularak gönderilen tarafından teslim alınmadığı, hallerde, gönderilenin 60 günlük sürenin henüz dolmadığı, ekindeki iddiasının, TMK m.2'ye uygun olmadığı, kabul edilmelidir⁴⁶.

b. İşletme tesliminden önce yapılacak gecikme bildirimini geçerliliği meselesi

İşletme zamanında teslim edilmemesi halinde TTK m.1185/5 uyarınca yapılacak, gereken bildirimle ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, işletme teslim edilmesinden önceki süreçte gecikme ihbarında bulunulması mümkün olup olmadığı, ve teslimden önceki safhada yapılacak ihbarın TTK m.1185/5 anlamında usulüne uygun bir gecikme bildirimi sayılıp sayılmayacağıdır. Gecikme ihbarının amacı, ve ihbara başlanan sonuç gözetildiğinde, ihbarın mümkün oldukça erken yapılması, her iki tarafın da yararlı bulunmaktadır. Zira işletme zamanında teslim edilmediğinde ihbar ne kadar erken yapılsa, işletme alabileceği önlemleri önceden alabilecek ve zarar artması önüne geçilebilecek; yüklenenin zarar, daha erken giderilebilecektir.

İşletme tesliminden önce yapılacak ihbarın TTK m.1185/5'te öngörülen ihbar şartına, sayılıp sayılmayacağına ilişkin TTK'da açık bir hüküm yer almadığı gibi, TTK'da ilgili madde gerekçesinde de bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu husus, ancak, bu hükmün mehzaz olan HK Art.19'a ilişkin hazırlanmış görüşleri ve borçlar hukukuna ilişkin genel esaslar çerçevesinde incelenecektir.

aa. HK Art.19 ve TTK m.1185'teki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirme

TTK m.1185/5'te geç teslim nedeniyle bildirimde bulunulabilecek zaman dilimi, işletme limanına gönderilene teslim tarihi itibaren aralığı olarak hesaplanacak olmak üzere, gün olarak düzenlenmiştir. Mehzaz, HK Art.19/5 ile uyum içerisinde olan bu düzenlemenin gerekçesinde sadece 1978 tarihli Hamburg Kuralları'nın 19uncu maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, günlük bir ihbar süresinin tanımlanması belirtilmekle yetinilmiştir; bunun dışında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Benzer şekilde, Hamburg Kuralları'nın hazırlanmış görüşlerine ilişkin tutanaklarda da teslimden önceki safhada bildirim yapılması hususunda, tutulabilecek bir kayıt mevcut değildir. Bununla birlikte, HK Art.19/5'teki bu düzenlemeyle ilgili olarak görüşler arasında en yoğun tartışmalar, düzenlemenin ilk halinde 21 gün olarak belirlenen bildirim süresinin, 60 güne çıkarılması bakımından gündeme gelmiştir⁴⁷. Sürenin 60

⁴² Hamburg Rules-Official Records, s.63.

⁴³ Hamburg Rules-Official Records, s.103.

⁴⁴ YET AMLI, s.188.

⁴⁵ Aynı bak. YAZICIO LU, Hamburg Kuralları, s.135: Yazar, ihbar süresinin işletmeye başlanması için işletme limanına gönderilene veya onun adına hareket eden kimseye tesliminin şart olmadığı, HK Art 4/2'de yer verilen ve gönderilene teslim ile bir tutulan hallerde, ihbar süresinin bu andan itibaren işletmeye başlanacağına ifade etmektedir.

Aynı bak. HGB§510:Alman Kanun koyucu, HK'den farklı şekilde, ihbar süresinin, gönderilene teslimöden itibaren işletme limanına tesliminden itibaren (*bei Ablieferung des Gutes*) işletmeye başlanması düzenlenmektedir.

⁴⁶ Gönderilenin gerekli prosedürleri yerine getirmediği için işletme liman idaresinden teslim alınmadığı, hallerde, gönderilene bildirim zamanında, ertelemesine izin verilmemesinin gerektiği hakkında, YET AMLI, s.189.

⁴⁷ Kanada temsilcisi, metnin ilk halinde yer verilen 21 günlük sürenin oldukça kısa ve metindeki gecikmeden doğan sorumluluğu işletme limanına genel esaslar ruhu ile uyumsuz olduğunu; bu süre içinde bildirimde bulunulmaması halinde tazminat talep etme hakkını kaybedeceği; öyle ki bazen 60 günlük sürenin dahi yetersiz olabileceğini ifade etmiştir.

güne ç,kar,lmas,na gerekçe olarak, bildirim yap,lmamas,na ba lanan sonucun a ,rl, , da göz önünde bulunduruldu unda, 21 günlük sürenin zarar,n belirlenmesi ve bildirim yap,lmamas, için yetersiz kalmas, ihtimali gösterilmiştir⁴⁸. Sürenin uzat,lmamas,na ili kin tart,malar de erlendirildi inde, bu hükümde ta ,yan,n durumdan haberdar edilmesinin amaçland, , ve bildirim süresi ile ilgili yegâne kayg,n,n bildirim yapmamas, halinde hak kayb,na u rayacak olan gönderilene bildirimde bulunmas, için mümkün oldukça geni bir zaman dilimi tan,nmas, oldu u sonucuna ula ,lmaktad,r. Bu nedenle, haz,r,l,k görü melerine ili kin kay,tlardan, Hamburg Kurallar,ın haz,r,lanmas,nda, HK Art.19/5⁴⁹te düzenlenen ögönderilene teslimden itibaren aral,ks,z olarak hesaplanacak 60 günlükö zaman diliminin, bildirim yap,lmamas,nda bir üst süreö olarak nitelendirilmesini engellemeye yönelik bir saikle hareket edilmedi i sonucuna ula mak mümkün görünmektedir.

bb. TBK⁵⁰,n borçlu temerrüdüne ve eser sözleşmesine ili kin hükümleri çerçevesinde de erlendirme

TBK m.117/1 uyar,nca, Kanunda say,lan istisnai haller d, ,nda öMuaccel bir borcun borçlusu, alacakl,n,n ihtar,yla temerrüde dü mekteödir. Buna göre, borçluya ihtarında bulunabilmek için alaca ,n muaccel olmas, gerekli ve yeterlidir⁴⁹. TTK m.1185/5⁵⁰teki bildirim, TBK m.117⁵¹de düzenlenen temerrüt ihtar,n,n özel görünümü niteli inde oldu u yönündeki görü ümüz çerçevesinde denizyolu ile e ya ta ,ma sözleşmelerinde ötedbirli bir ta ,yandan e ,yan,n tesliminin beklenece i makul süreönin dolmas,yla birlikte⁵⁰ borç muaccel hale gelecek ve yükü ilgili ihtarında bulunabilecektir⁵¹.

Di er taraftan, ö retide ifade edildi i üzere, navlun sözleşmeleri, eser sözleşmesi niteli inde oldu undan⁵², TTK⁵³,n navlun sözleşmelerine ili kin hükümleri aras,nda aç,kça düzenlenmeyen konularda, TTK⁵⁴daki hükümlerle çeli memek kayd,yla TBK⁵⁵,n eser sözleşmesine ili kin hükümlerinin uygulanmas, mümkündür. TTK m.1185/5⁵⁶teki gecikme bildiriminin e ,yan,n tesliminden önceki safhada yap,lmamas,na mümkün oldu unu kan,tlayan bir di er düzenleme, TBK m.473⁵⁷te yer almaktad,r. Buna göre, öYüklenicinin i e zaman,nda ba lamamas, veya sözleşme hükümlerine ayk,r, olarak i i geciktirmesi ya da i sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya ç,kan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin i i kararla t,r,lan zamanda bitiremeyece i aç,kça anla ,l,rsa, i sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaks,z,n sözleşme meden dönebilecektir. Hükmün ikinci f,kras, uyar,nca, öMeydana getirilmesi s,ras,nda, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ay,pl, veya sözleşmeye ayk,r, olarak meydana getirilece i aç,kça görülüyorsa, i sahibi bunu önlemek üzere verece i veya verdirece i uygun bir süre içinde yükleniciye, ay,b,n veya ayk,r,l, ,n giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masraflar, kendisine ait

Kanada⁵⁸,n bu önerisi, Avusturya ba ta olmak üzere, pek çok ülke taraf,ndan desteklenmi ve 21 günlük bildirim süresi 60 güne ç,kar,lm, t,r. Hamburg Rules-Official Records, s.311.

⁴⁸ Hamburg Rules-Official Records, s.311 vd.

⁴⁹ O UZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku C.1, kn.1520.

⁵⁰ K,rkambar sözleşmelerinde çok defa belli bir var, ve dolay,s,yla bir teslim tarihinin kararla t,r,lmad, ,, bu nedenle temerrüde ili kin BGB§286⁵⁹deki düzenlemenin uygulanmas,na çok defa gündeme gelmeyece i hakk,nda bkz.RABE/BAHNSEN, §498, Rn.169. BGB§286⁶⁰deki düzenlemenin, borçlunun temerrüt ihtar, ile mütemerrit olaca ,n, düzenledi i; belli bir ifa tarihinin kararla t,r,ld, , hallerde ihtar gerekliliğinin bulunmad, , belirtilmelidir.

⁵¹ Alman Hukukunda, e yay, zaman,nda teslim etmeyen ta ,yan,n BGB§286 çerçevesinde yap,lacak temerrüt ihtar, ile mütemerrit olaca ,; ta ,man,n hemen ifa edilmesine yönelik yap,lacak ihbar,n da (*Ankündigung alsbaldiger Beförderung*) temerrüt ihtar, yerine geçece i kabul edilmektedir. Bu hususta aç,klamalar için bkz. RABE/BAHNSEN, §498, Rn.169.

TTK m.1185/5⁶¹te yer alan düzenlenen gecikme bildiriminin, denizyolu ile e ya ta ,malar,n,n kendine özgü niteli inin ortaya ç,kard, , ihtiyaçlar do rultusunda, TBK m.117⁶²deki temerrüt ihtar,ndan baz, hususlarda farklı,l,k gösterdi i de vurgulanmal,d,r. TBK m.117 uyar,nca, öBorcun ifa edilece i gün, birlikte belirlenmi veya sözleşme mede sakl, tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemi se, bu günün geçmesiyleö herhangi bir ihtar gerekliliğinin kalmaks,z,n borçlu temerrüde dü mü olur. Denizyolu ile e ya ta ,malar,nda daha önce de i aret edildi i gibi, e ,yan,n teslim tarihinin kararla t,r,lmamas, çok nadiren rastlanan bir durum olmakla birlikte, TTK m.1185/5⁶³teki hüküm gere i yap,lacak bildirim öispatö i levi ve bildirim yap,lmamas,na ba lanan sonuçlar da dikkate al,nd, ,nda, teslim tarihinin kararla t,r,ld, , hallerde dahi bildirimde bulunmak gerekecektir. Benzer ekilde, TTK m.1185⁶⁴teki bildirim, TBK m.117⁶⁵den farklı, ekilde yaz,l, ekilde yap,lmamas, aranmaktad,r.

⁵² Navlun sözleşmesinin, hukuki niteli i itibariyle bir kira sözleşmesi olmad, ,, navlun sözleşmesi ile ta ,yan,n di er tarafa ücret kar ,l, ,nda bir geminin kullan,m,n, terk etmeyi üstlenmedi i, aksine belli bir yükü bir yerden di er bir yere ta ,may, taahhüt etti i; bu nedenle navlun sözleşmesinin bir eser sözleşmesi oldu u hakk,nda bkz. ÇA A/KENDER, s.12. Navlun sözleşmesinin eser sözleşmesi (*Werkvertrag*) niteli i hakk,nda ayr,ca bkz. HERBER, Seehandelsrecht, s.236; RABE/BAHNSEN, §481, Rn.12; PÖTSCHKE, §481 Rn.17; Ayr,ca bkz. SCHLEGELBERGER/LIESECKE, §556, Rn. 5. Navlun sözleşmesi ile teslim ve ta ,ma sonuçlar,n,n taahhüt edildi i ve bu nedenle eser sözleşmesi niteli inde oldu una ili kin bir Alman Yüksek Mahkeme karar, için bkz. *OLG Saarbrücken Urt.v.24.2.201065U345/09*, BeckRechtsprechung 2010, 30219.

olmak üzere, onar,m,n veya i e devam,n bir üçüncü ki iye verilece i konusunda ihtarda bulunabilecekötir. Ö retide ifade edildi i üzere, ilk f,krada yer alan dönme hakk,n,n kullan,labilmesi için, müteahhidin eserin yap,m,nda gecikmi olmas, ve i sahibinin de i in gecikmeden ifas, için ihtarda bulunmas, gerekti i ifade edilmektedir⁵³. Eser sözleşmelerinin kendine özgü niteli i göz önünde bulundurularak öerken temerrütöün düzenlendi i bu maddede, eser sözleşmesinde sadece tamamlanm, bir eserin öteslimininö de il ayn, zamanda onun ömeydana getirilmesiönin de borçlan,ld, , dolayl, bir ekilde hüküm alt,na al,nm, ; di er bir ifadeyle eserin meydana getirilme safhas,ndaki temerrüt düzenlenmi tir⁵⁴. TBK m.470öte eser sözleşmesini, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, i sahibinin de bunun kar ,l, ,nda bir bedel ödemeyi üstlendi i sözleşmeö olarak tan,mlayan düzenleme de dikkate al,nd, ,nda, gerek TTK m.470 gerekse de m.473öte yer alan öeserin meydana getirilmesiö ifadesi, navlun sözleşmesinde öe yan,n tesliminden önceki safhayaö di er bir ifadeyle öe yan,n denizde ta ,nmas,öna tekabül etmekte ve ta ,yan sadece e yan,n ötesliminiö de il, ayn, zamanda öta ,nmas,n,ö da borçlanmaktad,r. TTKöda önavlun sözleşmesinin sona ermesi ve hükümden dü mesiö ba l, , alt,nda navlun sözleşmesinin sona erdirilmesine ve feshedilmesine ili kin özel hükümlere yer verilmi olmakla birlikte⁵⁵, sözleşmenin zaman,nda ifa edilmeyece inin önceden aç,kça anla ,lmas, nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik bir imkân düzenlenmemi tir⁵⁶.Bu nedenle, kanaatimizce TBK m.473öteki bu düzenleme çerçevesinde, eser sözleşmesi niteli indeki navlun sözleşmesine konu olan e yan,n öteslimindeki gecikmeönin yan,s,ra, teslimden önceki safhadaki di er bir ifadeyle öta ,nmas,ndaki gecikmeönin de yapt,r,ma tabi tutulmas, ve öta ,yan,n e yay, zaman,nda teslim edemeyece inin önceden aç,kça anla ,ld, ,ö durumlarda TBK m.473 çerçevesinde sözleşmenin cayma yoluyla sona erdirilmesi mümkün olmal,d,r. Bu halde, yukarıda yapt, ,m,z temerrüt ihtar,na ili kin aç,klamalar bir tarafa b,rak,lsa dahi, ta ,yan,n ötemerrüde dü mesinden önceki safhadaö, e yan,n zaman,nda teslim edilmeyece inin aç,kça anla ,lmas, halinde yükü ilgiliye sözleşmeden dönme hakk, veren bu düzenleme kar ,s,nda, e yan,n zaman,nda teslim edilmedi i ve ta ,yan,n mütemerrit oldu u hallerde, TTK m.1185/5öte yap,lmas, öngörülen ve gecikmeden do an haklar,n kullan,lmas,nda gerekli olan ihtar,n yap,lmas, için e yan,n tesliminin beklenmesinin gerekti inin

⁵³ EREN, s.631; ÖZ, Turgut, Eser Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s.48.

Hükümün mehzaz, olan OR Art.366öya ili kin aç,klamalar için bkz. HÜRLIMANN, Roland/SIEGENTHALER, Thomas, in:HUGUENIN Claire/MÜLLER-CHEN Markus (Hrsg.), Vertragsverhältnisse Teil2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art.319-529 OR, Zürich-Basel-Genf 2016, Art.366,I, Rn.1vd.; BÜHLER Theodor, Zürcher Kommentar, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Zürich 1998, Art.366 N1 vd.

⁵⁴ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s.631; ÖZ, s.48.

Ayr,ca kar . OR Art.366: sviçreöde de, bu hükümün esas itibariyle meydana getirmedeki gecikmelere (*Herstellungsverzugs*) ili kin oldu u ifade edilmekte; i e ba lamadaki gecikmelerle (*Totalverzugs*) i in devam,ndaki gecikmelerin (*Teilverzugs*) bu kapsamda oldu u ancak teslim etmedeki gecikmeler (*Ablieferungsverzugs*) bak,m,ndan temerrüde ili kin OR Art.102ödeki düzenlemenin uygulama alan, bulaca , kabul edilmektedir. HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 366,I, Rn.1. Ayr,ca bkz. BÜHLER, Art. 366 N 5 vd.

⁵⁵ 6102 say,l, TTK ile benzer ekilde, 6762 say,l, eTTKöda da sözleşmenin hükümden dü mesine veya fesih yolu ile sona ermesine ili kin aç,k düzenlemeler yer almaktayd,. Genellikle sözleşmelerin son veren sebeplerin navlun sözleşmelerini bak,m,ndan da geçerli oldu u; navlun sözleşmesinin de ifa, ifan,n sonradan imkans,z hale gelmesi; taraflar,n fesih hususunda anla malar,, kanunen geçerli bir ekilde fesih ihbar,nda bulunulmas, veya sözleşmeden dönülmesi gibi sebepler ile sona erce i; TTKödaki düzenlemelere ra men sözleşmenin sona ermesine ili kin tüm ihtimalleri kapsamad, , ve bo luklar içerd i hakk,nda bkz.ÇA A/KENDER, s.253. 6762 say,l, TTKö,n navlun sözleşmesinin sona ermesine ili kin hükümlerinin haz,rlanması,nda, ileride Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile uyum sorunu ya an,p ya anmayaca , hususunda titiz davran,lmad, , ve sadece öTürk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanununun ayr,lmaz bir cüzüdüörö eklindeki 1. madde ile yetinildi i ve bu durumun baz, sorunlar,n ortaya ç,kmas,na sebebiyet verdi i ve 6762 say,l, eTTKöda yer alan navlun sözleşmesinin sona ermesine ili kin hükümlerin neredeyse 1861 tarihli Alman Ticaret Kanunuöndan aynen al,nd, ,na ve bu nedenle sviçre Hukukundan iktibas edilmi Türk Borçlar Kanunu ile tam bir uyum içinde olmad, , hakk,nda bkz.CAN, Mertol, Navlun Sözleşmesinin Son Ermesi, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü, Ankara, 1998, s.21 ve V.

⁵⁶ TTK m.1222öde öDi er sebeplerin etkisiö ba l, , alt,nda, yolculu un gecikmesine ba lanan sonuçlar hüküm alt,na al,nm, sa da, bu maddenin sadece umulmayan hal ve kamu tasarrufundan ileri gelen gecikmelere ili kin oldu u vurgulanmal,d,r. Bununla birlikte, TTKöda navlun sözleşmesinin sona ermesi ve hükümden dü mesiö ba l, , alt,nda ayr,ca örotadan hakl, sebeple sapmaö, ögeminin tamirinin gerekmesiö gibi haller de özel olarak hüküm alt,na al,nd, ,ndan, gecikmenin bu sebeplerden ileri geldi i haller bak,m,ndan yukarıdaki aç,klamalar,m,z geçerli olmayacaktır. Alman Hukukunda da navlun sözleşmesinin eser sözleşmesinin bir türü oldu u kabul edilmekte ve HGBödeki navlun sözleşmesine ili kin ayr,nt,l, özel hükümler nedeniyle eser sözleşmesine ili kin BGB§631 vd.daki genel nitelikteki düzenlemeler nadiren uygulama alan, bulacaksa da; bilhassa ifa ihlalleri bak,m,ndan BGBödeki eser sözleşmesine ili kin genel prensiplere ba vurulabilece i hakk,nda bkz. RABE/BAHNSEN, §481,12. Ayr,ca bkz.HERBER, Seehandelsrecht, s.270-271.

kabulü isabetli olmayacaktır. Bu nedenle, TTK m.1185/5'teki bildirim yap, lmas, için e yan, n tesliminin beklenmesi, TBK'n, n eser sözleşme ile kin genel esaslar, ve TBK m.117'de yer alan ve temerrüt ihtar, n, n yap, lmas, bak, m, ndan borcun muaccel olmas, n, yeterli gören hükümle çeli en bir çözüm yoludur.

IV. SONUÇ

E yan, n tesliminden önceki safhada yap, lan gecikme bildirimiminin TTK m.1185/5'te öngörülen art, n sa lanmas, bak, m, ndan yeterli olup olmad, , hususunda bir sonuca varabilmek için sadece HK Art.19/5'teki düzenlemenin; bu hükme ili kin tutanaklar, n ve TBK'daki genel düzenlemelerin incelenmesi yeterli de ildir. Bu düzenlemelerin yan, s, ra ayn, zamanda TTK'n, n ve Hamburg Kurallar, n, n sorumlulu un s, n, rland, r, lmas, na ili kin hükümlerinin de gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır. Zira HK'da ve TTK'da, sorumlulu un s, n, rland, r, lmas, na ili kin genel esaslar, e yan, n z, ya- hasara u ramas, ve geç teslimi bak, m, ndan ayr, ayr, düzenlendikten ba ka, e yan, n hem geç teslim edilmi oldu u hem de z, yaa veya hasara u rad, , haller için de özel düzenleme getirilmi ve bu ihtimalde ta , yan, n sorumlulu unun üst s, n, r, n, n, öe yan, n tamamen zayi olmas, halinde ilk f, kra uyar, nca belirlenecek sorumluluk s, n, r, n, geçemeyece iö hüküm alt, na al, nm, t, r (HK Art.6/1, c; TTK m.1186/6). Her ne kadar, geç teslim nedeniyle tazmini talep edilecek saf gecikme zararlar, n, n çok defa teslimden önceki safhada belirlenmesi mümkünse de, geç de olsa teslim edilen e yan, n ayn, zamanda zayi olmas, veya hasara u ramas, da ihtimal dâhilindedir. E yan, n teslim edilmesinden önceki safhada z, ya veya hasara u ray, p u ramad, , n, n, z, ya- hasar, n söz konusu oldu u hallerdeyse, z, ya- hasardan ileri gelen zarar, n kapsam, n, n bilinmesi mümkün de ildir. Buna göre, somut olayda geç teslimle birlikte z, ya- hasar, n da mevcut oldu u durumlarda, ö tazminat talebinde bulunmakö için e yan, n tesliminin beklenmesi, yükü ilgilinin tazminat talebi bak, m, ndan HK Art.6/1, c ve TTK m.1186/6'daki sorumluluk s, n, r, na ili kin özel hükmün uygulanabilmesi bak, m, ndan anlaml, d, r. Di er taraftan, bu düzenlemenin, Hamburg Kurallar, n, n haz, rlanmas, nda, öteslimin, yükü ilgilinin tazminat talebinde bulunabilmesi bak, m, ndan gerekli bir art olarak düzenlenmesi saikiyle hareket edildi iö ekinde anla , lmaya müsait oldu u vurgulanmal, d, r. Kanaatimizce, bu hüküm, teslimden önceki safhada yap, lan bildirimlerin do rudan geçersiz olaca , hususunda bir dayanak te kil etmemekte; ancak, e yan, n teslimi, yükü ilgilinin tazminat talebinin mahkemece de erlendirilebilmesi ve davan, n esas, na girilebilmesi bak, m, ndan önem ta , maktadır. Bilindi i üzere 6100 sayı, HMK m.107'de ö Davan, n aç, ld, , tarihte alaca , n miktar, n, yahut de erini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyece i veya bunun imkân, z oldu u hâllerde, alacakl, n, n, hukuki ili kiye ve asgari bir miktar ya da de eri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davas, açabilece iö ve ayn, hükmün ikinci f, kras, nda ö alaca , n miktar, veya de erinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün oldu u anda davac, n, n, iddian, n geni letilmesi yasa , na tabi olmaks, z, n davan, n ba , nda belirtmi oldu u talebini art, rabilece iö hüküm alt, na al, nm, t, r⁵⁷. Buna göre ö retide de ifade edildi i üzere, belirsiz alacak davas, aç, labilmesi için, ö talep sonucunun miktar, n, n belirlenmesinin imkân, z veya davac, dan beklenemeyecek olmas, ö; dava dilekçesinde ö geçici talep sonucunun belirtilmesi; alacak kesin olarak belirtilse dahi alaca , n dayand, , vak, alar, n eksiksiz ekilde bildirilmesi gereklidir⁵⁸. Kanaatimizce geç teslim edilen e yan, n ayn, zamanda zayi olabilece i veya hasara u rayabilece i ihtimali de göz önünde bulunduruldu unda gönderilenin geç teslim nedeniyle teslimden önce açaca , davada tazmini talep edilen zarar, n teslimden sonraki safhada kesin olarak belirlenebilir hale gelece i iddia edilerek HMK m.107'deki bu hüküm çerçevesinde belirsiz alacak davas, na konu edilmesi mümkün olmamal, d, r. Öncelikle, yukarıda da belirtildi i üzere, TTK m.1186/7 uyar, nca, ö geç teslim edilen e yan, n ayn, zamanda z, ya- hasara u ramas, halinde ta , yan, n toplam sorumlulu u, e yan, n tam z, ya, ndan sorumlulu u halinde tazminle yükümlü olaca , tutar, geçemeyecektir. Bu nedenle, TTK m.1186/7'deki aç, k hüküm gere i z, ya- hasar ve geç teslim halleri bak, m, ndan hâkimin ö ortak bir sorumluluk s, n, r, belirleyerek buna göre karar verme ihtiyac, ö, e yan, n teslim edilmi olmas, n, zorunlu k, lmaktadır. Di er taraftan, e yan, n tesliminden önceki safhada aç, lacak dava bak, m, ndan tek eksiklik, davan, n aç, ld, , anda zarar, n kapsam, n, n belirsizli i de ildir; ilerleyen dönemde, alaca , n belirlenebilir hale gelebilmesi de, yeni vak, alar, n ileri sürülmesini gerektirmektedir⁵⁹. Bu nedenle, belirsiz alacak davas,

⁵⁷ Belirsiz alacak davas, hakk, nda, PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2018, s.214 vd.; TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku-C.1, Ankara, 2016.s.581.

⁵⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s 217 vd.

⁵⁹ Bu davan, n isminin belirsiz dava de il, belirsiz alacak davas, oldu u; alaca , n asl, nda belirlenebilir bir alacak oldu u ancak bu alaca , n ancak yarg, lama s, ras, nda veya kar , taraf, n veya üçüncü ki inin deliller sunmas, ndan sonra belirli hale gelece i; davac, n, n ba lang, çta belirsiz olan alaca , n, belirli hale getirirken yeni vak, alar getirirse bu halde iddian, n

açılması da mümkün olmadıkça, bu halde, kanaatimizce eylem, tesliminden önce ödenen açılan bu davanın hukuki yarar yokluğuna nedeniyle usulden reddedilmesi gerekmektedir.

Gecikme bildirimının teslimden önceki safhada yapıldığı hallerde, bakılmadan de erlendirilmesi gereken diğer ihtimal, davanın eylem, tesliminden sonra açılması, olmasıdır. Davanın eylem, tesliminden sonra açılması, ancak taahhüt, sadece teslimden önceki safhada bildirimde bulunduğuna bu ihtimalde teslimden sonraki safhada yeniden bir geç teslim bildiriminde bulunulmaması, olsa dahi, yukarıda öngörülen borçlu temerrüdüne ve eser sözleşmesine ilişkin hükümleri çerçevesinde ve öngörülen hazırlanmış, maddeler gözetilerek yapılmış, maddeler açıklamalar uyarınca, TTK m.1185/5'te öngörülen teslimden itibaren ilave olacak 60 günlük süre bir üst süre olarak nitelendirilmeli ve teslimden önce yapılan bildirim geçerli bir bildirim olduysa kabul edilmelidir⁶⁰. TTK m.1185/5 (HK Art.19/5)'te öngörülen bildirimle amaçlanan sonuca ulaşıldığı, ; diğer bir ifadeyle taahhüt, gecikmeden haberdar edildiği bu halde, kanaatimizce, taahhüt, teslimden önce yapılan ihbarın, zamanında yapılmadığı, gerekçesiyle geçersiz olduysa ilişkin iddiasının, TMK m.2'ye aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır.

geni letilmesi yasa dışı gündeme geleceği ifade edilmektedir. Ayrıcay belirsiz alacak davasında, belirsizliğin en geç tahkikatın sonuna kadar devam edecek; davacı, en geç tahkikatın sonunda alacağı, belirli hale getirmiş olmalı, ve bunu mahkemeye bildirmelidir. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.217. Bu halde, denizyolu ile eylem taahhüt, maddeler, gecikme eylem bakılmadan belirsiz alacak davası, açılması, mümkün görünmemekte; zira bir an için bu tür bir davada TTK m.1186 çerçevesinde her somut olay bakılmadan asgari geçiçi bir alacak miktarının belirlenmesinin mümkün olduğu düşünülse dahi ancak teslimden sonra anlaşılacak zarar veya hasardan kaynaklanan zararlara göre alacak miktarının belirlenebilir hale gelmesi yeni vakıfların (teslim-zarar-hasar) ileri sürülmesi anlamına geleceğine dikkat çekilmelidir.

⁶⁰ Karar. RR Art.23/3: Söz konusu madde uyarınca, eylem, tesliminden itibaren 21 gün içinde bildirim yapılmayan gecikme zararları, için tazminat ödenmeyecektir. HK'daki gibi gecikme ihbarı, süresini eylem, tesliminden itibaren başlatılan bu hükümlerle ilgili olarak, örnekte, gecikme ihbarında bulunmak için mantıklı gerektiren eylem, tesliminin beklenmesinin gerekli olmadığı, ; eylem, teslim taahhüt, halinde olduğu süre içinde dahi bildirimde bulunulması, mümkün olduğu; ihbar süresinden önce yapılan ihbarın da ihbarı başlatılan sonuçları, aynen doğuracağı, ve bu başlatılarda özellikle de, teslimden önce yapılan ihbarın da tazminat talep hakkının kaybını önleyecek şekilde isabetli şekilde ifade edilmektedir. Açıklamalar için bkz. VON ZIEGLER, Delay and Rotterdam Rules, s.1008.

KAYNAKÇA


- ABRAHAM, Hans Jürgen, Das Seerecht, Berlin, 1956.
- AKINCI, Sami, Deniz Ticareti Hukuku Dersleri: Navlun Mukaveleleri, stanbul, 1961.
- AKSOY, Sami, Ta ,ma Hukukunda Fiili Ta ,y,c,, stanbul, 2015.
- AKYOL, ener, Tam Üçüncü ah,s Yarar,na Sözle me, stanbul, 2008.
- BERLINGIERI, Francesco, International Maritime Conventions Volume 1: The Carriage of Goods and Passengers by Sea, Informa Law, 2014.
- BÜHLER Theodor, Zürcher Kommentar, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Zürich 1998.
- CAN, Mertol, Navlun Sözle mesinin Sona Ermesi, Banka ve Ticaret Hukuku Ara tırma Enstitüsü, Ankara, 1998.
- ÇA A, Tahir/KENDER, Rayegân, Deniz Ticareti Hukuku: Navlun Sözle mesi, C.II, stanbul, 2009.
- D R KKAN, Hanife, Tacirler Aras, hbar ve htarlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1) 2002, s.39-75.
- KENDER, Rayegân/ÇET NG L, Ergon/YAZICIO LU, Emine, Deniz Ticareti Hukuku C.1, stanbul, 2019.
- CZERWENKA, Beate, Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts, Köln, 2014.
- DONOVAN, James J., The Hamburg Rules: Why a New Convention on Carriage of Goods by Sea, 4 Mar. Law. 1/1979, s.1-16.
- EBENROTH, Carsten Thomas/BOUJONG, Karlheinz/JOUST, Detlev/STROHN, Handelsgesetzbuch: Band 2, §§343-475h, Transpportrecht-Bank und Börsenrecht, Verlag C.H. Beck Verlag, München, 2015.
- ECKARDT, Tobias, öHGB§510ö, in Schmidt, Karsten/Herber, Rolf (ed.), Münchener Kommentar zum HGB:Band7, Transportsrecht-viertes Buch, Handelsgeschäfte,. 2014.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017.
- HERBER, Rolf, Seehandelsrecht: Systematische Darstellung, Berlin-New York, Walter de Gruyter Verlag, 1999. (Seehandelsrecht)
- HÜRLIMANN Roland/SIEGENTHALER Thomas, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Vertragsverhältnisse Teil2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art.319-529 OR, Zürich-Basel-Genf, 2016.
- KIENZLE, Jost, Die Haftung des Carrier und des Actual Carrier nach den Hamburg-Regeln, Schriften zum Transportrecht, Heft 8, 1993.
- MAHER, Joan D., Marine Transport, Cargo Risks, and the Hamburg Rules, Rationalization or Imagery, 84 Dick. L. Rev.,1979, s.183-220.
- SCHMIDT, Karsten/HERBER, Rolf, Münchener Kommentar zum HGB:Band7, Transportsrecht- viertes Buch, Handelsgeschäfte, 2014.
- OETKER, Harmut, Handelsgesetzbuch-Kommentar, 2017.
- O UZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku C.1, stanbul, 2018.
- O UZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku C.2, stanbul, 2018.
- ÖZ, Turgut, Eser Sahibinin Eser Sözle mesinden Dönmesi, stanbul, 1989.
- PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, stanbul, 2018.
- PÖTSCHKE, Jan Erik, HGB§481, in Schmidt, Karsten/Herber, Rolf (ed.), Münchener Kommentar zum HGB:Band7, Transportsrecht-viertes Buch, Handelsgeschäfte, 2014.
- PUTTFARKEN, Hans-Jürgen, Seehandelsrecht, Heidelberg, 1997.
- PRÜSSMANN, Heinz/RABE, Dieter, Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, München, 2000.
- RABE, Dieter/BAHNSEN, Kay Uwe, Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, 5. völlig neu-bearbeitete Auflage, München, 2018.
- SCHLEDELBERGER, Franz/LIESECKE, Rudolf, Seehandelsrecht, Verlag Franz Vahlen, Berlin und Frankfurt a.M., 1959.
- SCHOLLENBERGER, David K., Risk of Loss in Shipping under the Hamburg Rules, Denv. J. Int'l L. & Pol'y 568, 10, Y.1980, s.561-576.
- SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-1, stanbul, 2017.
- TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku-C.1, Ankara, 2016.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KEND GELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Fusun, Ticari letme Hukuku, stanbul, 2015.
- VON ZIEGLER, Alexander, Compensation for Damage: The Rotterdam Rules Appraised, European journal of Commercial Contract Law 2010-1/2, s.51-62. (The Rotterdam Rules)
- VON ZIEGLER, Alexander, Schadenersatz im Internationalen Seefrachtrecht, Baden-Baden, 1990. (Schadenersatz)
- VON ZIEGLER, Alexander, Delay and the Rotterdam Rules, 14 Unif.L.Rev. s.997-1009. (Delay and the Rotterdam Rules)

- WERTH, Douglas A., The Hamburg Rules Revisited-A Look at U.S. Options, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 22(1), January, 1991, s.59-80.
- WÜSTENDÖRFER, Hans, *Neuzeitliches Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationalen Rechts*, Tübingen, 1950.
- YANCEY, Benjamin W., Carriage of Goods: Hague, Cogsa, Visby, and Hamburg, *Tulane Law Review*, 1982-1983, s.1238-1259.
- YAZICIO LU, Emine, Deniz Yolu ile E ya Ta ,malar,nda Geç Teslimden leri Gelen Zararlardan Sorumluluk, *MHB*, Y,l:2002, S.2 (Geç Teslim).
- YAZICIO LU, Emine, Hamburg Kurallar,øna Göre Ta ,yan,n Sorumlulu u, stanbul, 2000. (Hamburg Kurallar,)
- YET AMLI, Kübra, 6102 say,l, Türk Ticaret Kanunuøna göre Ta ,yan,n Z,ya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumlulu u, stanbul, 2013.

GALLEYE MÜSTEHLİK (HAK KAZANMA)

REVENUE ENTITLEMENT

Özkan ÖZYAKI İR*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.563875>

Makale Bilgi

Gönderilme:
13/05/2019 Kabul:
09/09/2019

Anahtar Kelimeler

Vak,f,
Zürrî (Evlada) Vak,f,
Galleye Müstehiklik,
Galleye Müstehak
Evlad.

Article Info

Received: 13/05/2019
Accepted: 09/09/2019

Keywords


Foundation,
Zürrî (Descendant)
Foundation,
Revenue Entitlement,
Revenue Entitled
Descendant.

Özet

Mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan vak,flar (eski vak,flar), öyaranlananlarö bak,m,ndan çe itli ayr,malara tabi tutulmuş tur. Bu ayr,m,n kollar,ndan birini, vak,f gelirlerinden (galleden) vâk,f,n (vakfedenin) evlatlar,n,n yararlanmas, amac,yla kurulan zürrî (evlada) vak,flar te kil etmekte idi. Günümüzde, mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan zürrî vak,f niteli indeki mazbut ve mülhak vak,flarda, vak,f evlatlar,n,n galle üzerindeki haklar, koruma alt,ndad,r. Bu haklar,n kullan,ımas,na ili kin usûl ve esaslar, 5737 say,1, Vak,flar Kanunu m. 75 uyar,nca ihdas edilen Vak,flar Yönetmeli i ile düzenlenmiş tir. Esasen kimlerin hangi artlarla galleden yararlanaca , vakfiyede belirtilir. Ancak Vak,flar Yönetmeli i m. 53 gere ince, vak,f evlad,, galleden kendisine dü en pay,n ödenmesi için, galleye müstehak evlat oldu unu gösteren bir mahkeme karar,yla ba vuru yapmal,d,r. Vakfiyede yer alan artlar, ta ,yan vak,f evlad,n,n galleden kendisine dü en pay, talep etmek amac,yla açt, , davaya ögalleye müstehiklik in tespiti davas,ö denir. Galleye müstehiklik in tespiti hükmünün verilebilmesi için, davac,n,n hem vak,f evlad, olmas, hem de vakfiyede belirtilen artlar, ta ,mas, gerekir. Bu iki ko ul kümülatiftir. Ayn, anda gerçekte medi i sürece galleye müstehiklikten bahsedilemez.

Abstract

Foundations that were established prior to the enactment of the repealed Turkish Civil Law Nr. 743 are subject to various distinctions in terms of beneficiaries. One of the subsection of these foundations was özürfö (descendant) foundations which are established with the aim that the descendant of the endower can benefit from foundation's revenue. At present, the descendants of the endower preserve their right on foundation's revenue in fused and annexed foundations, which have the characteristics of a özürfö foundation and which were founded before the enactment of the repealed Turkish Civil Law Nr. 743. The rules and procedures for using this right are regulated by the Regulation of Foundations issued in accordance with the Law of Foundations Nr. 5737 Article 75. Principally, beneficiaries of the foundation would be indicated in the foundation certificate-charter. However, according to the Regulation of Foundations article 53, descendant of the endower should have recourse to the foundation with a court order which indicates that she/he is entitled to the income. The lawsuit, which is commenced by the descendant who fulfills the conditions that are indicated in the foundation certificate-charter, is called ölawsuits to determine the descendants entitled to the incomeö. The court could determine that the claimant is entitled to the income of the foundation if the claimant is descendant of the endower and she/he fulfills the conditions that are indicated in the foundation certificate-charter. If these two conditions are not met cumulatively, entitlement to the income is not a matter of discussion.

* Dr. Ar . Gör., Ankara Hac, Baytam Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.  o.ozyakisir36@hotmail.com
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1401-9891>.

I. G R

5737 say,1, Vak,flar Kanunu'nun 3. maddesine göre, mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsi ile 4721 say,1, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vak,flar, öyeni vak,fö ekinde tan,mılanmaktadır. Mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsinin yürürlük tarihinden önce kurulan vak,flar ise, öeski vak,fö olarak nitelendirilmektedir¹.

Vak,f müessesesi, temelinde insan sevgisi, dayan, ma ve hay,r i leme duygusu bar,nd,ran hukukî ve sosyal bir yapıdır². Eski vak,flar,n da, bahsi geçen temelde, çok çe itli amaçlarla kurulmu oldu u görülmektedir. Bu vak,flardan bazı,lar, tüm insanl, a, di er bazı,lar, ise belirli bir toplulu a ya da belli ki i veya ki ilere hizmet etmeyi amaç edinmi tir. Mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsinin yürürlük tarihinden önce kurulan vak,flar, amaçlar, çerçevesinde vak,ftan yararlananlar bak,m,ndan, öhayrî vak,fö, özürri vak,fö ve öavar,z vak,fö olmak üzere üçe ayr,lm, t,r³. Hayrî vak,flar, hay,r i leme amaç,yla kurulan vak,flard,r. Bunlardan, toplumun tamam, veya belli bir kesimi yararlan,r. Yol, köprü, cami, çe me gibi yapı,lardan herkes; muhtaçlara, yetimlere, ya l,lara, çocuklara, hastalara, ö renciye ve askere yard,m hizmetlerinden ancak belli kimseler faydalanabilmektedir⁴. Zürrî vak,flarda ise, vak,f gelirlerinden (galleden) vâk,f,n evlatlar,n,n yararlanması, amaçlan,r⁵. Bu tür vak,flarda, hay,r i leme, ibadet gibi dü üncelerin (kurbet kasd,)⁶ ikinci planda kald, , görülür⁷. Ancak galle tahsis edilen ki ilerinin tamam, öldü ünde galle fazlas, fakirlere kalaca ,ndan, zürrî vak,flarda da kurbet kasd,n,n varl, , kabul edilmektedir⁸. Avar,z vak,flar, belli bir yerle im yerinde sel, yang,n, hastal,k, ölüm gibi ar,za⁹ durumunda ortaya ç,kan ihtiyaçlar,n kar ,lanması, amaç,yla

¹ ÖZKAYA, Eraslan: Eski Vak,f Hukuku, Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara, Ocak 2012, s. 231; ÇINAR, Ömer: öMazbut ve Mülhak Vak,flarda Galle (Gelir) Üzerinde Vak,f Evlatlar,n,n ve Di er İlgililerin Hak Sahipli i ve ntifa Hakk, Hayr,ndan Fazla Olan Mülhak Vak,flar,n Aile Vakf,na Dönü türülmesiö, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'na Arma an, C. I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara tırmalar, Dergisi, 22(3), 2016, s. 828; KORKUSUZ, M. Refik/ERGÜN, Ömer: öHukuksal Boyutlar, le Eski ve Yeni Vak,flarö, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12-13(16-19), 2007-2008, s. 86; ULUÇ, Yusuf: Vak,flar Hukuku ve Mevzuat,, Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 2008, s. 901; ALTA , Hüseyin: öTürkiye'de 1926-1967 Dönemi Aras,nda Vak,f Sistemiö, in Erson, Burhan (Yay,n Koodinatörü), Cumhuriyetin 80. Y,1,nda Uluslararası, Vak,f Sempozyumu (15-17 Aral,k 2003), Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 2004, s. 90; HATEM , Hüseyin: öVak,f Kurumuna Hukuk Tarihi Aç,s,ndan Genel Bir Bak, ö, in Erson, Burhan (Yay,n Koodinatörü), Cumhuriyetin 80. Y,1,nda Uluslararası, Vak,f Sempozyumu (15-17 Aral,k 2003), Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 2004, s. 161.

² BOZKU , Ahsen Ar,öz: Genel Esaslar,yla Türk Hukukunda Vak,f Müessesesi ve Sosyal Yard,mıla ma ve Dayan, ma Vak,flar,, T.C. Ba bakanl,k Sosyal Yard,mıla ma ve Dayan, ma Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, Haziran 2011, s. 21; Vak,f müessesesinin sosyal, dini ve hukukî mahiyeti hakk,nda bkz. ÖZTÜRK, Nazif: Elmal,l, M. Hamdi Yaz,r Gözüyle Vak,flar (Elmal,l,), Türkiye Diyanet Vakf, Yay,nlar,/163, Ankara, 1995, s. 27 vd.; AKI, Erol /DEM RB LEK, Sevda: Sosyal ve Kültürel Hayat,m,zda Vak,flar ve İgili Mevzuat, Alfa, May,s 1996, s. 7 vd.

³ Bkz. ÖZKAYA, s. 160-161; ÇINAR, s. 828.

⁴ Hayrî vak,flar hakk,nda bkz. ÖZKAYA, s. 161-163; AKI/DEM RB LEK, s. 27, 28; SÜEREN, Erkin: öEski Vak,flar,n Hukukî Yap,s,n,n Evrimiö, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2002, s. 88; EM, Ali: Türk Hukuk Sisteminde Vak,flar, 2. Bask,, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2011, s. 8; ÖZTÜRK, Nazif: Men eâ ve Tarihi Geli imi Aç,s,ndan Vak,flar (Men eâ ve Tarihi), 1. Bask,, Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 1983, s. 82; DEM R, İhan: Yeni Vak,flar,n Temel Kitab,, 2. Bask,, Matsa Bas,mevi, Ankara, 2005, s. 26, 27; ULUÇ, s. 48; AK PEK, ebnem/ALTA , Hüseyin: öVak,flarda Evladiye Davalarıö, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 47(1), 1998, s. 145; ÖZKAN, Cemali: Tüm Yönleriyle Dernekler ve Vak,flar, Yakla ,m Yay,nlar,, Ankara, 2000, s. 23, 24; ER , Ahmet: öVak,flar (Medeni Kanun'dan Önceki ve Sonraki Vak,f Nev'eleri ve Hukukî Mahiyetleri)ö, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 1964, s. 209 vd.

⁵ Zürrî vak,flar hakk,nda bkz. ÖZTÜRK, Men eâ ve Tarihi, s. 84; ÖZKAYA, s. 163 vd.; AKI/DEM RB LEK, s. 28, 29; SÜEREN, s. 88; AK PEK/ALTA , s. 145; EM, s. 4, 5; ÇINAR, s. 831; BALLAR, Suat: Yeni Vak,flar Hukuku, 4. Bask,, Seçkin, Ankara 2008, s. 1166, 1167; DEM R, s. 27; ULUÇ, s. 49; ÖZKAN, s. 24; ER , s. 207 vd.

⁶ Vak,flarda amaç unsurunun temel ö elerinden biri, öhayr,i lemekö olmal,d,r. Buna ökurbet kasd,ö denir. Bkz. BERK , Ali Himmet: Vak,flar (Vak,flar), Cihan Kitaphanesi, stanbul 1940, s. 65; C N, Halil: öOsmanlı, Devletinde Vak,f Hukukuö, in Erson, Burhan (Yay,n Koodinatörü), Cumhuriyetin 80. Y,1,nda Uluslararası, Vak,f Sempozyumu (15-17 Aral,k 2003), Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 2004, s. 62; AKI/DEM RB LEK, s. 5; Kurbet sözcü ünün Allah'na yakla may, ifade etti i yönünde bkz. ÖZTÜRK, Men eâ ve Tarihi, s. 84; ÖZTÜRK, Elmal,l, s. 63; ULUÇ, s. 39; HATEM , s. 158.

⁷ ENER, Abdulkadir: öEski Hukukumuzda Göre Evladiye Vak,flarda Gelirin Taksimiö, in Ate , brahim/Bayram, Sadi/Narine, Mehmet (Yay,na Haz,rlayanlar), XII. Vak,f Haftas, Kitab,, Ailenin E itimi ve Korunması,nda Vak,flar,n Rolü Semineri, (5-6 Aral,k 1994, Ankara), s. 43; ÖZTÜRK, Men eâ ve Tarihi, s. 84; AKI/DEM RB LEK, s. 29; EM, s. 4-5; ULUÇ, s. 56.

⁸ ENER, s. 43; HATEM , s. 158; Ayn, yönde bkz. ULUÇ, s. 56.

⁹ Ar,zan,n ço ulu avar,z olarak nitelendirilir. Ar,za ise, sel, yang,n, hastal,k, ölüm gibi ola an d, , hâllerdir. Bkz. ÖZKAYA, s. 168; ÖZTÜRK, Men eâ ve Tarihi, s. 85; ULUÇ, s. 59.

kurulan vak,flard,r¹⁰.

Çal, ma konumuz olan galleye müstehiklik, mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlük tarihinden önce kurulan zürri vak,flarla ilgili bir meseledir. Günümüzde, zürri vak,f niteli indeki mazbut ve mülhak vak,flarda, vak,f evlatlar,n,n galle üzerindeki haklar, koruma alt,ndad,r¹¹. Bu haklar,n kullan,ımas,na ili kin usûl ve esaslar, 5737 say,1, Vak,flar Kanunu m. 75 uyar,nca ihdas edilen Vak,flar Yönetmeli i¹² ile düzenlenmi tir. Vak,flar Yönetmeli i m. 53 ilâ 57 aral, nda *öMazbut ve Mülhak Vak,flarda Galle Fazlas,ö* bölümü alt,nda galleye müstehikli in artlar, ve galle fazlas,n,n ödenmesi hüküm alt,na al,nm, t,r.

Mazbut ve mülhak vak,f, Vak,flar Yönetmeli i m. 3æte tan,mıanm, t,r. Hükümde yer alan tan,mıardan, eski vak,flar,n, mevzuatta mazbut ve mülhak vak,f olarak nitelendirildi i anla ,lmaktad,r¹³. Vak,flar Yönetmeli i m. 3æte, mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlük tarihinden önce kurulmu ve mülga 2762 say,1, Vak,flar Kanunu gere ince Vak,flar Genel Müdürlü ünçe yönetilen vak,flar mazbut vak,f¹⁴; mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlük tarihinden önce kurulmu ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere art edilmi vak,flar ise mülhak vak,f¹⁵ olarak tan,mıanm, t,r.

Çal, mam,zda, mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlük tarihinden önce kurulmu olan zürri vak,f niteli indeki mazbut ve mülhak vak,flarda galleye müstehiklik incelenmi tir. Bu çerçevede öncelikle galle kavram, aç,kıanm, t,r. Ard,ndan galleye müstehikli in tespiti inceleme konusu yap,lm, t,r. Burada, özellikle galleye müstehikli in artlar, ve galle üzerinde tespit edilen hakk,n ne ekilde kullan,laca , ele al,nm, t,r.

II. GALLE KAVRAMI

A. Genel Olarak

Galle, bir vakf,n hâs,lat,, geliri anlam,nda kullan,lmaktad,r. K,sacas,, vak,ftan sa lanan gelire galle denmektedir¹⁶. Vakfa tahsis edilen paradan sa lanan faiz, vakf,n ta ,n,r veya ta ,nmaz mal,n,n kiraya verilmesi yoluyla elde edilen kira geliri, vakfa ait iktisadî i ltmelerin gelirleri, vak,f bahçesinin semeresi bir vakf,n ba l,ca gelir kalemleri olarak say,labilir¹⁷.

Vakf,n mal varl, ,, amac,, yönetimi ve vak,ftan kimlerin yararlanaca , vakfiyede belirtilir¹⁸. Vakfiyede ayr,ca, gallenin kullan,m,na ili kin kurallar da yer alabilir¹⁹. Galle, kural

¹⁰ Avar,z vak,flar hakk,nda bkz. ÖZTÜRK, Men eâ ve Tarihi, s. 85 vd.; AKI/DEM RB LEK, s. 29; SÜEREN, s. 88; ÖZKAYA, s. 168-170; ÇINAR, s. 828; DEM R, s. 28; ULUÇ, s. 59; ÖZKAN, s. 24, 25; C N, s. 62.

¹¹ ÇINAR, s. 828, 831; ALLAHVERD , Reyhan ahin: öZürri Vak,flar,n daresinde Ya anan Sorunlarö, The Journal of Academic Social Science Studies, Number: 43, Spring I 2016, s. 321; Vak,f evlatlar,n,n galle üzerindeki haklar,, mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlükte bulundu u dönemde de koruma alt,ndayd,. Bkz. SÜEREN, s. 99; ALLAHVERD , s. 322; AK PEK/ALTA , s. 149.

¹² RG. T. 27.09.2008, Sa. 27010. (Vak,flar Yönetmeli i, Resmi Gazete'de yay,m, tarihinde yürürlü e girmi tir.).

¹³ Ayn, ekilde, 05.06.1935 tarihli mülga 2762 say,1, Vak,flar Kanunu'nda da eski vak,flar, mazbut ve mülhak vak,f olarak nitelendirilmi tir. Bkz. ULUÇ, s. 901; ALTA , s. 89; SÜEREN, s. 99; KORKUSUZ/ERGÜN, s. 87; AKI/DEM RB LEK, s. 23.

¹⁴ Vak,flar Kanunu m. 3æ göre, *öMazbut vak,f: Bu Kanun uyar,nca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vak,flar ile mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlük tarihinden önce kurulmu ve 2762 say,1, Vak,flar Kanunu gere ince Vak,flar Genel Müdürlü ünçe yönetilen vak,flar,, ifade eder.ö Mazbut vak,flar hakk,nda bkz. ÇINAR, s. 829, 830; ÖZKAYA, s. 170 vd.; DEM R, s. 30-32; ULUÇ, s. 901, 902; HATEM , s. 162; SÜEREN, s. 90; KORKUSUZ/ERGÜN, s. 87, 88; O UZMAN, M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: Ki iler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Ki iler), 9. Bas., Filiz Kitabevi, stanbul 2009, s. 284 vd.; AK PEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ate : Türk Medenî Hukuku Ba lang,ç Hükümleri Ki iler Hukuku, Birinci Cilt, 10. Bask., Beta, stanbul, Eylül 2013, s. 675; DURAL, Mustafa/Ö ÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Ki iler Hukuku, Cilt II, 15. Bask., Filiz Kitabevi, stanbul, Ekim 2014, s. 343, 344.*

¹⁵ Vak,flar Kanunu m. 3æ göre, *öMülhak vak,f: Mülga 743 say,1, Türk Kanunu Medenîsînin yürürlük tarihinden önce kurulmu ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere art edilmi vak,flar,, ifade eder.ö Mülhak vak,flar hakk,nda bkz. ÇINAR, s. 830; ÖZKAYA, s. 174; DEM R, s. 31, 32; ULUÇ, s. 902, 903; HATEM , s. 162; SÜEREN, s. 90; KORKUSUZ/ERGÜN, s. 88 vd.; O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEM R, s. 286, 287; AK PEK/AKINTÜRK/KARAMAN, s. 675-676; DURAL/Ö ÜZ, s. 343, 344.*

¹⁶ Galle hakk,nda bkz. BERK , Vak,flar, s. 293; H LM, Karînâbâdfizâde Ömer/SUNGURBEY, smet: Eski Vak,flar,n Temel Kitab,, Sulhi Garan Matbaas, Varisleri Koll. ti., stanbul 1978, s. 2; YENER, M. Serhat: Uygulamada Aç,kılamal, Örnek Kararlar, Eski Vak,f Davalar,na Giri Vakfiyeden Do an Evladiye, Galle, Tevliyet, Ücret ve S,la Davalar,, Kartal Yay,nevi, Ankara, Mart 2004, s. 39; EM, s. 600; ENER, s. 42.

¹⁷ Genel olarak vak,flar,n gelirleri için bkz. DO AN, Murat: Vak,flarda Mal Varl, ,, Seçkin Yay,nevi, Ankara, ubat 2000, s. 169 vd.; BALLAR, s. 514 vd.; Bu konuda ayr,ca bkz. YENER, s. 39; ÖZTÜRK, Elmal,l., s. 217 vd.; ÖZKAN, s. 31, 32.

¹⁸ Genel olarak vakfiye ve içeri i hakk,nda bkz. EM, s. 8 vd.; YENER, s. 26, 27; SÜEREN, 82; ÖZKAYA, s. 218,

olarak²⁰ vakfiyede yer alan artlar çerçevesinde kullanılır; çünkü gâllenin da ,t,m,, vakfedenin iradesi do rultusunda gerçekte tirilmek zorundadır²¹. Bu sebeple, vak,f evlad, olmak, gâllenden mutlaka pay almak anlam,na gelmez. Zira, gâlle fazlas,, sadece vakfedenin vakfiyede belirtti i artlara sahip evlat(lar) aras,nda payla t,r,l,r²².

Gâlle ödemesi, gâlle fazlas,n,n bulunmas,na ba l,d,r. Gerçekten de, gâlle fazlas,n,n bulunmad, , durumlarda gâllere müstehak evlat olundu u tespit edilmi dahi olsa, gâlle ödemesi yap,lmaz²³. Gâlle fazlas,ndan ne anla lmas, gerekti i, Vak,flar Yönetmeli içinde belirtilmi tir. Vak,flar Yönetmeli için 3. maddesinde, gâlle fazlas,, *öMazbut ve mülhak vak,flarda, hayrat ve akarlar,n,n onar,m,ndan ve vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerin ifas,ndan sonra kalan miktar, ifade eder.ö* ekinde tan,mıanm, t,r. O hâlde, gâllere müstehak evlat(lar)a, gâllenin tamam, de il, ancak gâlle fazlas, payla t,r,l,r. Gâlle fazlas,n,n ne ekilde hesaplanaca , ise, Vak,flar Yönetmeli i m. 54^{te} gösterilmi tir²⁴. Söz konusu hükme göre, vakf,n ilgili y,la ait gayri safi gelirinden % 15 ihtiyat akçesi, hay,r art, giderleri, yönetim ve temsil pay,, tevliyet ücreti ile vak,f için yap,lan di er giderler dü üldükten sonra kalan miktar gâlle fazlas, olarak belirlenir²⁵. Ancak, mazbut vak,flarda gâlle hesab,na ili kin olarak 6111 say,l, Kanun²⁶ın 208. maddesi ile 5737 say,l, Vak,flar Kanunu²⁷nün 7. maddesine be inci f,kra hükmü eklenmi tir. Bu hükme göre, mazbut vak,flarda gâlle fazlas,, gâllere müstehakli in tespiti karar,n,n kesinle mesinden itibaren geriye dönük olarak vakf,n son be y,ll,k malvarl, ,, gelirleri ve giderleri dikkate al,narak hesaplan,r. Böylece, mazbut vak,flarda gâllere müstehak vak,f evlad,n,n gâlle üzerindeki hakk,, kanun koyucu taraf,ndan s,n,rland,r,lm, t,r²⁷. Bu sebeple, söz konusu hükmün, Anayasayla koruma alt,na al,nan mülkiyet hakk,n, ihlal etti i gerekçesi ile iptali istenmi tir. Anayasa Mahkemesi, karar,nda²⁸, hakk,n özüne dokunulmad, , sürece kamu yarar, amac,yla ve kanunla mülkiyet hakk,n,n s,n,rılabilece ine vurgu yapm, t,r. Yüksek Mahkeme²⁹ye göre, 6111 say,l, Kanun³⁰ın 208. maddesi ile 5737 say,l, Vak,flar Kanunu³¹nün 7.

219; ULUÇ, s. 43; C N, s. 63.

¹⁹ AK PEK/ALTA , s. 147-148; YENER, s. 39; ULUÇ, s. 43, 52; Gâllenin nereye harcanaca , hususunda vâk,f,n iradesi öncelikle dikkate al,n,r. Vâk,f,n iradesi tespit edilemiyorsa teamül uygulan,r. Teamülden maksat, o vakf,n önceki tarihlerdeki mütevellisinin ne yönde hareket etti idir. Ancak teamül de yoksa, gâlle, hâkim karar,yla fakirlere harcan,r. Bkz. BERK , Vak,flar, s. 84; HLM /SUNGURBEY, s. 65, 66.

²⁰ Vakfiyelerde geçen ifadeler, birer karine te kil eder; mutlak hüküm olarak görülemezler. Amaç, vâk,f,n gerçek iradesine ula makt,r. Bunun için, vakfiyenin bütüncül yorumu artt,r. Ayr,ca teamül de göz önünde bulundurulur. Vâk,f,n vakfiyede yer alan gâlle tahsisine ili kin ifadeleri tek ba ,na dikkate al,narak hüküm kurulmaz. Meselâ, vakfiye ile defterhane kayd, aras,nda çeli ki varsa, teamüle göre hareket edilir. öyle ki, gâlle, öteden beri vakfiye içeri ine de il de, defterhane kayd,na uygun olarak da ,t,lm, olabilir. Bu durumda gâlle da ,t,m,, vakfiyede yer alan arta göre de il, defterhane kayd, esas al,narak gerçekte tirilir. Bu konuda bkz. A a ,da, III, B.

²¹ BERK , Vak,flar, s. 254; EM, s. 600; YENER, s. 39, 76; ENER, s. 42; ULUÇ, s. 52.

²² Y. 18. HD. T. 08.12.2014, E. 2014/7399, K. 2014/17772; Y. 18. HD. T. 28.03.2013, E. 2013/2571, K. 2013/4873; Y. 18. HD. T. 23.09.2014, E. 2014/3548, K. 2014/13178; Y. 18. HD. T. 25.10.2002, E. 2002/7260, K. 2002/10409; Y. 8. HD. T. 06.07.2017, E. 2017/5755, K. 2017/10071; Y. 8. HD. T. 20.09.2018, E. 2017/8578, K. 2018/16045, www.legalbank.net (Eri im Tarihi: 08.05.2019).

²³ Y. 18. HD. T. 01.07.1997, E. 1997/4354, K. 1997/6922 (Akt. YENER, s. 110); Y. 18. HD. T. 11.09.2000, E. 2000/7923, K. 2000/8489, www.legalbank.net (Eri im Tarihi: 08.05.2019).

²⁴ Vak,flar Yönetmeli i m. 54: *ö(1) Mahkeme karar, ile gâlle fazlas, almaya hak kazanan vak,f evlad, veya ilgili si bulunan vak,flarda; % 15 ihtiyat akçesi, hay,r art, giderleri, yönetim ve temsil pay,, tevliyet ücreti ile vak,f için yap,lan di er giderler, vakf,n gerçekte en gayri safi gelirinden dü üldükten sonra vak,f evlatlar,na veya ilgililerine ödenecek gâlle fazlas,n,n miktar, belirlenir. (2) Gâlle fazlas,n,n hesaplanmas,nda o y,la ait gelirin tamam, dikkate al,n,r. (3) Vakf,n onar,ma ihtiyac, olan ta ,nmas, varsa, o y,l için gerçekte en gayri safi gelirinden yönetim ve temsil pay, veya tevliyet ücreti ile kanuni giderler ayr,ld,ktan sonra kalan miktar onar,ma ayr,l,r. (4) (Ek:RG-19/1/2013-28533) Temsilen yönetilen mülhak vak,flarda ayr,ca tevliyet ücreti kesilmez.ö*

²⁵ EM^e göre, gâlle fazlas,, vakf,n elde etti i gelirlerin toplam,ndan gelirlerin elde edilmesi için yap,lan giderlerin ç,kar,lmaz, sonucu elde edilir. Bkz. EM, s. 601.

²⁶ 13.02.2011 tarihli ve 6111 say,l, *öBaz, Alacaklar,n Yeniden Yap,land,r,lmaz, ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanunu ve Di er Baz, Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde De i iklik Yap,lmaz, Hakk,nda Kanunö*, 25.02.2011 tarih ve 27857 say,l, Resmi Gazete^{de} yay,mıanm, t,r.

²⁷ Anayasa Mahkemesiⁿⁱⁿ 09.05.2013 Tarihli ve E. 2011/42, K. 2013/60 say,l, Karar, (RG. T. 25.07.2014, Sa. 29071): *öi Vak,f evlad, veya ilgililerinin, vakf,n gelirlerinden vakfiyede belirtilen hay,r i lerine yap,lan harcamalar dü üldükten sonra kalan miktar üzerindeki intifa haklar, (gâlle fazlas,) bir alacak hakk, olup, bunun mülkiyet hakk, kapsam,nda de erlendirilmesi gerekir. Bu ba lamda, intifa haklar,n,n vakf,n son be y,ll,k gelirleri ile s,n,rland,r,lmaz,n,n mülkiyet hakk,na müdahale niteli i ta ,d, , aç,kt,r.ö*

²⁸ Anayasa Mahkemesiⁿⁱⁿ 09.05.2013 Tarihli ve E. 2011/42, K. 2013/60 say,l, Karar, (RG. T. 25.07.2014, Sa. 29071): *öi ntifa hakk,n,, vakf,n son be y,l içindeki malvarl, ,, gelirleri ve giderleri ile s,n,rılayan dava konusu kural,n, bireysel yarar ile kamu yarar, aras,nda aç,k ve hakkaniyete ayk,r, bir dengesizlik olu turmad, , gibi mülkiyet hakk,n,n özünü zedeleyen bir yönü de bulunmamaktadır.ö*

maddesine eklenen be inci f,kra hükmüyle, vak,flar,n varl,klar,n, sürdürebilmeleri amaçlanm, t,r. Zira, yüksek miktarda galle fazlas, ödenmesi, vak,flar,n amaçlar,n, ve faaliyetlerini sürdürebilmelerini olumsuz yönde etkilemektedir. Ayr,ca söz konusu hükmün galle fazlas, hakk,n, tamamen ortadan kald,rmad, , da aç,kt,r. Kanun koyucu, mülkiyet hakk,ndan kaynaklanan ahsî yarar ile kamu yarar, aras,nda makul bir denge kurmu tur. Aç,klan bu gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi, hükmün iptali talebini reddetmi tir.

B. Galleden Yararlananlar ve Zürrî (Evlada) Vak,f

Zürrî vak,f, vak,f gelirlerinin vâk,f,n soyundan (zürriyetinden) gelenlere tahsisi amac,yla kurulan bir tür vak,ft,r. Bu özelli i sebebiyle övlada (evladiye) vak,fö olarak da adland,r,lmaktad,r²⁹. O hâlde, bu tür vak,flarda galleden yararlananlar, vâk,f,n soyundan gelenlerdir³⁰. Ancak yukar,da³¹ da bahsedildi i üzere, galle üzerinde hak sahipli i için vâk,f,n soyundan olmak, tek ba ,na yeterli de ildir. Vâk,f,n soyundan gelmenin yan,nda vakfiyede belirtilen artlara da sahip olmak gerekir³². Bu iki ko ul kümülatiftir. Ayn, anda gerçeikle medi i sürece galleden yararlanmak mümkün de ildir.

Zürrî vak,flar, hem slâm hem Osmanl, hukukunda s,kl,kla tart, ma konusu olmu tur. Bahsi geçen tart, malar,n esas,n,, zürrî vak,flarda hay,r i lemek, ibadet gibi dü üncelerin (kurbet kasd,) bulunmad, , ve bunlar,n mirasa ili kin düzenlemeleri a mak amac,yla kuruldu u yönündeki fikir olu turmaktad,r³³. Ancak slâm ve Osmanl, hukukunda hâkim görü , zürrî vak,flar,n kurulmas,nda herhangi bir sak,ncan,n bulunmad, , yönündedir. Gerçekten de, slâm hukukunun uyguland, , dönemde ve Osmanl, uygulamas,nda zürrî vak,flar geçerli say,lm, t,r³⁴. AKGÜNDÜZ³⁵ göre, zürrî vakf,n suiistimali muhtemeldir. Fakat tek ba ,na bu durum, zürrî vakf,n caiz görülmemesinin gerekçesi olamaz. Kurulan vakf,n geçerlili i, amac, göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Amaç, miras hukuku kurallar,n,n a ,lmas, ise, zürrî vak,f geçersiz say,lmal,d,r. AK PEK/ALTA ³⁶ göre, sakl, pay,n ihlaline yol açan zürrî vak,f, mirasç,lar,n talebi ile iptal edilebilir. Zürrî vak,ftan yararlananlar,n haklar,, mülga 743 say,l, Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlü ünden sonra da korunmu tur. Ayn, ekilde, günümüzde de zürrî vak,f niteli indeki mazbut ve mülhak vak,flarda, vak,f evlatlar,n,n galle üzerindeki haklar, koruma alt,ndad,r³⁷. Vak,flar Yönetmeli i m. 53 uyar,nca, bir kimse, vakfiyede belirtilen artlara sahip vak,f evlad, oldu unu ve galle fazlas, almaya hak kazand, ,n, gösteren mahkeme karar, ile ba vuruda bulunarak kendisine galle fazlas, ödenmesini talep edebilir. Buna göre, Vak,flar Yönetmeli i m. 53'te belirtilen her iki husus mahkeme karar, ile tespit edilmedikçe galle fazlas,ndan ödeme yap,lamaz³⁸. Uygulamada, genellikle, vakfiyede belirtilen artlara sahip vak,f evlad, oldu unun ve galleye müstehikli in (hak kazan,ld, ,n,n) tespiti, tek bir davada talep konusu edilmektedir. Bu yöntem, usul ekonomisi aç,s,ndan da uygundur³⁹. Söz konusu dava *ögalleye müstehikli in tespiti davas,ö* olarak adland,r,lmaktad,r.

III. GALLEYE MÜSTEH KL N TESP T DAVASI

Zürri vak,flarda, vâk,f, genellikle evlad, ve/veya evlad,n,n evlad,ı galleden yararlan,n, ister. Bu amaçla bir vakfiye haz,rılan,r. Vakfiyede kimlerin hangi artlarla galleden

²⁹ Bkz. ÖZKAYA, s. 163; AK PEK/ALTA , s. 146; ENER, s. 41; ULUÇ, s. 49.

³⁰ Mülga 743 say,l, Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlü ü öncesinde evlatl,k müessesesi bulunmad, ,ndan, evlatl, ,n galleden yararlanmas,ndan bahsedilemez. Bkz. ENER, s. 41; ULUÇ, s. 50.

³¹ Bkz. Yukar,da, II, A.

³² ÇINAR, s. 837.

³³ Bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet: slâm Hukukunda ve Osmanl, Tatbikat,nda Vak,f Müessesesi, Türk Tarih Kurumu Bas,mevi, Ankara 1988, s. 201; ÖZKAYA, s. 163; Konu hakk,nda ayr,ca bkz. YENER, s. 34.

³⁴ AKGÜNDÜZ, zürrî vak,f lehindeki görü lerin, Hz. Peygamber'in *öfakire sadaka sadakad,r; yak,n akrabaya sadaka ise hem sadaka hem s,lad,r.ö* buyru una dayand, ,n, belirtmi tir. Bkz. AKGÜNDÜZ, s. 202; Konu hakk,nda ayr,ca bkz. ÖZKAYA, s. 93, 164; YENER, s. 34; AKI/DEM RB LEK, s. 28; ULUÇ, s. 49; ÇINAR, s. 831; DEM R, s. 27.

³⁵ AKGÜNDÜZ, zürrî vakf,n geçerlili inin kriterini *ömiras hukuku kurallar,n, a makö* ekinde ortaya koymu tur. Yazar bu görü ünü, Ebu Hanife'nin miras hukuku kurallar,na ayk,r,l, , engellemek için vakf,n tescilini zorunlu tutmas,, mam Malik'ın k,z çocuklar,n,n d, ar,da b,rak,ld, , zürrî vak,flar, geçersiz saymas,, Ömer b. Abdülaziz'in miras hukuku kurallar,n, ihlal amac, ta ,yan zürrî vak,flar, iptal etmesi olaylar, ile desteklemi tir. Bkz. AKGÜNDÜZ, s. 203.

³⁶ AK PEK/ALTA , s. 146; Ayr,ca vakfa itiraz hakk,nda bkz. DO AN, s. 136 vd.

³⁷ Bkz. Yukar,da, I.

³⁸ ÇINAR, s. 835.

³⁹ YENER, s. 35; ULUÇ, s. 56-57; Konu ile ilgili olarak ayr,ca bkz. AK PEK/ALTA , s. 150; ÇINAR, s. 836.

yararlanaca , belirtilir⁴⁰. te, vakfiyede yer alan artlar, ta ,yan vak,f evlad,n,n galleden kendisine dü en pay, talep etmek amac,yla açt, , davaya *ōgalleye müstehikli in tespiti davas,ō* denir. Bu davada, ki inin vak,f evlad, oldu u, vakf,n galleden pay almak için vakfiyede aranan artlar, ta ,d, , ve böylece galle üzerinde hakk, bulundu unun tespiti yap,l,r. Dava sonucunda verilen karar, usul hukuku yönünden bir tespit hükmü niteli indedir⁴¹.

Galleye müstehikli in tespiti davas,nda davac,, vak,f evlad, oldu unu, vakfiyede yer alan artlar, ta ,d, ,n,, bu sebeplerle galle fazlas, üzerinde hakk, bulundu unu iddia ve mahkmeden bunun tespitini talep eden kimsedir. Daval, ise, zürri nitelikteki vakf,n mazbut veya mülhak vak,f olmas,na göre de i ir. Mazbut vak,flarda Vak,flar Genel Müdürlü ü daval, olarak gösterilir. Zira, bu tür vak,flar, Vak,flar Genel Müdürlü ü taraf,ndan yönetilip temsil edilir⁴². Buna kar ,l,k mülhak vak,flarda, 5737 say,l, Vak,flar Kanunu m. 76 gere ince, vak,f yönetimi ve Vak,flar Genel Müdürlü ü birlikte daval, olarak gösterilmelidir⁴³. Çünkü, galleye müstehikli in tespiti davas,, *ōintifa hakk,ō*⁴⁴ iddias,na dayan,r. 5737 say,l, Vak,flar Kanunu m. 76^{ya} göre, mülhak vak,flarda intifa hakk, iddias, ile aç,lan davalarda daval, olarak Vak,f Yönetimi ve Vak,flar Genel Müdürlü ü gösterilir⁴⁵. Söz konusu hükümde bahsi geçen intifa hakk,, çal, mam,z bak,m,ndan galle fazlas,n, ifade etmektedir.

Galleye müstehikli in tespiti davas,nda yetkili mahkeme, vakf,n bulundu u yerdeki mahkeme; görevli mahkeme ise asliye hukuk mahkemesidir. O hâlde, söz konusu dava, vakf,n bulundu u yer asliye hukuk mahkemesinde görülür⁴⁶. Ancak mazbut vak,flar Vak,flar Genel Müdürlü ü taraf,ndan yönetilmekte oldu undan, mazbut vak,f söz konusu oldu unda yetkili mahkeme, Ankara mahkemeleridir⁴⁷. Bununla birlikte, mazbut vakf,n bulundu u yerin ba l, oldu u Vak,flar Bölge Müdürlü üne de Vak,flar Genel Müdürlü ü ad,na husumet yöneltilebilir. Dolay,s,yla, mazbut vak,flar bak,m,ndan Ankara'da dava aç,labilece i gibi, ilgili Vak,flar Bölge Müdürlü ünün bulundu u yerde de dava aç,lmaz, mümkündür⁴⁸.

Galleye müstehikli in tespiti hükmünün verilebilmesi için, davac,n,n hem vak,f evlad, olmas, hem de vakfiyede belirtilen artlar, ta ,mas, gerekir. Bu iki ko ul birlikte gerçekleşlemedi i sürece galleye müstehikli in tespiti karar, verilemez.

A. Vakf, Evlad, Olmak

Galleye müstehikli in birinci ko ulu, vak,f evlad, olma,t,r. Zira, galleye müstehak oldu unu iddia eden kimse, kendisine galle fazlas,n,n ödenmesi için, ancak vak,f evlad, oldu unu ve vakfiyeye göre galle fazlas, almaya hak kazand, ,n, tespit eden bir mahkeme karar, ile ba vuru yapabilir (Vak,flar Yönetmeli i m. 53/I). Vak,f evlad, oldu una dair mahkeme karar,, galleye müstehikli in tespiti davas, ile elde edilebilece i gibi ba ,ms,z bir dava konusu

⁴⁰ AK PEK/ALTA , s. 147-148.

⁴¹ YENER, s. 40; ÇINAR, s. 836, 841.

⁴² 5737 say,l, Vak,flar Kanununun yönetim ve temsil ekliö ba l,kl, 6. maddesinde göre, *ōMazbut vak,flar, Genel Müdürlük taraf,ndan yönetilir ve temsil edilir.ō* Hükümde geçen Genel Müdürlük, 5737 say,l, Vak,flar Kanunu m. 3 gere ince Vak,flar Genel Müdürlü ünü ifade etmektedir. Mülhak vak,flar,n her birinin ba ,ms,z tüzel ki ilikleri tan,nm, ken mazbut vak,flar Vak,flar Genel Müdürlü ü tüzel ki ili i alt,nda toplanm, t,r. Bu sebeple mazbut vak,flar, Vak,flar Genel Müdürlü ünce yönetilir ve temsil edilirler. Bkz. ULUÇ, s. 901, 902; ÖZTÜRK, Men eâ ve Tarihi, s. 117, 118; AKI/DEM RB LEK, s. 23-24; ÖZKAYA, s. 171, 174; DEM R, s. 32; ALTA , s. 90; ER , s. 250.

⁴³ Galleye müstehikli in tespiti davas,nda otaraflarö için bkz. ÇINAR, s. 835-836; YENER, s. 41; Bu konuda ayr,ca bkz. Bkz. USLU, Kaz,m: K,sa Aç,klama ve Özet Yarg, Kararlar, ile Birlikte Eski ve Yeni Vak,flar Mevzuat,, Adalet Yay,nevi, Ankara, Mart 2014, s. 35; EM, s. 527.

⁴⁴ Burada bahsi geçen intifa hakk,, e ya hukukuna ait teknik bir terim olan intifa hakk, ifadesinden fakl, bir anlam ta ,maktad,r. Bkz. ÇINAR, s. 831; Y. 18. HD. T. 22.10.1996, E. 1996/9171, K. 1996/9183 (Akt. EM, s. 648-650); Bu konuda ayr,ca bkz. SÜEREN, s. 99-100; Çal, mam,z bak,m,ndan intifa hakk,, 5737 say,l, Vak,flar Kanununun ötan,m,larö ba l,kl, 3. maddesinden tan,m,lanm, t,r. 5737 say,l, Vak,flar Kanununun ötan,m,larö ba l,kl, 3. maddesinde göre, *ōntifa hakk,, Mazbut ve mülhak vak,flarda, vakfiyelerindeki artlara göre ilgililere b,rak,lm, galle fazlalar, ve haklar,, ifade eder.ō*

⁴⁵ Mülhak vak,flarda Vak,f Yönetimi ve Vak,flar Genel Müdürlü ünün birlikte daval, olarak gösterilmesi hususunda bkz. Y BK. T. 04.03.1959, E. 1959/3, K. 1959/18 (Akt. ULUÇ, s. 183).

⁴⁶ YENER, s. 41; EM, s. 516, 523; Galle alaca , için aç,lan davalar,n, idari de il, adlî yarg, alan,na girdi i ve görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi oldu u hususunda bkz. YENER, M. Serhat/USLU, Kaz,m: Mazbut ve Mülhak Vak,flarda Vakfiyeden Do an Haklara li kin Davalar, 1. Bask,, Statü Yay,nc,l,k, Ankara, ubat 2013, s. 53.

⁴⁷ Bkz. USLU, s. 35; EM, s. 523; YENER/USLU, s. 55-56.

⁴⁸ Bkz. YENER/USLU, s. 57.

da yap,labilir. Esasen, galleye müstehikli in tespiti davas,nda, davac,n,n galleye hak kazan,p kazanmad, ,na dair bir tespit hükmü verilir. Ancak bu hükmün verilebilmesi için, davac,n,n vak,f evlad, olup olmad, ,n,n da saptanmas, artt,r. Bu durumda, hâkim, davac,n,n vak,f evlad, olup olmad, ,na da karar vermek zorundadır. Bununla birlikte, ba ,ms,z bir davayla, sadece vak,f evlad, oldu unun tespitine dair bir talep söz konusu olabilir. Uygulamada bu dava *övak,f evladiyetinin tespiti davas,ö*⁴⁹ olarak adlandır,lr⁵⁰.

Evlad, Arapça bir sözcüktür. Çocuklar anlamına gelen evlad, veled sözcü ünün ço uludur. O hâlde, evlad denildi inde, vâk,f,n k,z ve erkek tüm çocuklar, anla ,lr⁵¹. Dolay,s,yla, bir kimsenin vak,f evlad, olup olmad, ,n,n tespitinde, nüfus kayd,, veraset ilam,, evlat listesi, mahkeme ilam, gibi deliller önemli bir role sahiptir. Ayr,ca, Vak,flar Genel Müdürlü ü nezdinde bulunan belgelerden de, aile eceresi⁵² gibi, s,kl,kla delil olarak faydalan,lmaktadır⁵³.

Galle üzerinde hak talep eden her kimse, vak,f evlad, oldu una dair mahkemece verilen bir tespit hükmü göstermek zorundadır. Galle fazlas,na ili kin talepte, ba kas,na ait tespit hükmünden yararlan,lmaz. Bu kural, Vak,flar Yönetmeli i m. 53/II⁵⁴ nin yürürlükten kald,r,lmaz, ile, *istisnas,z* bir uygulama alan,na kavu mu tur. Vak,flar Yönetmeli i m. 53/II⁵⁵ ye göre, vak,f evlad, oldu unu kesinle mi mahkeme karar,yla tespit ettirmi olanlar,n çocuklar,ndan ayr,ca vak,f evlad, olduklar,na dair bir mahkeme karar, istenmemekte idi. Bunlar hakk,nda vukuatlı, nüfus kayd, esas al,narak i lem yap,lr⁵⁴. 19.01.2013 Tarihli Vak,flar Yönetmeli inde De i iklik Yap,lmaz,na Dair Yönetmelik⁵⁵ m. 4 ile, Vak,flar Yönetmeli i m. 53/II yürürlükten kald,r,lm, t,r. Bahsi geçen hükmün yürürlükten kald,r,lmaz,, vak,f evlad, oldu u kesinle mi mahkeme karar,yla tespit edilmi olanlar,n çocuklar,na da, vak,f evlad, olduklar,na dair kesinle mi bir mahkeme karar, sunma zorunlulu u do urmu tur. Böylece, galle fazlas, talep edenler, vak,f evlad, olduklar,na,, yaln,zca dava yoluyla ispat edebilirler.

B. Vakfiyede Yer Alan artlar, Ta ,mak

Galleye müstehikli in ikinci ko ulu, vakfiyede yer alan artlar, ta ,makt,r. Zira, galle, kural olarak vakfiyede belirtilen artlar çerçevesinde da ,t,lr⁵⁶. Dolay,s,yla, galleye hak kazanmak için, vak,f evlad, olmak, tek ba ,na yeterli de ildir. Gerçekten de, galle ödemesi, tüm vak,f evlatlar,na de il, yaln,zca vakfiyede yer alan artlar, ta ,yanlara yap,lr. O hâlde, ki inin vak,f evlad, oldu u tespit edilmi olsa dahi, bu kimse vakfiyede yer alan artlar, ta ,m,yorsa, galleye ili kin talepleri reddedilir⁵⁷.

Vak,f evlad,n,n galleye hak kazanmas, için ta ,mas, gereken artlar, kural olarak vakfiyenin içeri indeki ifadelerden anla ,lr. Dolay,s,yla, söz konusu ifadelerin ne anlama geldi inin tam ve do ru olarak saptanmas,, galleye müstehikli in tespiti davas, bak,m,ndan büyük bir öneme sahiptir⁵⁸. Bu amaçla, bahsi geçen davalarda, mahkemelerce, Vak,flar Genel Müdürlü ünden vakfiyenin ilgili k,s,mlar,n,n sadele tirilmi hali talep edilir⁵⁹. Ancak unu da belirtmek gerekir ki, vakfiyelerde geçen ifadeler, birer karine te kil eder; mutlak hüküm olarak görülemezler⁶⁰. Amaç, vâk,f,n gerçek iradesine ula makt,r. Bunun için, vakfiyenin bütüncül yorumu artt,r. Ayr,ca teamül de göz önünde bulundurulur. Vâk,f,n vakfiyede yer alan galle tahsisine ili kin ifadeleri, tek ba ,na dikkate al,narak hüküm kurulmaz. Meselâ, vakfiye ile defterhane kayd, aras,nda çeli ki varsa, teamüle göre hareket edilir. öyle ki, galle, öteden beri

⁴⁹ Bu dava için, *övladiye davas,ö* ifadesi de kullan,lmaktadır. Bkz. EM, s. 646; ALLAHVERD , s. 321; AK PEK/ALTA , s. 149; ULUÇ, s. 56.

⁵⁰ Vak,f evladiyetinin tespiti davas, sonucunda verilen karar, usul hukuku yönünden bir tespit hükmü niteli indedir. Bkz. AK PEK/ALTA , s. 149-150; YENER, s. 34; EM, s. 646; ULUÇ, s. 56; ÇINAR, s. 836, 841.

⁵¹ ENER, s. 41.

⁵² Bkz. Y. 18. HD. T. 20.02.2006, E. 2006/858, K. 2006/1124 (Akt. EM, s. 612).

⁵³ Vak,f evladiyetinin tespitinde delil hususu için bkz. YENER, s. 36; EM, s. 646; ALLAHVERD , s. 321; AK PEK/ALTA , s. 149; ULUÇ, s. 57.

⁵⁴ Bu konuda bkz. AK PEK/ALTA , s. 150; YENER, s. 34-35; ULUÇ, s. 58; SÜEREN, s. 100.

⁵⁵ RG. T. 19.01.2013, Sa. 28533.

⁵⁶ BERK , Vak,flar, s. 84; ENER, s. 42; ULUÇ, s. 52.

⁵⁷ Y. 18. HD. T. 10.06.2010, E. 2010/5391, K. 2010/8762; Y. 18. HD. T. 23.03.2010, E. 2010/2418, K. 2010/4627; Y. 18. HD. T. 11.03.2010, E. 2010/2066, K. 2010/3652; Y. 18. HD. T. 02.03.2010, E. 2009/12014, K. 2010/3175 (Akt. EM, s. 602, 603); Y. 18. HD. T. 24.12.1991, E. 1991/551, K. 1991/368 (Akt. YENER, s. 78).

⁵⁸ ÖZKAYA, s. 164; Ayn, yönde bkz. ÇINAR, s. 837, 839.

⁵⁹ YENER, s. 42.

⁶⁰ BERK , Vak,flar, s. 46.

vakfiye içeri ine de il de, defterhane kayd,na uygun olarak da ,t,lm, olabilir. Bu durumda galle da ,t,m,, vakfiyede yer alan arta göre de il, defterhane kayd, esas al,narak gerçekte tirilir⁶¹.

A a ,da, vakfiyelerde yer alan baz, ifadelerin ne anlama geldi ine dair aç,klamalara yer verilmi ve kimlerin galleden ne oranda pay alaca ,na ili kin baz, kurallar derlenmi tir⁶²:

- ❖ Galle baz, kimselere tahsis edilmi , fakat kime hangi oranda pay verilece i belirtilmemi se, galle, bunlar aras,nda e it da ,t,l,r. Meselâ, evlada art k,l,nan galle üzerinde, k,z ve erkek evlatlar e it oranda hak sahibidirler. Böyle bir durumda, erkek evlat, k,z evlattan daha fazla pay alamaz.
- ❖ Vâk,f, vakfiyede, galleden yararlanacaklardan birinin hissesini aç,kça belirtmi , fakat di erlerinin hissesi hususunda herhangi bir beyanda bulunmam, olabilir. Bu durumda, vâk,f,n gösterdi i ki iye, belirtmi oldu u hisse verilir; geriye kalan, di erlerine da ,t,l,r.
- ❖ Vakfiyede galleden yararlanacaklar ismen zikredilmi olabilir. Bu hâlde, galle fazlas, üzerinde, sadece vakfiyede ismi geçenler hak talebinde bulunabilir. Bunlar,n d, ,nda bir kimseye, vak,f evlad, olsa dahi, galle fazlas,ndan pay verilmez. smi zikredilen kimse öldü ünde ise, pay, fakirlere kal,r.
- ❖ Vakfiyede galleden yararlanacaklar için baz, özel artlar öngörülebilir. Vâk,f,n belirtti i bu artlara uymak zorunludur. Örne in, vâk,f, galleden, sadece Müslüman olan evlatlar,n,n yararlanmas,n, art ko mu olabilir. Bu durumda gayrimüslim evlat(lar) galle fazlas,ndan pay alamaz⁶³. Benzer ekilde, vakfiyede aç,kça belirtmek suretiyle sadece belirli s,fatlara sahip evlatlar,n galle fazlas,ndan pay almas, kabul edilebilir⁶⁴.
- ❖ Vakfiyede yer alan iki art,n birbiriyle çeli mesi ve bunlar,n ayn, anda tatbikinin imkâns,z olmas, durumunda, ikinci art öncekini hükümsüz k,lar. Vâk,f,n iradesi, son beyan,na göre tespit edilir.
- ❖ Vâk,f,n beyanlar,n,n mefhum-, muhâlifi ile yorumlanmas, caizdir⁶⁵. Meselâ, vâk,f, vakfiyede, vakf,n,n gallesini zürriyetine tahsis etti ini belirtmi fakat ayn, zamanda galleden sadece belirtmi oldu u yerde ikamet eden evlatlar,n,n yararlanabilece ini beyan etmi olabilir. Bu durumda, galleden, vâk,f,n belirtmi oldu u yerde ikamet etmeyen evlatlar, pay alamaz.
- ❖ Vâk,f, galle üzerinde hak sahipli i aç,s,ndan bat,n tertibi (ku ak/nesil s,ras,) düzenleyebilir. Bu düzenleme, vakfiyelerde genellikle *öbatnen bade batn,nö* veya *öelâkrebü felâkrebö* ekinde ifade edilir. Vakfiyede bat,n tertibinin öngörülme olmas, durumunda, üst nesilde bir kimse hayatta iken alt nesilden biri galle fazlas,ndan pay alamaz. Ancak bir nesilde yer alan tüm bireylerin ölmesi durumunda alt nesil galle fazlas, üzerinde hak talep edebilir. Dolay,s,yla, vâk,f,n en az bir çocu unun sa olmas,, torunlar,n,n galle fazlas,ndan pay almas,n, engeller. Vâk,f,n birden fazla çocu unun oldu u varsay,m,nda, bunlardan birinin ölmesi hâlinde, ölenin galle fazlas, üzerindeki hakk, vâk,f,n di er çocuklar,na geçer. Vâk,f,n ölenin çocu unun altsoyunun hayatta olmas, da bu durumu de i tirmez. Zira, bat,n tertibi bulundu undan, vâk,f,n en az bir çocu u hayatta oldu u sürece torunlar,ndan itibaren

⁶¹ Meselâ, vakfiyede vakf,n gallesinin vâk,f,n yaln,zca evlad,na tahsisi öngörülme olmas,na ra men defterhanede galle evlad,ma ve evlad-, evlad,ma ekinde art k,l,nm, olabilir. Bu durumda teamül uygulan,r. Galle, öteden beri da ,t,ld, , ekinde da ,t,l,r. Bkz. BERK , Vak,flar, s. 83.

⁶² Bahsi geçen aç,klamalar ve kurallar için bkz. BERK , Vak,flar, s. 85 vd.; H LM /SUNGURBEY, s. 53 vd.; ÖZKAYA, s. 164-167; YENER, s. 41; EM, s. 600, 601; ENER, s. 41, 42; ÇINAR, s. 840, 841; AK PEK/ALTA , s. 148, 149; BALLAR, s. 1167; ER , s. 207, 208; ULUÇ, s. 50 vd.

⁶³ Vâk,f,n bu konuda aç,kça özel bir art öngörmedi i durumlarda, galle üzerinde hak sahipli i bak,m,ndan, müslim ve gayri müslim evlat(lar) aras,nda herhangi bir fark bulunmamaktad,r. Buna göre, aksi vâk,f taraf,ndan art k,l,nmad,kça, müslim ve gayri müslim evlat(lar) galleden e it pay al,r,lar. Bkz. BERK , Vak,flar, s. 97; ENER, s. 42; ÖZKAYA, s. 166.

⁶⁴ Meselâ, fukara olan evlada veya sadece k,z evlada ekinde özel baz, artlar öngörülerek galle tahsisi gerçekte tirilebilir. Bkz. BERK , Vak,flar, s. 97; ÖZKAYA, s. 166.

⁶⁵ Baz, meseleler ve mefhum-, muhalifinden ç,kan sonuçlar için bkz. BERK , Vak,flar, s. 111, 112.

altsoyu galle fazlas,ndan pay alamaz⁶⁶. Aç,klamalar,m,z bat,n tertibinin öngörüldü ü durumlarda tüm nesiller için geçerlidir. öyle ki, vâk,f,n bat,n tertibi öngörmesi hâlinde, kaç,nc, nesil oldu una bak,lmaks,z,n, üst nesilde bir kimsenin varl, , alt nesildekilerin galle fazlas,ndan pay almas,na engeldir⁶⁷.

- ❖ Vakfiyede, *ðvâkf,m,n gallesini veledime art eyledimö* denilerek veled sözcü ü bir kez kullan,lm, sa, vâk,f,n sadece k,z ve erkek çocuklar, galle fazlas,ndan pay al,r. Vâk,f, veled sözcü ünü bir kez kullanarak galle fazlas,n,n da ,t,m,n, birinci nesil ile s,n,r,l, tutulmu tur. Böyle bir durumda, vâk,f,n torunlar,ndan itibaren altsoyu galle fazlas, üzerinde hak talep edemez. O hâlde, vâk,f,n k,z ve erkek çocuklar,n,n tamam, öldü ünde galle fazlas, üzerindeki paylar, fakirlere kal,r.
- ❖ Vakf,n,n gallesini veledine art eyleyen vâk,f,n çocu u yok, fakat torunu varsa, galle, k,z ve erkek torunlar,na e it da ,t,l,r⁶⁸. K,z ve erkek torunlar,n,n altsoyu ise galleden pay alamaz. Vâk,f,n çocu u dünyaya gelirse bu andan sonraki galle çocu una tahsis edilir.
- ❖ Vakfiyede *ðvâkf,m,n gallesini veledime ve veledi veledime art eyledimö* denilerek veled sözcü ü iki kez kullan,lm, sa, galleden yararlananlar, vâk,f,n birinci ve ikinci nesil altsoyu ile s,n,r,land,r,lm, demektir. Bir ba ka ifadeyle, galle fazlas,ndan, vâk,f,n sadece erkek ve k,z çocuklar, ile erkek ve k,z torunlar, pay alabilir. Birinci ve ikinci nesilde kimsenin kalmamas, durumunda galle fazlas, fakirlere kal,r.
- ❖ Vakfiyede *ðvâkf,m,n gallesini veledime, veledimin veledine onun veledine art eyledimö* denilerek veled sözcü ü üç kez kullan,lm, sa galle fazlas,ndan sadece üç nesil de il, bütün nesiller yararlan,r.
- ❖ Vakfiyede *ðvâkf,m,n gallesini evlad,ma art eyledimö* denilerek evlat kelimesi bir kez zikredilmi se, galle, kural olarak vâk,f,n yaln,zca k,z ve erkek çocuklar,na kal,r. Bu durumda, vâk,f,n torunlar,ndan itibaren altsoyu galle fazlas,na hak kazanmaz. Vâk,f,n k,z ve erkek çocuklar,n,n tamam,n,n ölümü sonras,nda galle fakirlere kal,r. Ancak vâk,f,n, *ðgalleme, neslen badeneslin evlad,ma art eyledimö* ifadesini kullanmas, durumunda, evlat kelimesi bir kez zikredilmi olmas,na ra men, vâk,f,n k,z ve erkek çocuklar, ile birlikte ikinci derece evlad, (ahfad,)⁶⁹ da galleye hak kazan,r. Bu ko ulda, bunlar,n tamam, galleye müstehak evlatt,r.
- ❖ Vakfiyede *ðvâkf,m,n gallesini evlad,ma ve evlad-, evlad,ma art eyledimö* denilmek suretiyle evlat lafz, iki kez zikredilmi se, galle fazlas,ndan bütün nesiller yararlan,r. Bu ko ulda, üçüncü ve sonraki nesiller dahi galleye müstehak evlatt,r,lar ve galleden pay al,r,lar.
- ❖ Vakfiyede geçen *ðnesilö, ðzürriyetö* ve *ða iretö* ifadeleri ayn, manaya sahiptir. Vâk,f, gellenin nesline, zürriyetine veya a iretine tahsis edilmesini art ko mu sa, galleden bütün nesiller yararlan,r. Bu durumda, vâk,f,n k,z ve erkek altsoyu galleden e it pay al,r.
- ❖ Vâk,f, vakfiyede ögallenin ak,bine tahsisini öngörmü olabilir. Ak,b, bir kimsenin k,z ve erkek çocuklar, ile erkek çocuklar,n,n altsoyunu ifade eder⁷⁰. Bu durumda,

⁶⁶ Ancak bat,n tertibinin (ku ak/nesil s,ras,) düzenlendi i hallerde dahi, vâk,f, galleye hak kazanm, evlad,n,n ölümü durumunda hissesinin bunun evlad(lar),na payla t,r,lmaz,n, öngörebilir. Bu yönde bir art, caizdir ve galle, söz konusu arta uygun olarak da ,t,l,r. Bu durumda, galleye hak kazanan evlad,n ölümü ile, onun hissesi ayn, bat,nda bulunan di er evlatlara de il, kendi evlad(lar),na da ,t,l,r. Gallenin bu ekilde da ,t,m,, ilgili bat,ndaki tüm evlatlar,n ölümü ile son bulur. Bu andan itibaren, galle üzerinde hak sahipli i, sonraki ku a a geçmi tir. Konu hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz. BERK , Vak,flar, s. 95, 96; H LM /SUNGURBEY, s. 55-56; ÖZKAYA, s. 166.

⁶⁷ *ðMeselâ vâkf, vakf,m,n gallesini batnen baðde batnin avlâd,ma ve evlâd-, evlâd,ma art eyledim dise batn-, evvelde evlâd-, sulbiyye mevcûd iken batn-, sâlide bulunan evlâda galle-i vakfdan hisse verilmez. Kezâlik batn-, sâlide evlâd mevcûd iken batn-, sâlide bulunan evlâda hisse verilmez. Bütûn-, sâire dahi bu k,yâs üzredir.ö* Bkz. H LM /SUNGURBEY, s. 54.

⁶⁸ BERK öye göre bu durumda vâk,f,n yaln,zca erkek çocuklar,n,n çocuklar, galleden pay alabilir. Bkz. BERK , Vak,flar, s. 94.

⁶⁹ Ahfad, bir kimsenin erkek ve k,z çocuklar,n,n o lunu ve k,z,n, (evlad,n,n evlad,n,) ifade eder. Bkz. BERK , Ali Himmet: Vakfa Dair Yaz,lan Eserlerle Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen Ist,lah ve Tâbirler (Ist,lah ve Tâbirler), Vak,flar Genel Müdürlü ü Ne riyat,, Do u Ltd. ti. Matbaas,, Ankara 1966, s. 1; H LM /SUNGURBEY, s. 6; BERK , Vak,flar, s. 287.

⁷⁰ Ak,b lafz,n,n manas, için bkz. Bkz. BERK , Ist,lah ve Tâbirler, s. 3; BERK , Vak,flar, s. 287.

galleden, vâk,f,n k,z ve erkek çocuklar,n,n yan,nda yaln,zca erkek çocuklar,n,n altsoyu faydalanabilir. Vâk,f,n k,z çocu unun altsoyu galleden pay alamaz.

IV. GALLE FAZLASININ ÖDENMES

Vak,f evlad,, galle fazlas, üzerindeki pay,n,n ödenmesi için, galleye müstehak evlat oldu unu gösteren mahkeme karar,yla ba vuru yapmal,d,r. Ba vuru, mülhak vak,flarda mülhak vak,f yöneticisine; mazbut vak,flarda ise, ilgili Vak,flar Bölge Müdürlü üne yap,lmal,d,r. Ancak Vak,flar Genel Müdürlü ünce temsilen yönetilmekte olan bir mülhak vak,f söz konusu ise, ba vuru, mülhak vak,f yöneticisine de il, ilgili Vak,flar Bölge Müdürlü üne yöneltilmelidir (Vak,flar Yönetmeli i m. 53/I, a ve b). Zira, mülhak vak,flar,n her birinin ba ,ms,z tüzel ki ilikleri tan,nm, ken mazbut vak,flar, Vak,flar Genel Müdürlü ü tüzel ki ili i alt,nda toplanm, t,r. Bu sebeple, mazbut vak,flar, Vak,flar Genel Müdürlü ünce yönetilir ve temsil edilirler⁷¹. Baz, mülhak vak,flar ise, ba ,ms,z bir tüzel ki ili e sahip olsa dahi Vak,flar Bölge Müdürlü ünce temsilen yönetilirler⁷².

Vak,f evlad,n,n galle fazlas,na hak kazand, , tarih, galleye müstehakli in tespitine ili kin ilk derece mahkemesi karar tarihidir. Ancak, galle fazlas,na hak kazan,lan tarih ile buna ili kin ödemenin yap,laca , tarih farklı,k göstermektedir. Zira, galle fazlas,na ili kin ödeme için, mahkeme karar,n,n kesinle mesi beklenir. Ödeme, galleye müstehakli in tespitine ili kin mahkeme karar,n,n kesinle mesini müteakip yap,l,r (Vak,flar Yönetmeli i m. 55/I). Galleye müstehak vak,f evlad, oldu unu kesinle mi mahkeme karar,yla ispat edenlere, ba vurular, sonucunda, galle fazlas, hesaplanarak⁷³ mazbut vak,flarda Vak,flar Genel Müdürlü ünün onay,ndan, mülhak vak,flarda ise kesin hesap,n tasdikinden sonra 15 gün içerisinde y,ll,k olarak ödeme yap,l,r (Vak,flar Yönetmeli i m. 55/II). Ancak ilk derece mahkemesinin karar,ndan itibaren ödeme an,na kadar geçen zaman diliminde galle fazlas,n,n emanet bir hesapta izlenmesi sa lanabilir. Bunun için, ilk derece mahkemesi karar,n,n ilgili vak,flar bölge müdürlü üne ya da mülhak vak,f yöneticili ine tebli edilmesi art ve yeterlidir (Vak,flar Yönetmeli i m. 56/I).

Galle fazlas,na ili kin talepler, be y,ll,k hak dü ürücü süreye tabidir⁷⁴. Galleye müstehakli i mahkeme karar,yla tespit edilmi olanlar, galle fazlas, üzerindeki haklar,n,, karar,n kesinle mesinden itibaren be y,l içerisinde talep etmelidirler. Aksi hâlde, galle fazlas,na yönelik talep hakk, dü er⁷⁵. Hak dü ürücü sürenin dolmas, sebebiyle talep edilemeyen galle fazlas,, Vak,flar Yönetmeli i m. 57 gere ince vakf,n hesap,na gelir kaydedilir. Be y,ll,k hak dü ürücü süre, 5737 say,l, Vak,flar Kanunu'nun 7. maddesine 6111 say,l, Kanun⁷⁶un 208. maddesi ile eklenen f,krada öngörölmü tür⁷⁷. Ayr,ca, 6111 say,l, Kanun⁷⁸un 209. maddesi ile 5737 say,l, Vak,flar Kanunu'na öGeçici Madde 10ö eklenmi tir. Eklenen bu hükümle, be y,ll,k hak dü ürücü sürenin, Geçici madde 10'un yürürlük tarihinden (25.02.2011) önce aç,lm, ve devam eden galle fazlas,n,n ödenmesine ili kin davalarda da uygulanmas, kabul edilmi tir. Bunun üzerine, 6111 say,l, Kanun⁷⁹un 208 ve 209. maddelerinin anayasaya ayk,r,l, , iddias,yla iptaline yönelik dava aç,lm, t,r. Anayasa Mahkemesi, karar,nda⁷⁸, be y,ll,k hak dü ürücü

⁷¹ ULUÇ, s. 901, 902; ÖZTÜRK, Men eâ ve Tarihi, s. 117, 118; AKI/DEM RB LEK, s. 35; ÖZKAYA, s. 171, 174; DEM R, s. 32; ALTA , s. 90; ER , s. 250.

⁷² AKI/DEM RB LEK, s. 36.

⁷³ Galle fazlas,n,n hesaplanmas, hakk,nda bkz. Yukar,da, II, A.

⁷⁴ 5737 say,l, Vak,flar Kanununun 7. maddesine 6111 say,l, Kanun⁷⁶un 208. maddesi ile eklenen f,kra uyar,nea öngörölen be y,ll,k sürenin hak dü ürücü süre niteli inde oldu u hususunda bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 09.05.2013 Tarihli ve E. 2011/42, K. 2013/60 say,l, Karar, (RG. T. 25.07.2014, Sa. 29071); Anayasa Mahkemesi'nin 06.07.2017 Tarihli ve 2014/5871 Numaral, Emine Görgülü Ba vurusu (RG. 08.09.2017, Sa. 30174); YHGK. T. 12.11.2014, E. 2013/1095, K. 2014/897, www.legalbank.net (Eri im Tarihi: 08.05.2019); ÇINAR, s. 845.

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 06.07.2017 Tarihli ve 2014/5871 Numaral, Emine Görgülü Ba vurusu (RG. 08.09.2017, Sa. 30174); *öí Kanunda öngörölen 5 y,ll,k süre hak dü ürücü süre oldu undan, galle almaya müstehak vak,f evlatl, ,n,n tespitine ili kin karar,n kesinle mesinden itibaren ayet 5 y,ll,k süre içerisinde dareye hiçbir ba vuru yap,lmama, sa talep hakk, dü ecektir.ö*

⁷⁶ 13.02.2011 tarihli ve 6111 say,l, *öBaz, Alacaklar,n Yeniden Yap,land,r,lmas, ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanunu ve Di er Baz, Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde De i iklik Yap,lmamas, Hakk,nda Kanunö*, 25.02.2011 tarih ve 27857 say,l, Resmi Gazete'de yay,mlanm, t,r.

⁷⁷ 5737 say,l, Vak,flar Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü f,kras, olarak kabul edilen bu hükme göre, *ö nifa haklar,na ili kin talepler galle fazlas, almaya hak kazan,ld, ,n, gösteren mahkeme karar,n,n kesinle ti i tarihten itibaren be y,l geçmekle dü er.ö*

⁷⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 09.05.2013 Tarihli ve E. 2011/42, K. 2013/60 say,l, Karar, (RG. T. 25.07.2014, Sa. 29071).

sürenin, vak,flar,n amaçlar,n, ve faaliyetlerini gerçekle tirebilmesinin önünü açmak ve de y,llarca dava tehdidi alt,ndan kalmalar,n, engellemek amac,yla öngöröldü ünü belirtmi tir. Yüksek Mahkemeöye göre, galleye müstehikli i kesinle mi mahkeme karar,yla tespit edilenlerin, hak kazand, , galle fazlas,n, uzun bir süre geçtikten sonra talep etmesi, vakf,n amaçlar,n, ve faaliyetlerini gerçekle tirmesini zorla t,rmaktad,r. Bu husus kamu düzeniyle ilgilidir. Dolay,s,yla, kanun koyucunun, hak kazan,lan galle fazlas,n,n talebi için bir süre s,n,r, öngörmesinde kamu yarar, bulunmaktad,r. Ayr,ca, öngörülen hak dü ürücü süre, galleye müstehikli in tespitine ili kin davan,n aç,lmaz,n, engellemez. İgili hükümlerle, sadece dava sonucunda verilen kesinle mi karar,n gereklerinin yap,lmaz,na ili kin ba vurunun belli bir süre içerisinde gerçekle tirilmesi zorunlulu u getirilmi tir⁷⁹. Aç,klanarak gerekçelerle, be y,ll,k hak dü ürücü sürenin öngöröldü ü 6111 say,l, Kanunün 208. maddesi ile 5737 say,l, Vak,flar Kanununun 7. maddesine eklenen dördüncü f,kra hükmünün iptali isteminin reddine karar verilmi tir. Bu davada, 6111 say,l, Kanunün 209. maddesi ile 5737 say,l, Vak,flar Kanununa eklenen öGeçici Madde 10ün iptaline yönelik talep de reddedilmi tir. Anayasa Mahkemesiöne göre, be y,ll,k hak dü ürücü sürenin Geçici Madde 10ün yürürlü ü tarihinden (25.02.2011) önce aç,lm, ve devam eden davalarda da uygulanmas,nda kamu yarar, bulunmaktad,r. Geçici Madde 10, kanunlar,n geriye yürümezli i ilkesi ile ba da maz de ildir. Zira, henüz kesinle memi davalarda kazan,lm, haktan söz edilemez. Geçici Madde 10 hükmünün, yürürlü ü tarihinden önce kesinle mi mahkeme kararlar, üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktad,r. Bu düzenleme, yaln,zca yürürlü ü tarihinde devam eden, kesinle memi uyu mazl,klar üzerinde etki do urur⁸⁰. O hâlde, Geçici Madde 10ün yürürlü ü tarihinden önce kesinle mi olan mahkeme kararlar,na dayal, galle fazlas, talebi hakk,nda be y,ll,k hak dü ürücü süre uygulanmaz.

V. SONUÇ

Vak,f gelirlerinden (galleden) vâk,f,n evlatlar,n,n yararlanmas, amac,yla kurulan zürri vak,flar, günümüzde mazbut veya mülhak vak,f ekinde varl, ,n, sürdürmektedir. Bununla birlikte, zürri vak,f niteli indeki mazbut ve mülhak vak,flarda, vak,f evlatlar,n,n galle üzerindeki haklar, da koruma alt,ndad,r. Bu haklar,n kullan,lmaz,na ili kin usûl ve esaslar, 5737 say,l, Vak,flar Kanunu m. 75 uyar,nca ihdas edilen Vak,flar Yönetmeli i ile düzenlenmi tir. İgili hükümler, Vak,flar Yönetmeli i m. 53 ilâ 57 aral, ,nda öMazbut ve Mülhak Vak,flarda Galle Fazlas,ö bölümü alt,nda yer almaktad,r.

Vak,ftan sa lanan gelire galle denir. Galle, vâk,f,n iradesine uygun ekilde da ,t,lmak zorundad,r. Ancak galleinin da ,t,lmaz, için, her eyden önce galle fazlas,n,n bulunmas, gerekir. Zira, galleye müstehiklik mahkeme karar,yla tespit edilmi olsa dahi, galle fazlas, bulunmad, , taktirde ödeme yap,lmaz. Galle fazlas,, vakf,n ilgili y,la ait gayri safi gelirinden Vak,flar Yönetmeli i m. 54/İte belirtilen giderler dü üldükten sonra kalan miktar, ifade eder.

Kimlere hangi artlarla galleden pay verilece i, vakfiyede belirtilir. Kural olarak yaln,zca vakfiyede yer alan artlar, ta ,yan vak,f evlad,n,n galleye müstehikli ine karar verilebilir. Ki inin vak,f evlad, oldu u tespit edilmi olsa dahi, bu kimse vakfiyede yer alan artlar, ta ,m,yorsa, galleye müstehikli ine karar verilemez. Vak,f evlad,n,n galleye hak kazanmas, için ta ,mas, gereken artlar, kural olarak vakfiyenin içeri indeki ifadelerden anla ,l,r. Dolay,s,yla bu ifadelerin tam ve do ru olarak anla ,lmaz,, galleye müstehikli in tespiti bak,m,ndan önemli bir role sahiptir. Ancak unu da belirtmek gerekir ki, vakfiyelerde geçen ifadeler, birer karine te kil eder; mutlak hüküm olarak görülemezler. Amaç, vâk,f,n gerçek iradesine ula makt,r. Bunun için, vakfiyenin bütüncül yorumu artt,r. Ayr,ca teamül de göz önünde bulundurulur. Vâk,f,n vakfiyede yer alan galle tahsisine ili kin ifadeleri tek ba ,na dikkate al,narak hüküm kurulmaz.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesiönin 09.05.2013 Tarihli ve E. 2011/42, K. 2013/60 say,l, Karar, (RG. T. 25.07.2014, Sa. 29071): öi Dava konusu kuralla, hakk,n kullan,lmaz, için hak dü ürücü süre öngörölmü olup, ki ilerin, vak,f evlad, veya ilgilisi oldu una ve galle fazlas, almak için vakfiyede belirtilen nitelikleri haiz vak,f evlad, aras,nda bulundu una ili kin dava açmalar,n, ve mahkeme kararlar,n,n uygulanmas,n, engellemedi i gibi kural,n, süresinde ba vuruda bulunan vak,f evlad,n,n intifa haklar,n, almalar,n, engelleyen bir yönü de bulunmamaktad,r.ö

⁸⁰ Anayasa Mahkemesiönin 09.05.2013 Tarihli ve E. 2011/42, K. 2013/60 say,l, Karar, (RG. T. 25.07.2014, Sa. 29071): öi Maddenin yürürlü e girmesinden önce aç,lm, davalarda da uygulanaca , belirtilen düzenlemelerin, Kanunün yürürlü ünden önce, vak,f evlad, veya ilgilisi olan ki ilerin açt,klar, davalardaki ihtilaf konusuyla ilgili tamamlanm, ve hukuksal sonuçlar do urmu kararlara bir etkisi bulunmamaktad,r. Bu nedenle, kural,n, söz konusu düzenlemelerin geriye yürütülmesi ve kazan,lm, haklar,n ihlal edilmesi sonucunu do urdu u da söylenemez.ö

Galle fazlas,na hak kazan,lan tarih, galleye müstehikli in tespitine ili kin ilk derece mahkemesi karar tarihi olsa da, galle fazlas,n,n ödenmesi için mahkeme karar,n,n kesinle mesi beklenir. Galleye müstehikli i mahkeme karar,yla tespit edilmi olanlar, galle fazlas, üzerindeki haklar,n,, karar,n kesinle mesinden itibaren be y,l içerisinde talep etmelidirler. Buradaki süre, hak dü ürücü süre niteliindedir. Be y,ll,k süre içerisinde ba vuru yap,lmad, ,nda galle fazlas,na yönelik talep hakk, dü er. Hak dü ürücü sürenin dolmas, sebebiyle talep edilemeyen galle fazlas,, Vak,flar Yönetmeli i m. 57 gere ince vakf,n hesab,na gelir kaydedilir.

KAYNAKÇA

- AKGÜNDÜZ, Ahmet: slâm Hukukunda ve Osmanl, Tatbikat,nda Vak,f Müessesesi, Türk Tarih Kurumu Bas,mevi, Ankara 1988.
- AKI, Erol /DEM RB LEK, Sevda: Sosyal ve Kültürel Hayat,m,zda Vak,flar ve İgili Mevzuat, Alfa, May,s 1996.
- AK PEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ate : Türk Medenî Hukuku Ba lang,ç Hükümleri Ki iler Hukuku, Birinci Cilt, 10. Bask,, Beta, stanbul, Eylül 2013.
- AK PEK, ebnem/ALTA , Hüseyin: öVak,flarda Evladiye Davalar,ö, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 47(1), 1998, s. 145-151.
- ALLAHVERD , Reyhan ahin: öZürri Vak,flar,n daresinde Ya anan Sorunlarö, The Journal of Academic Social Science Studies, Number: 43, Spring I 2016, p. 313-323.
- ALTA , Hüseyin: öTürkiyeöde 1926-1967 Dönemi Aras,nda Vak,f Sistemö, in Erson, Burhan (Yay,n Koodinatörü), Cumhuriyetin 80. Y,l,nda Uluslararası, Vak,f Sempozyumu (15-17 Aral,k 2003), Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 2004, s. 87-98.
- BALLAR, Suat: Yeni Vak,flar Hukuku, 4. Bask,, Seçkin, Ankara 2008.
- BERK , Ali Himmet: Vakfa Dair Yaz,lan Eserlerle Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen Ist,lah ve Tâbirler (Ist,lah ve Tâbirler), Vak,flar Genel Müdürlü ü Ne riyat,, Do u Ltd. ti. Matbaas,, Ankara 1966.
- BERK , Ali Himmet: Vak,flar (Vak,flar), Cihan Kitaphanesi, stanbul 1940.
- BOZKU , Ahsen Ar,öz: Genel Esaslar,yla Türk Hukukuönda Vak,f Müessesesi ve Sosyal Yard,mlla ma ve Dayan, ma Vak,flar,, T.C. Ba bakanl,k Sosyal Yard,mlla ma ve Dayan, ma Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, Haziran 2011.
- C N, Halil: öOsmanl, Devletinde Vak,f Hukukuö, in Erson, Burhan (Yay,n Koodinatörü), Cumhuriyetin 80. Y,l,nda Uluslararası, Vak,f Sempozyumu (15-17 Aral,k 2003), Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 2004, s. 49-70.
- ÇINAR, Ömer: öMazbut ve Mülhak Vak,flarda Galle (Gelir) Üzerinde Vak,f Evlatlar,n,n ve Di er İgililerin Hak Sahipli i ve ntifa Hakk, Hayr,ndan Fazla Olan Mülhak Vak,flar,n Aile Vakf,na Dönü türülmesiö, Prof. Dr. Cevdet Yavuzöa Arma an, C. I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara t,rmalar, Dergisi, 22(3), 2016, s. 827-855.
- DEM R, İhan: Yeni Vak,flar,n Temel Kitab,, 2. Bask,, Matsa Bas,mevi, Ankara, 2005.
- DO AN, Murat: Vak,flarda Mal Varl, ,, Seçkin Yay,nevi, Ankara, ubat 2000.
- DURAL, Mustafa/Ö ÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Ki iler Hukuku, Cilt II, 15. Bask,, Filiz Kitabevi, stanbul, Ekim 2014.
- EM, Ali: Türk Hukuk Sisteminde Vak,flar, 2. Bask,, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2011.
- HATEM , Hüseyin: öVak,f Kurumuna Hukuk Tarihi Aç,s,ndan Genel Bir Bak, ö, in Erson, Burhan (Yay,n Koodinatörü), Cumhuriyetin 80. Y,l,nda Uluslararası, Vak,f Sempozyumu (15-17 Aral,k 2003), Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 2004, s. 155-165.
- H LM , Karînâbâdîzâde Ömer/SUNGURBEY, smet: Eski Vak,flar,n Temel Kitab,, Sulhi Garan Matbaas, Varisleri Koll. ti., stanbul 1978.
- ER , Ahmet: öVak,flar (Medeni Kanunödan Önceki ve Sonraki Vak,f Nevöleri ve Hukukî Mahiyetleriö, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 1964, s. 199-280.
- KORKUSUZ, M. Refik/ ERGÜN, Ömer: öHukuksal Boyutlar, le Eski ve Yeni Vak,flarö, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12-13(16-19), 2007-2008, s. 69-


138.

- O UZMAN, M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: Ki iler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Ki iler), 9. Bas., Filiz Kitabevi, stanbul 2009.
- ÖZKAN, Cemali: Tüm Yönleriyle Dernekler ve Vak,flar, Yakla ,m Yay,nlar,, Ankara, 2000.
- ÖZKAYA, Eraslan: Eski Vak,f Hukuku, Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara, Ocak 2012.
- ÖZTÜRK, Nazif: Elmal,l, M. Hamdi Yaz,r Gözüyle Vak,flar (Elmal,l,l), Türkiye Diyanet Vakf, Yay,nlar,/163, Ankara, 1995.
- ÖZTÜRK, Nazif: Men eî ve Tarihi Geli imi Aç,s,ndan Vak,flar (Men eî ve Tarihi), 1. Bask,, Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 1983.
- SÜEREN, Erkin: öEski Vak,flar,n Hukuki Yap,s,n,n Evrimiö, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2002, s. 81-122.
- ENER, Abdulkadir: öEski Hukukumuzda Göre Evladiye Vak,flarda Gelirin Taksimiö, in Ate , brahim/Bayram, Sadi/Narince, Mehmet (Yay,na Haz,rlayanlar), XII. Vak,f Haftas, Kitab,, Ailenin E itimi ve Korunmas,nda Vak,flar,n Rolü Semineri, (5-6 Aral,k 1994, Ankara), s. 41-43.
- ULUÇ, Yusuf: Vak,flar Hukuku ve Mevzuat,, Vak,flar Genel Müdürlü ü Yay,nlar,, Ankara, 2008.
- USLU, Kaz,m: K,sa Aç,klama ve Özet Yarg, Kararlar, ile Birlikte Eski ve Yeni Vak,flar Mevzuat,, Adalet Yay,nevi, Ankara, Mart 2014.
- YENER, M. Serhat/USLU, Kaz,m: Mazbut ve Mülhak Vak,flarda Vakfiyeden Do an Haklara li kin Davalar, 1. Bask,, Statü Yay,nc,l,k, Ankara, ubat 2013.
- YENER, M. Serhat: Uygulamada Aç,klamal, Örnek Kararl, Eski Vak,f Davalar,na Giri Vakfiyeden Do an Evladiye, Galle, Tevliyet, Ücret ve S,la Davalar,, Kartal Yay,nevi, Ankara, Mart 2004.

BO ANDI İLE YERLENDİRİLEN BİRLİKTE YA AYAN E VE ÇOCUKLARIN GELİR VE AYLIKLARININ KESİLMESİ

CUT OF INCOME AND PENSION OF WIDOWS AND ORPANS
WHO LIVING TOGETHER WITH FORMER SPOUSE

Ayşe KÖME AKPULAT*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.613640>

Makale Bilgi

Gönderilme: 31/08/2019
Kabul: 02/10/2019

Anahtar Kelimeler

Sosyal Güvenlik
Hukuku,
Gelir,
Aylık,
Boşanma,
Hakkın Kötüye
Kullanılması,

Özet

2008 yılında yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun ile birlikte, sosyal güvenlik hukukumuzda önemli değişiklikler olmuştur. Bu değişikliklerden biri de gelir ve aylık bağlanmayacak hallerin düzenlendiği 56. maddede yer almaktadır. Buna göre, boşanma ve eyleyilen birlikte yaayan e ve çocuklara bağlanmı olan gelir ve aylıklar kesilir ve kendilerine önceden yapılan ödemeler ise geri alınır. 5510 sayılı Kanun'un 56. maddesinin son fıkrasındaki bu hükmün bir diğer yasal dayanağı, Türk Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılmasıdır. Ancak anılan bu kanun hükmüne dayanarak Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri tarafından yapılan incelemeler sonucu gelir ve aylıkların kesilmesinde bir takım sorunlar ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce 56. maddenin, özel ve aile yaşamını gizliliği ve etik ilkeleri dikkate alınarak titizlikle incelenmelidir. Bunun yanında, Kurum müfettişleri tarafından yapılan denetimlerin ve hazırlanan sonuç raporlarının da bazı esaslara uygun olması, birlikte yaşamın somut delillerle ispatlanması gerekir. Konu hakkında Yargıtay kararları incelendiğinde de, sorunların var olduğu görülmektedir. Bu amaçla çalışmada; konu hakkındaki çeşitli sorunlar ele alınmış, eleştiriler ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Article Info


Received: 31/08/2019
Accepted: 02/10/2019

Keywords

Social Security Law,
Income,
Pension,
Divorce,
Abuse of Right.

Abstract

By the law no 5510 inured in 2008, there happened significant changes to the Social Security law. One of those changes happened in article 56 of the law, in which the cases where income and pension are not granted is regulated. Accordingly, the incomes and pensions granted to spouses and children who are determined to live actually with the divorced spouse shall be cut. Amounts paid to such individuals shall be refunded. The legal ground for the last paragraph of Article 56 of the Law numbered 5510 has been explained as article 2/2 of the Turkish Civil Code regarding abuse of right. However, in consequence of the inspections, held by the inspectors of Social Security Institution, based on the above-mentioned article there can be some problems about cut of income and pensions. Above all, the article 56 must be studied studiously considering privacy of personal and family life and principal of equality. Additionally, inspections and the final reports held by the institution inspectors must be in accordance with some principals, and living together must be proved with concrete evidence as well. Regarding this subject, the Supreme Court indicates the existence of lots of judicial problems. Therefore in this work, some problems are analysed, some critiques and suggestions are presented.

* Dr. Ar. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,  aysekome@istanbul.edu.tr
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5271-2961>

I. G R

2008 y,1,nda yürürlü e giren 5510 say,1, Sosyal Sigortalar ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanunu¹, sosyal güvenlik alan,nda bir reform gerçekle tirmi tir. Bu kanunla birlikte, sigortal,1,k statülerinin tek bir kanunda düzenlenmesinden, sosyal güvenlik kurumlar,n,n te kilat ve i leyi ine ve yeni bir sigorta kolu olarak genel sa l,k sigortas,n,n kabul edilmesine kadar pek çok konuda önemli de i iklikler ve yenilikler yap,lm, t,r. Bu yeniliklerden biri de Kanun'un 56. maddesinde yer almaktad,r. Kurumdan gelir veya ayl,k almakta olup e inden bo and, , halde, bo and, , e iyle fiilen birlikte ya ayan e veya çocuklar,n gelir ve ayl,klar,n,n kesilece ini düzenleyen bu hükümle birlikte; daha önce sosyal güvenlik kanunlar,nda yer almayan bir gelir ve ayl,k kesme nedeni ve ba lama engeli kabul edilmi tir.

Geliri olmayan ailelerin gelir elde etmek ya da elde ettikleri gelirleri art,rılmak amac,yla, sosyal güvenlik hukuku anlam,nda yeniden hak sahibi niteli ine kavu mak için bu ve benzeri yöntemlere ba vurduklar, bilinmektedir. Kimi zaman e lerin kendi aralar,nda anla arak "kâ ,t üstünde" bo anmalar, ve daha önceki e ten ya da anne babadan ölüm geliri veya ayl, , almalar,na rastlanılmaktad,r. Bunun yan,nda, kad,n e in bo anarak, Kurumdan ayl,k almakta olan ve ya ça oldukça ileri kay,npederi ile evlenip, bu kimsenin ölmesiyle birlikte sa kalan e s,fat,yla ölüm ayl, ,na hak kazanmas, yönündeki a ,rt,c, örneklerin var oldu u da bilinmektedir. Bir di er durum ise hak sahibi niteli ine kavu mak amac,yla de il, aksine var olan hak sahibi niteli ini kaybetmemek amac,yla ortaya ç,kmaktad,r. Buna göre, anne babas,ndan ya da önceki e inden hak sahibi olarak kurumdan gelir veya ayl,k alanlar, birlikte ya amalar,na ra men medeni nikâhla evlenmeyi tercih etmemekte ve gelir ve ayl,k almaya devam etmektedir.

Ku kusuz hiç kimse, evlilik birli ini sürdürmeye ya da medeni nikâha dayanan bir birliktelik içinde bulunmaya da zorlanamaz. Zaten an,lan maddenin de bu yönde bir amac,n,n oldu u dü ünülmemelidir. 56. madde, hak sahibi olup her hangi biri ile birlikte ya ayanlar,n gelir ve ayl,klar,n,n kesilmesi ile ilgili bir düzenleme de de ildir. Düzenleme, yukar,da verilen örneklerden ilkinin, yani hak sahibi niteli ine kavu mak için e iyle bo an,p yine de fiilen birlikte ya ayanlar,n durumunu kapsamaktad,r.

Ülkemizde, Aral,k 2018 itibariyle ölen sigortal,lar,n hak sahiplerinin say,s, 3.576.046; i kazas, ve meslek hastal, , sonucu ölüm geliri alanlar,n say,s, ise 93.253 ki idir². Görüldü ü gibi 4 milyona yakla an bu say, oldukça yüksektir. Sigortal, say,s, ile aktif-pasif sigortal, dengesi de önemle dikkate al,nd, ,nda; kötü niyetli davran, larla, gerçekte hak sahibi olmamas, gerekirken hak sahibi niteli ini ta ,yan kimselerin, gelir ve ayl,k elde etmesi bir haks,z kazanç te kil etti i gibi, önemli bir kamu zarar, da do urmaktad,r. Ancak her davran, ,n, bir ön kabulde kötü niyetli davran, olarak nitelendirilmesi de mümkün de ildir. Bu nedenle an,lan 56. maddeye dayan,larak yap,lan incelemelerin ve var,lan sonuçlar,n üzerinde titizlikle durmak gerekir. Madde 56/son kapsam,nda kaç ki inin gelir ve ayl,klar,n,n kesildi i konusunda güncel veriler bulunmamakla birlikte, 2015 y,1,nda 4/1,a statüsündeki 15.488 ki inin, 4/1,b statüsündeki 684 ki inin ve 4/1,c statüsündeki 3.105 ki inin ölüm ayl, ,n,n kesildi i tespit edilmi tir³.

II. AYLI IN KES LMES AÇISINDAN KAPSAMA G REN HAK SAH B E VE KIZ ÇOCUKLAR

A. 5510 Say,1, Kanun'da Hak Sahibi Kavram,

Sosyal güvenlik hukukumuzda yaln,zca asli sigortal,lar de il, kimi zaman bu kimselerin hak sahipleri de koruma alt,na al,nm, t,r⁴. Hak sahibi, 5510 say,1, Kanun'da öSigortal,n,n veya sürekli i göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllü ü veya ya l,1,k ayl, , almakta olanlar,n ölümü halinde, gelir veya ayl,k ba lanmas,na veya toptan ödeme yap,lm,na hak kazanan e , çocuk, ana ve babaö olarak tan,mılanm, t,r (m.3/1,7.bent).

Görüldü ü gibi, s,n,rl, bir içeri e sahip olan ve yaln,zca e , çocuk ve anne babay,

¹ RG.16.06.2006, S.26200.

² Sosyal Güvenlik Kurumu: öKurumsal istatistikler, 2018ö, http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/istatistik/aylik_istatistik_bilgileri, (Eri im Tarihi: 05.07.2019).

³ <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1182434-22-bin-cift-yetim-maasi-icin-anlasmali-bosanmis>, (Eri im Tarihi: 19.06.2019).

⁴ "SÖZER, Ali Naz,m: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. Bas., Beta, stanbul 2017, S.421; ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi, Ankara 2015", s.386.

kapsayan bu tan,m, mirasç,l,k kavram,ndan farklıdır⁵. Kanunda hak sahibi olarak tan,m,lanan bir kimsenin bulunmaması, halinde, sigortal,n,n ba ka bir yak,n,n,n ölüm ayl, ,ndan veya gelirinden yararlanmas, mümkün de ildir⁶. Öte yandan, hak sahibi ve mirasç,l,k kavram, birbirinden farklı oldu undan, miras, reddeden ki ilerinin, hak sahibi olarak gelir ve ayl,ktan yararlanmas,na da bir engel yoktur⁷. Zira, miras,n reddi (TMK. m.605) mülkiyet hakk, ile ilgili olup miras hukukunun konusunu olu turmaktayken, ölüm geliri ve ayl, , ba lanmas, ise bir sosyal güvenlik hakk, olup sosyal güvenlik hukukunun konusudur⁸. Ancak mirasç,l,ktan ç,karma (TMK. m.510) ve mirastan yoksunluk (TMK. m.578) konusunda 56. maddenin ilk fıkras,ndaki düzenlemenin de dikkate alınmas, gerekir. Buna göre, hak sahibi olan kimselerin "sigortal,y, kasten öldürdü ü veya öldürmeye teebbüs etti i veya sürekli i göremez hale ya da malûl duruma getirdi i" bir yarg, karar,yla tespit edilmi se; bu kimselere bir gelir ve ayl,k ödenmeyecektir. Bunun gibi, sigortal, veya hak sahibine kar , a ,r bir suç i ledi i veya bunlara kar , aile hukukundan do an yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi nedeniyle ölüme ba l, bir tasarrufla mirasç,l,ktan ç,kar,ld, , mahkeme karar,yla sabit olan kimseler de hak sahibi niteli ine dayanarak gelir ve ayl,k elde edemeyecektir⁹.

E , çocuk ve anne baban,n hak sahibi olabildi i durumlar, aktif sigortal,n,n ya da Kurumdan sürekli i göremezlik geliri veya malûllük ve ya l,l,k ayl, , alan kimsenin ölümü halinde söz konusu olur. Bu durumda, Kanunun gerekli k,ld, , ko ullar,n da sa lanmas,yla bu kimselerin hak sahiplerine, gelir veya ayl,k ba lan,r ya da toptan ödeme yap,l,r.

Sigortal,n,n ölmesiyle birlikte hak sahibi niteli inin kazan,lmas, ilk olarak i kazas, ve meslek hastal, , sigorta kolunda kar ,m,za ç,kar. Buna göre, i kazas, veya meslek hastal, , sonucu veya sürekli i göremezlik geliri almakta iken ölen sigortal,n,n e , çocuk ve anne babas, ölüm gelirine hak kazan,r (5510 say,l, Kanun m.16, Sosyal Sigorta lemleri Yönetmeli i¹⁰ m.42)¹¹. Hak sahibi niteli inin kazan,lmas, ikinci olarak, ölüm sigortas,n,n artlar,n,n (5510 say,l, Kanun m.32) gerçekte mesiyile birlikte ortaya ç,kar. Kurumla belirli bir ili ki içinde olan (ayl,k veya gelir almakta olan) ya da Kuruma belirli miktarda prim ödemi olan kimsenin ölmesi halinde bunlar,n e , çocuk ve anne babas, ölüm ayl, ,na hak kazan,r.

Sonuç olarak, sosyal güvenlik hukukumuzda "hak sahibi" kavram,, ölüm olgusuyla birlikte ortaya ç,kan, ölenin e , çocuk ve anne babas,yla s,n,rl, olan, mirasç,l,k statüsü ile örtü meyen, i kazas, ve meslek hastal, , ile ölüm sigortas, kollar,ndan yararlanma imkân, veren bir kavramdır.

B. E ve Çocuklar,n Hak Sahipli i

nceleme konumuz olan 56. maddenin son fıkras,, e ile malûl durumda olmayan ve e itim durumuna göre 18, 20, 25 ya ,n, dolduran k,z çocuklar,n hak sahibi oldu u durumlarda uygulama alan, bulur. Zira, i kazas, ve meslek hastal, , ya da ölüm sigortas, kapsam,nda hak sahiplerinin hangi artlarla gelir ve ayl,ktan yararlanaca , Kanunun "Ölüm ayl, ,n,n hak sahiplerine payla t,r,lmas," ba l,kl, 34. maddesinde düzenlenmi tir ve bu maddede ölüm geliri ve ayl, ,na hak kazan,lmas, bak,m,ndan anne veya baban,n evli olmamas, gibi bir hüküm getirilmemi tir (m.34/1,d). Bu nedenle anne baban,n bo and, , e iyle fiilen birlikte ya amas, gelir ve ayl, ,n kesilmesi bak,m,ndan önem ta ,maz. Bunun gibi a a ,da ayrınt,l, olarak açıkl,nd, , üzere, erkek çocuklar bak,m,ndan ölüm gelirine ve ayl, ,na hak kazanmak medeni duruma de il, e itim ve ya art,na ba land, ,ndan, erkek çocuklar,n bo anmas, ile gelir ve ayl,k ba lanmas, aras,nda bir ilgi bulunmamaktadır.

⁵ ASLANKÖYLÜ, Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanunu erhi, (erh), C.1, Bilge Yay,nevi, Ankara, 2013, s.946.

⁶ ARICI, s.390.

⁷ KESER, Hakan: 5510 Say,l, Sosyal Sigortalar Ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanunu I , ,nda Miras,n Reddinin, Mirastan Iskat,n Ve Sigortal,n,n Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Ba lanacak Ölüm Ayl, ,na Etkisiö, Legal HSGHD, S.19, 2008, s.1042.

⁸ TUNCAY, A.CAN/EKMEKÇ , Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19.B, Beta, stanbul 2017, s.558; U AN, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esaslar, (Temel Esaslar), Seçkin, Ankara 2009, s.245.

⁹ KESER, s.1026 vd.

¹⁰ RG.12.5.2010, S.27579

¹¹ Ayrınt,l, bilgi için bkz. TUNCAY/EKMEKÇ , s.414; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali R,za/CAN KL O U, Nur en: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bas., Beta, stanbul 2018, s.394.

Dul e in hak sahibi olmas, için ölüm tarihinde sigortal, ile yasal bir evlilik birli inin bulunmas, aran,r. Ayr,ca bu e in, kad,n ya da erkek olmas, önemli de ildir. Dul kalan e in ölüm ayl, , veya gelirinden yararlanabilmesi bak,m,ndan aranan tek art ise sonradan evlenmemi olmas,d,r (m.34/1,a). Dul e in, sigorta kapsam,nda bir i te çal, mas, ya da gelir ve ayl,k elde etmesi, Kurumdan gelir veya ayl,k ba lanmas,na engel olmaz. Bu durumda yaln,zca dul e e ba lanan gelir veya ayl, ,n oran, azal,r¹². Dul e in yeniden evlenmesi ayl, ,n kesilmesine yol açsa da bu evlili in de ölüm veya bo anma ile sona ermesi halinde yeniden ayl, a hak kazan,lmaz,n,n önünde bir engel yoktur¹³. Ayr,ca Kanun, sonraki evlili in de ölümle sona ermesi halinde, dul e e, kendisine ba lanacak ayl,k bak,m,ndan bir tercih hakk, vermi tir (m.54/1, a-(7)). Bu aç,klamalar , , nda, çal, ma konumuz olan m.56/son hükmünün ki i bak,m,ndan kapsam,na giren ilk ki i dul e olacakt,r. Bu kimsenin, yeniden evlenmesi nedeniyle kesilen ölüm ayl, ,, bo anmas, üzerine tekrar ba lanacak ancak bu bo anmaya ra men fiilen birliktelik devam ediyorsa 56. madde gere ince gelir ve ayl,klar kesilecektir.

Sigortal,n,n "evlilik birli i içinde do an çocuklar,, sigortal, taraf,ndan evlat edinilmi , tan,nm, , soyba , düzeltilmi , babal, , hükme ba lanm, çocuklar, ile sigortal,n,n ölümünden sonra do an çocuklar," hak sahibi olarak de erlendirilir (m.34/2). Kad,n sigortal,lardan do an çocuklar evlilik birli i içinde do mu olup olmamas,na bak,lmaks,z,n kapsamda yer al,r¹⁴. Hak sahibi olabilmek için k,z veya erkek çocuk olmak gibi bir temel ko ul aranmamaktad,r. Çocuklar,n hak sahipli i bak,m,ndan ortak art, "5. maddenin birinci f,kras,n,n (a), (b) ve (e) bentleri hariç¹⁵ 5510 say,l, Kanun kapsam,nda veya yabanc, bir ülke mevzuat, kapsam,nda çal, mamak veya kendi sigortal,l, , nedeniyle gelir veya ayl,k ba lanmam, " olma,t,r. Kanun, hak sahibi olmak için ya bak,m,ndan da bir s,n,rlama getirmi ve "18 ya ,n,, lise ve dengi ö renim görmesi halinde 20 ya ,n,, yüksekö renim yapmas, halinde 25 ya ,n, doldurmayanlar,n" ayl, a hak kazanacaklar,n, düzenlemi tir (m.34/1,b-(1))¹⁶. Ancak ayn, maddede k,z çocuklar, bak,m,ndan bu kurala bir istisna getirilmi ve "ya lar, ne olursa olsun" evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan bo anan veya dul kalan k,z çocuklar,n,n ölüm ayl, ,na hak kazanaca , belirtilmi tir (m.34/1,b-(3))¹⁷. Böylece erkek çocuklar, bak,m,ndan Kanunda belirtilen ya lar,n doldurulmas, ile ölüm ayl, , alma hakk, ortadan kalkarken, k,z çocuklar, bak,m,ndan bu hak "evli olmamak" kayd,yla devam etmektedir¹⁸.

Kanun hükmü gere ince, e itim durumuna göre 18, 20 ve 25 ya s,n,rlar,n, a mam, olan çocuklar,n, ayl, a hak kazanmas, bak,m,ndan evli olup olmamas,n,n bir önem ta ,mad, ,; bir ba ka ifadeyle, e itime devam eden çocuklar,n bu ya s,n,rlar, içinde ve evli olmalar, halinde ayl,klar,n,n kesilmeyece i sonucuna var,lmal,d,r. Ancak ya ,, belirtilen bu ya lardan daha büyük olan tüm erkek çocuklar,n ve evli olan k,z çocuklar,n ayl,ktan yararlanmas, mümkün de ildir. Bunun yan,nda Kanun, ayn, maddenin 3 numaral, alt bendinde, cinsiyet, e itim durumu, ya ve medeni hale bak,lmaks,z,n "çal, ma gücünü en az %60 oran,nda yitirip malül oldu u anla ,lan çocuklar,n" da ölüm ayl, ,na hak kazanaca ,n, düzenlemi tir. K,z çocuklar, da dahil, bu çocuklar evli olup olmad, , önem ta ,maks,z,n ölüm ayl, ,ndan yararlan,r. Tüm bu aç,klamalar , , nda, gelir ve ayl,klar,n kesilmesine ili kin m.56/son hükmünün kapsam,na giren çocuklar,n, Kanunda say,lan ya lar, doldurmu , malül durumda olmayan ve evli olmakla birlikte sonradan bo anan k,z çocuklar, oldu unu ifade etmek gerekir.

¹² SÖZER, s.434; TUNCAY/EKMEKÇ , s.536; GÜZEL/OKUR/CAN KL O LU, s.611.

¹³ ARICI, s.391

¹⁴ SÖZER, s.434; U AN, Temel Esaslar, s.230.

¹⁵ An,lan bu bentlere göre, ceza infaz kurumlar,nda çal, anlar; ç,rak ve stajyerler, k,smi zamanl, çal, t,r,lan ö renciler ve KUR kursiyerlerinin k,smi sigortal,l, , hak sahipli ine engel de ildir.

¹⁶ 2018 y,l,nda 7103 say,l, Kanun ile getirilen bir hüküm ile, hak sahibi çocuklardan e itim durumuna göre, 18, 20 veya 25 ya ,n, doldurmayanlar,n m.4/1,a kapsam,nda sigortal, say,lmalar,n,n ayl,k ba lanmas,na engel olmayaca , aç,kça düzenlenmi tir (m.34/1, son cümle).

¹⁷ Hükmün e itlik ilkesine ayk,r,l,k yönünden incelenmesi hakk,nda bkz. OKUR, Ali R,za: öSosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dallar,ö, Çal, ma ve Toplum Dergisi, S.8, 2006, s.119; MUTLAY, Faruk Bar, : Sosyal Sigorta Yard,m,lar,na Hak Kazanma Ko ullar, ve E itlik lkesi, Beta, stanbul 2014. s.291.

¹⁸ K,z çocuklar,na sa lanan bu güvencenin Türk toplumunun yap,s,na ba l, olarak farklıla t,r,lm, bir uygulama oldu u yönünde ALPER, Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku. 9.B, Dora, Bursa 2018, s.300.

III. GELİR VE AYLI İN KESİLMESİNE İLAK KANUN KÖLÜ: BÖLÜNDÜ İ EYLEMLERİN BİRLEŞTİRİLMESİNE AMAÇ

A. Düzenlemenin Amacı,

Ölüm geliri ve aylık, hak kazanılmaması, bakımından, 5510 Sayılı Kanun'un getirdiği düzenlemeler incelendiğinde, sigortalının ölümü ile dul kalan ekinin ve geliri bulunmayan kız çocukların evli olmadıkları, süre boyunca korunmalarının amaçlandığı, açıklanmıştır. Bir başka ifadeyle, dul e ve kız çocukların bakımından hak sahipliğindeki ilk ve ortak kölü, "evli olmamaktır". Aranan bu kölünün temelinde, e veya kız çocuğunun evlenmesiyle, kimsenin de olsa ekonomik bir güvenceye kavuşması, einden ekonomik destek göreceği varsayımı, yer almaktadır.¹⁹ Ancak yukarıda açıklanmış gibi, hak sahibi olan bu kimselerin, hak sahibi sıfatını, korumak veya yeniden kazanmak için bölmektedirler, buna rağmen evlilik birliğinde olduğu gibi fiilen birlikte yaşamaya devam ettikleri geçmişten günümüze bilinen bir ülke gerçektir. Gerek 506 sayılı Kanun'da gerekse diğer sosyal güvenlik kanunlarında bu çeşitliliklerin gelir ve aylık kesilmesine yol açması, ilkinin bir hüküm bulunmaması, nedeniyle, bölmek, eylemiyle fiilen birlikte yaşamayan bu kimseler süreç boyunca gelir ve aylıktan yararlanmaya da devam etmektedir. Konu hakkında geçmiş dönemde de çok sayıda ihbar ve şikâyet olması, Kurum tarafından da tespitler yapılmaması, rağmen ilgililer hakkında bir işlem yapılmaması, muvazaa tespit edilerek kesilen aylıklar da mahkeme kararlarıyla yeniden bağlanması, tır.²⁰ Ancak bu imkân, 5510 sayılı Kanun'la birlikte ortadan kalkması, ve gelir ve aylık kesilmesinde yeni bir dönem başlaması, tır.²¹

5510 sayılı Kanun'un "Gelir ve aylık bağlanmayacak haller" başlıklı, 56. maddesinin konuya ilkinin son fıkrası, "Einden bölmek, halde bölmek, eylemiyle fiilen birlikte yaşamayan, belirlenen e ve çocukların bağlanması olan gelir ve aylıklar, kesilir. Bu ki ilere ödenmesi olan tutarlar, 96 nc, madde hükümlerine göre geri alınır." eklindedir. Anılan 56. madde, "Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kollarına İkin Ortak Hükümler" başlıklı, 7. bölümde yer aldığı, ndan, hem kısa hem de uzun vadeli sigorta kollarından doğan hak sahipliği bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim hükümde de "gelir ve aylıkların" kesilmesi düzenlendiğinden, Kurum tarafından ödenenin ölüm geliri veya ölüm aylığı olması, bir fark yaratmayacaktır.

Hüküm, Kanunun tasarımı metninin ilk halinde yer almazken; Sayılı, Çalınması ve Sosyal İler Komisyonu tarafından kabul edilen metinde "ölüm geliri veya aylık, bağlanması için einden bölmek, belirlenen e ve çocuklara" ibaresine yer verilmiştir. Ancak esas komisyon olan Plan ve Bütçe komisyonundan geçen metin, bugün için kanunlaşmış olan metindir ve bu hükmün gerekçesi olarak, "einden bölmek suretiyle babasından maaş bağlanan ancak bölmek, eylemiyle fiilen beraber yaşamayanların gelir ve aylıklarının kesilmesi ile ilgili hususların, uygulamada hakkın kötüye kullanılması, önlemek" gösterilmiştir.²² Hemen belirtmeliyiz ki, her ne kadar gerekçede "babasından maaş bağlanan" kimselerden bahsedilse de, önceki ekinin sigortalı olması, nedeniyle gelir ve aylık alanlar da bu kapsamdadır.

Hakkın kötüye kullanılmaması, dürüstlük (objektif iyi niyet) kuralının tamamlayan ve hukuk düzeninde her alanda kendisini gösteren genel ve evrensel bir hukuk ilkesidir. Nitekim Türk Medeni Kanununda, "herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğu ve bir hakkın açkça kötüye kullanılmaması, hukuk düzeni tarafından korunmayacağı, " açkça düzenlenmiştir (m.2). Kuşkusuz bu ilke sosyal güvenlik hukuku alanında da uygulama alanı bulur.

Düzenlemenin hakkın kötüye kullanılmaması, ilkesine dayandığı, Hukuk Genel Kurulu kararlarında da belirtildiği ve düzenlemeyle hakkın kötüye kullanılmaması, uygulamaların engellenmesi istendiği, bu amaçla gerçekleştirilmesi için kötüye kullanılmaması, varlığı, belirlendiği takdirde, "ilgiliyi haktan yararlandırmama; hakkın kötüye kullanılması, durumunda

¹⁹ ÖZDEMİR, Halil: öYarg. Kararlar, I, nda 5510 Sayılı, Yasanın 56/son Maddesi Bölmek, Eylemiyle Birlikte Yaşamayanın Gelir ve Aylık Kesilmesi İncelemesi, Sicil Hukuku Dergisi, S.29, 2013, s.193.

²⁰ ÖZMEN, Tolga: ö5510 Sayılı, Kanunun 56. Maddesinin İkinci Fıkrasına Yönelik Bir İnceleme: Bölmek, Eylemiyle Birlikte Yaşamayanın, Saptanan Hak Sahibi E ve Çocuklara Tahsis Yapılmaması, Bu Ki ilere Bağlanması, Olan Gelir ve Aylıkların Kesilip Yersiz Ödenen Tutarların Geri Alınması, Sicil Hukuku Dergisi, S.26, 2012, s.103

²¹ CENTEL, Tankut: öBölmek, Eylemiyle Fiilen Birlikte Yaşamayanın Aylık Kesilmesi öAnayasa Kararında Bir Ülke Gerçeği, Sicil Hukuku Dergisi, S.25, 2012, s.190.

²² <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1139m.htm>, (Erişim Tarihi:01.07.2019).

hak sahipli inin ortadan kalkmas, ve dolay,s,yla gelir veya ayl,k ba lanmamas, esas,n,n kabul edildi i" aç,klanm, t,r²³.

Taraflar,n iradesine ili kin (gelir veya ayl,k almak, hak sahibi s,fat,n, haks,z yere elde etmek, evlilik birli i olmaks,z,n evli gibi birlikte ya amak, bo anma iradesinin gerçek olmamas,na ra men bo anmak) herhangi bir amac,n düzenlemede belirtmemesi de bilinçli bir tercihin sonucudur. Yarg,tay kararlar,nda da, Kanun'un 56. maddesinde oldukça yal,n olarak " e inden bo and, , halde, bo and, , e iyle fiilen birlikte ya ad, , belirlenen" ibaresinin yer ald, ,, "*sade olarak kaleme al,nan metinle, hükümün uygulama alan,n,n geni letildi i" aç,klanm, t,r²⁴.* Böylece salt ekonomik gelirleri art,rnak amac,ya olmasa bile bo anmaya ra men birlikte ya ayarak Kurumdan gelir veya ayl,k elde etmek, hakk,n kötüye kullan,lmas, olarak görülmü tür. Nitekim bu husus konuya ili kin Yarg,tay kararlar,nda, bo anma iradelerine sahip olan (evlilik birli i temelinden sars,lan) veya olmayan tüm e lerin, *öí her ne sebeple olursa olsun eylemli olarak birlikte ya ad,klar,n,n saptanmas, durumunda gelirin-ayl, ,n kesilmesi zorunlulu u bulunmaktad,r"* ekinde aç,klanm, t,r²⁵. Ö retide de, bo and, , e le fiilen birlikte ya ayan ki inin bu karar, almas,nda etkili olan olgular,n niteli i ve türünün hukuk düzeni aç,s,ndan önem ta ,mayaca ,, "*hakk,n kötüye kullan,lmas,n,n hangi dürtüyle (saikle) ortaya ç,karsa ç,ks,n, sonuçta hukuk bak,m,ndan sadece ve sadece kötüye kullanma olup, hukuk düzeni taraf,ndan korunmayaca ,*" ifade edilmi tir²⁶.

Maddenin yegâne gerekçesinin hakk,n kötüye kullan,lmas, olarak aç,klanmas, da baz, sorular, akla getirmektedir. İlk olarak burada kötüye kullan,lan hakk,n, bo anma ya da ayl,k alma hakk,ndan hangisinin oldu u aç,k de ildir. Ö retide, bu belirsizlik nedeniyle, bo an,lan e le fiilen birlikte ya aman,n hakk,n kötüye kullan,lmas, ile bir ilgisinin bulunmad, ,n, aç,klayan görü ler oldu u gibi²⁷, kötüye kullan,lan hakk,n bo anma hakk, oldu unu tespit eden görü ler de vard,r²⁸. Gerçekten, gelir ve ayl,k elde etmek için "evli olmamak" art,n, sa lamak amac,ya bo anma hakk,n,n kötüye kullan,ld, , ve bu hakk,n kötüye kullan,lmas, sonucu ba ka bir hak (gelir ve ayl,k) elde edildi i dü ünülebilir. Bu durumda, hiç evlenmeyerek ve do al olarak bo anmayarak, herhangi biriyle fiilen birlikte ya ayanlar,n ortada kötüye kullan,lan bir bo anma hakk, olmad, , için, hakk,n kötüye kullanmad, , ve dolay,s,yla maddenin kapsam, içinde bulunmad, , sonucuna var,labilir. Ancak medeni hâli bekâr olan her iki grup aras,nda, bo anm, olan, hakk,n kötüye kullanan olarak kabul etmek bir e itsizlik yarat,r.

Herhangi birisiyle evlilik birli i olmaks,z,n uzun süren bir birliktelik ya ayan ve birlikte olunan bu ki inin ekonomik deste ini alan, ortak bir aile ekonomisini payla an hak sahibi e ve k,z çocuklar,n,n da gelir ve ayl,k almaya devam etmek amac,ya evlenmemeyi tercih etmesi mümkündür. Ö retide hakk,n kötüye kullan,lmas, kabul edildi i takdirde bu durumun da bir kötüye kullan,lma oldu u ve gelir ve ayl,k,klar,n kesilmesinin gerekti i ifade edilmi se de²⁹ kan,mca m.56/2 hükmünün aç,k düzenlemesi kar ,s,nda bu görü ü payla mak mümkün de ildir. Kald, ki bu durumda, evlenmemeyi tercih etmenin hangi gerekçeye dayand, ,n, tespit etmek, birlikteli in ne kadar sürerse bir kötüye kullan,m anlam,na geldi ini aç,klamak güçtür. Esasen bu tart, ma, hükmün genel olarak öhangi yetkiyle ve ne ölçüde özel ya ama müdahale edilece iö belirsizli inden de kaynaklanmaktad,r³⁰. Medeni nikâhl, ya da nikâhs,z bir birlikteli in gerçek amac,n,n, ba ka ki iler taraf,ndan belirlenmesi olanaks,z oldu u gibi, bu belirleme özel ya ama müdahale anlam,n, ta ,yacakt,r.

E lerin gelir veya ayl,k almak amac,ya bo anmalar,n,n muvazaal, bir bo anma oldu u, bunu da hukuk düzenin korumayaca ,n, belirten görü ler varsa da³¹ kanuni düzenlemenin

²³ Y.HGK. T.21.2.2018, E.2017/10-2388, K.2018/315 ve T.6.4.2016, E.2015/21-422, K.2016/496.

²⁴ Y.21.HD. T.27.11.2014, E.2014/14826, K.2014/25330, Y.10.HD. T.19.09.2013, E.2012/25354, K.2013/16783.

²⁵ Y.21.HD. T.17.01.2019, E.2018/5254, K.2019/173.

²⁶ CENTEL, s.195; Ayn, görü te AHLANAN, Fevzi: "Bo and, , E iyle Birlikte Ya ayan,n Ayl, ,n,n Kesilmesi", Tekstil veren Dergisi, S.118, 2018, s.6; AYDIN, Ufuk: öSosyal Sigortalar,n Genel Hükümleri ve Türleri Aç,s,ndan Yarg,tay'ın 2015 Y,l, Kararlar,n,n De erlendirilmesiö, Yarg,tay'n Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlar,n,n De erlendirilmesi 2015, On ki Levha, stanbul 2017, s.807.

²⁷ TUNCAY/EKMEKÇ, s.559.

²⁸ CENTEL, s.193; AYDIN, s.807.

²⁹ ÖZDEM R, s.194

³⁰ CENTEL, s.192

³¹ ASLANKÖYLÜ, Resul: öE inden Bo and, , Halde E iyle Fiilen Birlikte Ya amakta Olanlar,n Gelir ve Ayl,klar,n,n Kesilmesi (Gelir ve Ayl,k)ö, Yarg,tay Dergisi, Cilt 2, Say, 4, 2012, s.114; TURAN, Ercan: "5510 Say,l, Yasa'n,n 56/son Maddesindeki Düzenlemenin, Anayasal E itlik ve Özel Ya ama Sayg, lkeleri Yönünden De erlendirilmesi", Sicil Hukuku Dergisi, S.19, 2010, s.127; U AN, Fatih: "Sosyal Sigortalar,n Genel Hükümleri

amac, n, n, muvazaal, bo anmalara bir yapt, r, m getirmek oldu unu savunmak güçtür. Zira "muvazaal, bo anma" kavram, hukuken mümkün görünmemektedir. Evlilik, her ne kadar bir sözleşme dayansa da bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan ve evliliğe son veren bo anma, dava yoluyla mümkün olabilmektedir. Böylece taraflar, n bo anmas, n, hukuk düzeninde sa layan mahkeme karar, n, muvazaal, olarak nitelendirmek isabetli de ildir. Ö retide de düzenlemenin temelinde muvazaan, n de il hakk, n kötüye kullan, lmas, n, n yer ald, , hakl, olarak savunulmu tur³². Gerçekten, konuya muvazaa yerine hakk, n kötüye kullan, lmas, ilkesiyle yakla , lmas, hem hukukumuzdaki muvazaa kavram, na hem de m.56/son hükmünün amac, na uygun olacaktır. Taraflar, n hangi amaçla ve hangi gerekçeyle bo anm, oldu u, e lerin bu bo anmada samimi olup olmad, , ; -ortada bir mahkeme karar, da bulunmaktayken- denetim konusu yap, lamaz. Bir an için bunun denetlenebilece i varsay, lsa bile, ba lang, çta samimi olmayan/gizlenen amaca ra men sonradan ö gerçek bir ayr, l, , nö ya anmas, ya da ba lang, çtaki ayr, l, , n sonradan bir araya gelmeyle sonuçlanmas, mümkündür. Bu nedenle, bo anmada bir muvazaa denetimi yap, lmas,, m.56/son düzenlemesinin amac, na hizmet etmez.

Yarg, tay'ın önceki kimi kararlar, nda, mahkeme taraf, ndan, bo anman, n *ö muvazaal, bir bo anma olup olmad, , n, n tespit edilmesi* yönünde açıklamalara yer verilmi se de³³ güncel kararlarda, *ö e lerin bo anma iradelerinin gerçekli i ve samimiyetinin ara t, r, l, p ortaya konulmas, n, n söz konusu olmad, , ö belirtildikten sonra, ö bo anman, n muvazaal, olup olmad, , na ili kin herhangi bir ara t, rma ve bo anma yönündeki kesinle mi yarg, karar, n, n geçerlili inin sorgulamas, yap, l mamal, ö³⁴ yönündeki ifadelerle gelir ve ayl, k kesme nedeninin muvazaaya dayand, r, l mayaca , na ve bu yönde bir ara t, rman, n yap, l mamas, gerekti ine hükmedilmi tir.*

B. Fiilen Birlikte Ya ama Olgusu ve Gelir veya Ayl, n Kesilmesine Yol Açan Birlikte Ya ama ekli

1. Genel Olarak

Fiilen birlikte ya ama, taraflar, n eylemli olarak, gerçekten bir arada ya amas, anlam, na gelmektedir. Ku kusuz maddenin konusunu olu turan bir arada ya amak olgusu; yaln, zca ortak bir fiziki mekân, n payla , lmas, de il, taraflar, n evlilik birli inde oldu u gibi eylemli bir beraberli didir. Hak sahiplerinin herhangi bir kimseyle fiilen birlikte ya ama biçimi de i ik ekillerde kar , m, za ç, kabilir. Örne in ölüm tarihinde evli olan k, z çocuk e inden bo anarak bo and, , bu e iyle, birden çok evlilik yapm, sa önceki e iyle ya da bo and, , e inden ba ka biriyle birlikte ya ayabilir. Ölüm tarihinde evli olmayan k, z çocuk da evlenmeksizin birlikte ya amay, sürdürebilir. Yine dul e , ölüm tarihinden sonra ba ka biriyle evlenip bo anarak bu ki iyle ya da üçüncü bir ki iyle birlikte ya ayabilir ya da ölüm tarihinden sonra bir daha evlenmeksizin herhangi biriyle birlikte ya ayabilir. nceleme konumuz olan m.56/son hükmü ise, bu birlikte ya ama ekillerinden yaln, zca bo and, , e iyle birlikte ya ama olgusunu konu edinmi tir. Ancak birden fazla evlilik ve birden fazla bo anma söz konusu ise madde hükmü gere i, bo an, lan herhangi bir e le fiili olarak birlikte ya ama durumunda gelir veya ayl, k kesilecektir³⁵. Maddenin yaln, zca bo an, lan e le birlikte ya amay, bir gelir ve ayl, k kesme/ba lamama sebebi olarak görmesi ancak di er fiili birlikteliklerin bu kapsamda de erlendirilmemesi, a a , da ayr, nt, l, olarak görülece i üzere³⁶, e itlik ilkesine ayk, r, l, k yönünden gerek Anayasa Mahkemesi gerekse ö reti taraf, ndan tart, , lm, t, r.

ve Türleri Aç, s, ndan Yarg, tay'ın 2011 Y, l, Kararlar, n, n De erlendirilmesi (De erlendirme)" Yarg, tay', n Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlar, n, n De erlendirilmesi 2011, Kamu , Ankara 2013, s.481.

³² CENTEL, s.193, AHLANAN, s.6, GÜZEL/OKUR/CAN KL O LU, s.625; AKBIYIK, Cem: "Bo anmaya Ra men Bo an, lan Ki i le Ya amaya Devam Edilmesi Halinde Gelir ve Ayl, klar, n Kesilmesi Meselesi", Fasikül Hukuk Dergisi, S.111, 2019, 639. Anla mal, bo anmalar bak, m, ndan muvazaan, n dü ünülebilece i ancak çeki meli bo anma davalar, nda bunun mümkün olmad, , yönünde, ÖZDEM R, s.194; CENG Z, tar: "Muvazaal, Bo anman, n Tespiti le Ölüm Ayl, , n, n Kesilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.32, 2017, s.4; DUMAN, Bar, : "Yarg, Kararlar, na Göre 5510 Say, l, Kanunun 56/Son Maddesi Uyar, nca Bo and, , E iyle Birlikte Ya ayan, n Ölüm Ayl, , n, n Kesilmesi", Ankara Hac, Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2019, s.85.

³³ Y.21.HD. T.31.10.2011, E.2010/10742, K.2011/8919.

³⁴ Y.21.HD. T.17.01.2019, E.2018/5254, K.2019/173, T.22.03.2018, E.2018/1314, K.2018/2711; 21.HD. T.31.5.2018, E.2017/5041, K.2018/5183, Y.10.HD. T.03.11.2011, E.2011/4060, K.2011/15309.

³⁵ Y.21.HD. T.14.1.2019, E.2018/65, K.2019/15.

³⁶ Bkz. Bölüm IV.

Kanunda veya sonra gelen di er düzenlemelerde, fiilen birlikte ya aman,n tan,m, yap,lmad, , gibi, bo an,lan e le birlikte ya aman,n hangi maddi ve ekli ölçülerle tespit edilece i (örne in birlikteli in ne kadar bir süre devam edece i) de belirtilmemi tir. Bu nedenle düzenlemenin içeri inin, kanunda bulunmas, gereken nesnellik ve belirginlik özelliklerinden uzak oldu u ve hak sahiplerinin hukuki güvenliklerini tehdit edecek idari uygulamalara imkân verebilece i hakl, olarak savunulmu tur³⁷.

2. Birlikte Ya aman,n Tespitinde Dikkate Al,nan Ölçütler

Gelir veya ayl, ,n kesilmesine yol açan birlikte ya aman,n ispat,, Kurum taraf,ndan yap,lmal,d,r. Zira hayat,n ola an ak, ,na göre bo anan e lerin ayr, ya ayaca , beklenir³⁸. Bu nedenle Kurumun gelir ve ayl, , kesme i lemi yapmas, için birlikte ya amay, somut delillerle ispat etmesi oldukça önemlidir. Gelir ve ayl, ,n kesilmesine/ba lanmamas,na yol açan birlikte ya ama ölçütlerinin Kanunda belirlenmemesi nedeniyle, bu belirleme ço u zaman Kurum denetim raporlar,nda ve yarg, kararlar,nda esas al,nan ölçütlerle yap,lmaktad,r.

Yarg,tay'n konuya ili kin kararlar, de erlendirildi inde birlikte ya ama olgusunun tan,mlanması, bak,m,ndan özellikle incelenen hususlar öyle s,ralanabilir: i)sona ermi evlilik birli inin hak ve yükümlülüklerinin devam etmesi, ii)bo anman,n var olan sonuçlar,n, ortadan kald,r,c, nitelikteki bir birlikteli in sürdürülmesi, iii)bir araya gelmenin yaln,zca ortak çocuklar yönünden ki isel ili kilerin yürütülmesini sa lamaya yönelik olmamas,, iv)bir araya gelmenin salt belirli aral,klarda ve günlerde zorunlu sebeplerle gerçekleşme³⁹.

Yarg,tay kararlar,nda, fiilen birlikte ya ama olgusunun ve yukar,da s,ralanan ölçütlerin tespitinde mahkemeler taraf,ndan yap,lmaz, gereken i ler tek tek say,lmakta ve pek çok karar eksik inceleme nedeniyle bozulmaktad,r. Hemen belirtilmelidir ki, bu davalarda salt taraflarca getirilme ilkesinin uygulanmas, beklenemez. Hükmün kamu düzenini ilgilendiren yönü bu davalarda re'sen ara t,rma ilkesinin ve genel bir kural olan hâkimin davay, ayd,nlatma yükümünün yerine getirilmesini zorunlu k,lmaktad,r⁴⁰.

Yüksek mahkeme taraf,ndan verilen kararlarda, fiilen birlikte ya ama olgusunun gerçekleşme ip gerçekleşme medi inin tespitine yönelik olarak yerel mahkemelerde yap,lacak ara t,rmada; "taraflar,n gösterece i tüm kan,tlar,n toplanmas,, bildirilen ve dinlenilmesi istenilen tan,klar ile kurum raporunda belirtilen kom ular,n,n ifadelerinin al,nmas,, hak sahibi ile bo and, , e inin yerle im yerlerinin saptanmas,na ili kin olarak muhtar,ktan ve nüfus müdürlüklerinden sa lanan nüfus kay,t örnekleri ile di er adres belgelerinden yararlan,lmaz,, adres de i iklik ve nakillerine ili kin bilgilere ula ,lmaz,, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin ad,na tesis edildi inin saptanmas,, seçmen bilgi kay,tlar,n,n getirilmesi, varsa çal, malar, nedeniyle resmi/özel kurum ve kurulu lara verilen belgelerde yer alan adreslerin dikkate al,nmas,, bo an,lan e in 4857 Say,l, K. kapsam,nda olmas, halinde, ad,na ödeme yap,labilecek özel olarak aç,lan banka hesap, bulunup bulunmad, ,n,n belirlenmesi, bo anan e lerin kay,tl, olduklar, bölge/bölgeler yönünden geni kapsaml, Emniyet Müdürlü ü ara t,rmas, yap,lmaz,, uyu mazl,k konusu dönemde bo anan e lerin kay,tl, olduklar, adresleri yönünden an,lan yerde görev yapm, /yapmakta olan, mahalle/köy muhtar ve azalar,ndan kanaat edinmeye yetecek kadar,n,n tan,k s,fat,yla bilgi ve görgülerine ba vurulmas,," gerekti i aç,klanm, t,r⁴¹.

Öte yandan yarg,lamada taraflar,n ispat yükünün tamamen ortadan kalkt, , da söylenemez. Çünkü i yarg,lamas,nda da esas olan taraflarca getirilme ilkesidir. Buna göre Kurum taraf,ndan, bir kimsenin gelir ve ayl,k elde etme hakk,n, kötüye kullanarak bo and,ktan sonra fiilen birlikte ya ad, , tespit edilmi se; ilgili taraf,ndan da fiilen birlikte ya aman,n olmad, , ispat edilebilir⁴². 5510 say,l, Kanun'un 59/2. maddesinde öKurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmi memurlar,n,n görevleri s,ras,nda tespit ettikleri Kurum alaca ,n, do uran olay ve bu olaya ili kin i lemler, yemin hariç her türlü delile dayand,r,labilir. Bunlar taraf,ndan düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir.ö hükmü yer ald, ,ndan,

³⁷ CENTEL, s.192

³⁸ ASLANKÖYLÜ, Gelir ve Ayl,k, s.113.

³⁹ Y.10.HD. T.6.2.2019, E.2019/447, K.2019/862; Y.10. HD. T.21.05.2018, E.2016/8180, K.2018/4974.

⁴⁰ An,lan ilkeler hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz. KÖME AKPULAT, Ay e, Mahkemelerinde Yarg,laman, Özellikleri, Oniki Levha, stanbul 2018, s.233 vd.

⁴¹ Y.10.HD. T.14.2.2019, E.2018/4880, K.2019/1221; Y.21.HD. T.27.12.2018, E.2018/5581, K.2018/9762.

⁴² CENG Z, s.10, DUMAN, s.106 ve orada an,lan Y.21.HD. T.20.02.2017, E.2016/11775, K.2017/1120 say,l, karar.

Kurum denetim raporuna dayanarak gerçekle tirilen i lemin iptali talebiyle a,lan davalarda, davac,n,n "fiilen birlikte ya ama olgusunun gerçekle medi ini" somut delillerle ispat etmesi son derece önemlidir.

Yarg,tay karar,na konu olan bir olayda, 2004 y,l,nda e inden bo an,p, 2013 y,l,nda yeniden eski e i ile evlenen davac,, vefat eden babas,ndan dolay, 01.05.2004 tarihinden itibaren yetim ayl, , almakta,yken, Kurum denetmeni taraf,ndan düzenlenen 27.11.2014 tarihli raporda, davac, ve bo and, , e inin birlikte ya ad,klar, tespit edilmi ve bu rapora dayan,larak Kurumca 01.11.2008-31.09.2013 tarihleri aras,nda ödenen ayl,klar, ve i leyen faizi içeren bir borç belirlenmi tir. Davac,n,n, Kurum i leminin iptali talebiyle at, , davada; yerel mahkeme ve istinaf mahkemesi, davac,n,n borcu olmad, ,n, tespit ederek davan,n kabulüne karar vermi tir. Bu kararlarda; davac, ve e inin ayr,l,k süresince farkl, adreslerde kay,tl, oldu u, sa l,k muayeneleri s,ras,nda farkl, adresler beyan ettikleri, davac,n,n bo anmadan önce k,z,n,n adresine ta ,nd, ,, Kurum denetim raporlar,nda davac,n,n eski e i ile fiilen birlikte ya ad, , hususunda tan,kl,k eden apartman sakinlerinin mahkeme s,ras,nda aksi yönde beyanda bulunduklar, ve dolay,s,yla ilgililerin fiilen birlikte ya ad,klar,n, gösteren somut kan,tlar bulunmad, , a,klanm, t,r. Ancak temyiz mahkemesi, davac,n,n; k,z,n,n adresinde kald, ,n,, eski e inin ya l, olmas, nedeniyle zaman zaman onun evine giderek temizlik ve yemek yapt, ,n,, bo anman,n iddetli geçimsizlik nedeniyle gerçekle ti ini beyan etmesi üzerinde durarak, önceden birlikte ya amay, do rulayan tan,klar,n hakl, bir gerekçe olmaks,z,n mahkemede bu ifadelerini de i tirdiklerini belirtmi tir. Nihayet yüksek mahkeme, 5510 say,l, Kanun'un denetim raporlar, hakk,ndaki 59/2 hükmüne de dayanarak tutana ,n aksinin ispat edilemedi ini, bu nedene davan,n reddine karar verilmesi gerekti ini a,klam, t,r⁴³. Yarg,tay benzer kararlar,nda da birlikte ya ama olgusunu tespit eden Kurum raporu kar ,s,nda, özellikle sonradan de i tirilen tan,k beyanlar,na üstünlük tan,mam, ve mahkemenin yukarda s,ralanan ara t,r,malar, yapmas,na hkmetmi tir⁴⁴.

Görüldü  gibi, an,lan bu Yarg,tay kararlar,nda, bo anan e lerin ayr, ya amas,n,n ola an oldu u ve birlikte/ayn, adreste ya aman,n 56/son kapsam,nda fiilen birlikte ya ama anlam,na geldi i kabul edilmektedir. Ancak, bo anan e lerin her türlü bir araya geli leri de fiilen birlikte ya ama olarak de erlendirilmemelidir. Örne in, ortak çocuklara ili kin yükümlülüklerin yerine getirilmesi, beraber yrtlen sosyal faaliyetlere devam edilmesi veya hastal,k ve bak,m gibi sebeplerle geçici olarak bir araya gelme fiilen birlikte ya ama say,lmamal,d,r. Yine bo anan e ler, ayr, ayr, kendi ekonomik ihtiyaçlar,n, kar ,layarak ve bir aile birli i olmaks,z,n ortak malvarl,klar, olan evde ya amaya devam edebilir. Bulunduklar, çevrenin, e inden bo anm, kad,nlara kar , olumsuz bak, a,s,ndan kurtulmak için e inin ekonomik güvencesinden yararlanmaks,z,n birlikte ya amay, sürdürebilir. Yani, bo anman,n beklenen sonuçlar,ndan, yaln,zca ayr, adreslerde ya ama art,n,n gerçekle memesi tek ba ,na gelir ve ay,k kesme nedeni olarak kabul edilmemelidir. Bu anlamda, evlilik birli i kurulmu ya da hiç sona ermemi gibi aile varl, ,n,n devam ettirilmesi⁴⁵, fiilen birlikte ya ama say,labilir. Yaln,zca ayn, adreste ya aman,n ispat,yla yetinilmeyip, birlikte ya aman,n tespitinde yukar,da s,ralanan ltlerin var olup olmad, ,n,n ara t,r,lmas, gerekir. Ku kusuz bu noktadaki sorun da, bu ltlerin ne ekilde ispat edilece idir. Tamamen zel hayata yönelik olan ve gerçek iradenin anla ,lmas,n,n oldukça güç oldu u bu durum; esasen böyle bir hükmün yerinde olup olmad, , sorusunu akla getirir.

Birlikte ya aman,n tespiti üzerine gelir ve ayl,k ileriye do ru kesilmemekte, geçmi te ödenen gelir ve ayl,klar,n da iadesi istenmektedir. Bu da ayr, bir ispat sorunu yarat,r. Taraflar,n hangi tarihten itibaren, yukar,da ortaya konulan ltlere göre birlikte ya amaya ba lad,klar, o u zaman bilinemeyece i gibi geçmi e dönük bu tür ara t,r,ma ve veri toplamalar da insan,n manevi varl, , üzerinde oldukça y,prat,c,d,r. Örne in, ba lang,ta bo anman,n çocuklar üzerindeki olas, olumsuz etkilerini ortadan kald,r,mac,yla ya da taraflar,n ayr, adreslerde ya amak için yeni bir ev aray, ,na girdikleri süreçteki birlikte ya amalar, gelir ve ayl,k elde edebilmek amac,yla hakk,n kötüye kullan,lmas, de ilken; sonradan bu niteli e brnm olabilir. Sonuç olarak, Anayasa'ya ayk,r,l,k iddias, bir kenara b,rak,lsa bile, ispat bak,m,ndan ta ,d, , belirsizlikler ve ara t,r,ma yöntemi ile elde edilen verileri de erlendirme yetkisinin

⁴³ Y.21.HD. T.6.12.2018, E.2018/5425, K.2018/9067.

⁴⁴ Y.21.HD. T.8.11.2018, E.2018/4690, K.2018/8110.

⁴⁵ ÖZDEM R, s.202.

s,n,rlar,ndaki sorunlar hükmün yerinde bir düzenleme olmad, , kanaati uyandırmaktadır.

C. Düzenlemenin Zaman Bak,m,ndan Uygulanmas,

5510 say,l, Kanun'un, 2008 y,l, Ekim ay, ba ,nda yürürlü e girmesiyle birlikte (m.108/d)⁴⁶, önceki sosyal güvenlik kanunlar,nda yer almayan m.56/son hükmü de ilk defa uygulanmaya ba lanm, t,r. Kural olarak, fiilen birlikte ya aman,n ba lamas,yla birlikte gelir ve ayl,k kesme i lemi gerçekte tirilecek ve yine bu tarihten itibaren yersiz yap,lan ödemeler 96. maddeye göre tahsil edilecektir. Ancak önceki sosyal güvenlik kanunlar,nda bu yönde bir düzenleme olmay, ,, önceki kanunlara göre hak kazan,lan gelir ve ayl,klar,n, m.56/son hükmüne göre kesilip kesilmeyece i ile Kanunun yürürlü e girdi i 2008 y,l,ndan önce ba layan fiilen birlikte ya ama durumunda gelir ve ayl, ,n hangi tarihten itibaren kesilece i sorunu ortaya ç,km, t,r.

5510 say,l, Kanun'un, önceki dönemde ba layan ve devam eden sigortal,l,k ili kileri bak,m,ndan çe itli geçi hükümleri sevk etti i bilinmektedir. Bu hükümlerden biri de geçici 1. maddedir. Madde, gelir ve ayl,klar, eski kanunlara göre ba lanalar hakk,nda "Bu gelir ve ayl,lar,n durum de i ikli i nedeniyle art,r,lmas,, azalt,lmas,, kesilmesi veya yeniden ba lanmas,nda, bu Kanunla yürürlükten kald,r,lan ilgili kanun hükümleri uygulan,r." kural,n, getirmi tir (f.2, son cümle). Bu nedenle sadece bu geçi hükmünden yola ç,karak, önceki kanunda "fiilen birlikte ya amak" sebebine dayanan bir ayl,k kesme nedeni bulunmad, ,ndan, önceki kanuna göre ba lanm, ayl,klarda bu yönde bir kesinti yap,lamayaca , dü ünülebilir. Ancak konunun, dürüstlük kural, ile yak,ndan ilgili olmas, nedeniyle; ö reti görü lerinde⁴⁷ ve Yarg,tay kararlar,nda önceki kanunlara göre ba lanalar gelir ve ayl,klar,n da kesilece i kabul edilmi tir.

Yarg,tay Hukuk Genel Kurulu karar,nda bu kabul öyle aç,klanm, t,r;

"An,lan madde uyar,nca bir hakk,n aç,kça kötüye kullan,lmas,n, hukuk düzeni korumayaca , gibi, hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayaca , ilkesi de birlikte gözetilmek suretiyle, 5510 Say,l, Yasa'n, n 56. Maddesi aç,s,ndan 01/10/2008 tarihinden önce hakk,n kazan,ld, , durumlarda, an,lan yasal düzenleme öncesinde ilgililer her ne amaçla bo anm, olursa olsun, fiili birlikteliklerini 5510 Say,l, Yasa'yla getirilen yeni düzenleme sonras,nda da sürdürdüklerinin veya söz konusu düzenlemeden itibaren an,lan tür ve nitelikte bir beraberli e ba lad,klar,n,n kan,tlanması, durumunda, i ilgililere gelir veya ayl,k tahsisi yap,lmamas,, ba lanalar gelir veya ayl, ,n kesilmesi gerekmektedir."⁴⁸

Görüldü ü gibi Hukuk Genel Kurulu, önceki dönemde hak kazan,lan ayl,klar,n, yeni düzenleme sonras,nda devam eden fiilen birlikte ya ama olgusu nedeniyle (birlikte ya aman,n ilk defa düzenlemeden sonra ya da önce ba lamas,na ba l, olmaks,z,n) kesilece ini kabul etmi tir. Kan,mca da yüksek mahkemenin ve ö retinin bu görü ü isabetlidir.

Hükmün zaman bak,m,ndan uygulanmas, hakk,nda cevaplanacak ikinci soru ise, fiilen birlikte ya aman,n Kanunun yürürlü e girdi i tarihten önce ba lamas, ve yeni düzenleme sonras,nda da devam etmesi durumunda, gelir ve ayl,klar,n hangi tarihten itibaren geri istenebilece idir. Bu konuda Hukuk Genel Kurulu ve özel daire kararlar,nda, Kanunun yürürlü e giri tarihi olan ekim ay, ba ,ndan önceye ili kin ayl,klar,n istenemeyece i kabul edilmektedir⁴⁹. Ö retide de bu görü payla,lm, t,r⁵⁰. Gerçekten, hukuki güvenlik ilkesi gere ince kanunlar, kural olarak yürürlükte bulduklar, zamandaki olaylara uygulan,r. Bu nedenle, fiilen birlikte ya aman,n henüz bir gelir ve ayl,k kesme nedeni olarak kabul edilmedi i döneme ili kin olarak, bu sebebe dayan,p bir tahsil talebinde bulunmak yerinde de ildir.

⁴⁶ Kanunun yürürlü ü hakk,nda ayr,nt,l, aç,klamalar için bkz. U AN, Fatih: 05510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanununun Yürürlük ve Uygulama Ba lang,c,na li kin Tespitlerö, Sicil Hukuku Dergisi, S.14, 2019, s.239 vd.

⁴⁷ CAN KL O LU, 2014:454, AHLANAN, s.6, AYDIN, s.807.

⁴⁸ Y.HGK. T.14.12.2016, E.10-2014/2112, K.2016/2203 ve T.14.2.2018, E.2015/10-2680, K.2018/214.

⁴⁹ Y.HGK. T.21.1.2015, E.2014/10-184, K.2015/554; "söz konusu madde 01.10.2008 günü yürürlü e girdi inden, eylemi birliktelik daha önce ba lam, olsa dahi maddenin yürürlük günü öncesine gidilmemeli, ba ka bir anlat,mla 01.10.2008 tarihi öncesine ili kin borç tahakkuku söz konusu olmamal,d,r" Y.10.HD. T.2.7.2018, E.2016/7009, K.2018/6265.

⁵⁰ AHLANAN, s.6, AYDIN, s.807.

IV. DÜZENLEMENİN ANAYASA'YA AYKIRILIK SORUNU VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Anayasa Mahkemesi'nin Konuyla İlgili Kararında Ortaya Konulan Esaslar

5510 sayılı Kanun'un, 2008 yılında yürürlüğe girmesi ve m.56/son hükmünün de uygulanmaya başlamasıyla birlikte; Kurumca gelir ve aylıklar, kesilenlerin, bu işlemlerin iptali, borçlu olmadıkları, tespiti talebiyle açtıkları, ya da takibe itiraz etmeleri üzerine Kurum tarafından itirazın iptali talebiyle bu kimselere açılan davalar, yerel mahkemelerce görülmeyle sonuçlanmıştır. Bu davalara bakan mahkemelerden, üç ayrı mahkemesi (Diyarbakır 2. Mahkemesi, E.2009/86; Zonguldak 2. Mahkemesi, E.2010/86 ve Malatya Mahkemesi, E.2010/87) benzer gerekçelerle hükmün Anayasa'nın birden çok maddesine aykırı olduğunu gerekçesiyle itiraz yoluna başvurmuşlardır. Ancak Anayasa Mahkemesi, hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını, bu karar vermiştir⁵¹.

İtiraz yoluna başvuran bu mahkemelerin itiraz gerekçelerinden ilki, emtialik ilkesi (m.10) yönünden olması ve birlikte yaayanlardan yalnızca boanın, ve işle birlikte yaayanların gelir ve aylıklarının kesilmesi, boanın eski emtialde, bu biriyile yaada hiç evlenmeyip herhangi biriyile birlikte yaayan, tercih edenlerin bu aylıklar, almaya devam etmesi söz konusu ilkeye aykırı, bulunmuştur. Hak sahibinin aylık, bu, sadece denetim raporlarındaki belirlemeye dayanılarak kesilmesini düzenleyen m.56/son hükmünün, kanunların Anayasa'ya aykırı, olamayacağı, bu, düzenleyen 11. maddeye aykırı, olduğunu da bir diğere gerekçe olmuştur. Bunun gibi, birlikte yaayan ama olgusunun araştırılması, bu ilerin aile yaayan, ve özel hayatının tartışılması, anlamına geldiğii, bu yönüyle maddi ve manevi varlık, koruma ve geliştirme hakkı ile (m.17) özel hayatın gizliliğinin (m.20) ihlal edildiğii de ileri sürülmüştür. Gelir ve aylık, kesilmesinin, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu düzenleyen 35. madde karşısında bu hakkın, kısıtlanması, anlamına geldiğii de ayrıca açıklanmıştır. Gerekçelerden bir diğere maddenin, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olmasını, düzenleyen 60. maddeye (ve buna bağlı olarak sosyal bir hukuk devleti tanımasını, egemen olduğunu 2. ve 5. maddelere) aykırı, olduğunu da itiraz gerekçeleri arasında sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin esas ilkin incelemesinde, itiraz konusu düzenlemenin hakkın kötüye kullanılması, önlemek olan gerekçesi üzerinde durulmuş ve ölüm aylığına hak kazanmak için aranan evli olmama koşulunun boanın ile alınarak; kanun koyucunun dul veya bekâr kadınlar, korumak gayesinin istismar edildiğii, ölüm aylığı, almak için gerçekleştirilen bu boanınlarda tarafların iyiniyetli davranmadığı, belirtilmiş ve bu yönüyle düzenlemenin hukuk devletine aykırı, bir niteliğii bulunmadığı, sonucuna varılmıştır. Kararda, emtialik ilkesi de açıklanmış ve kanun önündeki emtialin hukuksal durumları, ayrı olanlar için söz konusu olduğunu, bu ilke ile fiili emtial hukuksal emtialin öngörüldüğünü, evli olmadan birlikte yaayanlar ile aylık almak için hakkın, kötüye kullanılarak birlikte yaayan devamlı edenlerin, hakkı kullanmak bakımından emtial kabul edilemeyecekleri ifade edilmiştir. İtiraz konusu kural son olarak sosyal güvenlik hakkı yönünden ele alınmış, ölüm aylığı, alabilmek için öngörülen koşulun hakkın kötüye kullanılarak sağlanmaya çalışılması, sosyal güvenlik hakkıyla baadaya; "Anayasa'nın 65. maddesine göre, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini mali kaynakların yeterliliğii ölçüsünde yerine getireceğii", fiilen birlikte yaayanlara yapılan haksız ve yersiz ödemelerin de Kurumun aktüeryal dengesini olumsuz etkileyebileceğii kabul edilmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin oy çokluğuyla verdiğii bu karar, yazılan karar, oy yazılarından ilkinde, hükmün emtialik ilkesiyle baadaya madde, birisiyle evlenmeden birlikte yaayan boanın eski emtialde yaada baakan biriyile birlikte yaayan kadınların kanun karşısında bekâr sayılmaması, bunlardan sadece bir grubun farklı kurala bağlanması, emtialik ilkesine aykırı, olduğunu ifade edilmiştir. Aynı karar, oy yazısında, Kurum yetkililerince yapılan incelemenin özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine müdahale olacaktır, devletin aktüeryal dengeleri gözetirken emtialin maddi ve manevi varlık, koruma hakkına sahip olduğunu da dikkate almak zorunda olduğunu de erlendirilmiştir.

⁵¹ AYM. T.28.4.2011, E.2009/86, K.2011/70, RG. 15.12.2011, S.28143.

Karara kar , yaz,lan ikinci kar , oy gerekçesinde, ilk olarak yukar,da muvazaaa kavram, bak,m,ndan yap,lan aç,klamalara benzer olarak, kesinle mi bir mahkeme karar, kar ,s,nda muvazaadan söz edilemeyece i belirtilmi tir. Bo an,lan e le fiilen birlikte ya ama tercihinin özel hayata ili kin bir tercih oldu u ve herkesin bu tercihe sayg, gösterip sorgulamamas, gerekti i, kural,n bu yönüyle Anayasa m.20'ye aç,kça ayk,r, oldu u, di er yandan özel hayat biçimlerinden bir bölümünün hak yoksunlu u sebebi say,l,rken kalan,n bu kapsamda de erlendirilmemesinin hukuk devleti ilkesine de ayk,r, oldu u da gerekçede aç,klanm, t,r. Kar , oy gerekçesinde son olarak, itiraz konusu kural, sosyal güvenlik hakk,n, haks,z biçimde yitirilmesi sonucunu do urdu undan Anayasa'n,n 60. maddesine ayk,r, bulunmu tur.

B. Anayasa'ya Ayk,r,l,k Yönünden De erlendirme

nceleme konusu olan m.56/son hükmünün, ispata ili kin bar,nd,rd, , belirsizlikler, Kurum denetim görevlilerinin ve yarg, organlar,n,n ne ölçüde birlikte ya amaya ili kin verileri toplay,p de erlendirece inin yaratt, , sorunlar yukar,da aç,klanm, t,r. Bu sak,ncalar yan,nda, hükmün Anayasa'ya ayk,r,l, , aç,s,ndan yap,lan de erlendirmeler de dikkate al,nmal,d,r. Düzenleme özelliklerle; e itlik, özel hayat,n gizlili i ve sosyal güvenlik hakk, bak,m,ndan ele al,nmal,d,r.

1. E itlik lkesi Yönünden

E itlik ilkesinin (Anayasa m.10), herkesin kanun önünde ayr,m yap,lmaks,z,n e it olmas, anlam,na gelen mutlak e itlik yönü oldu u gibi, nisbi yönü de bulunmaktad,r ve konumuz bak,m,ndan önemli olan da nisbi e itlik anlay, ,d,r. Ayn, durumda bulunanlara ayn, i lemin yap,lmaz,, buna ba l, olarak farkl, durumda olanlar,n da farkl, i leme tabi tutulmas, nisbi e itlik anlam,na gelir. Bir ba ka ifadeyle, e it durumda olanlara e it davranmak gerekti i gibi, e it durumda olmayanlara da (e itsizlikleri ölçüsünde) farkl, davranmak gerekir. Bu yönüyle, Anayasa Mahkemesi karar,nda, "*resmi evlili i olmadan birlikte ya ayanlar ile ölüm ayl, , alabilmek için hakk,n, kötüye kullanarak resmi evlili ini bo anma ile sonland,r,p bo and, , e iyle fiilen birlikte ya ayamaya devam edenler söz konusu hakk, kullanmak bak,m,ndan*" e it say,lmayaca , aç,klanm, t,r. Ancak bu yakla ,ma kat,lmak mümkün de ildir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin ba ka kararlar,nda da e itlik ilkesiyle eylemli de il, hukuksal e itli in öngörüldü ü aç,klanm, t,r⁵². Ö retide de, buradaki e itlik kar ,la t,rmas,n,n, hukuki duruma göre medeni nikâh, olanlar ile medeni nikâh, olmayanlar aras,nda yap,lmaz, gerekti i de erlendirilmi tir⁵³.

Kan,mca da, evlenmeden herhangi biriyle beraber ya ayanlar,n durumu ile bo an,p bo and, , e i d, ,nda ba ka biriyle ya da bo and, , e iyle birlikte ya ayanlar,n durumu ayn,d,r. Zira buradaki hukuki durum medeni hâldir. Say,lanlardan yaln,zca son grupta yer alanlar,n hükmün kapsam,na girmesi, objektif ve makul bir sebebe dayanmaz ve bu yönüyle e itlik ilkesine ayk,r,l,k olu turur. Di er beraber ya ayanlar,n durumunun Kanun hükmünde yer almamas,, bu kimselerin hakk,n, kötüye kullanmad, , anlam,na da gelmez. Konu hakk,nda aç,klanm, görü llerde, hükmün e itlik ilkesine ayk,r, oldu unu ileri sürenler oldu u gibi⁵⁴; bu kimselerin e it kabul edilemeyeceklerini ve e itlik ilkesine bir ayk,r,l,k bulunmad, ,n⁵⁵, e itlik ilkesine yönelik ele tirilerde hakl,l,k pay, olsa da yasama yetkisinin asilli i prensibi gere ince hükmün kimlere uygulan,p kimlere uygulanmayaca , konusunda kanun koyucunun belirleme yetkisine sahip oldu u⁵⁶ baz, belirsizlikler bar,nd,rsa da ülke gerçekleri kar ,s,nda yerinde oldu unu savunan görü ler de vard,r⁵⁷

2. Özel Hayat,n Gizlili i Yönünden

Hükmün, özel hayat,n gizlili i ilkesi (Anayasa m.20) aç,s,ndan da de erlendirilmesi gereklidir. Belirtilmelidir ki Anayasa'ya ayk,r,l,k iddias,yla yerel mahkemelerin itiraz

⁵² AYM. T.17.5.2012, E.2011/90, K.2012/71, RG.1.1.2013, S.28515.

⁵³ CENTEL, s.193, Yazar genel olarak Anayasa Mahkemesi karar,na kat,lmakla birlikte e itlik ilkesi yönünden yap,lan de erlendirmenin sosyal gerçekler aç,s,ndan memnuniyet verici olmad, ,n, belirtmektedir.

⁵⁴ AKBİYİK, s.640, Yaln,zca nisbi de il mutlak e itlik anlam,nda da Anayasa'ya ayk,r, oldu u yönünde TURAN, s.128.

⁵⁵ CAN KL O LU, Nur en: "Sosyal Sigortalar,n Genel Hükümleri ve Türleri Aç,s,ndan Yarg,tay,n 2012 Y,l, Kararlar,n,n De erlendirilmesi", Yarg,tay,n Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlar,n,n De erlendirilmesi 2012, Kamu , Ankara 2017, s.451.

⁵⁶ U AN, De erlendirme, s.487.

⁵⁷ ÖZMEN, s.112.

gerekçeleri arasında ve karışık, oy gerekçesinde yer alsada Anayasa Mahkemesinin esasa ili kin incelemesinde, bu yönde bir de erlendirme yapılmamıştır. Ancak maddenin, fiilen birlikte ya amay, gelir ve aylık kesme sebebi olarak belirlemesi, ister istemez aile hayatı ve özel hayatı konusunu olu turur. Anayasama göre, herkesin özel hayatı ve aile hayatı saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır ve özel hayatı ve aile hayatı gizliliğine dokunulamaz. Anayasa Mahkemesi'nin de iki kararlarında, özel hayat kavramı, hakkında eksiksiz bir tanım yapmanın zorluğu ve bu yönüyle özel hayat kavramının geniş bir kavram olduğunu; bu hakkın mahremiyet hakkı, yani istenmeyen bütün müdahalelerden uzak bir özel alan hakkı anlamına geldiği gibi, kişinin sosyal bir hayat sürdürmesinin de bu hakka dahil olduğunu açıklanmıştır.⁵⁸ Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın bakımlarının gözlerinin önüne serilmemesini, resmi makamların özel hayata müdahale edememesini gerektirdiği de ayrıca ifade edilmiştir.⁵⁹

Kanunmca, maddenin özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğini de erlendirirken, maddenin amacı ile bu amaçla gerçekleştirilmesi için yapılan uygulamaların (yani maddenin tatbikinin) birbirinden ayrılmaması gerekir. Hakkın kötüye kullanılması, var olup olmadığı, tespiti ve haksız yere Kurumdan gelir ve aylık alınmasını önlenmesi gerekçesiyle bir kanuni düzenleme yapılması mümkündür. Bu düzenlemenin tatbiki için, Kurum tarafından yapılan denetim ve incelemeler; ülkenin ekonomik refahının korunmasıyla bu hakla me ru bir amaçla yapılan müdahale olarak de erlendirilebilir.⁶⁰ Kanununun hakkın kötüye kullanılması, önüne geçip, hak etmediği halde gelir ve aylık almayı engellemeyi, almasını, sa bu nedenle olu an zarar, gidermeyi amaçlayan düzenlemesinin, tek başına özel hayatın gizliliğine aykır, oldu unu söylemek mümkün de ildir.

Ki inin, herhangi biriyle ya da önceki e iyle birlikte ya amaya karar vermesi tamamen bireysel bir tercih olup maddenin bu tür ili kileri yasaklama amacı da bulunmamaktadır. Kaldı ki bu yönde yapılacak bir inceleme de yargının görev, hak ve yetki alanı içinde yer almaz.⁶¹ Nitekim Yargıtay kararlarında da

Öhak sahibinin bo and, , e iyle fiilen birlikte ya amas, her ne saikle olursa olsun, anayasal bireysel özgürlük kapsamında kalmakta ise de, Devlet sosyal görevlerini mali kaynakların yeterli i ölçüsünde yerine getirmesine dair Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca sosyal sigorta yardımları, hak kazanma koşulları, düzenleme yetkisine sahip oldu u gibi, Devletin bo anan e lerin birlikte ya amas, yasak getirmesi mümkün de il ise de bu durumda olan ki ileri sosyal sigorta yardımları, kapsam, d, ,nda bırakması mümkündür.

ifadesiyle bu husus açıklanmıştır.⁶²

Kanunun tatbiki için yani birlikte ya amanın öbeirlenmesi için yapılan denetimlerin özel hayatın gizliliğine müdahale etmesi ise ayrı bir sorundur. Gelir ve aylık artırımlarının devam edip etmediğinin tespitinin yalnızca bu maddeye özgü olarak de il, her durumda Kurum tarafından yapılan öyoklama ile belirleneceği 5510 sayılı Kanun'da getirilmi bir esastır (m.55/son). Buna göre Kurum, özel hayatın gizliliğini sınırlar, içinde bu yönde do acak hak ihlallerinin önüne geçerek öyoklama ile lemini yerine getirmelidir.⁶³ Bu i lemin yerine getirilmesindeki sınırlama, ise hükmün Anayasaya aykır, ile ilgili de il uygulamadan do an bir sorun olarak görülmelidir. Ancak tekrar belirtilmelidir ki, hükmün bu belirlemenin ne e kilde yapılacağına, fiilen birlikte ya amanın tespitinde ne ölçüde özel hayata müdahale edileceğine, kullanılacak araçların yönteminin içeriğine, herhangi bir zaman sınırlanması uyulmayacağına ili kin kurallar getirmemesi, uygulamada da belirsizliklere yol açmaktadır.

3. Sosyal Güvenlik Hakkı, Yönünden

Anayasamızın 60. maddesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu ve devletin, bu güvenliği sa layacak gerekli tedbirleri alacağı, ve te kilat, kuracağı, düzenlemesi yer almaktadır. Sosyal güvenlik hakkıyla do rudan do ruya ili kili olan bu maddeden çıkarılan

⁵⁸ AYM. T.21.1.2015, B.No:2013/9660, RG.3.6.2015, S.29375.

⁵⁹ AYM. T.20.3.2008, E.2006/167, K.2008/86, RG.25.6.2008, S.26917.

⁶⁰ TURAN, s.130.

⁶¹ U AN, De erlendirme, s.484, ÖZMEN, s.105.

⁶² Y.HGK. T.14.12.2016, E.2014/21-1568, K.2016/2136.

⁶³ CENTEL, s.193, CENG Z, s.11.

esaslar; sosyal güvenli in bir insan hakk, oldu u, sosyal güvenlik hakk,n,n herkes için tan,nd, , ve bu hakk, sa laman,n devlet için bir ödev oldu udur⁶⁴. Anayasa'n,n 65. maddesinde ise devletin sosyal güvenli i sa lama ödevinin s,n,r,na yer verilmi tir. Bu s,n,r, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlar,na uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklar,n,n yeterlili i ölçüsünde yerine getirir." hükmü ile belirtilmi tir.

Hak sahibi say,lan kimselerin, bo and, , e iyle fiilen birlikte ya ,yor olmalar, nedeniyle gelir ve ayl,klar,n,n kesilmesi sosyal güvenlik hakk,ndan mahrum kald,klar, anlam,na geldi i ve bu yönüyle Anayasa'ya ayk,r, oldu u Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna ba vuran yerel mahkemelerin gerekçeleri aras,nda say,lm, t,r. Kar , oy gerekçesinde de, kural,n "bir sosyal güvenlik hakk,n,n (ayl,k) haks,z biçimde yitirilmesi sonucunu do urdu undan", Anayasa'n,n 60. maddesine ayk,r, oldu u ifade edilmi tir. Anayasa Mahkemesinin ço unluk karar,nda ise, m.56/son hükmünün, hakk,n kötüye kullan,lmas,na engel olma amac,n, ta ,d, ,ndan ölüm ayl, , almay, hak edenler aç,s,ndan sosyal güvenli i sa lamaya çal ,man,n bir gere i oldu u ifade edilerek, hakk,n kötüye kullan,lmas,n,n sosyal güvenlik hakk,yla ilgisinin olmad, , de erlendirilmi tir. Mahkeme taraf,ndan daha sonra, Anayasa'n,n 65. maddesine yer verilmi ve Kurumun aktüeryal dengelerinin olumsuz etkilenmemesi için bu kural,n getirildi i aç,klanm, t,r. Ancak ö retide, bu durumun Anayasa m.65 ile bir ilgisinin bulunmad, ,; aksine, bo and, , e iyle fiilen birlikte ya ayanlar,n da korunmas, istenmi olsayd,, buna kar , m.65 hükmünün dayanak yap,labilece i üzerinde durulmu tur⁶⁵. Aksi görü olarak, m. 65 gere ince devletin sosyal sigorta yard,mlar,na hak kazanma konusunda düzenlemeler yapabilece i, "bo an,lan e le fiilen birlikte ya ama olgusuna müdahale edemeyecek olan devletin, yöntemince kabul edece i yasal düzenlemeyle bu tür bir ili kiyi sürdürenleri sosyal sigorta yard,mlar,ndan yoksun b,rakma yetkisine sahip oldu u" aç,klanm, t,r⁶⁶.

Sosyal güvenlik hakk,, herhangi bir ayr,m nedeni olmaks,z,n herkes için tan,nan ve toplumun bir üyesi olarak herkesi kapsam, içine almay, amaçlayan bir insan hakk, olmakla birlikte, devletin çe itli sosyal sigorta kollar,ndan yararlanmak için (sigorta statüsü, ya , cinsiyet, gelir durumu, prim ödeme gün say,s,, sigortal,l,k süresi gibi) bir tak,m artlar getirmesi mümkündür. Bu artlar, ta ,mas,na ra men, ilgili haktan yararland,r,lmamak ise sosyal güvenlik hakk,n,n ihlali anlam,na gelir. Bununla birlikte, sosyal güvenlik hakk,n,, bir hakk, kötüye kullanarak elde etmek dü ünülemez. Bu nedenle, 56. madde hükmünün amac,n,n, hakk,n, kötüye kullananlar,n gelir ve ayl,klardan yararlanmas,n, önlemek oldu u dikkate al,nd, ,nda; bu amac,n me ru bir amaç oldu u ve bu yönüyle sosyal güvenlik hakk,na ayk,r, olmad, , kabul edilebilir. Ancak hükmün yaln,zca bo and, , e iyle fiilen birlikte ya ayanlar, kapsam, ve sadece bu kimseleri hakk,n, kötüye kullananlar olarak i aret etmesi, yukar,da e itlik ilkesi aç,s,ndan yap,lan aç,klamalarla birlikte de erlendirildi inde, ölüm geliri ve ölüm ayl, ,n,n ödenmesinde bir e itsizlik yaratt, , aç,kt,r. Sosyal haklardan yararlanacak olanlardan ayn, hukuksal statüde bulunanlar,n farklı kurallara ba l, olmas, ise sosyal güvenlik hakk,na yap,lm, bir müdahale say,lmal,d,r.

V. KURUM UYGULAMASI BAKIMINDAN KABUL ED LEN GÜNCEL DÜZENLEMELER

Gelir ve ayl,k alma artlar,n,n var olup olmad, ,n,n tespitinin Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmi memurlar, (Kurum müfetti leri ve sosyal güvenlik denetmenleri) taraf,ndan yap,laca ,n, düzenleyen 55. madde yan,nda, Sosyal Sigorta lemleri Yönetmeli içinde de yoklama i lemine ili kin hükümler yer almaktad,r. Yönetmeli in 73. maddesine göre, yoklama i lemlerinin amac,, "gelir ve ayl,k alma ko ullar,n, kaybedenlerin zaman,nda belirlenerek, öncelikle bunlar ad,na yap,lan ödemelerin durdurulmas,n,, daha sonra da gelir ve ayl, ,n kesilerek varsa yersiz olarak yap,lan ödemelerin ilgili mevzuat hükümlerine göre tahsil edilmesini" sa lamakt,r. Yönetmeli in 74. maddesinde ise yoklama i leminin kapsam,na neler girdi i say,l,rken bu kapsama, e ve k,z çocuklar,ndan e inden bo and, , hâlde, bo and, , e iyle fiilen birlikte ya amad, , hususunun girdi i (m.74/1, 8. bent) belirtilmi tir. Yine 77. maddede, Kurum denetim ve kontrol görevlilerinin mahallinde inceleme yetkisine sahip oldu u ve bu yetkinin "bo and, , e i ile fiilen birlikte ya amay, sürdüren e veya k,z

⁶⁴ TUNCAI/EKMEKÇ , s.97 vd.

⁶⁵ CENTEL, s.194.

⁶⁶ U AN, s.484.

çocuklar olmak üzere, gelir ve aylık artırımların, yitirenlerin tespitini" de kapsadığı, özel olarak yer verilmiştir.

Gelir ve aylık kesilmesine yol açacak nitelikteki birliktelikler, bakanlık ile iletişime geçilerek (ALO 170), CEMER'e (Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi) yapılan ihbar ve şikayetler, doğrudan Kuruma yapılan müracaatlar, 5510 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca çeşitli kamu kurum ve kuruluşları, Kuruma gönderilen bilgiler nedeniyle ya da doğrudan Kurumun bir aracı olmayarak, gerekli görmesi üzerine denetim konusu yapılmaktadır.⁶⁷ Yapılan denetim sonucu tutulan tutanak ve hazırlanan rapor sonrasında da Kurumun ilgili birimi tarafından gelir ve aylık kesimi ile ilgili gerçekleştirilmekte ve önceden ödenen miktarlar da 96. madde esasına göre talep edilmektedir.

2013 yılına kadar, Kurum tarafından boğandığı, eylemlerle birlikte ya da, tespit edilenler hakkında kamu zararına uğratarak nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri iddiasıyla suç duyurusunda bulunulmaktayken, konuyu düzenleyen Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in⁶⁸ 5. maddesinde yapılan değişikliklerle, suç duyurusunda bulunulacak haller bakımından "boğanma nedeniyle gelir veya aylık bağlanmaması,ktan sonra boğandığı, eylemlerle birlikte ya anması," istisna tutularak bu uygulamaya son verilmiştir. Uygulamanın devam ettiği dönemde verilen Yargıtay kararlarında ise bağlanmaması kişilerin haksız çıkarılarak dolandırıcılık suçunu işlediği kabul edilmişse de⁶⁹ sonraki kararlarda, hukuken geçerli bir boğanma sonrasında eylemlerin bir arada ya anması, aylık almak amacıyla yapılan hileli davranışları, kanıtlamayacağı, bu konuda bir cezai düzenlemenin bulunmadığı, ve dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşması isabetli olarak hükmedilmiştir⁷⁰. Aynı dönemde Kurum tarafından kabul edilen 2012/40 sayılı Genelge ile de gereksiz suç duyuruları ve bu nedenle oluşan Kurum zararının engellenmesi için, bu tür bir davranışın salt Kurumu zarara sokan bir haksız fiil olması durumunda suç duyurusunda bulunulması gerek olmadığı, kabul edilmiştir.

Çalışmada yer verildiği gibi, son derece genel bir kural olan m.56/son hükmünün birlikte uygulanması neticede belirlenecek olan bir düzenleme içermemesi, birlikte ya anma durumunun doğrudan doğruya özel hayat, ilgilendiren bir durum olması, ve yapılan tespit sonucu gelir ve aylık kesilmesi ile önceki ödemelerin talep edilmesi gibi ayrı bir sonucun karışmasında, Kurum denetim raporlarının titizlikle hazırlanması, önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Geçmiş dönemde kamuoyunun dikkatini çeken ve "ev basma" gibi haberlerle gündeme gelen uygulamalara bugün için son verildiği ve adres kayıtları, çevresel inceleme, tanık ifadeleri gibi ispat araçlarıyla bu denetimin yapıldığı, tespit edilmektedir.

Konu hakkında, 22.3.2018 tarihli ve Ölüm Geliri/Aylık, veya Evlenme Ödenmesi Talebinde Bulunan E ve Kız Çocuklar, konulu Kurum Genel Yazışmasında, ölüm geliri ve aylık kesilmesinde olan e ve kız çocuklar ile ilgili olarak, boğandığı, eylemlerle birlikte ya anması, ilişkin bir ihbar ve şikayet alınması, durumunda denetime gönderilecek olan dosyaların tespitinde bazı hatalar yapıldığı, belirtilmiş ve bazı hususlara dikkat edilmesi özellikle açıklanmıştır. Buna göre, "i)TMK'na göre evlilik birliği gerçekleşmez herhangi bir nedenle birlikte ya anması kişilerle ilgili olarak kimlik paylaşım sisteminden kontrol yapılmadan denetim talebinde bulunuldu u, ii)Talepte bulunan kız çocukların öncelikle gelir/ aylık hak kazanıp kazanmadığı, tespiti yapılmadan denetime gönderildi i, iii)E ve kız çocukların boğanma tarihinin kendisinden gelir/ aylık bağlanacak olan sigortalının ölüm tarihinden önce olduğu durumlarda denetime gönderildi i, iv)Boğandığı, eylemlerinin bağlanmamasına ilişkin denetim talebinde bulunuldu u, v)Yeterli inceleme yapılmaksızın yalnızca tanık beyanlarıyla ya anma yerinde denetim yapılmadan kanaat oluşturuldu u, vi)Denetime esas bilgi ve belgelerde çelişkiler bulundu u, diğerkuramlardan ve kolluk kuvvetlerinden alınan bilgi ve belgeler ile denetim raporları arasında farklılıkların dikkate alınmadan karar verildi i, vii)Yargıtay organları, Kurum tarafından verilen kararlarda gözetilmesi gereken hususlara dikkat edilmeksizin inceleme ve denetim yapıldığı, viii)Bazı denetim raporlarının sonuç bölümlerinde kesin kanaatlerin

⁶⁷ ESEN, Bünyamin: "Yargıtay Kararları ile Sosyal Güvenlikte Anlaşılabilir Boğandımlar ve Denetimi", Legal HSGHD. S.33, 2012, s.203.

⁶⁸ RG.27.9.2008, S.27010.

⁶⁹ Y.15.CD. T.15.5.2012, E.2011/11378, K.2012/8114.

⁷⁰ Y.15.CD. T.10.5.2012, E.2012/1750, K.2012/4337.

bildirilmedi i, ix) Denetim raporlarında maddi hata boyutunu anlamak için, kimlik bilgilerinin adres bilgilerinin ve diğer esaslı unsurlardaki hataların gözlemlendiği ve hatta banka dosyasındaki kimlik bilgilerinin yer aldığı, tespit edilmiştir. Gerçekten bu yanlışlardan kaçınılarak, denetimlerde dikkat edilmesi, gereksiz yere özel hayata müdahale edilmesinin önüne geçecek gibi incelemenin sağlıklı, bir şekilde tamamlanması, bakımından önemlidir.

Son olarak, 6.11.2018 tarihli ve 2018/38 sayılı Genelgede yer alan önemli esaslar üzerinde de durmak gerekir. Kurumun, 2018/38 sayılı Genelgesinin "Boşandık, Eyley Fiilen Birlikte Yaşamayan E ve Çocukların Durum Değişiklikleri" başlıklı, 9.2.1. maddesinde uygulanan usul ve esaslar, açıklanmıştır. Maddede ilk olarak, ekinde boşanarak gelir ve aylık talebinde bulunan e ve kız çocukların gelir ve aylık bakiyelerinin gecikmeksizin gerçekleştirilmesine yer verilmiştir. Gelir ve aylık talebinde bulunan hak sahipleri hakkında, boşanmanın tüm sonuçları ortaya çıkıp çıkmadığı yönündeki bir inceleme yapılmış, ve bu inceleme nedeniyle gelir ve aylık bakiyelerinin geciktirilmesi, her şeyden önce sosyal güvenlik hakkının ihlali anlamına gelir. Bu nedenle genelgede bu hususa öncelikli olarak yer verilmesi oldukça isabetlidir. Genelgede, bu esas belirtildikten sonra, ihbar veya şikâyet olması, ya da Kurumca gerekli görüldüğü hallerde gerekli inceleme yapılarak sonuçları ile hak sahiplerinin tamamlanması açıklanmıştır.

Anılan genelgede, evlenme ödeneği üzerinde de durulmuş ve bu konuda ikili bir ayrım yapılmıştır. Buna göre, boşandıktan sonra eski eyle yeniden evlenerek evlenme ödeneği talebinde bulunan kız çocukları hakkında, inceleme sonucu oluşturulan rapora göre hak sahiplerinin sonuçlandırılacağı, bunun dışında kalan evlenme ödeneği taleplerinde ise bir ara tirma yapılmayacağı ifade edilmiştir.

Genelge'de üzerinde durulan üçüncü konu, 56/son gereğince gelir ve aylıklar, kesilenlerin yeniden gelir ve aylık bakiyelerinin talep etmesi hakkındadır. Burada üç ayrı durum üzerinde durulmuş ve bu durumlardan birinin gerçekleştirilmesi üzerine gelir ve aylık bakiyelerinin yeniden bakiyeye açıklanması, açıklanması, t.r. Sıralanan bu durumlar, hak sahibinin; i) kendisinin üçüncü bir kişiyle evlenerek boşanması, ii) birlikte yaşamadığı, tespit edilen ekinin ölmesi iii) birlikte yaşamadığı, ekinin banka birisiyle evlenmesidir. Bu halde gelir ve aylıklar; mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre bakiyelerin, sağ kenderinin boşandıktan, tarihi veya boşandıktan, ekinin ölüm veya evlenme tarihlerini takip eden ay başından, 5510 sayılı Kanun'a göre bakiyelerin talep tarihlerini takip eden ay başından itibaren, lacaktır. Bu kuralda, gelir ve aylık kesilmesine yol açan fiilen birlikte yaşamayan sona erdiği (ölüm) ya da sona ermesinin kuvvetle muhtemel olduğu (banka bir evlilik yapılmış) durumlara özgü olarak getirilmiş yerinde bir düzenlemedir.

Hak sahiplerinin, haklarında eksik ara tirma yapıldığı, ve esasen boşandıktan, ekininle birlikte yaşamadıkları, konusunda somut bilgi ve belgelere dayanan talepleri üzerine yapılacak hak sahiplerinde genelgede açıklanmıştır. Bu halde talepler, daha önce inceleme yapan sosyal güvenlik merkezine iletilecek ve yeniden inceleme yapılacaktır. Bu inceleme sonucunda ilk tespitin doğru olmadığı, anlaşılınca gelir ve aylıklar kesildiği tarihten itibaren yeniden bakiyeye lacaktır. Yeni bilgi ve belgeye dayanmayan taleplerin ise ara tirma konusu yapılmayacağı, ayrıca belirtilmiştir.

Nihayet, son olarak yurt dışındaki ikamet eden hak sahipleri üzerinde durulmuş ve "yurtdışındaki ikamet eden hak sahibinin boşandıktan, eyle fiilen birlikte yaşamayan, ya da, hakkındaki ara tirma yapılmayacaktır." kuralı getirilmiştir. Kuşkusuz bu esas, birlikte yaşamayan, tespiti bakımından yapılmış, gereken hak sahiplerinin; yurt dışındaki yaşamaları hakkında yapılmış, nın imkânsız veya güç olması, nedeniyle kabul edilmiştir.

VI. SONUÇ

Dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması, yasa dışı, evrensel ve her alanda uygulanan bir ilke olması, karışık, sosyal güvenlik hukukundan doğan haklara da bu kurala aykırı olarak erişilmesi kabul edilemez. Üstelik sosyal güvenlik hukukunda bu haksızlık, yalnızca bireysel bir etki doğurmamakta genel olarak kamuya zarar verici bir nitelikte olmaktadır. Bu nedenle m.56/son hükmünün, hak sahibi sıfatına kavuşmak için açtığı hakkın, kötüye kullanılması, bu haktan yararlandırılmamak amacıyla me ru bir amaç olarak görülmelidir.

Bu me ru amaca karşı, maddenin içeriği ve kapsamı bakımından bazı sorunların ortada olduğu açıktır. Her şeyden önce gelir ve aylık kesilmesine yol açan durum doğrudan doğruya kişinin özel hayatıyla ilgilidir ve bu da tespiti sırasında, üzerinde titizlikle durulması, gerektirir.

Ayrıca hükmün e itlik ilkesi yönünden isabetli oldu unu söylemek ve Anayasa Mahkemesi'nin e itlik ilkesi hakkında yapt, , de erlendirmeye kat,lmak güçtür. Kötüye kullanmalar,n bir kamu zarar, olu turup aktüeryal dengeyi olumsuz yönde etkileyece i de bir gerçektir. Ancak aktüeryal dengenin gözetilmesi, özel hayat,n gizlili i ve sosyal güvenlik hakk,n,n yok say,lmamas,na yol açmamalıdır.

Maddede birlikte ya aman,n hangi ölçütlerle belirlenece i, ara tırma yönteminin ne ekilde olaca , açık de ildir. Nitekim bu belirsizlikler, Kanunun ilk dönemlerinde Kurum uygulamas,na yans,m, ve bu durum kamuoyunun dikkatini çekerek konu hakkında çok say,da olumsuz haber yap,lmamas,na yol açm, t,r. Yine fiilen birlikte ya ad, , tespit edilenlerin, kamuyu zarara u ratt, , gerekçesiyle haklarında suç duyurusunda bulunulmas,, uygulaman,n daha da karma ,k ve kat, olmas,na yol açm, t,r.

Bu yöndeki Kurum i lemlerinin yarg,ya ta ,nmas, üzerine, Yarg,tay zaman içinde gelir ve ayl, ,n kesilmesine yol açacak birlikte ya aman,n tespitinde ayrınt,l, ve geni kapsaml, bir ara tırma ve de erlendirme yap,lmamas, kabul etmi , birlikte ya ama olgusu çe itli ihtimaller üzerinden tanımlanm, t,r. Özellikle birlikte ya aman,n ispat,nda ba vurulacak ispat araçları,n,n ayrınt,l, olarak s,ralanmas, ve bu konuda eksik incelemenin kabul edilmemesi son derece isabetlidir. Yüksek Mahkeme tarafından getirilen bu esaslar Kurum uygulamas,na da yans,m, ve Kurum tarafından yapılan denetimlerde önceki olumsuz örneklerden uzakla ,lm, t,r. Yap,lan düzenlemeyle ilgililer aleyhine suç duyurusunda bulunulmas,na son verilmesi de yerinde olmu tur.

Olmas, gereken hukuk aç,s,ndan, e ve k,z çocukları,n,n bu yola ba vurmamas, için ölüm geliri ve ayl, ,ndan yararlanma artları,n,n yeniden düzenlenmesi dü üncesini vurgulamakta yarar vardır. Bu yönde bir düzenleme yap,lmasa bile özellikle kad,n istihdam,n,n art,r,larak kad,nlar,n kendi çal, malar, nedeniyle sigortal, olmas,n,n sa lanmas,, aktüeryal dengedeki aç,kları,n giderilmesi amaç,na kay,t d, , çal, man,n önüne geçilerek ula ,lmas,, kamu spotları, ve di er uygulamalarla toplumun konu hakkında bilinçlendirilmesi bu yöndeki kötüye kullan,mlar,n önüne geçmek aç,s,ndan önemlidir.


KAYNAKÇA

- AKBIYIK, Cem: "Bo anmaya Ra men Bo an,lan Ki i le Ya amaya Devam Edilmesi Halinde Gelir ve Ayl,klar,n Kesilmesi Meselesi", Fasikül Hukuk Dergisi, S.111, 2019, (s.637-643).
- ALPER, Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku, 9.B, Dora, Bursa 2018.
- ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi, Ankara 2015.
- ASLANKÖYLÜ, Resul: öE inden Bo and, , Halde E iyle Fiilen Birlikte Ya amakta Olanlar,n Gelir ve Ayl,klar,n,n Kesilmesi (Gelir ve Ayl,k)ö, Yarg,tay Dergisi, C.2, S.4, 2012, (s.113-120).
- ASLANKÖYLÜ, Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanunu erhi (erhi), C.1, Bilge Yay,nevi, Ankara, 2013.
- AYDIN, Ufuk: öSosyal Sigortalar,n Genel Hükümleri ve Türleri Aç,s,ndan Yarg,tayön 2015 Y,l, Kararlar,n,n De erlendirilmesiö, Yarg,tay',n Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlar,n,n De erlendirilmesi 2015, On ki Levha, stanbul 2017, (s.557-868).
- CAN KL O LU, Nur en: "Sosyal Sigortalar,n Genel Hükümleri ve Türleri Aç,s,ndan Yarg,tayön 2012 Y,l, Kararlar,n,n De erlendirilmesi", Yarg,tay',n Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlar,n,n De erlendirilmesi 2012, Kamu , Ankara 2017, (s.377-532).
- CENG Z, tar: "Muvazaal, Bo anman,n Tespiti le Ölüm Ayl, ,n,n Kesilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.32, 2017, (s.1-17).
- CENTEL, Tankut: öBo and, , E iyle Fiilen Birlikte Ya ayan,n Ayl, ,n,n Kesilmesi óAnayasa Kar ,s,nda Bir Ülke Gerçe iö- Sicil Hukuku Dergisi, S.25, 2012, (s.190-196).
- DUMAN, Bar, : "Yarg, Kararlar,na Göre 5510 Say,l, Kanunun 56/Son Maddesi Uyar,nca Bo and, , E iyle Birlikte Ya ayan,n Ölüm Ayl, ,n,n Kesilmesi", Ankara Hac, Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2019, (s.79-119).
- ESEN, Bünyamin: "Yarg, Kararlar, ile Sosyal Güvenlikte Anla mal, Bo anmalar ve Denetimi", Legal HSGHD, S.33, 2012, (s.196-206).
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali R,za/CAN KL O U, Nur en: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17.B, Beta, stanbul 2018.
- KESER, Hakan: ö5510 Say,l, Sosyal Sigortalar Ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanunu I , ,nda Miras,n Reddinin, Mirastan Iskat,n Ve Sigortal,n,n Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Ba lanacak Ölüm Ayl, ,na Etkisiö, Legal HSGHD, S.19, 2008, (s.1023-1045).
- KÖME AKPULAT, Ay e: Mahkemelerinde Yarg,laman,n Özellikleri, On ki Levha, stanbul 2018.
- MUTLAY, Faruk Bar, : (2014). Sosyal Sigorta Yard,m,lar,na Hak Kazanma Ko ullar, ve E itlik İkesi, Beta, stanbul 2014.
- OKUR, Ali R,za: öSosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dallar,ö, Çal, ma ve Toplum Dergisi, S.8, 2006, (s.106-146).
- ÖZDEM R, Halil: öYarg, Kararlar, I , ,nda 5510 Say,l, Yasa'n,n 56/son Maddesi Bo and, , E iyle Birlikte Ya ayan,n Gelir ve Ayl, ,n,n Kesilmesi ncelemesiö, Sicil Hukuku Dergisi, S.29, 2013, (s.192-206).
- ÖZMEN, Tolga: ö5510 Say,l, Kanunun 56. Maddesinin kinci F,kras,na Yönelik Bir nceleme: Bo and, , E iyle Eylemli Olarak Birlikte Ya ad, , Saptanan Hak Sahibi E ve Çocuklara Tahsis Yap,lmamas,, Bu Ki ilere Ba lanm, Olan Gelir ve Ayl,klar,n Kesilip Yersiz Ödenen Tutarlar,n Geri Al,nmas,ö, Sicil Hukuku Dergisi, S.26, 2012, (s.99-112).
- Sosyal Güvenlik Kurumu: öKurumsal istatistikler, 2018ö. http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/istatistik/aylik_istatistik_bilgileri, (Eri im Tarihi: 05.07.2019).
- SÖZER, Ali Naz,m: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3.B, Beta, stanbul 2017.
- AHLANAN, Fevzi: "Bo and, , E iyle Birlikte Ya ayan,n Ayl, ,n,n Kesilmesi", Tekstil veren Dergisi, S.118, 2018, (s.2-7).
- TUNCAI, A. CAN/EKMEKÇ , Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19.B, Beta, stanbul 2017.
- TURAN, Ercan: "5510 Say,l, Yasa'n,n 56/son Maddesindeki Düzenlemenin, Anayasal E itlik ve Özel Ya ama Sayg, lkeleri Yönünden De erlendirilmesi", Sicil Hukuku Dergisi, S.19, 2010, (s.125-133).
- U AN, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esaslar, (Temel Esaslar), Seçkin, Ankara 2009.
- U AN, Fatih: "Sosyal Sigortalar,n Genel Hükümleri ve Türleri Aç,s,ndan Yarg,tayön 2011 Y,l, Kararlar,n,n De erlendirilmesi (De erlendirme)" Yarg,tay',n Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlar,n,n De erlendirilmesi 2011, Kamu , Ankara 2013, (s.337-540).
- U AN, Fatih: ö5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sa l,k Sigortas, Kanununun Yürürlük ve Uygulama Ba lang,c,na li kin Tespitlerö, Sicil Hukuku Dergisi, S.14, 2009, (s.239-248).

AVRUPA UYGARLIK E NDE BÂBÎÂL : 1856 PAR S ANDLA MASI TEMEL NDE ULUSLARARASI HUKUK VE OSMANLI MPARATORLU U L K S NE AVRUPALILARIN GÖZÜYLE B R BAKI

THE SUBLIME PORTE AND THE STANDARD OF CIVILIZATION: THE RELATIONSHIP
BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND THE OTTOMAN EMPIRE IN THE EYES OF THE
EUROPEANS ON THE BASIS OF 1856 PARIS TREATY

Habip ÜNYILMAZ*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.571998>

Makale Bilgi

Gönderilme: 30/05/2019
Kabul: 07/10/2019

Anahtar Kelimeler

Uluslararası,
Hukukun Tarihi,
Osmanlı,
mparatorlu u,
Uygarl,k E i i,
Uluslar Ailesi,
1856 Paris
Andla mas,

Özet

Osmanlı, mparatorlu u için Avrupa Ahengine kabulünün vesikas, olan 1856 Paris Andla mas,ında, mparatorlu un ayn, zamanda Avrupa kamu hukukuna da dâhil edildi i düzenlenmi tir. Buna ra men söz konusu düzenlemenin mahiyeti ve sonuçlar,na dair uluslararası, hukuk tarihiyle ilgilenenlerin a ina oldu u eski bir tart, ma devam edegelmi tir. Bu çal, mada yüzy,l,n uluslararası, hukuk ö retisi ve uygulamas, izah edilerek öncelikle ilgili tart, mada kullan,lan kavramlar ve kurumlar dü ünsel bütünü içinde anlandı,r,lmaya çal, ,lm, t,r. Hem hukuk ö retisinin ideolojik güdülenmesinin hem de yüksek siyasetin tesirindeki hukuk uygulamas,n,n ekillendirdi i bu tart, maya dair farklı, görüşler aç,klanarak sunulmu tur. Bu görüşler üzerinden yap,lan de erlendirmede ilkin Avrupa kamu hukukunun s,n,r,l, ve de i ken karakterine dikkat çekilmi tir. Ard,ndan mparatorlu un Avrupal, uluslar ailesinin bir parças, olabilmek için giri ti i faaliyetlerin teyit edildi i önemli bir a ama olmas,na ra men Paris Andla mas,ın, ancak kısmen bu konuda etki do urdu u ihtimali ortaya konmu tur. Böylece uygarl,k e i ini geçerek uluslar ailesinin üyesi oldu u dü ünülen Osmanlı, mparatorlu u için bilhassa yüzy,l,n ikinci yar,s,ndaki tecrübelerinin 19. yüzy,l,n karma ,k ve kesinlikten uzak uluslararası, hukuk dü üncesini aç,klamak için ö retici bir vak,a çal, mas, oldu u görülecektir.

Article Info

Received: 30/05/2019
Accepted: 07/10/2019

Keywords

History of
nternational Law,
Ottoman Empire,
Standard of
Civilisation,
Family of Nations,
1856 Paris Treaty.

Abstract

The admission of the Ottoman Empire to benefit European public law was arranged in the 1856 Paris Treaty which is also the certificate of Ottoman inclusion in the Concert of Europe. But there is an old debate about the nature and results of the admission, that students of the history of international law are familiar with. In this article to deliver the intellectual background of the concepts and institutions of the debate, the doctrine and practice of the century are explained. The debate which is shaped by both ideological motivations of doctrine and high politics affected law practice, presented by examining differentiating views on the subject. In evaluation, firstly attention drawn to the limited and inconsistent character of European public law. Than although as an important phase in which the Empire's endeavors to be a part of the European family of nations was confirmed, the probability that Paris Treaty's had only partial effect on the subject is submitted. It will be seen that especially at the second half of the century, the experience of the Ottomans which is thought to have gained membership in the family of nations by fulfilling the requirements of the standard of civilization is an informative case study to learn about the complex and ambiguous idea of international law of the era.

* Ar . Gör., Bursa Uluda Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milleteraras, Hukuk Anabilim Dal.,  hunyilmaz@uludag.edu.tr
ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1185-3626>

I. G R

Uluslararası, hukukun geçmi ine olan ilgi 1990'd, y, llar, n sonlar, ndan itibaren belirgin bir art, göstermi tir. Tarihe dönü ö olarak adlandır, lan¹ bu e ilimin sonucunda müstakil bir uluslararası, hukuk tarihi dergisinin ortaya ç, kt, , ve pek çok monografinin yaz, ld, , görülmektedir. Özellikle 19. yüzy, l uluslararası, hukukunun kavramsal çerçevesi ve uygulamas, bu eserlerde s, kça konu edinilen ba l, klardand, r. Yüzy, l, n karma , k fakat ayd, nlat, c, bütünü içinde Osmanl, mparatorlu uğun Avrupa kamu hukukuyla ili kisi göze çarpılmaktadır. Bu çal, man, n amac, , bahsi geçen ili kiyi aç, kça normatif çerçeveye oturttu u belirtilen 1856 Paris Andla mas, n, merkeze alarak 19. yüzy, l, n özellikle ikinci yar, s, nda geçerli olan uluslararası, hukuk uygulamas, ve ö retisini incelemektir.

II. GENEL T BARIYLA 19. YÜZYIL ULUSLARARASI HUKUK Ö RET S VE UYGULAMASI

Napolyon Sava lar, n, n ard, ndan 1815'te toplanan Viyana Kongresiyle Avrupa'da yeni bir siyasî dönem ba lam, t, r. Kongrenin akabinde; Prusya, Avusturya ve Rusya'dan müte ekkil ittifaka Britanya'n, n ve Fransa'n, n kat, lmas, yla be li idare olu turulmu tur. Viyana Kongresi sonras, yeni güç dengesini yans, tan bu duruma Avrupa Ahengi denmektedir. Daimî organ, olmayan söz konusu güç dengesi, taraflardan birinin talebiyle toplanan kongrelerde muhtelif iç isyanlara müdahale ekinde somutla m, t, r.² Bu dönemde uluslararası, hukuk ö retisi ise do al hukuka dayal, izahlardan pozitivist aray, lara yönelmi tir. Yüzy, l, n ba lar, nda do al hukukla ba da t, r, larak zikredilen pozitivist yönelim, yüzy, l, n sonlar, nda pozitivist görümlü faydac, ve seçmeci e ilim olarak belirginle ecektir.³ Yüzy, l, n ikinci yar, s, n, n kat, pozitivist çal, malar olarak görülemeyece i fakat belirgin bir pozitivist etkinin varl, , ortaya konmu tur.⁴

19. yüzy, la gelindi inde, icatlarla beslenen Sanayi Devrimi sonucunda toplumsal ya am radikal de i im geçirmeye ba lam, , fen bilimlerinin ba ar, s, n, n alt, nda yatan bilimsel yöntem akademik çevrelerin gözde konular, ndan olmu tur. Pozitivist felsefenin ortaya ç, k, , nda deneye dayal, bilimsel yöntemin ba ar, s, ndan hareketle insan, n kültür hayat, üzerinde de bilimsel yöntem kullanman, n amaçland, , bildirilmektedir.⁵ Avrupa ve Amerika dü ünçe hayat, na yerle en pozitivism, teorik kökleri özellikle Kara Avrupas, nda daha eskilere dayansa da,⁶ hukuk kuram, nda da etkisini göstererek uluslararası, hukuk ö retisinin bilimsellik aray, nda ba lang, ç noktas, olmu tur.⁷ Mant, ksal kurgulardan ziyade, gerçek dünyaya dair modern anlam, yla gözlem ve deneye dayal, bilgi birikimi olu turarak uluslararası, hukuku bir bilime dönü türmek, pozitivist ö retinin birle tirici hedefi olmu tur.⁸

Yüzy, l, n son dönemlerinde etkisini art, ran pozitivist uluslararası, hukuk ö retisi, ortaya ç, kan uyu mazl, klara aç, k ve tutarl, cevaplar verebilen, kapsaml, ve kesin -yani bilimsel yöntemeye dayal, - bir çal, ma alan, kurmak amac, ndad, r.⁹ Böylece bir bilim olarak uluslararası, hukuktan bahsedilebilecektir. Nitekim bu dönemde yaz, lan kitaplara ö uluslararası, hukuk bilimi ö gibi adlar seçilmi tir.¹⁰

üphesiz yeknesak, tek sesli bir ö retiden bahsedebilmek mümkün de ildir fakat dönemin pozitivist hukuk dü ünncesinin ortak noktas, olarak do al hukukun reddedilmesi, yani hukukun a k, n veya üstün normlar, n yans, mas, de il, bizzat devletlerce kendi amaçlar, uyar, nca

¹ CRAVEN, Matt: Introduction: International Law and Its Histories, in Time, History and International Law, Craven M./Fitzmaurice M./Vogiatzi M. (ed.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, s.1-26.

² MERAY, Seha L.: Devletler Hukukuna Giri , C.1, 3.B, Ankara, AÜSBFY, 1968, s.45.

³ KOSKENNIEMI, Martti: The Gentle Civilizer of Nations (Gentle Civilizer), Cambridge University, 2001, s.92.

⁴ KOSKENNIEMI, Gentle Civilizer, s.94-97.

⁵ GÖKBERK, Macit: Felsefe Tarihi, 24.B, stanbul, Remzi, 2012, s.412-13.

⁶ ERKNER, H. Hakan: Uluslararası, Hukuk Dü ünçesinde Klâsik Ö retinin Kurulu u, MÜHF-HAD, 18(3), (2012), s.100-123.

⁷ HALL, Stephen: The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and Limits of Legal Positivism (Persistent Spectre), EJIL, 12(1), (2001), s.277-281.

⁸ NEFF, Stephen: Justice among Nations, Cambridge, Harvard University, 2014, s.224.

⁹ ANGHIE, Antony: Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, Cambridge University, 2005, s.40-41.

¹⁰ Bkz: TWISS, Travers: Two Introductory Lectures on the Science of International Law, Londra, LBG Longmans, 1856; WALKER, Thomas: The Science of International Law, Littleton, F.B. Rothman, 1893.

yapt,klar, kurallar olarak kabulü say,lmaktad,r.¹¹ Keza uluslararası, hukuk kitaplar,n,n ö retiyi aç,klayan eserlerden mevcut hukuk kurallar,n, bildiren sistemli çal, malara evrilmesi devletlerin artan diplomatik ili kilerinin daha aç,k, teknik ve ö hukukîö bilgiye gereksinim duymas,yla uyumlu olmu tur.¹² Önceki yüzy,llarda kar ,la ,lamayacak yo unlukta yeni kurumlar ihdas edilmî , teamüller tedvin edilerek yaz,l, kurallara dönü türülmü ve böylece muhtelif tart, mal, hususlar aç,kl, a kavu turulmu tur.¹³

III. 19. YÜZYIL AVRUPA ULUSLARARASI HUKUK Ö RET S N N TEMEL UNSURLARI: ULUSLAR A LES VE UYGARLIK E

Hukukî pozitivizmin öncülerinden Austin, 1832øde yay,mlanan kitab,nda, hukukun egemenin emirlerinden olu tu u ve yapt,r,mlarla tahkim edilen kurallar,n do ru anlamda pozitif hukuk say,labilece i görü ünü ileri sürmü tür.¹⁴ Uluslararası, hukuk, Austin'ın tan,m,na temel te kil eden kurallar, koyan ve üzerinde ba ka otorite bulunmayan egemeni içermedi i için pozitif hukuk olarak görülmemi tir.¹⁵ Austin'ın savlar,na kar , hukukçular ba ,ndan itibaren itirazlar,n, ortaya koymu lard,r.¹⁶ Bu ele tirilerden özellikle uluslararası, toplumu dikkate alan itiraz üzerinden mevcut çal, man,n konusuyla ba lant, kurabilir.

Austin'ın ulusal hukuk düzenlerinde dahi tan,n,p uygulanan kurallar olan teamülleri pozitif hukukun parças, görmemesi, bir eksiklik olarak nitelendirilmî tir.¹⁷ Teamüllerin pozitivist uluslararası, hukuk ö retisi aç,s,ndan as,l önemi ise ima etti i toplum fikridir. Egemen devletlerden müte ekkil uluslararası, toplum, devletler aras,ndaki ili kilerle ortaya ç,kan kurallar ve bu kurallara riyeti sa layan yapt,r,mlarla var olmaktadır.¹⁸ Küresel egemeninin yoklu unda, onun dayatmas, olmad, , hâlde, devletlerin üzerinde anla arak uyduklar, baz, normlar,n varl, ,,¹⁹ hukukun bu ili kilerdeki yerine dair yeterli kan,t olmu tur.²⁰ Böylece uluslararası, toplum, hukuku, hukuk da uluslararası, toplumu beslemektedir. Yüzy,l,n sonlar,nda, egemenlikten ziyade mü terek bilinç, uluslararası, hukukun kurucu kavram, olarak anla ,lm, t,r.²¹

Egemen devletlerden müte ekkil uluslararası, toplum dü üncesi bu topluma dahil olmaya dair k,staslar, da beraberinde getirecek ve ancak söz konusu toplumun kurallar,n, benimseyerek di er üyelerce bu topluma kabul edilen devletler üyelik artlar,n, ta ,yacakt,r.²² Uluslararası, toplumun üyelerinin kimler oldu u sorusuna verilen cevapla mevcut ba l,kta incelenecek ilk terime, yani uluslar ailesine (family of nations) ula ,lacakt,r. A a ,da yap,lacak incelemede görülecektir ki, tüm devletlerin uluslararası, topluma üye oldu u kan,s,, ancak günümüz hukukunda geçerlidir; 19. yüzy,l pozitivist hukuk ö retisinde kendili inden uluslararası, topluma üyelik söz konusu de ildir. Devletlerin uluslar ailesine üyeli i ancak o ailenin koydu u asgarî artlar olan uygarl,k e i ini (standard of civilization²³) geçmelerine ba l,d,r. Uygur uluslar ailesine üye olmayanlar, ailenin üyelerince uluslararası, hukukça düzenlenen ili kiler a ,n,n d, ,nda de erlendirileceklerdir.

¹¹ NEFF, s.225.

¹² MERAY, s.45-46.

¹³ MERAY, s.43-45,50-55.

¹⁴ AUSTIN, John: Austin: The Province of Jurisprudence Determined, W.E.Rumble (ed.), Cambridge University, 1995, s.211-12.

¹⁵ AUSTIN,s.171. Egemenin emirlerine dayal, bu görü bizzat Kelsen ve Hart gibi modern pozitivist hukukçularca ele tirilmî tir bkz: VINX, Lars: öAustin, Kelsen, and the Model of Sovereigntyö, CJLJ, 24(2), (2011), ss.473-490. Uluslararası, hukukun do as,na ve ulusal hukuk düzenlerinden farklar,na dair bkz: AKSAR, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası, Hukuk-I, 4.B, Ankara, Seçkin, 2017, s.29-36,42-45; SUR, Melde: Uluslararası, Hukukun Esaslar,, 7.B, stanbul, Beta, 2013, s.7-15.

¹⁶ WESTLAKE, John: Chapters on the Principles of International Law (Chapters on Principles), Cambridge, University Press, 1894, s.vi-ix.

¹⁷ OPPENHEIM, Lassa: International Law, London, LongmansGreen, 1905, s.4-5.

¹⁸ LAWRENCE, T.J.: The Principles of International Law, Boston, Heath, 1900, s.25.

¹⁹ Bu normlardan buyruk kurallar,n,n tarihsel geli imi için bkz: KARAKOÇ, rem: öUluslararası, Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yakla ,mö, DEÜHFD, 8(1), (2006), s.87-122.

²⁰ ANGHIE, s.45,48; HALL, öPersistent Spectreö, s.281.

²¹ KOSKENNIEMI, Gentle Civilizer, s.51.

²² ANGHIE, s.48.

²³ Bir terim olarak östandard of civilizationö kal,b, tercüme edilirken Avrupa uluslar ailesine üye olma art, olarak görülmü dikkate al,nm, t,r. Bilindi i gibi e ik kelimesi bir kap,n,n hemen önündeki alçak basama , veya bo lu u tan,mlamak için kullan,l,r. öUygur uluslar ailesinin âdeta evlerine birini kabul etmesi için geçilmesi gereken ama olan söz konusu artlar, bu evin e i ine benzetilerek özgün bir çeviri amaçlanm, t,r.

19. yüzyılda ilerlemeci dü ünce ve tarih anlayı , Avrupal, dü ünürlerin ve hukukçuların zihnine yerle mi durumdaydı.²⁴ İgili dönemde yazılan ilerlemeci dü üncenin somutla tı , eserlerde, kültürel gelişmelerine göre insan toplulukları, ana hatlarıyla, uygarlar, barbarlar ve vahiler olarak ayrılmakta²⁵ ve bu tasnif kısmen veya tamamen Avrupal, uluslararası, hukukçularca benimsenmekteydi.²⁶ Avrupal, dü ünürler arasında hı zla yayılan uygarlık fikri, ö barbarö veya öyar, uygarö toplumları, belirli Avrupal, devletleri benimseyerek ulaabilecekleri, ö vah ö toplumları, nasıl ulaamayacakları, gelişimi toplumsal örgütlenmeyi iaret ediyordu.²⁷

19. yüzyıl uluslararası, hukuk dü üncesinin kurucu unsurları, olarak ilerlemeci tarih anlayı , ve Avrupa tipi devlet örgütlenmesinin söz konusu ilerlemenin yönü olarak benimsenmesi sayılmaktadır.²⁸ Ayrıca, dönemin pozitivist ö retisinin benimsediği devletler ekinde ifade edilse de, aslında doğ al hukukçular dahi evrensellik tanımları, ilerlemeye dayalı, uygarlık görüşünü savunmuşlardır.²⁹ Avrupa uygarlığı, nın mükemmel örnek olarak sunulduğu gelişimi zihniyetinin³⁰ baskını ve yerle ik olarak benimsendiğini Schmitt öyle ifade etmiştir:

Ö 1890'dan itibaren, uluslararası, hukuk kavramının özel olarak Avrupa uluslararası, hukuku anlamına geldiği hüküm görür. Bu durum Avrupa kıtasında, bilhassa Almanya'da, izahtan varestedir. Aynı zamanda dünya genelinde de geçerlidir; diplomatlar, dilin ve kuramın genelini belirleyen kavramları insanlık, uygarlık ve ilerleme gibi evrensellik tanımları, kavramlarıdır. Buna rağmen resmin tamamı, özünde Avrupa merkezli tanımları, zira insanlık denince her şeyden önce Avrupa insanlığı, anlamı, tanımlar. "Uygarlık, sadece Avrupa uygarlığı, devletleri ve ilerleme öise Avrupa uygarlığı, nın doğrusal gelişimidir. Bu çağın İngilizce ve Fransızca büyük eserlerinin tamamı, Avrupa merkezli uygarlık kavramını benimseyerek; uygar, yarı uygar ve barbar toplulukları ayrılmıştır."³¹

Uygarlık kavramını benimseyen uluslararası, hukuk ö retisi de insanlık, nın farklı öuygarlık evrelerini ö dikkate alarak hukukî çökarımları yapmıştır. Uluslararası, hukuk kapsamında tam kı iliyehesahip Avrupal, devletlerden müteekkil uygar uluslar arasında tam (küllü) tanımla söz konusu olacaktır.³² Bu devletler uluslar ailesini oluşturacaktır. Öyar, uygarö uluslarsa ancak kısmî tanımla konu olarak sınırlı, hukuk kı iliyehaiz olacakken, ö vah ö toplumlarsa hukukî sonucu bulunmayan, bir çeşit ahlakî tanımla konu olabileceklerdir.³³ Tam hukuk kı iliyehesahip olmayanlar ekindeki ayrımlı isimlendirme ve kapsam bakımından farklılıkları rağmen ilgili yüzyıl ö retisinin mutabık kaldığı tasniftir.³⁴ Kültürel anlamda Avrupal, olmayarak uluslar ailesinin dışında kalan Osmanlı, İran, Çin ve Japonya gibi devletler, yarı uygar devletler olarak sayılmaktadır.³⁵ Bu devletlerin uluslar ailesine girebilmeleri için uygarlık ekinde olarak tertip edilen standartları yerine getirmeleri beklenmektedir.

Avrupal, hukukçularca uygarlık ekinin bir gereklilik olarak sırarla savunulmasını, nın altında Avrupal, olmayanları nasıl sömürgele tirilebileceklerine dair yegâne makul anlatımları, yatmakta³⁶ ve böylece öbeyaz adam, nö küresel siyasî üstünlüğüne ve sömürgele tirme eylemlerine me ruiyet kazandırmaktadır.³⁷ Açıkça ifade etmek gerekirse, uygarlık ekinin belirli devletler uluslararası, düzenin vazgeçilmezi olarak sunulmakta, bu devletleri tanımlayan

²⁴ TARAZONA, L. Obregón: "The Civilized and the Uncivilized", in Fassbender, B./Peters, A.(ed.), Oxford Handbook of History of International Law, Oxford University, 2014, s.216.

²⁵ MORGAN, L.H.: Ancient Society, Chicago, CH. Kerr, 1877, s.3-18.

²⁶ ÖZSU, Umur: "The Ottoman Empire, the Origins of Extraterritoriality, and International Legal Theory" (Ottoman Empire, Origins), Ford, A./Hoffman, F.(ed.), Oxford Handbook of Theory of International Law, Oxford University, 2016, s.133; TZOUVALA, Konstantina: Letters of Blood and Fire: A Socio-Economic History of International Law, (Doktora Tezi), Durham University, 2016, s.36.

²⁷ TARAZONA, s.917.

²⁸ KOSKENNIEMI, Martti: "The Legacy of the Nineteenth Century", Routledge Handbook of International Law, David Armstrong (ed.), Routledge, 2008, s.142.

²⁹ PITTS, Jennifer: "Boundaries of Victorian International Law", Bell, Duncan (ed.), Victorian Visions of Global Order, Cambridge University, 2007, s.69.

³⁰ GREWE, Wilhelm: The Epochs of International Law, Berlin, DeGruyter, 2000, s.448; BOWDEN, Brett: The Empire of Civilization, University of Chicago, 2009, s.71-75.

³¹ SCHMITT, Carl: The Nomos of the Earth in the International Law of Jus Publicum Europaeum, çev. G.L. Ulmen, New York, Telos, 2006, s.228.

³² LORIMER, James: The Institutes of the Law of Nations, Edinburgh, W.B. Sons, 1883, s.101.

³³ LORIMER, s.102.

³⁴ TZOUVALA, s.36; ÖZSU, "Ottoman Empire, Origins", s.133.

³⁵ ÖZSU, "Ottoman Empire, Origins", s.125.

³⁶ KOSKENNIEMI, Gentle Civilizer, s.135.

³⁷ GREWE, s.455.

devletler haklardan mahrum bırakılarak ülkeleri sömürgele tirmeye müsait toprak addedilmekteydi. Bir kavram olarak uygarlık e i i, sömürgeciliğin âdeta entelektüel veya hukukî kılıfı olmaktadırlar.

Uluslar ailesine girmek isteyenlerin yerine getirmesi gereken şartlar, neler oldu u konusunda akademik düzeyde uzlaşmaya rastlanmamaktadır. İkinci, Gong'ın 1984 tarihli monografisiyle başlanabilir. Gong, uygarlık e i ini beş ölçüt üzerinden tertip etmiştir. Ayrıca, da Tanzimat ve Islahat Fermanı, incelenirken de atıf yapılabileceğinden bu ölçütler doğrudan alınabilecektir:

1. "Uygar bir devlette yaşam, mülkiyet ve insan onuruna saygı, gibi temel haklarla özellikle yabancıların seyahat, ticaret ve inanca özgürlüğü güvence altına alınmalıdır.

2. "Uygar bir devlet, asgarî düzeyde verimli yürüyen devlet düzeni ve meşru müdafaa kapasitesine sahip örgütlenmiş siyasi bürokrasidir.

3. "Uygar bir devlet savaş hukuku dahil olmak üzere genel kabul görmüş uluslararası hukuku gözetir. Ayrıca yabancı, veya vatandaş ayrımcı, gözetmeksizin yetki alanındaki herkesin hukuken adaletle ulaşılabilir, güvence altına alacak ulusal mahkemeler ve basit, hukukî metinler (kanunlar) düzenini idame ettirir.

4. "Uygar bir devlet diplomatik iletişim ve de i imi sağlayacak yeterli ve daimî mecralar bulundurarak uluslararası sisteme katkı, sorumlulukları, yerine getirir.

5. "Uygar bir devlet genel anlamda "uygar uluslararası toplumca kabul görmüş kurallara ve uygulamalara riayet eder. Bu kapsamda örnek; satı, çok e lilek ve kölelik gibi uygulamalar uygarlık d, ,, kabul edilemez görülür."³⁹

Öte yandan bu sayımlar desteklenmediği çalınmalar da bulunmaktadır. Koskenniemi; belirgin tutarlı bir gereklilikler listesi yapmanın mümkün olmadığını, Avrupalıların verdikleri her imtiyaza karşılık müzakere yaptıklarını, tanınan statülerin de daima *quid pro quo*⁴⁰ anlayışına dayandığını belirtmektedir.⁴¹

Nihayet, Avrupa sömürgeciliğiyle uluslararası ilişkilerin yürütülmesi arasındaki bağ, meşrulaştırılan tanınmalarla ilaveten uygarlık e i inin sosyoekonomik yönü vurgulanmaktadır. Uygarlık e i i kavramı, farklı devletler arasında hiyerarşik kurmanın yanı sıra, Batılı olmayanların kapitalist üretim biçimine geçirilmelerini sağlayan kurumsal reform programı olarak anlaşılabilir.⁴² Yüzyılın sonlarından itibaren uluslararası hukukun katkısıyla yerleşik kapitalist devletlerin inşasıyla uyumlu olarak, belirleyici hukukî yöntem olmuştur.⁴³ Nitekim Gong'ın ölçütlerinin başlıca ekilde kurumsal reformu gerektiren -yani devlet örgütlenmesini kapitalist üretime uyarlayan- ölçütler olduğu görülmektedir. Avrupalı devletler, yatırımlarını, uygarlık e i inin sonucu olan kapitülasyonlarla veya eşitsiz anlaşmalarla korumakta ve geliştirdikleri hukukî kurumlar da kapitalist yatırımcıların hizmet etmektedir.⁴⁴ Böylece kapitalist üretimi benimsemiş Avrupa devlet örgütlenmesinin diğer coğrafyalara ihracıyla uygarlık e i inin entelektüel temelini uyumlu olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu bağlamda uygarlık e i inin bir kavram olarak belirsizlik ve sürekli de i kenlik arz ettiği düşüncesinin yerine, kavramın esnekliğin e rami asgarî nesnel gereklilikleri içerdiği fikri öne çıkmaktadır. Ana hatlarıyla uluslararası hukuka uygun bağlayıcı taahhütler altına girebilecek yeterlilikte bir hükümete ve yabancıların [Avrupalı tacirlerin, sermayedarların] ya amlarını, özgürlüklerini ve mülkiyet hakkını gerektiği ölçüde koruma işine sahip olmak uygarlık e i ini geçmek adını aramaktadır.⁴⁵

³⁸ Eski Hint geleneğinde kadının ölü kocasının bedeninin yakılması, ateşe yanması, uygulamasıdır.

³⁹ GONG, G.W.: The Standard of "Civilization" in International Society, Oxford University, 1984, s.14-15.

⁴⁰ Bir iyilik (i) karşılığında başka bir iyiliğin yapılması anlamına gelmektedir (FELLMETH, A./HORWITZ, M.: Guide to Latin in International Law, Oxford University, 2009, s.240).

⁴¹ KOSKENNIEMI, Gentle Civilizer, s.135.

⁴² TZOUVALA, s.44.

⁴³ TZOUVALA, s.47-48.

⁴⁴ GREWE, s.57.

⁴⁵ SCHWARZENBERGER, Georg: "The Standard of Civilization in International Law", CLP, 8(1), (1955), s.220; BOWDEN, s.16.

IV. PAR S ANDLA MASİ ÇERÇEVES NDE ULUSLARARASI HUKUK VE OSMANLI MPARATORLU U

Rusyayla Osmanl, mparatorlu u aras,ndaki muharebelere Fransa, Büyük Britanya ve Sardinya Krall, ,n kat,lmas,yla iddetlenen K,r,m Sava ,, 1856da Rusya,n yenilgisiyle sonuçlanm, t,r. Ayn, y,l, sava an taraflara ilaveten Avusturya ve Prusya,n kat,l,m,yla bar, , tesis eden Paris Andla mas, imzalanm, t,r.⁴⁶ Söz konusu andla ma, dikkate de er siyasî sonuçlar,n,n yan,nda uluslararası, hukuk tarihi aç,s,ndan da bir tart, maya kap, aralam, t,r. Tart, man,n kayna ,nda Paris Andla mas,ın 7. maddesiyle birlikte Osmanl, mparatorlu u'nun Avrupa kamu hukukuyla ili kisi yatmaktadır.

lgili tart, man,n oda ,nda bulunan madde⁴⁷ andla man,n resmî dili Frans,zca metnin ve ngilizce resmî tercümenin yard,m,yla sadele tirilerek öyle okunabilir:⁴⁸

ö[Âkit taraflar] Bâb,âliğin⁴⁹ Avrupa kamu hukukunun ve [Avrupa] Ahengiğin faydalar,na hissedar olmaya dâhil edildi ini ilân ederler ve ad, geçen hükümdarlar,n her biri Osmanl, mparatorlu u'nun ülke bütünlü üne ve ba ,ms,zl, ,na riayet etmeyi ayr, ayr, taahhüt eder ve i bu taahhütlerin s,k, ekilde gözetilmesine mü tereken kefil olurlar; dolay,s,yla söz konusu durumu ihlal edecek herhangi bir harekete kamu menfaatine dokunur bir mesele nazar,yla bak,lacakt,r.ö⁵⁰

Çal, man,n devam,nda verilecek bilgilerin ve yap,lacak de erlendirmelerin uluslararası, hukukun tarihsel geli imindeki belirli bir döneme (19. yüzy,l,n ikinci yar,s,nda) belirli bir co rafyaya (Avrupa'da) özgü oldu u belirtilmelidir. Bu kapsamda, bask,n olarak söz konusu dönemde eser veren Avrupal, yazarlar,n veya tart, maya Avrupal,lar,n görü leri üzerinden kat,lan yazarlar,n görü leri verilecektir. Mevcut çal, man,n s,n,rlar, nedeniyle Paris Andla mas, öncesinde Osmanl, ve uluslararası, hukuk ili kine veya tart, maya dair Osmanl, devlet yöneticilerinin ve hukukçular,n,n görü lerine⁵¹ ancak at,f yap,labilmi tir. Bu nedenle *mevcut çal, man,n uluslararası, hukukun veya Türk hukuk tarihinin bütünü üzerinde gözlem yapma iddias, yoktur.*

A. Geleneksel Görü

Paris Andla mas,ın 7. maddesinde aç,kça öAvrupa kamu hukukuö lafz,n,n kullan,lmas,, pek çok yazar, bu maddeyi Avrupa d, ,nda görülen bir devletin Avrupa hukuku içerisine al,nmas, biçiminde yorumlamaya itmi tir. Tarihsel olarak farklı, bir öuygarlı, aö ait olan ve Hristiyan olmayan bir devletin Avrupa uluslararası, hukukuna dâhil edilmesi söz konusu olmu

⁴⁶ BEYD LL , Kemal: öParis Antla mas,ö, TDV slâm Ansiklopedisi, C.34, stanbul, 1991, s.169-172.

⁴⁷ Maddenin orijinal Türkçe metni öyledir: öHa metlû Fransa mparatoru ve Ha metlû Avusturya mparatoru ve Ha metli Gran Britanya ve rlanda K,raliçesi ve Padi ah, ve Ha metlû Prusya K,ral, ve Padi ah, ve Ha metlû Bütün Rusyalar mparatoru ve Ha metlû Sardinya K,ral, ve Padi ah, hazarat-, Saltanat-, seniye'nin Avrupa hukuk-, umumiyesi ve cemiyeti menafiinden hissedar olma a dâhil oldu unu ilân iderler ve hükümdaran-, mü arünileyhimin her birisi ayr, ayr, memelik-i saltanat-, seniye'nin tamamıyete istiklâl-i âlisine riayet itme e teahhüd ider ve i bu teahhüdlerinin tamam-i icras,na mü tereken mütekeffil olurlar binaberin bunu ihlâli mucib olacak her bir harekete menfeat-, umumiye'e dokunur bir mesele nazar, ile bak,lacakt,r.ö. [ER M, Nihat: Devletleraras, Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri, C.1, Ankara, AÜHFY,1953, s.345 (Eserden do rudan al,nt, yap,lm, , kelimeler de i tirilmemi tir.)].

⁴⁸ Frans,zca orijinal metin için bkz: NORADOUNGHIAN, Gabriel: Recueil d'actes internationaux de l'Empire ottoman, F.Pichon, 1902, s.70-79; ngilizce tercüme için bkz: HERTSLET, Edward: The Map of Europe by Treaty, Londra, Butterworths, 1875, C.2, s.1250-65.

⁴⁹ Türkçe orijinal metinde ayr,m yap,lmam, sa da, maddenin Frans,zca metninde ilk olarak Bâb,âli anlam,na gelen *Sublime Porte* lafz, kullan,lm, , ikinci olaraksa Osmanl, mparatorlu u lafz, kullan,lm, t,r ve bu durum çeviride gözetilmi tir. Özellikle 19. yüzy,la gelindi inde, Bâb,âliğin Bat,da Osmanl, hükümeti anlam,nda kullan,ld, , bilgisi , , ,nda çal, man,n ba l, ,n,n belirlenirken bu nüanstan ilham al,nm, t,r. (P RL , Mehmet: öBâb,âliö, TDV slâm Ansiklopedisi, 1991, C.4, s.378).

⁵⁰ Orijinal metinde geçen öAvrupa cemiyetiö yerine öAvrupa Ahengiö yaz,lmas,nda ve ömemalik-i saltanat-, seniye'nin tamamıyete istiklâl-i âlisineö k,s,m,n,n öülke bütünlü üne ve ba ,ms,zl, ,naö olarak sadele tirilmesinde Frans,zca metinden yararlan,lm, t,r. Yine ömenfeat-, umumiyeö tamlamas, da öhukuk-, umumiyeö tamlamas,ndaki esas gözetilerek kamu menfaati olarak sadele tirilmi tir fakat Frans,zca metinde hukuk-, umumiye'nin ödroit publicö, menfaat-, umumiye'nin ise ödântérêt généralö olarak geçmek suretiyle farklı,l,k arz etti ini belirtilmelidir. (NORADOUNGHIAN, s.73-74).

⁵¹ Bkz: ÖZSU, Umut: öOttoman International Lawö, JOTSA, 3(2), (2016), s.369-376; ARAL, Berdal: öThe Ottoman -Schoolö of International Law as Featured in Textbooksö, JHIL, 18(1), (2016), s.70-97; ARAL, Berdal: öAn Inquiry into the Turkish 'School' of International Lawö, EJIL, 16(4), (2005), s.772-775; KÜTÜKÇÜ, M.Akif, öOsmanl,da slâm Devletler Hukukundan Bat,l, Devletler Hukuku Anlay, ,na: eybaniğin Es-Siyerâil-Kebirânden Ottokarın Hukuk-, Milelineö, SÜHFD, 12(1-2), (2004), s.187-201; FUJINAMI, Nobuyoshi: öThe First Ottoman History of International Lawö, Turcica, C.48, (2017), ss.245-270; CAN, Lâle/LOW, Michael Christopher: öThe -Subjectsö of Ottoman International Lawö, JOTSA, 3(2), (2016), ss.223-234.

ve Paris Andla mas,ıyla norm düzeyinde törenselle bir tan,ma gerçekte mi tir. Böylece Avrupal, devletlere özgü olan bölgesel uluslararası, hukukun co rafî s,n,rılar, ortadan kalkmaya ba lam, ve evrensel menin önü aç,lm, t,r.

Paris Andla mas,ın, Osmanlı,ın, Avrupa uluslar ailesine kabulünün vesikas, olarak gören bu görü e, özellikle 19. yüzy,ı geç dönem hukukçular,n,n eserlerinde rastlan,lmaktad,r. Söz konusu dönemde yazan Alman hukukçu akademisyen Heffterın çal, malar, ilgili konuda ilk örnek olarak verilebilir. Andla madan henüz bir y,ı önce Osmanlı,ıyla Avrupal, devletler aras,ndaki ili kilerin öhakö düzeyinde de il siyasî artlar,n uygunlu u ölçüsünde uluslararası, hukuka tâbi oldu unu belirten Heffter, kitab,n,n 1866 bask,s,nda Osmanlı, mparatorlu uğunun Avrupal, devletler aras,na dâhil edildi ini kabul etmi tir.⁵²

19. yüzy,ı,n etkili hukukçular,ndan Bluntschli öHer ne kadar yüzy,ıllard,r Osmanlı,ıyla andla malar yap,ılagelmi se de, ancak 1856 Paris Kongresiönde Osmanlı, Avrupa uluslar toplulu una kabul edilmi tir ve bu durum ayn, zamanda uluslararası, hukukun evrensel karakterinin tan,nmas,na hizmet etmektedirö yazarak geleneksel görü ü özetlemi tir.⁵³ Devam,ndaysa bu tarihten itibaren uluslararası, hukukun s,n,rılar,n,n Hristiyanlık s,n,rılar,yla bir olmad, ,n, ifade etmi tir.⁵⁴

ngiliz hukukçu Twiss 1884öte yay,mlanan kitab,nda Paris Andla mas,ın,n 7. maddesini al,nt,layarak Osmanlı,ın ilgili andla maya taraf olarak kendini Avrupa uluslararası, hukukuyla ba lad, ,n,n dü ünülebilece ini yazm, t,r.⁵⁵ Bir di er ngiliz hukukçu Hall, ayn, y,ı yay,mlanan kitab,nda, Osmanlı,ın hariç tutuldu u hukukun içine Paris Andla mas,ıyla al,nd, ,n, belirtmi tir.⁵⁶ Nihayet, kitab,n,n günümüzde hâlâ yeni bask,lar, yap,lan ve dönemin en tan,nm, yazarlar,ndan Oppenheim, 1905 bask,s,nda Osmanlı,ın Paris Andla mas,ında kabulüyle öuluslararası, hukukun Hristiyan devletler aras, hukuk olmaktan ç,kt, ,n,ö yazm, t,r.⁵⁷

ngiliz hukukçu Robert Phillimore, Paris Andla mas,ından önce de Osmanlı,ın genel uluslararası, hukukun ilkelerinin yan,nda Avrupa devletleri aras,ndaki kurallara da tâbi oldu unun de erlendirildi ini yazmaktad,r.⁵⁸ Nitekim andla madan sonra 1871öde yay,mlanan kitab,n,n ikinci bask,s,nda, Osmanlı,ın öresmen, tüm üpheleri ortadan kald,racak ekildeö devletler ailesine kabul edildi ini ve hatta bu suretle Hristiyan topluluklar,n pozitif hukukunu olu turan teamüllerle de ba land, ,n, ifade etmektedir.⁵⁹

Buraya kadar al,nt,lanan veya at,f yap,lan yazarlar, ifade edildi i gibi, 19 yüzy,ı,n son birkaç on y,ı,nda eserler veren hukukçular,d,r. Fakat ayn, görü , günümüzde de farklı, akademik formlarda benimsenmektedir. Konu, Max Planck Uluslararası, Kamu Hukuku Ansiklopesiönde 19. yüzy,ı,n genel geli meleri çerçevesinde de erlendirilmi tir. Buna göre, Osmanlı,ın Avrupa hukuk toplulu uyla ili kisinin izlerini 1829 Edirne Andla mas,ına kadar sürebilmek mümkündür ve 1833 Hünkâr skelesi Andla mas,, Türk Bo azlar,ından geçi i, Avrupa güç dengesinin en önemli konular,ndan biri yapm, t,r.⁶⁰ Büyük Güçleriönin tamam,n,n taraf oldu u 1841 Londra Bo azlar Sözle mesiöyle, Türk Bo azlar,, tüm sava gemilerine kapat,lm, ve bu dengenin korunmas, için Osmanlı, mparatorlu uğunun varlı, ,n,n vurgulanmas, *de facto* tan,ma içermi tir.⁶¹ İlgili ansiklopedi maddesindeki k,s,m öyledir: öÖnceleri uluslararası, hukuk toplulu unun üyesi olmayan ve üye olmas, da hedeflenmeyen devlet benzeri bir yap,, böylece uluslararası, hukukta haklara ve görevlere sahip olmu tur.ö⁶² Osmanlı,ın tan,nmas, konusunda 19. yüzy,ı,da ba layan bir süreci i aret eden yazar, Londra Bo azlar Sözle mesiöni *de facto* tan,ma kabul ederken, Paris Andla mas,ın, *de jure* tan,ma olarak görmektedir.⁶³

mparatorlu un çok tarafı, bir andla man,n haz,rılan, ,na ilk kez Paris Kongresiöyle

⁵² WOOD, H. McKinnon: öThe Treaty of Paris and Turkey's Status in International Lawö, AJIL, 37(2), (1943), s.273-74.

⁵³ Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt (1868), s.55-57öden aktaran Alexander ORAKHELASHVILI, öThe Idea of European International Lawö, EJIL, 17(2), (2006), s.322.

⁵⁴ ORAKHELASHVILI, s.322.

⁵⁵ TWISS, Travers: The Law of Nations Considered as Independent Political Communities, Second Edition, Oxford, Clarendon, 1884, s.91.

⁵⁶ HALL, W. Edward: A Treatise on International Law (Treatise), Clarendon, 1884, s.52 dipnot.

⁵⁷ OPPENHEIM, s.32-33.

⁵⁸ PHILLIMORE, Robert: Commentaries upon International Law, Philadelphia, T.J.W. Johnson, 1854, s.101.

⁵⁹ PHILLIMORE, Robert: Commentaries upon International Law, Second Edition, London, Butterworth, 1871, s.xiv.

⁶⁰ SCUPIN, H. Ulrich: öHistory of International Law, 1815 to World War Iö, MPEPIL, par.19, <http://opil.ouplaw.com/home/epil>, (14.11.2016).

⁶¹ SCUPIN, par.19.

⁶² SCUPIN, par.28.

⁶³ SCUPIN, par.33.

kat,imas, ve bu tarihten itibaren Lahey Bar, Konferanslar, gibi uluslararası, hukuku tedvin eden veya olu turan di er faaliyetlere dâhil olmas,, Paris Andla mas,ın,n dönüm noktas, oldu u yönündeki görü ün uygulamadaki deste i olarak sunulmaktadır.⁶⁴

B. Ele tırel Okuma

Geleneksel görü ün aksine kimi yazarlar Paris Andla mas,ın,n ilgili maddesinin bir kö e ta , olarak yorumlanmas, e ilimini benimsememektedirler. Söz konusu maddenin Avrupa'daki güç dengesiyle yak,ndan irtibat, bulundu unu ve ancak siyasî amaçlar ta ,yan eklı bir tasarruf olarak nitelendirilebilece ini dü ünmemektedirler.

Paris Andla mas,ından yirmi y,l sonra bile Osmanl,ın,n tam hukuk ki ili ine uygun olup olmad, ,n,n Uluslararası, Hukuk Enstitüsünde⁶⁵ tart, ,ld, , bildirilmektedir.⁶⁶ Enstitüün kurucular,ndan Lorimer, Paris Andla mas,ıyla tezahür eden durumu saçmal,k olarak nitelendirerek bu hatadan dönülerek Osmanl,ıy, uygarla t,rma görevini yerine getirmek için stanbulun ele geçirilmesini önermi tir.⁶⁷ Irkç,l, a varan tutumunu geleneksel görü ü teyit edercesine öyle belirtmektedir: öí Türkler konusunda biz [Avrupal,lar], görevlerini yerine getirme kabiliyeti olmad, , ortaya ç,kan ve muhtemelen insanl, n ilerici ,rkler,ndan bile say,lamayacak barbarlara uygarl,k haklar,n, tan,mak gibi ac, bir tecrübe ya ad,k.ö⁶⁸ Lorimerın ba ,n, çekti i akademisyenlerin çal, malar,, dönemin ö ark Meselesiö anlat,lar,yla yo rularak Osmanl, mparatorlu unun uluslar ailesinin üyesi olmad, , dü üncesinin peki mesini sa lam, ve 1880'di y,llardan itibaren hem uluslararası, hukukçular hem de Avrupal, siyasetçiler gözünde Osmanl,, Avrupa vesayetinde addedilmeye ba lanm, t,r.⁶⁹

Yirminci yüzy,l,n ortalar,na gelindi indeyse ilgili andla ma maddesine göre Osmanl, mparatorlu unun hukukî durumunu inceleyen yazarlar,n geleneksel görü ten keskin ekilde ayr, m, lard,r. Bu dönemki çal, malar aras,nda en çok at,f yap,lan makalelerden birinde yazar, söz konusu andla ma hükmünün tan,ma olarak görülemeyece i, Osmanl,ın,n ancak bölgesel güç dengesini sürdürebilmek maksad,yla Avrupa Ahenginin faydalar,na yine andla malar ekseninde dâhil edildi i sonucuna varmaktadır.⁷⁰

Uygarl,k e i i konusundaki yegâne monografinin yazar, Gong da, ilgili kitab,nda ayn, kanaattedir. Görü ünü temellendirirken üyelik ölçütü olarak uygarl,k e i inin kavram itibar,yla ancak 19. yüzy,l,n sonunda ortaya ç,kt, ,n, hat,rılarak yüzy,l,n ortalar,nda gerçekte en Paris Andla mas,ın,n ayr, t, ,n, ifade etmektedir.⁷¹ Osmanl,ın,n üyeli ine Avrupa'da güç dengesini muhafaza etmek ad,na Rusyaın,n yay,lmac, politikalar,na kar , geli tirilmi geçici bir durum gözüyle bakmaktadır.⁷² Söz konusu ç,kar,m, Paris Andla mas,ın,n 8. ve 9. maddelerinin de göz önünde tutulmas,yla savunulmaktadır. Andla man,n 8. maddesi, Osmanl,ıyla âkit taraflar aras,nda ortaya ç,kacak bir uyu mazl, n öncelikle zorunlu arabuluculu a müracaatla çözümlenmesini düzenlemektedir.⁷³ 9. maddeyse Islahat Ferman,ın,n taraflara bildirilmesini ve ferman,n herhangi bir ekilde Osmanl, mparatorlu unun iç i lerine kar, ma biçiminde okunamayaca ,n, hüküm alt,na almaktadır.⁷⁴ Âkit devletlerinin Paris Andla mas,ıyla Rusyaın,n iç i lerine müdahalesine kar , imparatorlu un toprak bütünlü ünü muhafaza ederek bölgedeki güç dengesini koruyacak bir çerçeve kurma niyetinde olduklar, belirtilmektedir.⁷⁵ Andla man,n 8. ve 9. maddelerinin bu çerçevenin omurgas,n, te kil etti i, 7. maddenin bu çerçevenin ön art, olarak tasarland, , ve Osmanl,ın,n statüsünde köklü de i iklik amac, gütmegi i ileri

⁶⁴ PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası, Hukuk Dersleri I. Kitap, 8.B, Ankara, Turhan, 1999, s.69.

⁶⁵ 1873'te uluslararası, hukukun geli imine katkıda bulunmak maksad,yla kurulan ve bu çerçevede pek çok çal, ma yürüterek yay,mlayan kurumdur. Bilimsel yetkinli iyle kabul görmü tür ve günümüzde sayg,n uluslararası, hukukçular üyedir. (MUNCH, Fritz: öInstitut de Droit Internationalö, EPIL, R. Berndhart (ed.), V.9, ss.172-179.)

⁶⁶ PITTS, s.72,75.

⁶⁷ PITTS, s.73-74.

⁶⁸ LORIMER, s.102.

⁶⁹ RODOGNO, Davide:öEuropean Legal Doctrines on Intervention and the Status of the Ottoman Empire within the Family of NationsöThroughout the Nineteenth Centuryö, JHIL, 18(1), (2016), s.33-34.

⁷⁰ WOOD, s.274.

⁷¹ GONG, s.106-7.

⁷² GONG, s.106-7.

⁷³ Madde metni için: ER M, s.346.

⁷⁴ Madde metni için: ER M, s.346.

⁷⁵ YASUAKI, Onuma: öWhen Was the Law of International Society Bornö, JHIL, 2(1), (2000), s.37; SCHIEDER s.377-378.

sürülmektedir.⁷⁶

C. Bütünleyici Yorum

Osmanlı, imparatorluğun Paris Andlaşması sonrası statüsüne dair görüşlerden sonuncusu olarak konuyu tarihsel bütünlük içinde değerlendirir. İmparatorluk ve Avrupa devletleri arasında geçmişi yüzyıllar boyunca bulanıklaştıran bu görüş, diplomatik ve andlaşma ilişkilerinin varlığını, taraflar arasında karşılıklı olarak dayanan ortak bir hukuk düzenine aidiyet biçiminde yorumlanmasını gerektirir. Taraflar arasında birliğin 18. yüzyıla kadar götürülebilmesi, hatta karşılıklı ilişkilerde genel uluslararası hukukun yüzyıllardır uygulanageldiğinin savunulabilmesi belirtilmektedir.⁷⁷ 19. yüzyıl hukuk öğretisinin temel aldığı, mevcut tartışılmasından en az destek gören yorum olan bu görüş, Paris Andlaşması madde 7'ye yüklenen Osmanlı uluslararası hukuk topluluğunda üyelik tanınması biçimindeki anlamın yüzyıllardır uygulanagelen gerçekliği yansıtmadığını savunmaktadır.⁷⁸

Tartışılma, tarihsel bütünü içinde yorumlayanlar, gayrimüslimlerle ilişkileri düzenleyen klasik İslam devletler hukuku kurallarıyla⁷⁹ Osmanlı uygulamalarında esnetilmesi veya değiştirilmesiyle⁸⁰ savları, temellendirmektedirler. Osmanlı imparatorluğunda Avrupa'da geçerli teamül hukukunu benimsediği örnekler sayılarak karşılıklı ilişkilerin karakterine dikkat çekilmektedir. İmparatorluk çok taraflı müzakereler yapma, gayrimüslimlerle ittifaklar kurma ve nihayet fiillerinin meşruiyetini kanıtlamak için Avrupa'da benimsendiği ekliyle uluslararası hukuk⁸¹ kavramları ve terimlerini kullanma.⁸² Nitekim dile getirilen gelişmeler sonucunda, Osmanlı yüzyıllar boyunca Avrupa'da güç dengesinin ve Avrupa siyasi tarihinin önemli bir parçası olmuştur. Ortak teamüller ve andlaşma ilişkileri gözetildiğinde, Paris Andlaşması Osmanlı Avrupa uluslararası hukukuna katılmada önemli bir adım olarak değerlendirilebilmesi fakat bu ilişkinin bağlamı olarak düşünülmesinin hatalı olacağı sonucuna varılmaktadır.⁸³

V. HUKUK Ö RETİSİ , UYGULAMASI VE SİYASET LERİ SİYASİ YERİNDE

Mevcut bağlamı boyunca yukarıda özetlenen görüşler değerlendirilecektir.

A. Öğretinin deolojisi?

Şüphesiz, bir değerlendirme için öncelikle uluslararası hukuk öğretisinin tarihiyle bizzat uluslararası hukuk tarihinin karşılaştırılması gerekmektedir.⁸⁴ İlk durumda farklı yazarların hukukun ne olduğunu dair görüşleri, ikinci durumdaysa uygulanan ve gerçekte tiklerinde üphe bulunmayan vakıfların tarihi söz konusudur. Hukuk uygulamasının anlamlandırılarak kuramsal tutarlılık kazandırılması için öğretmeye olan ihtiyaç açıktır. Fakat belirli bir dönemde ferden veya mütekeren yazarların farklı ideolojik yönelimlerinin hatta önyargıların eserlerine etki edebileceği açıktır. Bu kapsamda hukuk öğretisi, siyasi tarih, uygulama gözetilerek incelenmelidir.

Açıklanmaya çalışılan, gibi, 19. yüzyıl pozitivist hukuk öğretisi, evrensel uluslararası

⁷⁶ YASUAKI, s.37.

⁷⁷ HUREWITZ, J.C.: *Öttoman Diplomacy and the European State System*, MEJ, 15(2), (1961), s.151-52.

⁷⁸ A.H. Smith, *Great Britain and the Law of Nations* (1932), s.16'dan aktaran YASUAKI, s.36.

⁷⁹ İslam devletler hukukunda gayrimüslimlerle ilişkiler konusunda farklı görüşler için bkz: C N, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmed: *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları, İstanbul, 2011, s.410-420; EK NC, Bu ra: Osmanlı Hukuku, 3.B, İstanbul, 2014, s.298-300; ÜÇÖK, Co kun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, 18.B, Turhan, Ankara, 2016, s.86-88.

⁸⁰ PALABIYIK, M. Serdar: *The Emergence of the Idea of International Law in the Ottoman Empire before the Treaty of Paris (1856)*, MES, 50(2), (2014), s.237-238. Bu görüş tartışılmalıdır. Tartışılma için önceki dipnotta belirtilen kaynaklara bakınız.

⁸¹ Bu ifade uluslararası hukukun tarihî gelişiminde muhtemel etkileşimleri iddia etmektedir. Avrupa'da gelişen uluslararası hukuk düşünmesine İslam hukuku kaynakları etkisi üzerine bkz: BOISARD, Marcel: *On the Probable Influence of İslam on Western Public and International Law*, IJMES, 11(4), (1980), ss.429-50; TELKENAROLU, M. Rahmi, *Muhammed b.el-Hasen el-eybânî ve Hugo Grotius'un Devletler Hukukuna Etkileri*, HAD, 3(5), (2005), ss.67-93.

⁸² PALABIYIK, s.239-40.

⁸³ PALABIYIK, s.247.

⁸⁴ MÄLKSOO, Lauri: *International Law between Universality and Regional Fragmentation: The Historical Case of Russia*, in A. Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook on Theory and History of International Law*, Cheltenham, 2011, s.461.

toplumun ortaya ç,k, ,n,, asgarî artlar olarak tan,mılanan uygarlık e i ini a an Avrupal, olmayan devletlerin uluslar ailesine kabulü üzerinden izah etmektedir.⁸⁵ fade edilen üyelik öanlat,s,n,ö hukuk tarihiyle ne ölçüde örtü tü ü mevcut ba l, ,n ilk sorusudur. Uygarlık e i inin gerçek (pozitif?) bir hukuk kurumu mu yoksa ö retinin aray, ,n,n sonucu mu oldu u ara t,r,larak incelemeye ba lanacaktır.

20. yüzyıl uluslararası, hukuk kuramı, 19. yüzyıl pozitivist ö retisini modernle tiren, yeniden kuran hatta bazen reddeden yenilikçi bir bak, ta ,r.⁸⁶ 20. yüzyılda, önceki yüzyıl,n ö retisini sorgulamaya 17. ve 18. yüzyıl devlet uygulamaları,n, incelemekle ba lanm, t,r. Bu yüzyıllarda Do u Hint co rafyas, ba ta olmak üzere farklı bölgelerde Avrupal, devletlerle Avrupal, olmayanlar arasındaki ili kiler kar ,l,kl,l,k esas,nda kurulmu tur ve geleneksel görüş ün Avrupal,lara münhas,r gördü ü uluslararası, hukuk alan, varsay,m, bu dönemdeki devlet uygulamaları,yla çeli mektedir.⁸⁷ Hâkezâ 19. yüzyıl devlet uygulamaları, dikkate alınarak geleneksel görüş ün kat, ve Avrupa merkezli aç,klamalar, ele tirilmiştir. İlgili dönem hukuk uygulaması,n,n Avrupal, devletlere özgü olmad, , ve yüzyıl,n geç dönem uluslararası, hukuk ö retisinin etkisinin a ,r,ya kaç,ılmadan incelenmesi gerekti i ifade edilmiştir.⁸⁸ Zira önceki yüzyıllar,n aksine, pozitivist ö reti, tarihsel verileri kendi kurgusuna uygun ekilde eleyerek, yeni ve belirli bir co rafyaya özgü hukuk düzenini in a etmiştir.⁸⁹

Uygarlık e i i temelli ayrı,m,n sonucunda yar, uygar olarak nitelendirilen devletlerin egemen kabul edilseler bile uluslararası, hukuk ki ili ine sahip olmad,klar, benimsenmiştir. Bu surette ilgili uluslar,n kar ,l,kl, hukukî ili kileri idame ettirebilecek yetenekten yoksun oldu u savunularak uluslararası, hukukun Avrupal, olmayan uluslara kar , bir bak,ma ideolojik silah gibi kullan,ld, , bildirilmiştir.⁹⁰

19. yüzyıl uluslararası, hukuk ö retisine dair a a ,daki al,nt,, bu ba l,k boyunca yapılan de erlendirmelerin özeti gibidir:

ÖHer ne kadar pozitivistler olarak kendi normatif projelerinin bulunmad, ,n,, aksine bilimsel verilerin ve uluslararası, toplumun gerçek uygulamaları,n,n kaydedicileri oldukları,n, iddia etseler de, gerek d, lay,c, Avrupa uluslararası, hukuk anlay, ,n,n gerekse Avrupa'n,n di er devlet ve toplumlara kar , hukukî ve siyasî yükümlülüklerine ili kin d, lay,c, anlay, ,n olu umuna pek çok yoldan katkı sunmuşlardır. Uluslararası, tan,maya dair delillere seçici yaklaş, m, lard,r. Örne in; Avrupal, olmayanlarla Avrupal,lar,n uzun süredir andla ma ili kileri içinde bulundukları,n, ikrar etmelerine ra men birçok u ilgili ili ki biçimlerini dikkate almayarak do ru anla ,ım, uluslararası, hukukun d, ,nda kabul etmişlerdir.⁹¹

B. Yüksek Siyaset ve Hukuk

Gelinen a amada 19. yüzyıl uluslararası, hukuk teorisine dair yukarıda ula ,ılan sonuçları,n Paris Andlaş,mas, aç,s,ndan de erlendirmelidir. Paris Andlaş,mas, ö retinin ürünü olmay,p do rudan pozitif hukukun bir parçası,d,r. Bu kapsamda andlaş,man,n 7. maddesinde geçen öAvrupa kamu hukuku ve Avrupa Ahengiö kavramları,n,n içeri i incelenmelidir.

Özellikle ilgili maddede geçen öAvrupa kamu hukukuö kavramı,n,n hangi anlamda kullan,ld, , belirlenmelidir. Yak,n tarihli bir çal, mada Avrupa kamu hukukunun ayrı, bir hukuk düzeni anlam,na gelmedi i; Rusya'n,n, Japonya'n,n ve Habe istan'ın dahil edilmesi örnekleri incelendi inde hukukî aç,kl, a sahip, tutarlı, ko ulları,n gözetilmedi i belirtilmektedir.⁹² Yeterince siyasî veya askerî güce sahip olan devletlerin Avrupa kamu hukukuna zorla girebildikleri ve bu sebeple uygar uluslar,n hukukundan de il, güçlü uluslar,n hukukundan bahsedilebilece i yaz,lm, t,r.⁹³ Avrupa kamu hukukunun mizacı,n, tart, mak mevcut çal, man,n kapsamı,n a t, ,ndan sadece böyle bir görüş ün varlı, ,n, bildirmekle yetinilecektir. Bunun yerine geleneksel görüş ün eksikli i veya tutarsızlı, , üzerine yo unla ,lacaktır. Böylece Avrupa kamu

⁸⁵ BULL, Hedley: öThe Emergence of a Universal International Societyö, H. Bull/A. Watson (ed.), Expansion of International Society, Oxford, Clarendon, 1984, s.123.

⁸⁶ KENNEDY, David: öInternational Law and the Nineteenth Centuryö, NJIL, 65(3), (1996), s.394.

⁸⁷ BULL, s.23.

⁸⁸ BROWNLIE, Ian öThe Expansion of International Society: The Consequences for the Law of Nationsö, in H. Bull/A. Watson (ed.), Expansion of International Society, Oxford, Clarendon, 1984, s.363.

⁸⁹ ALEXANDROWICZ, C.H.: öEmpirical and Doctrinal Positivism in International Lawö, BYIL, 47(1), (1976), s.288-89.

⁹⁰ MÄLKSOO, s.462.

⁹¹ PITTS s.81.

⁹² ORAKHELASHVILI, s.337.

⁹³ ORAKHELASHVILI, s.337.

hukukunun en az,ndan Osmanl,øya bakan yüzü aç,s,ndan sonuçlara ula ,lacakt,r. ki konu dikkate de erdir: İlk olarak Paris Andla mas,ønda düzenlenen Osmanl, toprak bütünlü üne sayg, ve iç i lerine kar, mama taahhütlerine neden sad,k kal,nmam, t,r? kinci olaraksa, Osmanl,, uluslar ailesinin e it bir üyesi olarak kabul edildiyse kapitülasyonlar neden kald,r,lmam, t,r?

Andla man,n 7. maddesinde düzenlenen Osmanl,ø,n ba ,ms,zl, ,na ve ülkesel bütünlü üne sayg, taahhüdü gözetilmedi i gibi, 9. maddede düzenlenen iç i lerine kar, mama güvencesi de gözetilmemi tir. Andla man,n yürürlü ü sonras,ndaki pek çok geli meyle kan,tlanabilecek söz konusu tespit, bu çal, mada iki örnek olay üzerinden incelenecektir. Fakat 93 Harbiøne giden süreçte ve sonras,nda benzer nitelikte kullan,labilecek pek çok veri bulabilmek mümkündür. ncelenecek ilk örnek, am Olaylar,ønda Paris Andla mas, taraflar,n,n tutumudur. am Olaylar,ønda, aslen, Lübnanødaki Dürzî nüfusla Hristiyan Marunî nüfus aras,nda ba layan çat, malar, amø s,çrayarak Müslüman ve Hristiyan nüfus çat, mas,na dönmü ve her iki hadisede on binin üzerinde Hristiyan hayat,n, kaybetmi tir.⁹⁴ Osmanl, yetkililerinin olaylar, yat, t,r,mada gecikmesi sonucu, ba ,n, Fransaø,n, çekti i Avrupa devletlerinin bask,lar,yla bölgeye asker ç,kar,lmaz,na raz, olunmu tur.⁹⁵ 1861øde Büyük Britanya, Fransa, Prusya, Avusturya, talya, Rusya ve Osmanl, temsilcilerinden müte ekkil konferans,n haz,rlad, , Cebel-i Lübnan Nizamnamesi ç,kar,lm, t,r. Hristiyan nüfusu korumay, amaçlayan Avrupa müdahalesi sonucunda, özerk yönetimleri azalt,p merkezî otoriteyi güçlendirmeye çal, an Osmanl,, yeni bir özerk bölge olarak Lübnan Mutasarr,fl, ,ø,n, tesisine r,za göstermek durumunda kalm, t,r.⁹⁶ Paris Andla mas,ø,n üzerinden henüz be y,l geçmi ken âkit taraflar Osmanl, ülkesine, devlet yönetimine ve devlet te kilat,na müdahale etmi tir.

kinci örneğe Giritø'n Osmanl, yönetiminden ç,kar,lmaz,d,r. Paris Andla mas, sonras,nda önceleri Osmanl, yan,nda tav,r sergileyen âkit Büyük Güçler, yüzy,l,n sonlar,na do ru tutumlar,n, de i tirmi tir. Osmanl,, 1897 Osmanl,-Yunan Sava ,ø,n, kazanmas,na ra men andla maya taraf øBüyük Güçlerin müdahalesiyle, Girit, önce özerk bölge yap,lm, , ard,ndan tüm Osmanl, askerî varl, , adadan uzakla t,r,larak fiilen Osmanl, yönetiminden ç,kar,lm, t,r.⁹⁷ Burada sadece ana hatlar,yla konu edilen bu müdahaleler için söz konusu yüzy,lda Avrupal, hukukçular pek çok tart, ma yürütmü ve me rula t,r,c, hukukî neden olarak insanc,l müdahale kavram,n, ileri sürmü lerdir.⁹⁸ am Olaylar,ø,n yan, s,ra, yüzy,l,n ba lar,ndaki Rum syan, ve yüzy,l,n ikinci yar,s,nda Giritø'n ba ,ms,zla mas, sürecindeki müdahaleler, insanc,l müdahalenin ilk örnekleri olarak ifade edilmektedir.⁹⁹ Nihâî olarak, Osmanl, ülkesine müdahalelerin Paris Andla mas,øna ayk,r, oldu unu ve bu ayk,r,l, , hukuken me rula t,ran görü lerinse günümüzde dahi devam eden bir tart, man,n¹⁰⁰ parças, oldu unu söylenebilecektir.

Geleneksel görü ün tutars,zl, ,n,n ikinci göstergesiye kapitülasyonlar,n devam etmesidir. Kapitülasyonlara, devletin uluslararası, ili kilerindeki rolü ve devlet yönetimindeki etkisi itibar,yla bak,ld, ,nda; ekonomik, sosyolojik ve siyasî yönleriyle geni bir kapsam, bulunmaktadır. Kapitülasyonlar, bu bölümde, çal, man,n s,n,rlar, nedeniyle, sadece uygarl,k e i iyle ba lant,l, belirli yönleriyle ve 19. yüzy,l,n ikinci yar,s,nda uyguland, , ekliyle i lenecektir. Belirtmek gerekir ki, kapitülasyonlar, gerek ortaya ç,k, , ve tarihsel geli imi gerekse i leyi i itibar,yla burada i lenecek halinden çok daha karma ,k bir ba l,kt,r.¹⁰¹ Yukar,da an,ld, , gibi, uygar görülmek için say,lan hususlar,n ba ,nda yabanc,lar,n ilgili devletteki ya am ve mülkiyet gibi haklar,n,n güvence alt,na al,nmas, ve bu güvenceyi muhafaza edecek adalet bürokrasisinin kurulmas, gelmektedir. Oysaki 19. yüzy,la gelindi inde, kapitülasyonlar, belirli bir k,sm, itibar,yla Osmanl, ülkesindeki Avrupal,lar,n Osmanl, yetki alan,n,n d, ,nda kalarak uyruklu unda bulunduklar, devletin yetkisine tâbi olmalar,n, sa layan ayr,cal,klar biçiminde

⁹⁴ BAKTIAYA, Adil: ø19. Yüzy,l Suriyesinde H,ristiyan-Müslüman li kilerinde De i im 1860 am Olaylar,ø, Ü FM, 58(2), (2011), s.26.

⁹⁵ CHESTERMAN, Simon: Just War or Just Peace?, Oxford University, 2002, s.31.

⁹⁶ BAKTIAYA, s.26-27.

⁹⁷ KARAL, E.Ziya: Osmanl, Tarihi, C.IX, Ankara, TTKY, 1999, s.231-33.

⁹⁸ RODOGNO, Davide: Against Massacre: Humanitarian Interventions in the Ottoman Empire, Princeton University, 2011, s.36-62; REÇBER, Sercan: nsanc,l Müdahale ve Koruma Sorumlulu u, On ki Levha, stanbul, 2016, s.19-28.

⁹⁹ RODOGNO, Against Massacre, s.63-140, 212-228.

¹⁰⁰ Tart, ma için bkz: REÇBER, s.74-107.

¹⁰¹ Muhtelif yönleriyle kapitülasyonlar, inceleyen çal, malar için bkz: NALCIK, Halil: ømtiyazatø, TDV slâm Ansiklopedisi, C.22, 2000, s.245-252; KONAN, Belk,s: Osmanl, Devletiønde Yabanc,lar,n Kapitülasyonlar Kapsam,nda Hukuki Durumu, Yay,mlanmam, Doktora Tezi, AÜSBE, 2006; ÖZSU, Umur: øOttoman Empireø, Oxford Handbook of the History of International Law, Oxford University, 2012; VAN DEN BOOGERT, Maurits: The Capitulations and the Ottoman Legal System, Leiden, Brill, 2005.

yerle mi tir.¹⁰² darî konulardaki ayr,cal,klarla ticaret ve gümrük kolayl,klar, bir kenara b,rak,l,rsa, söz konusu ayr,cal,klar,n belirli bir k,sm, Avrupalar,n yarg,sal anlamda tamamen Osmanl, yetkisinin d, nda kalmas,n, veya Osmanl, yetkisi bulunsa bile Avrupalar, devletlerin, Osmanl, yarg, organlar, üzerinde kimi denetim yetkileri kullanmalar,n, içermektedir.¹⁰³

Uygarl,k e i inin uluslararası, hukuk bak,m,ndan somut etkisi kapitülasyonlarla ortaya ç,kmakta ve uygar Avrupalar, devletler, uygar görmedikleri devletlerde kendi vatandaşlar, aç,s,ndan özel bir yarg, yetkisini sakl, tutmaktadırlar.¹⁰⁴ 19. yüzyıl,n son dönemlerinin etkili talyan uluslararası, hukukçular,ndan Fiore, kapitülasyonlarla getirilen yarg, yetkisi s,n,rland,r,malar,n,n üç durumda kald,r,labilece ini belirtmi tir. Fiore'ye göre, ilkin, kapitülasyonlar,n yürürlükte oldu u ülke ba ,ms,z ba ka devletçe ilhak edilince, ikinci olarak ilgili devletin uygarl,k seviyesi di er uygar devletlerle ayn, düzeye ula ,nca ve nihayet ba ka uygar devletin vesayeti alt,na girilince kapitülasyonlar kald,r,lmaktadırlar.¹⁰⁵ Osmanl, ülkesinde kapitülasyonlar ancak Lozan Andlamas,ıyla kald,r,lm, ve bu tarihten sonra hukuken Osmanl, mparatorlu u sona ermi tir. Böylece kapitülasyonlar,n devam etti i Osmanl,ın,n Avrupalar,larca yeterince öuygarö kabul edilmedi i görülmektedir.

Kapitülasyonlar, Avrupalar, devletlerin nazar,nda Osmanl, mparatorlu unun mâdun konumunun somut delili olmaktadır ve Osmanl, iç i lerine müdahaleye imkân vermesi gözetilerek devam, uygun görülmü tür.¹⁰⁶ Kapitülasyonlar,n geleneksel görü le çeli ti i 20. yüzyıl,n ba lar,nda da ifade edilmi tir. 1904'te Westlake, Osmanl,ın,n faydalar,na hissedar olmaya dahil edildi i düzenin uluslararası, hukukun bütününi de il sadece Avrupa devletler sistemini içerdi ini ve bizzat kapitülasyonlar,n varl, ,n,n farklı bir yorumu geçersizle tirdi ini belirtmektedir.¹⁰⁷ Oppenheim da ba ,ndan itibaren kapitülasyonlar,n hukuk düzeni içinde bir anomali te kil etti ini belirtmi tir.¹⁰⁸

Dönemin etkili Osmanl, devlet adamlar,ndan Hasan Fehmi Pa a, devletler hukukuna ilkin ilk özgün kitaplardan biri olarak say,lan eserinde, Paris Andlamas,ına at,f yaparak kapitülasyonlar,n devletlerin e itli i ve egemenli i gibi temel uluslararası, hukuk normlar,yla çeli ti ini dile getirerek derhal kald,r,lm, gerekti ini belirtmi tir.¹⁰⁹ Yine imparatorlu un son dönem hukukçu akademisyen ve devlet yöneticilerinden brâhim Hakk, Pa a'n,n uluslararası, hukuk tarihine hasredilmi 1887 tarihli kitab,ndaki gözlemleri dikkat çekicidir. Yazara göre her ne kadar Osmanl, ve Avrupalar,lar aras,nda 1606 Zitvatoruk Andlamas,ıyla e itli e dayal, ilikiler ba lam, sa da, 1699 Karlofça Andlamas,ından 1856 Paris Andlamas,ına kadar geçen sürede, Osmanl,, defalarca hukuka ayk,r, muameleye tâbi kalm, ve bu durum Paris Andlamas,ından sonra da de i memi tir.¹¹⁰ Yazar, Osmanl, egemenli ine aç,kça ayk,r, olan kapitülasyonlar,n devam, konusunda Avrupalar,lar,n ,srar, kar ,s,nda a k,nl, ,n, belirtirken, Avrupa Ahengine dahil olunmas,yla birlikte bu adaletsiz düzenlemelerin art,k reddi gereklili ini vurgulam, t,r.¹¹¹

Paris Andlamas, sonras,nda kapitülasyonlar,n kald,r,lm,as, yönünde ilerleme kaydedilmesi beklenmesine ra men aksine ilgili ayr,cal,klar,n eklen güçlenmi tir.¹¹² Kapitülasyonlar,n Osmanl,ın,n tek tarafl, verdi i ayr,cal,klar oldu u argüman,n,n bizzat andla man,n 32. maddesiyle di er âkit devletlerin aç,kça iradelerinin aranmas,yla zedelendi i dile getirilmi tir.¹¹³ Zira bu maddede, ticaretin, yap,lan andla malar yenileninceye kadar sava öncesi düzenlemelere tâbi olaca , belirtilerek, kapitülasyonlar,n konu itibar,yla bir bölümü çök

¹⁰² PAZARCI, s.71.

¹⁰³ PAZARCI, s.78-79. Adli ayr,cal,klar için bkz: KONAN, s.138-212.

¹⁰⁴ GREWE, s.457.

¹⁰⁵ FIORE, Pasquale: International Law Codified and Its Legal Sanction, 5thEdition, çev. E.D. Borchard, NewYork, Baker, 1918, s.211.

¹⁰⁶ RODOGNO, s.23.

¹⁰⁷ WESTLAKE, John: International Law, PartI, Cambridge, University Press, 1904, s.48.

¹⁰⁸ OPPENHEIM, s.148.

¹⁰⁹ Hasan Fehmi Pa a, Telhis-i Hukuk-, Düvel , stanbul, Matbaa-i Osmaniye, 1884,s.219-220'den aktaran ARAL, s.82,92.

¹¹⁰ brahim Hakk, Pa a, Tarih-i Hukuk-, Beyneddüvel, s.92-93,127'den aktaran FUJINAMI, ss.245-270,255-256.

¹¹¹ FUJINAMI, s.258.

¹¹² ÖZSU, öOttoman Empire, Originsö, s.129.

¹¹³ SUSA, Nas m: The Capitulatory Régime of Turkey, Baltimore, JohnsHopkins, 1933, s.168.

tarafı, bir andla mayla düzenlenerek uluslararası, yükümlülük hâline getirilmiştir.¹¹⁴

Gerek Osmanlı'nın iç işlerine karışması, mama ve ülkesel bütünlüğüne saygı, yükümlülüklerini ihlal eden askerî müdahaleler gerekse Osmanlı devlet tekilatlanması, güvensizliği simgeleyen kapitülasyonlar dikkate alınarak, sonunda sonuçlardan birine varılabilir: Ya Paris Andla masası, Osmanlı'nın ilgili hükümleri karşısında bir süre uygulandıktan sonra terk edilmiştir ya da bu madde için âkit devletlerin öngörüsü farklıdır.

1. Avrupa Ahenginin Hukuku

İlk olarak Paris Andla masası, bir süre gözletilmediğinden andla mayla altın girilen yükümlülükler yerine getirilmeyerek andla ma ihlal edilmiştir sonucuna varılabilir. Bu durumda Paris Andla masası, özetinin bir kısmında sunulduğu gibi büyük bir adım veya amaç olmadıkça, bu maddeler sadece belirli süreli bir Avrupa'daki siyasî düzeni tahkim etmek niyetiyle ihdas edilmiştir. Nitekim Westlake, Avrupa'daki Osmanlı ülkesi bütünlüğüne ve bağımsızlığına ilişkin taahhütlere 1878 yılına kadar sadık kaldıkları, fakat belirli siyasî şartlara bağlı güvencenin ortaya çıkmasıyla birlikte hükümsüze olduğunu belirtmiştir.¹¹⁵ O hâlde, Avrupa Ahenginde yaşanan değişimlere veya güç dengesinin yeni gerekliliklerine göre farklılaşabilen bir ö hukukî söz konusudur. Bizzat Paris Andla masası, bu hususta bir emare sunmaktadır. Andla masasının 7. maddesi haricinde Avrupa kamu hukuku lafzından geçtiği diğer hüküm olan 15. maddede, Tuna Nehrine ilişkin düzenlemelerin Avrupa kamu hukukunun parçası olarak güvence altına alınması belirtilmektedir. Öte yandan Karadeniz kıyılarındaki limanlara dair 12. maddede yer alan hükümler uluslararası hukukî lafzı kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere belirtilen iki kavram, Paris Andla masasında bile farklı anlamlar taşımaktadır.

Tarihsel gelişmeler, sonunda Paris Andla masasında Osmanlı için sunulan kamu hukukunu siyasî bir birtelilik durumundaki Avrupa Ahenginin ürünü olarak değerlendirilmeye gerekecektir. Eleştirel okumanın ileri sürdüğü gibi, 7. madde, imparatorluğun statüsüne dair objektif uygulanabilir de olsa anlamına gelmemekte, sadece 1815 Viyana Kongresiyle kurulan Avrupa büyük güçlerden müteekkil devletler grubuna Osmanlı'nın eklenmesi dâhil edilmesini içermektedir.¹¹⁶ Nitekim ulaşılabilecek birinci sonucu özetleyen araştırmacı, net sonuç mahiyetinde dile getirilebilir:

Öylece görülmektedir ki, Avrupa güçleri Avrupa kamu hukukuyla bir devletin haklarına ve statüsünün artarak korunduğu hukuk düzenini kastetmemekte, sadece siyasî hassasiyeti ortaya koyan bir söylem ya da daha revaçta tabirle açıkça tanımlanmış haklar veya yükümlülükler içermeyen bir tür 19. yüzyıl kiçini (kitsch) kastetmektedirler. Bu suretle Avrupa kamu hukuku uygulamada hukuk anlamına gelmemekte, sadece belirsiz siyasî gelenekleri ifade etmektedir.¹¹⁷

Siyasî tarih bakımından önemi inkâr edilemezse de, Paris Andla masasının belirtildiği ekliyle uluslararası hukuk açısından dönüm noktası veya evrensel süreçlerin başlangıcı olarak benimsemek tarihsel süreçle beraberde mamaktadır. Nitekim 7. maddenin ortaya çıkmasıyla da bu durumu doğrulamaktadır. Andla masasının ortaya çıkmasıyla Paris Kongresine dair resmî metinler ve hazırlanan tutanaklar, terimsel tercihler konusunda kayda değer katkıları bulunduğunu göstermektedir.¹¹⁸ Nihâyetinde amada aslen Osmanlı Sadrazamı Mehmet Emin Âli Paşa'nın önerisi olan Avrupa kamu hukuku ve [Avrupa] Ahengiö lafzı, benimsenmiştir.¹²⁰ Andla masasının Osmanlı'nın Avrupa uluslararası ilişkileri ya da siyasî düzenine alınmasıyla ilgili olduğu görülmüştür, dönemin Avrupa devlet görevlilerinin beyanlarıyla da örtülmektedir.¹²¹ Gelinek amada andla masasının 7. maddesinin bir çeşit hukukî örtüyle kaplanması, Avrupa siyasî düzenine aidiyetle alakalı olduğu sonucuna ulaşmak gerekecektir.

¹¹⁴ Maddenin devamında savaştan devletlerin tebaalarına en çok gözletilen ulus kaydı tabii olacağına düzenlenmesiyle aslında masada Rusya karşılarında bir zafer kazanıldığı, görüşü için bkz: ANDIÇ, Fuat/ANDIÇ, Süphan: Kırım Savaşı, Âli Paşa ve Paris Antlaşması, İstanbul, Eren, 2002, s.89-90.

¹¹⁵ WESTLAKE, International Law, Part I, s.48.

¹¹⁶ MERAY, s.49; WOOD, s.262;

¹¹⁷ ORAKHELASHVILI, s.337-38.

¹¹⁸ WOOD, s.265-69.

¹¹⁹ Âli Paşa'nın andla ma öncesindeki müzakerelerde önerdiği kısmen Fransızca orijinali şöyledir: *öparticipe aux avantages du concert établi par le droit public entre les différents États Européens* (muhtelif Avrupa devletleri arasında kamu hukukuna tesis edilmiş Ahengin faydalarına hissedar olmaya dâhil edildiğini). Paris Konferansında bu kısım sadece tirilmiştir [British and Foreign State Papers (1855-1856), V.46, s.91-93,104,110.] Maddenin ortaya çıkması için bkz: WOOD, s.265-268.

¹²⁰ HUREWITZ, s.151-52.

¹²¹ WOOD, s.269-70.

2. K,smî Üyelik htimali?

Paris Andla mas, hükümleri hilaf,na yap,lan askerî müdahaleler ve kald,r,lmayan kapitülasyonlar gözetilerek var,labilecek ikinci sonuç, Osmanl, mparatorluğun uluslar ailesinin tam üyesi olmad, ,, eksik veya arta ba l, üyelik ili kisinin söz konusu olabilece idir. Westlake, kapitülasyonlar, dikkate alarak Osmanl,ın uluslararası topluma kabulünde henüz tamamlanmam, bir süreçten söz etmektedir.¹²² Nitekim uluslararası topluma üyeli in s,n,r,l, ekilde de yap,labilece i ve devletlerin uluslararası hukukun sadece baz, k,s,mlar,na tâbi k,l,nabilece i kanaatindedir.¹²³ O hâlde, Avrupa kültür dairesinde yer almayan devletlerin a amal, olarak uluslar ailesine üyeli inin gerçekleşirebilece i ima edilmektedir. Mevcut çal, ma aç,s,ndan bak,ld, ,nda, Paris Andla mas,ından sonra Osmanl,ın uygarl,k e i i kapsam,nda zikredilen artlar, eksiksiz yerine getirmedi inden bahisle üyeli in sa lad, , menfaatlerden faydalanamad, , dü ünülebilir. Dolay,s,yla 1878 Berlin Kongresi'nde Ayestefanos Andla mas,ın artlar,n,n yumu at,lmaz,nda Avrupa Ahengi'nin Osmanl, lehine devreye girmesi ve diplomatik protokole dair kimi iyile tirmeler eklinde say,lan¹²⁴ s,n,r,l, faydalar, k,smî üyelik ihtimaliyle aç,klanabilecektir.

Kapitülasyonlar,n kald,r,lmamas, hususunu incelerken, Hall, 1856 andla mas,yla birlikte Osmanl, ülkesindeki ayr,cal,klar,n ilke olarak ilgas,n,n gerekti ini belirtmektedir.¹²⁵ Ard,ndan Osmanl, hukukunun inananlar ve inanmayanlar aras,nda e itli i reddeden dinî karakteri ve Osmanl, bürokrasisinin ileri derecede yolsuzlu a dü mü yap,s,n,n yabanc,lar,n yeterince âdil muameleye tâbi tutulaca ,na dair güvence veremedi i gerekçesiyle kapitülasyonlar,n kald,r,lmamas,n, me rula t,r,maktad,r.¹²⁶ Görülece i üzere önce temel haklara, ard,ndan devlet yap,lanmas,na dair ele tiriler yap,lm, t,r. Uygarl,k e i i tan,mlan,rken belirtildi i gibi, bu hususlar, devletin uluslar ailesine kabulü aç,s,ndan asgarî gereklilikler olarak say,lmaktad,r.

Paris Andla mas,ın zikredilen 9. maddesinde, Islahat Ferman, gibi iç hukuka dair bir metne aç,kça at,f yap,lmaz,, bu hususun andla man,n ortaya ç,k, ,nda gözetildi ine i aret etmektedir. Islahat Ferman,ın çal, man,n uygarl,k e i i ba l, ,nda verilen k,staslarla do rudan ba lant,l, bir içeri inin bulunmaktad,r. Ferman,da, Tanzimat Ferman,ında geçen din ve mezhep ayr,m, gözetmeksizin tebaan,n tamam,n,n can ve mal güvenli inin yan,nda geni anlamda eref ve haysiyet dokunulmazl, , olarak okunabilecek¹²⁷ ,rz ve namus dokunulmazl, , teyit edilmi tir.¹²⁸ Yine Tanzimat Ferman,ında mülkiyet ve miras hakk,n, koruma amaçl, müsadere yasa , benimsenmi tir.¹²⁹ Islahat Ferman,yla teyit edilen eref ve haysiyet dokunulmazl, ,, mülkiyet hakk,, müsadere yasa , gibi haklar uygarl,k e i i k,staslar,ndan say,lan öuygar devletlerde ya am, mülkiyet ve insan onuruna sayg, gibi temel haklar korunurö ifadesiyle birebir örtü mektedir. Öte yandan, Tanzimat Ferman,yla getirilen idam cezalar,n,n ancak mahkeme karar,yla tatbik edilebilece i, yürürlü e konulacak yeni kanunlar,n duyurulmas,, kanunlar,n üstünlü ünün ve kanun önünde e itli in benimsenmesi gibi hususlar¹³⁰ ise öherkesin hukuken adalete ula ,m,n, güvence alt,na alacak ulusal mahkemeler ve bas,l, hukukî metinler düzenini idame ederö ölçütüyle Avrupal,larca benimsenen (istenen) ekliyle yani yaz,l, kurallara (kanunlara) dayal, hukuk düzeni kurmak maksad,yla örtü mektedir.

Islahat Ferman,, say,lan hak ve düzenlemeleri güçlendirerek özellikle gayrimüslim tebaan,n koruma alan,n, geni letmektedir. Ferman,n incelenen konu aç,s,ndan önemli düzenlemeleri öyledir: Din veya mezhep de i tirmeye kimsenin zorlanamayaca ,n,n beyan,, daha h,zl, karar al,nabilmesi için yarg, reformu yap,lmaz, ve ilgili metinlerin Osmanl, ülkesindeki farklı dillere tercüme ve ilân edilmesi, hapishanelerin ,slah, ve i kence gibi muamelelerin cezaland,r,laca ,n,n bildirilmesi ve nihayet ferman,n bütününde Osmanl, ülkesindeki ekonomik ve fiziksel altyap,n,n güçlendirilmesi için devlet bürokrasisinin ,slah,n, içeren idarî hükümler.¹³¹ Görülece i üzere Tanzimat Ferman,ındaki yarg, reformu,

¹²² WESTLAKE, International Law, Part I, s.47.

¹²³ WESTLAKE, John: The Collected Papers of John Westlake on Public International Law, (ed.) Lassa Oppenheim, Cambridge University, 1914, s.82.

¹²⁴ HUREWITZ, s.151.

¹²⁵ HALL, Treatise, s.52 dipnot.

¹²⁶ HALL, Treatise, s.52 dipnot.

¹²⁷ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin, 2000, s.14.

¹²⁸ Islahat Ferman, metni için bkz: KARAL, E. Ziya: Osmanl, Tarihi, C.V, Ankara, TTKY, 1947, s.266-72.

¹²⁹ Tanzimat Ferman, metni için bkz: KARAL, E. Ziya: Osmanl, Tarihi, C.V, s.263-66.

¹³⁰ GÖZLER, s.13-15.

¹³¹ KARAL, E. Ziya: Osmanl, Tarihi, C.VI, Ankara, TTKY, 1954, s.1-4.

kanunla t,rma niyeti, temel haklar,n güçlendirilmesi ve bürokrasinin verimli hâle getirilmesini amaçlayan düzenlemelere İslahat Ferman,ında da rastlanmaktadır.¹³² Gongøun yukar,da aktar,lan ölçütleriyle fermanlar âdeti ayn, içeri i kapsamaktadır.

Gerek Tanzimat gerekse İslahat Ferman,ıyla giri ilen reformlar Avrupa tipi devlet örgütlenmesini benimseyerek sürdürmeye yönelmektedir.¹³³ Tarih literatüründe s,kça vurguland, , üzere, Tanzimat Ferman,ından farklı olarak do rudan ngiliz ve Frans,z elçileriyle müzakere edilerek haz,rlandı, , için İslahat Ferman,ında yabancı, etkisi, hatta bask,s, hissedilmektedir.¹³⁴ Nitekim bu dönemin imparatorlu u Bat, kapitalizmine uygun aç,k pazar hâline getiren üstyap, yenilikleri olarak da görülebilece i ve hem yeni kanunlar,n hem de bürokratik de i imin yar, sömürgele tirmeye varan kapitalist denetimle sonuçlandı, , yorumu yapılmaktadır.¹³⁵ mparatorlu u ,slah çal, malar,n,n uygarl,k e i inin zikredilen sosyoekonomik karakterini teyit etmesi dikkate de erdir.

Osmanl, için öngörülen statünün e it yahut tam üyelik olmad, ,na dair emarelere bizzat andla man,n yapıld, , dönemde de rastlanmaktadır. Andla ma görü melerini yürüten heyetin ba ,ndaki Âf Pa a, 7. maddeyi ileri sürerek kapitülasyonlar,n kald,rımas,n, talep edince, birtak,m reformlar gerçekte tirilmedikçe bu özel haklar,nö devam,n,n zorunlu oldu u kendisine bildirilmi tir.¹³⁶ Nitekim, tüm çabalara ra men ökapitülasyonlar,n gözden geçirilmesi için bar, sa land,ktan sonra Osmanl, Hükümetiyle görü ülece iö vadiyle konu belirsiz bir tarihe ertelenmi tir.¹³⁷ Âf Pa a, Paris Kongresiøne ili kin hat,ralar,nda, Osmanl,øn,n Avrupal, devletlerce kabulünün ne kadar sürece ine yönelik endi esini belirterek Avrupa politikas,nda söz sahibi olmaya devam edilmesi isteniyorsa ,slahat,n devam,n,n art oldu unu yazmaktadır.¹³⁸ Bundan hareketle Osmanl,øya özel bir statü tan,nd, , ve ancak ,slahat,n devam,yla konumunu koruyabilece i tespiti yapılmakta ve aksi hâlde öihraç edilece inin hissettirildi iö ifade edilmektedir.¹³⁹

Nihayet mevcut ba l,k boyunca yapılan inceleme ayn, zamanda bütünleyici yorum görü üne kat,lman,n neden mümkün olmad, ,n, da ortaya koymaktadır. Osmanl, mparatorlu uøyla Avrupa aras,nda geçmi i çok eskilere dayanan ili kilerin varl, ,, payla ,lan ilkelere ve kurallara dayal, ortak hukuk anlay, ,n,n varl, ,n, gösterecek yo unlukta de ildir.¹⁴⁰ Aksine giri ilen reformlara ra men kapitülasyonlar devam etmi ve en iyimser bak, la, ancak k,smen Avrupa hukukunun parças, olabilece i telakki edilmi tir. Yüzy,llar boyunca Avrupaøda fakat Avrupal, olmayan öteki gözüyle görülerek e itlik temelli devletler hukukunda aç,kça e it olmayan egemen muamelesine tâbi kalan Osmanl,øn,n, ortak kurumlar ve kurallara ra men Avrupa uluslararası, toplumuna dahil oldu unu savunmak güçtür.¹⁴¹ 19. yüzy,l,n sonuna gelinceye kadar yeryüzünde Do u Asya veya Müslüman co rafya gibi tarihsel geli im itibar,yla farklı, ve çok say,da bölgesel uluslararası, hukukun varl, ,n, benimseyen ço ulcu görü ün¹⁴² ifade etti i gibi, Avrupaøyla ortak muhtelif ilke ve uygulamaya ra men, Osmanl,øn,n slamiyet temelli uluslararası, hukuka dahil oldu unu de erlendirmek¹⁴³ isabetli görünmektedir.

¹³² Tanzimat sonrası, Osmanl, hukuk düzenine ili kin bkz: BOZKURT, Gülnihal: Bat, Hukukunun Türkiyeøde Benimsenmesi, TTK, Ankara, 1996; AYDIN, M. Âkif: Türk Hukuk Tarihi, 9.Bask., Beta, stanbul, 2012, s.419-435.

¹³³ Osmanl,øn,n ya ad, , tecrübelerin ayn, dönemlerde benzer saikle ve ekillerde Uzak Do uøda yine Avrupal,lar,n ve uluslararası, hukukun etkisiyle nas,l geli ti i için bkz: HOROWITZ, Richard: öInternational Law and State Transformation in China, Siam, and the Ottoman Empire during the Nineteenth Centuryö, JoWH, 15(4), (2004), ss.445-486.

¹³⁴ ARMAO LU, Fahir: 19. Yüzy,l Siyasî Tarihi (1789-1914), Ankara, TTKY, 1997, s.259; KARAL, Osmanl, Tarihi, C.VI, s.5.

¹³⁵ TANÖR, Bülent: Osmanl,-Türk Anayasal Geli meleri, 23.B, stanbul, Yap, Kredi, 2013, s.119-20.

¹³⁶ Alberic Cahuet, La Question döOrient dans løHistoire contemporaine (1821-1905), Paris, Dujarricetcie., 1905, s.168øden aktaran ARMAO LU, s.256.

¹³⁷ KONAN, s.215; NALCIK, s.251.

¹³⁸ ANDIÇ/ANDIÇ, s.94.

¹³⁹ AKYILMAZ, Gül: Siyasi Tarih, Ankara, Seçkin, 2015, s.222.

¹⁴⁰ GONG, s.109.

¹⁴¹ GERRY, Simpson: Great Powers and Outlaw States, Cambridge University, 2004, s.243-247; YURDUSEV, A. Nuri: öThe Middle East Encounter with the Expansion of European International Societyö, B. Buzan/A. Gonzalez-Palaez (ed.), International Society and Middle East, Palgrave, 2009, s.78-79.

¹⁴² Detayl, bilgi için bkz: YASUAKI, s.8-54.

¹⁴³ YASUAKI, s.33-39,61-62.

VI. SONUÇ

Paris Andla mas,an,7. maddesinin uluslararası, hukukun tarihsel gelişimi içindeki yerine dair Avrupal, hukukçuların görüşlerinin özetlendiği bu çalışmada, tarihsel bağlam, yansıtılmak maksadıyla hem dönemin hukuk öretisi hem de tarihsel gelişmeleri incelenmeye çalışılm, t.r. Sözü geçen andla man, Osmanlı mparatorluğunu, uluslar ailesinin üyelerinden biri yaparak Avrupa kamu hukukunun coğrafyasını, evrensellik lehine ortadan kaldırdı, yönündeki geleneksel görüşün tutarsız kaldı, noktalar gösterilirken iki sonuç ortaya çıkm, t.r. İkinci, uluslararası, hukukun mahiyetine dair belirli bir dünya görüşüne sahip dönemin öretisinin kimi zaman hukuk uygulamasıyla bağdaşmadığı, gibi kimi zamansa kuramsal tutarlılık kaygısıyla ortaya koyduğu izahların abartılı, soyutlamalar içerdiği tespit edilmiştir. Böylece öreti-uygulama uyumsuzluğu ortaya konulmuştur.

İkinci olarak hukukun toplumsal rolüne dair çalışmaların kaçınılmaz şekilde karıştığı, hukuk-siyaset ilişkisi konusunda kesinlik arz eden gözlemler yapabilmeyen zorlu ortamı ortaya çıkm, t.r. Zira andla tarafları, Osmanlı lehine yükümlendikleri taahhütlere, yüksek siyaset meseleleri söz konusu olunca, riayet etmemekte; açıkça güç dengesine göre daha isabetli deyişle güçsüzlük ölçüsünde kurallar, esnetmekte veya görmezlikten gelmektedirler. Bu kapsamda Avrupa Ahenginin taahhütlerinin tarih literatüründe kâğıt üzerinde kalan güvenceler olarak nitelendirilmesi doğru görünmektedir. Osmanlı mparatorluğu, Avrupa kamu hukukunun faydalarından ancak dönemin siyasî koşullarına uygun düzünü ölçüde hissedebilir. Büyük Güçlerin sergiledikleri tutum dikkate alın,nda, ülkesel bütünlük veya egemenlik gibi hukukî kurumların göz ardı edildiği ve Paris Andla mas,an, e itilmediği dayalı hukukî statü sağlamak gibi bir işlevi olmadı, görülmektedir. Nihayetinde Avrupa Ahenginin ve ihdas ettiği Avrupa kamu hukukunun karakterinin etraflıca değerlendirilmesi gibi daha kapsamlı bir incelemenin gerekliliği görülmektedir.

Ayrıca daha önce hukuk öretisinde derli toplu şekilde tertip edilmeyen bir ihtimal olarak kösmi üyelik seçeneği ortaya konularak konunun boyutu genişletilmeye çalışılm, t.r. Bu ihtimale göre Osmanlıya Avrupalı devletler arasında tanıyan konum, imparatorluğun yetki alanına müdahaleyi ekli güvenceye kavuşturmu görünmektedir. Keza Avrupalıların ekonomik ve askeri üstünlüklerini dercettikleri dönemin uluslararası, hukukunun aynı zaman diliminde farklı rejimler içerdiği tespitiyle ilgili ihtimal uyumludur.

Varılan amada, 19. yüzyıl uluslararası, hukuk öretisinde ve uygulamasında tanıyan, e itlik veya egemenlik gibi kavramların belirsizliğinin ortaya konulması¹⁴⁴ esas netice olarak belirmektedir. Bir hukuk araştırmacısı için fevkalade aydınlatıcı olması ve önceki paragraflarda sayılan çalışmalara rağmen; hukuk öretisi, uygulaması ve siyaset yumağında bir konu olarak Paris Andla mas,an,7. maddesinin uluslararası, hukukun tarihindeki yerine dair kesin sonuca varmak yerine, dönemin çelişkileri ve karmaşık, yansıtılan bir vakıa çalışması, ekinde görülmesinin isabetli olacağı kanaatine varılm, t.r.

¹⁴⁴ ÖZSU, *Öttoman Empire*, s.439.

KAYNAKÇA

- AKSAR Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası, Hukuk-I, 4. Bask., Ankara, Seçkin, 2017.
- AKYILMAZ Gül, *Siyasi Tarih*, Ankara, Seçkin, 2015.
- ALEXANDROWICZ C. H., öEmpirical and Doctrinal Positivism in International Lawö, *British Yearbook of International Law*, 47(1), (1976), s.286-89.
- ANDIÇ Fuat, Süphan ANDIÇ, *K,r,m Sava , Ali Pa a ve Paris Antla mas.,* stanbul: Eren, 2002.
- ANGHIE Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University, 2005.
- ARAL Berdal, öAn Inquiry into the Turkish 'School' of International Lawö, *EJIL*, 16(4), (2005), 769-785.
- ARAL Berdal, öThe Ottoman -Schoolö of International Law as Featured in Textbooksö, *Journal of the History of International Law*, 18(1), (2016), s.70-97.
- ARMAO LU Fahir, *19. Yüzy,l Siyasî Tairihi (1789-1914)*, Ankara, TTK Yay,nlar., 1997.
- AUSTIN John, *Austin: The Province of Jurisprudence Determined*, ed. Wilfrid Rumble, Cambridge, Cambridge University, 1995.
- AYDIN, M. Âkif: *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Bask., Beta, stanbul, 2012.
- BAKTIAYA Adil, ö19. Yüzy,l Suriyesinde H,ristiyan-Müslüman li kilerinde De i im 1860 am Olaylar,ö, *Ü F Mecmuas.,* 58(2), (2011), s.23-44.
- BEYD LL , Kemal: öParis Antla mas,ö, *TDV slâm Ansiklopedisi*, Cilt:34, stanbul, 1991 s.169-172.
- BOISARD, Marcel, öOn the Probable Influence of Islam on Western Public and International Lawö *International Journal of Middle East Studies*, 11(4), (1980), s.429-50.
- BOWDEN Brett, *The Empire of Civilization*, ikago, University of Chicago, 2009.
- BOZKURT, Gülnihal: *Bat, Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, TTK, Ankara, 1996.
- BROWNLIE Ian, öThe Expansion of International Society: The Consequences for the Law of Nationsö, *The Expansion of International Society*, ed. Hedley Bull, Adam Watson, Oxford, Clarendon, 1984, s.357-69.
- BULL Hedley, öThe Emergence of a Universal International Societyö, *Expansion of International Society*, ed. Hedley Bull, Adam Watson, Oxford, Clarendon, 1984, s.117-26.
- CAN, Lâle/ LOW, Michael Christopher: öThe -Subjectsö of Ottoman International Lawö, *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association*, 3(2), (2016), s.223-234.
- CHESTERMAN Simon, *Just War or Just Peace?: Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford, Oxford University, 2002.
- C N, Halil/ AKGÜNDÜZ, Ahmed: *Türk Hukuk Tarihi, Osmanl, Ara t,rmalar,* stanbul, 2011.
- CRAVEN Matthew, öIntroduction: International Law and Its Historiesö, *Time, History and International Law*, Craven M./Fitzmaurice M./Vogiatzi M.(ed.) Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, s.1-26.
- EK NC Bu ra, Osmanl, Hukuku, 3. Bask., Ar., stanbul, 2014.
- ERIM Nihat, *Devletleraras, Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri*, Ankara, AÜHF Yay,nlar., 1953.
- ERK NER, H. Hakan: öUluslararası, Hukuk Dü üncesinde Klâs,k Ö retinin Kurulu uö, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara t,rmalar, Dergisi*, 18(3), (2012), s.3-140.
- FELLMETH A., HORWITZ, M.: *Guide to Latin in International Law*, Oxford, Oxford University, 2009.
- FIORE Pasquale, *International Law Codified and Its Legal Sanction*, 5th Edition, çev. E.D. Borchard, New York, Baker, 1918.
- FUJINAMI, Nobuyoshi: öThe First Ottoman History of International Lawö, *Turcica*, C.48 (2017) s.245-270.
- GERRY, Simpson: *Great Powers and Outlaw States*, Cambridge University, 2004.
- GONG G.W., *The Standard of öCivilizationö in International Society*, Oxford, Oxford University, 1984.
- GÖKBERK Macit, *Felsefe Tarihi*, 24.b., stanbul, Remzi, 2012.
- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2000.
- GREWE Wilhelm G., *The Epochs of International Law*, Berlin, De Gruyter, 2000.
- HALL Stephen, öThe Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivismö, *European Journal of International Law*, 12(1), (2001).
- HALL William Edward, *A Treatise on International Law*, Clarendon, 1884.
- HERTSLET Edward, *The Map of Europe by Treaty*, Londra, Butterworths, 1875.
- HOROWITZ, Richard S: öInternational Law and State Transformation in China, Siam, and the Ottoman Empire during the Nineteenth Centuryö, *Journal of World History*, 15(4), (2004), s.445-486.
- HUREWITZ J.C., öOttoman Diplomacy and the European State Systemö, *Middle East Journal*, 15(2), (1961), s.141-52.
- NALCIK, Halil: ö mtiyazatö, ö, *TDV slâm Ansiklopedisi*, C.22, stanbul, 2000, s.245-252.
- P RL Mehmet, öBâb,âliö, *TDV slâm Ansiklopedisi*, C.4, 1991, s.378-86.
- KARAKOÇ, rem: *Hukuk Tarihinde Vatanda l,k-Yabanc,l,k Statüsü*, Yetkin, Ankara, 2012.
- KARAL Enver Ziya, *Osmanl, Tarihi*, V. Cilt, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1947.
- KARAL Enver Ziya, *Osmanl, Tarihi*, VI. Cilt, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1954.
- KARAL Enver Ziya, *Osmanl, Tarihi*, IX. Cilt, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1999.


- KARAKOÇ rem, õUluslararası, Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 2006, s.87-122.
- KENNEDY David, õInternational Law and the Nineteenth Centuryö, *Nordic Journal of International Law*, 65(3), (1996), s.385-420.
- KONAN, Belk,s: *Osmanlı Devletinde Yabancılar, n Kapitülasyonlar Kapsamında Hukuki Durumu*, Yayınlanmam, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2006.
- KOSKENNIEMI Martti, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University, 2001.
- KOSKENNIEMI Martti, õThe Legacy of the Nineteenth Centuryö, *Routledge Handbook of International Law*, ed. David Armstrong, Routledge, 2008, s.141-53.
- KÜTÜKÇÜ, M. Akif, õOsmanlıda İslam Devletler Hukukundan Batılı Devletler Hukuku Anlaşımına: Osmanlı'nın Es-Siyerü'l-Kebir'inden Ottokar'ın Hukukuna, Milelineö, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), (2004), s.187-201.
- LAWRENCE Thomas Joseph, *The Principles of International Law*, Boston, Heath, 1900.
- LORIMER James, *The Institutes of the Law of Nations*, Edinburgh, W. Blackwood and sons, 1883.
- MÄLKSOO Lauri, õInternational Law between Universality and Regional Fragmentation: The Historical Case of Russiaö, *Research Handbook on Theory and History of International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili, Cheltenham, 2011, s.456-77.
- MERAY Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, 3.Bask., Ankara, AÜSBF Yayınları, 1968.
- MORGAN Lewis H., *Ancient Society*, Chicago, C.Kerr and Company, 1877.
- MUNCH Fritz, õInstitut de Droit Internationalö, *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt (ed.), Vol.9, s.172-173.
- NEFF Stephen, *Justice among Nations: A History of International Law*, Massachusetts, Harvard University, 2014.
- NORADOUNGHIAN Gabriel, *Recueil des actes internationaux de l'Empire ottoman*, F. Pichon, 1902.
- OPPENHEIM Lassa, *International Law*, London, Longmans, Green, 1905.
- ORAKHELASHVILI Alexander, õThe Idea of European International Lawö, *European Journal of International Law*, 17(2), (2006), s.315-47.
- ÖZSU Umut, õOttoman Empireö, *Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, Oxford, Oxford University, 2012, s.123-37.
- ÖZSU Umut, õThe Ottoman Empire, the Origins of Extraterritoriality, and International Legal Theoryö, *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, ed. Anne Ford, Florian Hoffman, Oxford, Oxford University, 2016, s.123-37.
- ÖZSU Umut, õOttoman International Lawö, *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association*, 3(2), (2016), s.369-376.
- PALABIYIK Mustafa Serdar, õThe Emergence of the Idea of International Law in the Ottoman Empire before the Treaty of Paris (1856)ö, *Middle Eastern Studies*, 50(2), (2014), s.233-51.
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, 8.Bask., Ankara, Turhan, 1999.
- PHILLIMORE Robert, *Commentaries upon International Law*, Philadelphia, T.&J.W. Johnson, 1854.
- PHILLIMORE Robert, *Commentaries upon International Law*, Second Edition., London, Butterworth, 1871.
- PITTS Jennifer, õBoundaries of Victorian International Lawö, *Victorian Visions of Global Order*, ed. Duncan Bell, Cambridge, Cambridge University, 2007, s.47.
- REÇBER Sercan, *Osmanlı Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- RODOGNO, Davide: *Against Massacre: Humanitarian Interventions in the Ottoman Empire*, Princeton University, 2011.
- RODOGNO Davide, õEuropean Legal Doctrines on Intervention and the Status of the Ottoman Empire within the Family of Nations Throughout the Nineteenth Centuryö, *Journal of the History of International Law*, 18(1), (2016), s.5-41.
- SCHMITT Carl, *The Nomos of the Earth in the International Law of Jus Publicum Europaeum*, çev. GL Ulmen, New York, Telos Press, 2006.
- SCHWARZENBERGER Georg, õThe Standard of Civilization in International Lawö, *Current Legal Problems*, 8(1), (1955), s.212-34.
- SCUPIN Hans Ulrich, õHistory of International Law, 1815 to World War Iö, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Online Edition)*, (14.11.2016), <http://opil.ouplaw.com/home/epil>.
- SUR Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 7.Bask., İstanbul, Beta, 2013.
- SUSA Nasım, *The Capitulatory Régime of Turkey: Its History, Origin, and Nature*, Baltimore, Johns Hopkins, 1933.
- TANÖR Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 23.B., İstanbul, Yapı Kredi, 2013.
- TARAZONA Liliana Obregón, õThe Civilized and the Uncivilizedö, *Oxford Handbook of the History of International Law*, ed. Bardo Fassbender, Anne Peters, Oxford, Oxford University, 2014, s.917-40.

- TELKENARO LU, öM. Muhammed B.Hasen E - eybâni ve Hugo Grotius'un Devletler Hukukuna Etkileriö, *slam Hukuku Ara t,rmalar, Dergisi*, 3(5), (2005), s.67-93.
- TWISS Travers, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities*, Second Edition, Oxford, Clarendon, 1884.
- TWISS Travers, *Two Introductory Lectures on the Science of International Law*, Londra, L.B.G. Longmans, 1856.
- TZOUVALA Konstantina, *Letters of Blood and Fire: A Socio- Economic History of International Law*, (Doktora Tezi), Durham, Durham Üniversitesi, 2016.
- ÜÇOK, Co kun/ MUMCU, Ahmet/ BOZKURT, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, 18.Bask., Turhan, Ankara, 2016.
- VAN DEN BOOGERT, Maurits: *The Capitulations and the Ottoman Legal System*, Leiden, Brill, 2005.
- VINX Lars, öAustin, Kelsen, and the Model of Sovereigntyö, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 24(2), (2011), ss.473-490.
- WALKER Thomas Alfred, *The Science of International Law*, Littleton, F.B. Rothman, 1893.
- WESTLAKE John, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, University, 1894.
- WESTLAKE John, *International Law*, Cambridge, University Press, 1904.
- WESTLAKE John, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, ed. Lassa Oppenheim, Cambridge, Cambridge University, 1914.
- WOOD Hugh McKinnon, öThe Treaty of Paris and Turkey's Status in International Lawö, *The American Journal of International Law*, 37(2), (1943), s.262-74.
- YASUAKI Onuma, öWhen Was the Law of International Society Bornö, *Journal of the History of International Law*, 2(1), (2000), s.1-66.
- YURDUSEV Nuri, öThe Middle East Encounter with the Expansion of European International Societyö, *International Society and Middle East*, ed. Barry Buzan, Ana Gonzalez-Palaez, Palgrave, 2009, s.70-91.

AMERKA BİRLEŞİK DEVLETLER YÜKSEK MAHKEMESİ ÇİT HATLARINDA NEFRET SÖYLEMİ

CASE LAW OF SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA ON HATE SPEECH

smail YÜKSEL*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.578156>

Makale Bilgi

Gönderilme: 14/06/2019
Kabul: 08/10/2019

Anahtar Kelimeler

*fade Hürriyeti,
Nefret Söylemi,
ABD Federal Yüksek
Mahkemesi,
çitihat.*

Özet

fadelerin art,k dünyanın her kö esine bir anda ula abildi i günümüzde; nefret söyleminin ülkeden ülkeye de i en hukuk rejimlerine tabi olmas,, al,nacak tedbirlerin etkisini azaltılmaktadır. Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi ise nefret söylemi söz konusu oldu unda, oldukça sert bir denetim uygulamakta ve 17. maddeye dayanarak, ölçülülük de erlendirmesine dahi girmemektedir. ABD Federal Yüksek Mahkemesinin nefret söylemine sa lamakta oldu u koruma, bat, demokrasilerinin kalan, ile sert bir tezat içindedir. ABD d, ,nda yapt,r,ma ba lanmas, muhtemel olan birçok ifade, bu ülkede ifade hürriyetinin kalkan,ndan yararlanmaktadır. ABD'nin kendine özgü bu durumu Yüksek Mahkeme içtihatlar,n,n irdelenmesini gerektirmektedir. Yüksek Mahkemenin kararlar,nda 20. yüzyıl,n ba ,ndan beri sürekli olarak tekrarlanan en belirgin motif, herhangi bir dü ünçe veya bak, aç,s,n,n fikirler pazar,ndan kamu gücü taraf,ndan ç,kart,lamayaca ,d,r. S,k,ca tan,mınlm, birkaç grup ifadenin ifade hürriyetinin korumas,ndan k,smen yararlanaca ,n, kabul eden Yüksek Mahkeme, nefret söylemini bu gruplara sokmamaktadır. fade hürriyetinin s,n,rlanabilmesi için aç,k ve yak,n bir tehlikenin olu mas,n, arayan Yüksek Mahkeme bu durumda dahi, s,n,rlamalar,n kesin hatlarla belirlenmesini aramaktadır. Çal, mada Yüksek Mahkemenin nefret söylemi alan,nda belirleyici olmu kararlar, incelenmi tir. ncelememiz istisnai bir karar d, ,nda nefret söyleminin yapt,r,ma ba lanmad, ,n, göstermi tir.

Article Info

Received: 14/06/2019
Accepted: 08/10/2019

Keywords

*Freedom of
Expression,
Hate Speech,
Federal Supreme Court
of United States of
America,
Case Law.*

Abstract

Today many western democracies limit freedom of expression where minorities of varying natures targeted by hatred. European Court of Human Rights sets a rather strict standard in which hate speech may not even qualify for a proportionality analysis under Article 17. Difference between the USA and rest of the world diminishes effectiveness of legal framework combating the hate speech. Most of the expression that would require legal sanctions in many western democracies are shielded by the freedom of expression in the USA. This outliner position of the US Supreme Court case law calls for an analysis. The most prominent and repeating argument against limitation of hate speech stems from the principle that government cannot remove certain ideas or viewpoints from the marketplace of ideas. Although the Supreme Court accepts that a few groups of well defined speech categories enjoy lesser protection, hate speech does not belong to any of them. According to the Supreme Court a clear and present danger shall be evident for speech to be restricted and the limitation must not be vague or over reaching. This paper analyzes milestone decisions of the Supreme Court regarding hate speech.

*Dr.Ö r.Üyesi, Ba kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD,  yuksel.ism@gmail.com,
ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8740-3520>

I. G R

fade hürriyeti demokratik bir toplumda, bireyin korunmas, ve demokrasinin gere i gibi i lemesi için vazgeçilmezdir. Buna kar ,n hangi ifadelerin bu hürriyetin kapsam, içinde oldu u, hangilerinin ise bu s,n,r, a t , konusunda fikir birli i sa lanmas, kolay de ildir. Nefret söylemi i te bu s,n,r çizme sorununun bir parças,d,r. Çal, man,n hedefi nefret söylemi özelinde bu s,n,r,n nerede çizilece ini tespit etmek ya da farklı ülkelerde kabul edilen s,n,r,lar, kar ,la t,r,amak de ildir. Çal, ma sadece ABD Yüksek Mahkemesinin bu soruna nas,l yakla t ,n, ele almaktadır.

Günümüzde ifade hürriyeti demokratik bir toplumun temel dire idir ve bir demokrasinin ne derece yerle ti inin ve kendisine ne kadar güvendi inin ölçüsünü verir.¹ Nefret söyleminin tan,m,lanmas,, ülkeden ülkeye, ba lama ve zamana göre de i ti i için çok zordur.² Nefret söylemi çat, mas,n,n iki taraf,nda da anayasal de erler bulunmakta, bir taraf e itlik ilkesine di er taraf ise ifade hürriyetine dayanmaktadır.³ Bu anayasal sorunun çözümü, ifade hürriyetinin korumas,nda olan ifadelerle nefret propagandas, aras,ndaki s,n,r ülkeden ülkeye de i ti i için, tekdüze olmaktan çok uzaktır.⁴ Hukuk geçmi te de ulusal imaj,n korunmas, için kullan,lm, t,r ancak hukukun hedefinde olan ifadeler de i kendir⁵ ve toplumlar tarihsel ve kültürel nedenlerle nefret söylemine kar , farklı, duru lar sergilemektedir.⁶

Çal, man,n ilk k,sm, Avrupa, belki de daha do ru bir ifadeyle bat, demokrasilerinin kalan, ile ABD aras,ndaki yakla ,m fark,na k,saca de inmekte; ikinci k,sm, ise do rudan Yüksek Mahkemenin nefret söylemine dair içtihad,n, incelemektedir. Yüksek Mahkemenin ifade hürriyeti içtihad,n,n tamam, bir makalenin s,n,r,lar, içine s, d,r,lm,as, mümkün görülmedi inden ele al,nmam, , sadece nefret söylemi tart, malar,nda Yüksek Mahkemenin ve ö retinin de indi i kararlar incelenmi tir.

II. ABD ö AVRUPA ARASINDAK YAKLA IM FARKI

Günümüzde bilginin teknolojik geli meler sayesinde edinmi oldu u inan,lmaz yay,лма h,z,; ifade hürriyetinin ve özelde nefret söyleminin nas,l düzenlendi i sorununu ulusal bir sorun olmaktan ç,kartm, t,r. Bire bir ayn, ifade bir ülkede suç olu tururken, okyanus ötesinde ifade hürriyetinin korumas, alt,nda olabilir. ABD’nde ifade hürriyeti çok geni bir korumaya sahiptir. ABD Anayasas,ın,n ifade hürriyetini koruyan Birinci De i ikli i; öne sürülen dü ünceler ister popüler, ister tart, mal,, isterse be enilmeyen dü ünceler olsun, aç,k bir tart, ma ortam, yaratmak için tasarlanm, t,r.⁷ ABD nefret söylemi üzerine var olan uluslararası, oyda man,n⁸ bilerek d ,nda kalmakta, ona meydan okumaktadır.⁹ ABD nefret söylemine birçok ülkenin cesaret edebilece inden daha fazla koruma sa lamaktadır.¹⁰ ABD nefret söylemi konusunda adeta türünün tek örne idir. Avrupa’da nefret söyleminin s,n,r,lanmas, ola and,r ve uluslararası, insan haklar, hukukunda e itli in korunmas, ve ayr,mc,l ,n önlenmesi amaçlar,yla ifade

¹ BAKIRCIO LU, Önder: öFreedom of Expression and Hate Speechö, Tulsa Journal of Comparative and International Law, 16(1), 2008, ss.1-49, s.2.

² BLE CH, Erik: öFree Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in the European Legal Contextö, Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century, Palgrave Macmillian, Newyork, 2012, s.115.

³ DELGADO, Richard; STEFANIC, Jean: öFour Observations about Hate Speechö, Wake Forest Law Review, 44, 2009, ss. 353-370, s.358. Yazarlar bu tart, man,n sol siyasi görü ün kendi içinde yapt, , bir tart, ma oldu unu iddia etmektedirler.

⁴ ROSENFELD, Michel: öHate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysisö, Cardozo Law Review, 24, 2003, ss. 1523-1567, s.1523.

⁵ KAHN, Robert A.: öCross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech in the United States and Germanyö, University of Detroit Mercy law Review, 83, 2006, ss.163-194, s.163.

⁶ BAKIRCIO LU, s.13.

⁷ TSES S, Alexander: öDignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracyö, Wake Forest Law Review, 44, 2009, ss.497-532, s.512.

⁸ TSES S, 2009, s.532.

⁹ HEINZE, Eric: öViewpoint Absolutism and Hate Speechö, The Modern Law Review, 69(4), 2006, ss.543-582, s.544.

¹⁰ FISCH, William B.: öHate Speech in Constitutional Law of the United Statesö, The American Journal of Comparative Law, 50(Supplement:American Law in a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law), 2002, ss.463-492, s.463. ABD’de nefret söylemine kar , hakaret gibi farklı, gerekçelere dayanarak manevi tazminat davalar, aç,labilmekteyse de bu davalar,n kullan,labildi i alanlar oldukça s,n,r,l,d,r. MATSUDA, Mari J; LAWRENCE III, Charles R.; DELGADO, Richard; CREENSHAW, Kimberle Williams: öWords That Wound Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendmentö, Westview Press, Boulder, 1993, s.96-103.

hürriyeti k,s,lanabilmektedir.¹¹ ABD’de ise bu denge yerine ifade hürriyetinin üstünlü ü göze çarpmaktadır.¹² ABD bu alanda sadece Avrupa ile de il, nefret söyleminin ifade hürriyetinin korumas, alt,nda olmad, , kuzey kom usu Kanada ile de farklıla maktadır.¹³

ABD’de nefret söylemi toplumun ifade hürriyetini korumak için ödedi i bir bedel olarak görülmektedir.¹⁴ ABD’deki bu yakla ,m,n tarihsel kökeni ABD ba ,ms,zl,k sava ,nda bulunabilir. ngiltere Kral,øn,n kolonilerin kendilerini temsili yöntemle ifade etme haklar,ndan vazgeçemedikleri sürece; kolonilere fayda sa layan yasalar, geçirmeyi reddetmesi sonucunda kamusal politikalar üzerinde söz sahibi olunmas, Ba ,ms,zl,k Bildirgesinin önde gelen taleplerinden olmu ve bu ifade hürriyetinin ABD’deki ayr,cal,kl, yerinin gerekçesini olu turmu tur.¹⁵ MATSUDA’ya göre Yüksek Mahkemenin ifade hürriyeti içtihad,nda ifade hürriyeti Anayasa taraf,ndan korunan en temel hürriyettir.¹⁶ Yüksek Mahkeme bugüne kadar ifade hürriyetinin korumas,na nefret söylemi istisnas, getirilmesini kabul etmemi tir.¹⁷ Nefret söylemi ancak Yüksek Mahkemenin ifade hürriyetinin istisnas, oldu unu kabul etti i di er hallerden birine giriyorsa yapt,r,ma ba lanabilmektedir.¹⁸ ABD nefret söylemi alan,nda uluslararası, standartlar yerine kendi temel haklar ö retisine dayanmaktadır.¹⁹ ABD’de ifade hürriyetine tan,nan bu ayr,cal,kl, yerin bir ba ka gerekçesini ise negatif hürriyetlerin, pozitif hürriyetlerden üstün tutulmas, olu turmaktadır.²⁰ HAM de ifade hürriyetini çok geni yorumlamas,na ra men, nefret söyleminin yasaklanmas,na izin vermektedir.²¹ Avrupa’da ise herhangi bir iddet yatk,nl, , olmasa dahi; belirli ifadeler sadece aktard,klar, bak, aç,lar, tehlikeli veya yaralay,c, oldu u için yasaklanabilmektedir.²² HAM, kararlar,nda HASØ,n ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesi ile, haklar,n kötüye kullan,ımas,n, yasaklayan 17. maddesi aras,nda bir tercih yapmaktadır.²³ Totaliter görü lerin ve 2. Dünya Sava ,na ili kin baz, vakalar,n reddi halinde; HAM ölçülülük de erlendirmesi bile yapmay,p, HASØnin 17. maddesini uygulayabilmektedir.²⁴

III. ABD YÜKSEK MAHKEMES N N NEFRET SÖYLEM ÇT HADI

ABD Anayasas, ifade hürriyetini s,n,r,layan kanunlar,n yap,lamayaca ,n, belirtmekle birlikte; ifade hürriyetinin ne oldu unu tan,mılamam, , bu tan,m ilerleyen sayfalarda da görülece i gibi ABD Yüksek Mahkemesi taraf,ndan doldurulmu tur.²⁵ Yüksek Mahkeme, nefret söylemi ile siyasi tart, ma aras,ndaki s,n,r, çizecek ilkelerin tan,mılanmas,n,n mümkün olmad, , dü üncesiyle²⁶ tart, mal, konularda dahi -ya hep ya hiç- yöntemiyle karar vermekte, haklar aras,nda bir dengelemeye gitmemektedir.²⁷ ABD’de nefret söylemi ancak çok k,sa süre içerisinde, ister söylemde bulunan ki i taraf,ndan isterse söylemde bulunan ki iye kar , , iddet do uracaksa k,s,lanmaktadır.²⁸

Yüksek Mahkemenin içtihad, kesintisiz bir do ru izlememekte, sava ve bunal,m dönemlerinde ifade hürriyetinin korumas, zay,flamaktadır.²⁹ ABD’de nefret söylemi belki de hiçbir zaman Almanya’daki kadar s,n,r,lanmayacaktır. Ancak Yüksek Mahkemenin nefret söylemine mutlak bir ifade hürriyeti korumas, sa lad, , da söylenemez. Özellikle tarihsel ve

¹¹ BERRIGAN, Helen G.: öSpeaking Outøabout Hate Speechö, Loyola law Review, 48, 2002, ss. 1-16, s.2.

¹² BLEICH, s.119.

¹³ TESIS, 2009, s.523.

¹⁴ BAKIRCIO LU, s.14.

¹⁵ BERRIGAN, s.6.

¹⁶ MATSUDA, et al., 1993, s.31.

¹⁷ AYDIN, Didem: Üç Demokraside Dü ünce Özgürlü ü ve Ceza Hukuku ó 1 Amerika Birle ik Devletleri, Seçkin Yay.nc,l,k, Ankara, 2004, s.364.

¹⁸ AYDIN, s.389.

¹⁹ BAKIRCIO LU, s.27.

²⁰ ROSENFELD, s.1529.

²¹ BLEICH, s.122.

²² HEINZE, s.555.

²³ KEANE, David: öAttacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rightsö Netherlands Quarterly Human Rights, 25(4), 2007, ss. 641-663, s.656.

²⁴ KEANE, s.661.

²⁵ FISCH, s.464.

²⁶ HEYMAN, Steven J., Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment (Temmuz 29, 2008). Extreme Speech and Democracy, Ivan Hare, James Weinstein, eds., Oxford University Press, 2009, s.28. <https://ssrn.com/abstract=1186262>.

²⁷ HEYMAN, s.286.

²⁸ FISCH, s.491.

²⁹ KAHN, s.166.

kültürel olarak ABD toplumunun hassas oldu u konularda bir orta yol aranmaktadır.³⁰ Avrupa'nın nefret söylemine yakla ,m, kaç,n,lmaz ekilde *Holocaust* ile ba lant,l, oldu u gibi, ABD'nin haf,zas,nda da ,rk ayr,mc,l, , ve ,rkç, terör halen canl,d,r.³¹

ABD'nin yakla ,m,n, ele tirenlerin bir k,sm, Weimar Cumhuriyetinin y,k,l, ,n, referans göstermektedirler.³² Buna kar ,n; Weimar döneminde de devlete kar , a ,r, söylemleri s,n,rlayan hukuk kurallar, mevcuttur ve hatta bu düzenlemeler ABD'dekilerden daha s,k,d,r. Ancak bu kurallar elitlerin deste inden yoksundur.³³ ABD'de nefret söyleminin yapt,r,ma ba lanmas, gerekti ini savunan yazarlar yan,lt,c, reklamlar örne ini vermekte; bir köpek mamas,n,n üzerindeki markan,n yan,lt,c, olmas, yasaklan,yor ise, nefret söyleminin de s,n,rlanabilece ini iddia etmektedirler.³⁴ Nefret söyleminin s,n,rlanmas,na kar , ç,kanlar,n dayand, , gerekçelerden belki de en önemlisi ise; az,nl,klar, hedef alan nefret söylemini koruyan ifade hürriyetinin, ayn, zamanda temel hak savunucular,n, da korudu u ve devlete hangi ifadelerin hukuka uygun oldu unu seçme yetkisi tan,n,r ise, ödo ruö ifadelerin yasaklanmayaca ,n,n garantisi olmad, ,d,r.³⁵

K,ta Avrupas, Anayasa Mahkemelerinin a ina oldu umuz kararlar,n,n aksine, Yüksek Mahkeme kararlar, sadece belirli bir olay üzerine kurulmaktadır. A a ,da ele al,nan kararlar de erlendirilirken, kararlar,n *inter partes* özelli i ak,ldan ç,kar,lmamal,d,r.

A. Schenk v. United States (1919)³⁶

I. Dünya Sava , s,ras,nda askere alma i lemlerini yava latmak amac,yla, askere al,nmak üzere ba vurma ki ilerinin adreslerine posta yoluyla bildiri da ,tan san,k hakk,nda; 15 Haziran 1917 tarihli Casusluk Kanunu'na muhalefet etti i gerekçesiyle ceza verilmi tir. Hükme kar , Yüksek Mahkemeye ba vuran san,k, söz konusu bildirilerdeki ifadelerinin ABD Anayasas,ın ifade hürriyetini düzenleyen 1. Ek maddesi taraf,ndan korundu unu iddia etmi tir.

Yüksek Mahkeme, ola an artlarda bildiride yer alan ifadelerin san, ,n ifade özgürlü ünün s,n,rlar, içerisinde olabilece ini, ancak sava artlar, alt,nda ifade özgürlü ünün korumas,ndan yararlanamayaca ,n, belirtmi tir. Mahkemeye göre her fiilin niteli i gerçekte tirildi i artlara göre belirlenmelidir. De erlendirilmesi gereken, söylenen sözlerin, söylendikleri an ve yerde Kongrenin önleme yetkisi olan bir zarar, meydana getirebilecek aç,k ve yak,n bir tehlike yarat,p yaratmad, ,d,r. Yüksek Mahkeme aç,k ve yak,n tehlike kavram,n, ortaya atmakla beraber bu karar,nda tan,mlamam, t,r.

Bu karara göre; ifade ancak iddet gibi hukuka ayk,r, bir eyleme neden olma ihtimali ta ,yor ise s,n,rlanabilecek, ancak ifadenin sadece i renç olmas, yasaklanmas, için gerekçe olamayacaktır.³⁷

B. Debs v. United States (1919)³⁸

San,k 16 Haziran 1918 tarihinde yapt, , bir konu ma s,ras,nda askere alma i lemlerine engel olmay, amaçlad, , gerekçesiyle; 15 Haziran 1917 tarihli Casusluk Kanunu uyar,nca, on y,l hapis cezas,na çarpt,r,lm, t,r. Yüksek Mahkeme konu man,n ana temas,n,n Sosyalizm savunusu oldu unu ve bu görü lerin Birinci Ek Maddesinin korunmas,ndan yararland, ,n,, ancak konu man,n amac,n,n bir parças,n, da askere alma i lemlerini aksatman,n olu turmas, ve baz, paragraflarda bu amac,n do rudan aktar,lm, halinde, konu man,n ifade özgürlü ünün korumas,ndan yararlanamayaca ,n, belirtmi tir. ABD'de, 20. yüzy,l,n büyük k,sm,nda, sosyalist ve komünist dü ünceler; ifade hürriyetinin korumas,ndan di er bat, demokrasilerine göre daha az yararlanm, t,r.³⁹

C. Abrams v. United States (1919)⁴⁰

Rusya do umlu dört san,k, 22 A ustos 1918 tarihinde New York kentinde, ABD'nin Rusya'da sürmekte olan devrime kar , müdahalesinde kullan,labilecek silahlar üreten fabrikalardaki i çilere grev ça r,s, yapan 5000 adet bildiriye bas,p da ,tt,klar, için, Casusluk Kanunu uyar,nca cezaland,r,lm, lard,r. San,klar eylemlerinin Birinci Ek ile korunan ifade ve

³⁰ KAHN, s.169.

³¹ WALDRON, Jeremy: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 2012, s.31.

³² Örne in: TESIS, 2009, s.505-508.

³³ KAHN, s.184.

³⁴ DELGADO/STEFANIC, s.367.

³⁵ BERRIGAN, s.4.

³⁶ Schenk v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

³⁷ TESIS, 2010, s.625.

³⁸ Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).

³⁹ ROSENFELD, s.1530.

⁴⁰ Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

bas,n hürriyetlerinin korumas, alt,nda oldu unu iddia etmi lerdir. Yüksek Mahkeme mahkûmiyet kararlar,n, onamakla beraber, Schenk ve Debs davlar,nda gerekçeyi kaleme alan Yarg,ç Holmes; a a ,da anayasal soruna de indi i paragraflar,na yer verdi imiz muhalefet erhini dü mü tür. Yarg,ç Holmes'un bu kar ,oyu, ifade hürriyeti içtihad,n,n geli iminde büyük etkiye sahiptir.⁴¹

" nshan öldürmeye azmettirmenin cezaland,rmas,nda oldu u gibi, Birle ik Devletler Anayasas,na göre; önlemeye yetkili oldu u zararlar,n do mas, için aç,k ve yak,n tehlike do uran veya do urmay, amaçlayan ifadeleri cezaland,rmas, da anayasaya uygundur. Sava hali normalde mevcut olmayan tehlikeler yaratt , için, bu yetki sava zaman,nda tart, mas,z olarak bar, zaman,na göre daha geni tir.

Ancak ister sava a kar , ister di er tehlikelere kar , olsun ifade hürriyeti ilkesi her zaman ayn,d,r. Ki isel haklar, ilgilendirmeyen hallerde; Kongre ifade hürriyetini ancak çok yak,n bir zamanda gerçekle ecek bir zarar,n varl , veya o zarar,n gerçekle mesinin amaçlanmas, halinde s,n,rlayabilir. Kongre kesinlikle kamuoyunun fikrinin de i tirilmesine yönelik tüm eylemleri yasaklayamaz. Hiç kimse gizlice bas,lm, ve isimsiz aptal bir bildirinin ta ,d , fikirlerin ülkenin silahl, kuvvetlerinin ba ar,s,n, güçle tirme veya kayda de er olumsuz bir etki yaratma tehlikesi do urabilece ini kabul edemez.

(...)

Önümüzdeki davada san,klar, nafile ileri sürdükleri Birle ik Devletler Anayasas,na, basmaya hükûmetin ne kadar hakk, varsa basmaya o kadar haklar, oldu una inand, ,m iki bildiriye bast,klar, için 20 y,ll,k hapis cezalar,na çarpt,r,lm, lard,r.

(...)

nsano lu zaman içinde yar, an birçok inanc,n bo a ç,kt, ,n, gördü ünde, kendi davran, lar,n,n gerekçelerine inand, ,ndan daha da fazla arzulanan en üst düzey faydaya fikirlerin serbest teatisiyle daha kolay ula ,labilece ine inan,r. Gerçe in s,nanmas,n,n en iyi yolu fikrin kendisini yar, mac, bir pazarda kabul ettirme gücüdür. nan,yorum ki, ülkenin korunmas, için s,n,rlanmas,n, gerektirecek kadar, hukukun ivedi hedeflerini do rudan sekteye u ratmas, an meselesi olmad, , sürece, nefret etti imiz veya ölümcül oldu una inand, ,m,z ifadelerin s,n,rlanmas,na kar , her zaman tetikte olmal,y,z.ö

Fisch; Yarg,ç Holmes'un kar ,oy yaz,s,ndan üç ölçüt ç,karmaktad,r: i) yasaklanm, olan sonucu do urma kast, olmal,d,r, ii) kast yasaklanan sonucu hemen do urma yönünde olmal,d,r, iii) kast edilen sonucun do ma ihtimali bulunmal,d,r.⁴² Bu erken kararlarda geli tirilen ölçütler günümüze kadar gelmi tir.⁴³

D. Gitlow v. New York (1925)⁴⁴

Benjamin Gitlow, öDevrimler Ça ,ö isimli gazetede bas,lan öSol Kanat Manifestosuö ba l,kl, yaz,s,nda; hükûmeti zor kullanarak y,kmay, savundu u ve Devrimler Ça , isimli gazeteyi bilerek ve isteyerek bas,p da ,tt, , gerekçesiyle cezaland,r,lm, t,r. Söz konusu yaz,; ,l,ml, sosyalizm yakla ,m,n,, sosyalizmi yasal yöntemlerle yerle tirmeyi amaçlad, , gerekçesiyle ele tirmekte, komünist devrimin ancak s,n,f mücadelesi üzerine kurulu devrimci sosyalizm ile kurulabilece ini savunmaktayd,.

Yüksek Mahkeme ço unlu una göre, New York eyaletinin hükme esas olan kanun maddesi akademik tart, may,, soyut doktrinleri veya yasal yollardan hükûmet eklinin de i tirilmesini savunmay, cezaland,rmad, ,; sadece yasa d, , yollardan hükûmeti devirmeyi savunan, ö ütleleyen veya ö reten ifadeleri ancak bu fikirler do rultusunda harekete geçmeye te vik etmeleri halinde yasaklamaktad,r. Bu gerekçeyle, Yüksek Mahkeme Benjamin Gitlow'a uygulanan hükümleri ABD Anayasas,n,n Birinci Ek Maddesiine uygun bulmu tur.

Karara muhalif kalan Yarg,ç Holmes ve Brandeis ise; her ne kadar öKomünist Manifestoö isimli yaz,da hükûmeti yasa d, , yollardan hatta iddet kullanarak y,kmak üzere harekete geçilmesi gerekti i savunuluyor olsa da, yak,n ve aç,k tehlike olu turmamas, sebebi ile ifadenin cezaland,r,lmas,n,n anayasaya ayk,r, oldu unu savunmu lard,r. Yarg,ç Holmes'a göre:

ö... Belagat,n mant, , ate e atmas, elbette mümkündür. Ancak önümüzdeki laf kalabal, ,ndan ibaret olan söylevin hemen imdi bir ayaklanma ba latma ihtimali yoktur. E er günün birinde, uzak bir gelecekte proleterya diktatörlü üyle ifade edilen görü lerin kaderinde

⁴¹ TSESIS, 2010, s.628.

⁴² FISCH, s.472.

⁴³ BERRIGAN, s.6.

⁴⁴ Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

toplumun egemen güçleri taraf,ndan kabul edilmek var ise, ifade hürriyetinin yegâne anlam, bu görü lerin ifade edilmesine imkân tan,makt,r.ö

E. Chaplinsky v. New Hampshire (1942)⁴⁵

Chaplinsky, Yehova ahitleri ne ait bildirileri da ,trken kolluk kuvvetleri taraf,ndan bildirileri da ,tt, , yerden; bildirileri da ,trken yapt, , aç,klamalar,n çevredekileri kendisine kar , iddet uygulamaya k, k,rtt, , gerekçesiyle uzakla t,r,lm, t,r. Chaplinsky bu s,rada polis memurlar,ndan birine *Sen lanet olas, bir fa istsinö* ve *Tüm Rochester idaresi de ya fa isttir ya da fa istlerin u a ,d,rö* demi tir. Yüksek Mahkeme, Chaplinsky'nin mahkûmiyetinin hem ifade, hem bas,n, hem de din hürriyetini ihlal etti i yönündeki iddialar,ndan sadece ifade hürriyetinin de erlendirmeye alm, , kalanlar,n, olayla ilgisiz bulmu tur. Chaplinsky'nin karar,n, onaylad, , dosyada Yüksek Mahkeme oy birli i ile öS,n,rlanmas, ve cezaland,r,lm, anayasal sorun olu turmayan kesin ve dar ekilde tan,m,lanm, ifade türleri bulunmaktad,r. Bunlar müstehcen, a za al,nmaz, iftira, hakaret veya kavga sözleridir (yani sadece a za al,nmalar,yla bile, zarar veren veya an,nda kavga ç,kartmaya elveri li olan). Bugüne kadar gözlemlenmi tir ki, bu tip ifadeler fikirlerin aç,klanmas,n,n vazgeçilmez parçalar, de ildirler. Gerçe in ortaya ç,kart,lm, için o kadar dü ük sosyal de ere sahiptirler ki, onlardan gelebilecek fayda aç,kça düzenin ve ahlak,n korunmas,ndaki sosyal faydadan daha azd,r. Hakaretlere veya ki ilerinin a a ,lanmas,na ba vurulmas, hiçbir ekilde Anayasa taraf,ndan korunan bilgi ve ifade al, veri i olarak s,n,flanamaz, bir suç olarak cezaland,r,lm, anayasal sorun olu turmaz.

Yüksek Mahkemeye göre; ortalama bir ki inin huzurunda söylenmesi halinde bir kavgaya neden olacak kelimelerin kullan,lm,as,, ifade hürriyetinin s,n,rlar,n,n d, ,nda kalmaktad,r. Her ne kadar kavga ba latan sözler istisnas, geni bir uygulama al,n,na sahip gibi görünse de Yüksek Mahkeme bu alan, takip eden içtihatlar,yla daraltm, t,r.⁴⁶ Yüksek Mahkeme bu istisnan,n nefret söylemini kapsayacak ekilde geni letilmesini bugüne kadar kabul etmemi tir. Kavga ba latacak ifadeler istisnas,; sadece duyulmalar, ile duyan ki inin d, lanma, küçük görülme veya a a ,lanma hisleri gibi gerçek duygusal ,st,rap ya atacak ifadelere uygulanmas,n, reddetmi tir.⁴⁷ Ba ka bir ifadeyle; bu istisna ifadenin hedefindeki ki inin onurunun korunmas,n, de il, kamu düzeninin bozulmas,n,n engellemesini hedeflemektedir.⁴⁸

TSES S; nefret söyleminin kavga ba latan sözlerle benze ti ini, her ikisinin de tart, may, de il iddet do urmay, amaçlad, ,n,⁴⁹ ve nefret söyleminin de belirlenebilir bir gruba kar , zarar verici eylemlerde bulunulmas, ihtimalini do urdu u takdirde; ifade hürriyetinin korumas,ndan yararlanmamas,n, gerekti ini savunmaktad,r.⁵⁰ LAWRENCE da yüz yüze söylenen ,rkç, hakaretlerin kavga ba latan sözler olduklar,n, ve bu nedenle ifade hürriyetinin korumas,ndan faydalanamayacaklar,n, belirtmktedir.⁵¹

F. Dennis v. United States (1951)⁵²

San,klar hakk,nda, ABD Hükûmetini iddet kullanarak y,kmay, amaçlayan bir grup olan ABD Komünist Partisini bilerek ve isteyerek kurmak, bilerek ve isteyerek ABD ni güç ve iddet kullanarak y,kman,n gereklili ini ö rettikleri suçlamas,yla Smith Yasas,na dayan,larak dava aç,lm, ve san,klar hüküm giymi tir.

San,klara göre; Smith Yasas, Marksist-Leninist dü üncenin esaslar,na dair akademik tart, may, engelledi i için fikirleri ne ifade hürriyetiyle ne de bas,n hürriyetiyle ba da ,r biçimde s,n,rlad, , için Anayasaya ayk,r,d,r. Yüksek Mahkeme ise yasan,n lafz,n,n böyle bir yoruma aç,k olmad, ,n, ve ilk derece mahkemesi yarg,c,n,n, yasay, jüriye aç,klarken *ösan,klar,n sadece fikirler aleminde bar, ç,l bir ekilde ara t,rma ve tart, ma yürütmeleri halinde*ö suçlu olmayacaklar, ve *ö...deliller aras,ndaki kitaplarda öne sürülen felsefi teorilerin herhangi bir Amerikan üniversitesinde ders olarak okutulmas,n,n...ö* hukuka ayk,r, olmad, ,n, belirtti i için bu iddian,n yerinde olmad, ,na karar vermi tir.

Dennis karar,nda; Yüksek Mahkeme hükümleri ifade hürriyetini ihlal etti i gerekçesiyle bozdu u, daha önceki kararlar,nda Devletin korumaya çal, t, , menfaatlerin ifade hürriyetinin

⁴⁵ Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

⁴⁶ WALKER, Samuel; *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1994, s.72.

⁴⁷ FISCH, s.477.

⁴⁸ KAHN, s.166.

⁴⁹ TSESIS, 2010, s.632.

⁵⁰ TSESIS, 2010, s.631.

⁵¹ MATSUDA, et al., 1993, s.67.

⁵² Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951).

s,n,rland,r,lmas,na gerekçe olamayacak kadar önemsiz oldu unu belirtmi tir. Hükûmetin iddet ve güç kullan,larak devrilmesinin engellenmesinin ise; ifade hürriyetinin s,n,rland,r,lmas, için yeterli öneme sahip oldu unu kabul etmi , incelemenin yak,n ve aç,k tehlikenin bulunup bulunmad, ,na odaklanmas, gerekti ini belirtmi tir. Yüksek Mahkemeye göre; dünyanın mevcut ko ullar,nda hükûmeti iddet kullanarak devirmeyi amaçlayan bir örgütün kurulmas,, 1945 ila 1948 y,llar, aras,nda darbe te ebbüsünde bulunmam, olsalar dahi aç,k ve yak,n tehlike ölçütünü tatmin etmektedir.

G. *Beauharnais v. Illinois* (1952)⁵³

Günümüzde anla ,lan ekli ile,⁵⁴ nefret söyleminin Yüksek Mahkemenin kar ,s,na geldi i ilk davada san,k; Chicago sokaklar,nda zenci kar ,t, bildiriler da ,tt, , gerekçesiyle, 200 dolar para cezas,na çarpt,r,lm, t,r. Yüksek Mahkeme karar,nda eyaletlerin dini veya ,rk,lar aras,nda sürtü meye neden olacak ifadeleri cezaland,rma yetkisi olup olmad, ,n, de erlendirmi tir.

San,k, da ,tt, , metinde; beyazlar,n mallar,n,n, mahallelerinin ve mülklerinin zenciler taraf,ndan sald,r, alt,nda oldu unu ve bu sald,r,y, durdurmak için kendine sayg,s, olan bir milyon beyaza ça r,da bulundu unu, beyazlar, bir araya getirmek için beyaz ,rk,n zenciler taraf,ndan melezle tirilmesinin önlenmesi ihtiyac, yeterli de ilse; zencilerin tecavüzlerinin, soygunlar,n,n, b,çaklar,n,n, silahlar,n,n ve esrar,n,n yeterli olaca ,n, belirtmi tir. *Beauharnais* ve arkada lar, taraf,ndan da ,t,lan bu bildiriler Chicago Valisi'ne yollanacak bir dilekçe için imza ça r,s,d,r.

Mahkeme ço unlu una göre; nas,l ki bir ki iye yöneltilen hakaretin cezaland,r,lmas, ifade hürriyetinin anayasal s,n,r,lar,ndan biriye, bir gruba yönelik hakaretler de Eyaletin refah ve huzurunun sa lanmas,n, amaçlad, , sürece s,n,r,lanabilir. Bu yorumunun ard,ndan Yüksek Mahkeme ,rk,lar aras,ndaki gerginli in tarihini uzun uzad,ya aç,klam, t,r. Mahkemeye göre hakaretler ifade hürriyetinin korumas, d, ,nda oldu u için aç,k ve yak,n tehlike ölçütünün gerçekte ip gerçekte medi ini denetlemeye de gerek yoktur. *WALKER*, Chicagoda o dönemde ,rk,lar aras,ndaki gerginli i ve da ,t,lan bildirinin tahrik edici niteli i göz önüne al,n,rsa *Beauharnais*'in aç,k ve yak,n tehlike ölçütüne göre de cezaland,r,labilece ini iddia etmektedir.⁵⁵

Yarg,ç *Black* ise Yarg,ç *Douglas*'n da kat,ld, , kar , oyunda Yüksek Mahkeme ço unlu unun karar,n,n hem dilekçe hakk,n, hem de ifade hürriyetini Anayasan,n izin verdi inden ve önceki içtihatlar, ayk,r, ekilde s,n,r,lad, ,n, iddia etmi tir. Yarg,ç *Black*'e göre hiçbir yasama organ, Amerikan kamuoyunun neyi tart, ,p neyi tart, amayaca ,n, belirleme yetkisine veya görevine sahip de ildir. Eyaletin ifade hürriyetini s,n,r,lama deneyi kendisini halk taraf,ndan yönetime adam, bir ülkede a ,rt,c, ve korkutucudur. Yarg,ç *Black*'e göre mahkeme ço unlu unun hakaret suçuna benzeterek onaylad, , geni devlet sansürüdür. Bu de erlendirme uyar,nca Illinois kanunu ögrup hakareti kanunuö olarak adland,r,labilir, ancak adland,rma sansürü daha az tehlikeli hale getirmemektedir. Nas,l etiketlenirse etiketlensin, dava konusu kural hakaret suçunu düzenlememektedir. ifade hürriyetinin anayasaya uygun s,n,r, olarak kabul edilen hakaret ki iler aras,ndad,r. Hakaret suçunun devasa gruplar, kapsayacak ekilde geni letilmesi ve kamuoyunu ilgilendiren tart, malar, cezaland,rmas,, ifade hürriyeti alan,n,n ihlali anlam,na gelecektir. Yarg,ç *Black*'e göre ifade hürriyeti hiçbir öe erö, öhalbukiö veya öamaö olmaks,z,n bir kanunu önlemeye veya bir konuyu tart, may, yasaklayan bir kanun yap,lmas,na izin vermez.

Karar ile Yarg,ç *Black*'in kar , oyu aras,ndaki belirleyici fark; karar,n ABD'ne özgü tarihsel ve kültürel nedenleri göz önüne almas,, kar , oyun ise hükmolunan ceza sadece 200 dolar olsa dahi ilkesel olarak ifade hürriyetinin s,n,r,lanmas,na kar , ç,kmas,d,r.

Ayr,ca kar , oy da yazan Yarg,ç *Douglas* ise; ifade hürriyetinin bir gruba yönelik hakaretlerin cezaland,r,lmas,na izin verebilece ini kabul etmekle birlikte, öyle bir s,n,r,laman,n ancak ifadelerin yarataca , zarar,n aç,k ve yak,n olmas, ve felaketin engellenmesi için ifadenin k,s,tlanmas, gereklili inden üphe duyulmamas, halinde mümkün olaca ,n, belirtmi tir. Yarg,ç *Douglas*'a göre ifade hürriyeti; bas,n hürriyeti ve din hürriyeti kolluk kuvvetinin müdahalesinden tamamen korunmu tur.

Yüksek Mahkeme *Beauharnais* karar,ndan hiçbir zaman aç,kça dönmese de; *Bradenbug* davas,nda aç,k ve yak,n tehlike ölçütünün yerle mesi, a a ,da *Sullivan* davas,nda görülece i

⁵³ *Beauharnais v. Illinois* 343 U.S. 250 (1952).

⁵⁴ *WALDRON*, s.47.

⁵⁵ *WALKER*, s.95.

gibi, hakaretin dahi tamamen ifade hürriyetinin korumas,ndan yoksun oldu u fikri kabul görmedi i için bir daha uygulanmam, t,r.⁵⁶ TSES S, bu içtihad,n halen geçerli oldu unu savunmaktaysa da,⁵⁷ ROSENFELD Yüksek Mahkemenin sonraki tarihli içtihatlar,n,n bu karar, geçersiz k,ld, ,n,⁵⁸ WALDRON ise Yüksek Mahkemenin bugün muhtemelen ayn, karar, vermeyece ini⁵⁹ belirtmektedir. Karar,n halen geçerli bir içtihat olup olmad, , konusunda uzla , olmasa dahi Yüksek Mahkemenin yeniden ayn, yönde karar vermesi beklenmemektedir.⁶⁰

H. New York Times Co. v Sullivan (1964)⁶¹

Yüksek Mahkeme bu davada, kamu görevlisine hakaret nedeniyle yürüttü ü kamu görevini ele tiren ki ilere kar , hükmedilebilecek manevi tazminat,n miktar,n,n s,n,rlar,n, de erlendirmi tir. New York Times gazetesinde ç,kan bir ilan nedeniyle; 4 ki i ve gazeteye kar , açt, , manevi tazminat davas, sonucunda davac, L.B. Sullivan lehine 500.000 dolar tazminata hükmedilmi tir. Dava konusu ilan daval, ki iler taraf,ndan gazeteye verilmi tir. lan,n Yüksek Mahkeme karar,nda yer alan k,sm, öyledir: öTüm dünyanın,n bildi i gibi binlerce güneyli zenci ö renci A.B.D. Anayasas, ve Haklar Beyannamesi ile güvence alt,na alan insan haysiyetine yara ,r ya ama haklar,n,n kabul edilmesi için yayg,n bar, ç,l gösteriler tertiplemektedir... bu garantileri savunma çabalar, ise tüm dünyanın,n modern özgürlük örüntüsünü kurdu unu dü ündü ü belgeyi yok sayan ve ortadan kald,rmaya çal, anlar taraf,ndan örne i görülmemi bir iddet dalgas,yla kar ,lanmaktad,r...ö lan metni 64 ki i taraf,ndan imzalanm, t,r. Sullivan',n hakaret davas,na dayanak olu turan k,s,mlar ise on paragrafl,k metnin sadece bir paragraf,d,r: Montgomery Alabama Eyalet Parlamentosu binas, önünde ö renciler 'My Country, 'Tis of Thee' ark,s,n, söyledikten sonra liderleri okuldan at,lm, ve pompal, tüfekler ve göz ya art,c, gazlar ta ,yan kamyonlar dolusu polis Alabama State College yerle kesini ku atm, t,r. Tüm ö renciler yeniden kay,t yapt,rmayarak eyalet mercilerini protesto ettiklerinde ise yemekhanelerine asma kilit vurulmak suretiyle aç b,rak,larak hizaya getirilmeye çal, ,lm, t,r. ... Güneyli sald,rganlar Dr. King'in bar, ç,l protestolar,na tehdit ve iddetle kar ,l,k vermi lerdir. Evini bombalayarak neredeyse kar,s,n, ve çocu unun ölümüne neden olmu lard,r. Kendisine sald,rm, . Yedi defa yüksek h,zda araç kullanma, çevreyi kirlletme ve benzer suçlar gerekçesiyle tutuklam, lard,r. Ve imdi de kendisini on y,l hapis cezas,na hükmedebilecekleri yalan yere tan,kl,kla suçlamaktad,rlar. ...ö Her ne kadar bu ifadeler do rudan Sullivan'a yönelik olmasa da; polis kuvvetlerinin efi olmas, nedeniyle, metnin Montgomery polisini ve ahs,n, hedef ald, ,n, iddia etmi tir.

Yüksek Mahkeme, her ne kadar dava konusu metin New York Times'ta ücretli bir reklam olarak yay,nlanm, olsa da, kendisini kamuoyuna duyurmay, hedefleyen bir örgüt taraf,ndan finanse edildi i ve kamuoyunu ilgilendiren konularda bu örgütün fikirlerini ifade etti i için ifade hürriyetinin güvencelerinden yararlanaca ,n, belirtmi tir. Yüksek Mahkemeye göre; aksinin kabulü halinde gazeteler bu tür ilanlar, almaktan çekinecek, kendileri matbaaya sahip olmayan gruplar,n fikirlerini kamuoyuyla payla mas, güçle ecektir. Bu nedenle ilan,n sadece ücretle verilmi olmas, ifade hürriyetinin korumas,n, kald,rmayacaktır.

Yüksek Mahkemeye göre devletin ceza hukuku yapt,r,mlar,na kapal, olan alan, ayn, zamanda tazminat yapt,r,m,na da kapal,d,r. Dava konusu dosyada hükmedilen tazminat miktar, ceza kovu turmas,ndan daha da cayd,r,c,d,r. Eyalet hukukunun hakaret içeren iddialar,n ispatlanmalar, halinde tazminata hükmedilmeyece ini düzenlemesi de ifade hürriyetinin ihlalini ortadan kald,rmamaktad,r. Kamu görevini ele tiren ki ilerden tüm iddialar,n, ispat etmelerini beklemek neredeyse s,n,rs,z tazminat davalar,yla kar ,la abilecek olan ki iler kendi kendilerini sansürlemeleri sonucunu do urur. Bu nedenlerle Yüksek Mahkeme Anayasan,n eyaletlerin kamu görevlilerine hakaret nedeniyle hükmedebilecekleri tazminat miktar,n, s,n,rlad, , sonucuna varm, t,r. Ard,ndan davan,n esas, hakk,nda da karar veren mahkeme; aç,kça kötü niyetli oldu u ispat edilemeyen, ancak do rulu u kan,tlanamayan ele tiriler nedeniyle hükmedilen tazminat karar,n, bozmu tur.

Yüksek Mahkeme karar,na farklı ortak gerekçe ile kat,lan Yarg,ç Black ve Douglas ise; New York Times ve di er daval,lar,n, Times'ta Montgomery mercilerinin davran, lar,n, ele tiren ilanlar vermeye mutlak ve hiçbir ko ula ba lanmam, haklar, oldu unu kabul

⁵⁶ FISCH, s.480.

⁵⁷ TSES S, 2010, s.635.

⁵⁸ ROSENFELD, s.1536.

⁵⁹ WALDRON, s.29,64.

⁶⁰ KAHN, s.167.

⁶¹ New York Times Co. v Sullivan 376 U.S. 254 (1964).

etmi lerdir. Farkl, gerekçeyi kaleme alan yarg,çlar için hükmedilen tazminat,n miktar,n,n önemi yoktur. Onlara göre Anayasa bas,n hürriyetini korumak için mümkün olan yegâne yöntemi benimsemi , kamu mercilerinin davran, lar,n,n ele tirilmesi halinde bas,na ko ulsuz bir dokunulmazl,k sa lam, t,r. Kamu makamlar,n,n ele tirilmesi nedeniyle tazminata hükmedilmesi sonucunu do uracak bir kanunu kabul etmeye ne ABD'nin ne de eyaletlerin yetkisi vard,r. Yarg,ç Black'e göre öBirinci De i ikli in getirmi oldu u asgari garanti hiçbir ko ula ba lanmam, kamuyu ilgilendiren sorunlar üzerine diledi ini söyleme hakk,d,r.ö

Yarg,ç Goldberg ise Yarg,ç Douglas',n da kat,ld, , farkl, gerekçesinde a ,r,l,klardan ve kötüye kullanmalardan do acak sonuç ne olursa olsun; Anayasa'n,n vatanda lara kamu makamlar,n,n i lemlerini ele tirme hakk, tan,d, ,n,, bu hakk,n ko ulsuz ve mutlak oldu unu belirtmi tir. E er bireyler kamu makamlar,na yönelttikleri do rulu unu ispat edemedikleri ithamlar nedeniyle tazminata mâhkum edilirlerse, kamuoyu k,s,tlanm, olur. Bu nedenle dava konusu olayda da ithamlar kamu makamlar,n,n i lemlerine yönelik oldu u için karar Anayasaya ayk,r,d,r.

I. Brandenburg v. Ohio (1969)⁶²

Ku Klux Klan lideri olan san,k hakk,nda s,nai veya siyasi reform sa lamak amac,yla suç i lemeyi, sabotaj,, iddeti ve terörizmin di er yasa d, , yöntemlerini kullanmay, savunmak ve bu yakla ,m, ö retip savunacak bir topluluk kurmak suçlamas,yla 1000 dolar para cezas,yla 1 ila 10 y,l aras, hapis cezas,na çarpt,r,lm, t,r.

Dava konusu olayda, san,k bir televizyon muhabirini bir çiftlikte düzenlenecek olan Ku Klux Klan gösterisine davet etmi tir. Bu toplant,da kayda al,nan konu ma mâhkumiyetin dayana ,n, olu turmaktad,r. Konu malar,n bir k,sm, anla ,lmamakla birlikte, genel olarak zencileri ve Yahudileri a a ,lay,c, içeriktedirler. Kayda al,nan ifadelerden bir k,sm, öyledir: öKi isel görü üme göre tüm zenciler Afrikaaya, tüm Yahudiler srailø dönmelidir. ... ntikamc, bir örgüt olmasak dahi Ba kan,m,z, Kongremiz, Yüksek Mahkememiz beyaz ,rk, bask,lamaya devam ederse intikam alabiliriz. ... Zencileri Gömün! ... Beyazlara özgürlük! ... Zenciler bundan sonra ilerledikleri her kar, için sava mak zorundalar. ... Yahudileri srailø geri yollay,n.ö Görüntülerdeki baz, ki iler silah ta ,yor olsa da konu mac, silahs,zd,r.

Yüksek Mahkemeye göre; kuvvet kullan,m,n,n veya hukuka ayk,r, fiillerin savunulmas,, do rudan hukuka ayk,r, fillerin hemen gerçekleştirilmesine yönelik oldu u ve böyle bir fiili do urma ihtimaline sahip oldu u haller d, ,nda, ifade hürriyetinin korumas, alt,ndad,r. TSES Sæ göre; bu karar,yla Yüksek Mahkeme, bo veya anl,k öfkeyle ifade edilmi tehditler nedeniyle ki iler in kovu turumas,n, önlemek istemi tir.⁶³

Karara farkl, gerekçe ile kat,lan Yarg,ç Douglas ve Yarg,ç Black ise bu dava da kullan,lan aç,k ve yak,n tehlike testinin I. Dünya Sava , y,llar,nda ya anan yukar,da bizim de yer verdi imiz davalarda geli tirildi ini ve bar, zaman,nda kullan,lamayaca ,n, savunmaktad,rlar.

J. Gooding v. Wilson (1972)⁶⁴

Yarg,ç Blackmun ve Yarg,ç Burger'in kar , oy yaz,lar,ndan, sava kar ,t, bir aktivist olan Wilson, askere alma i lemlerine engel oldu u gerekçesiyle gözalt,na al,n,rken⁶⁵ görevli polis memurlar,na öSeni beyaz or*spu çocu u seni öldürecek im. ... Seni o**spu çocu u seni bo aca ,m. ... Seni o**spu çocu u e er bana bir daha dokunursan seni lime lime ederimö dedi i anla ,lmaktad,r.

Bu ifadeleri nedeniyle hakk,nda, ö(kar , taraftan) tahrik olmadan bir ba kas,na huzurunda huzuru bozma ihtimali bulunan a a ,lay,c, veya hakaret içeren kelimeler kullanan ki i cezaland,r,l,r.ö hükmüne dayan,larak dava aç,lm, t,r. Yüksek Mahkeme Wilson',n ifadelerinin cezaland,r,lmas, Anayasaaya uygun olabileceksede dava mahkemelerince yeterince dar yorumlanmam, maddenin a ,r, geni li i nedeniyle Anayasaaya ayk,r, oldu una karar vermi tir. Yüksek Mahkemeye göre e er ifade hürriyetinin s,n,rlar, belirsiz ve geni yorumlanmaya müsait kurullarla çizilirse, ifadeleri Anayasa taraf,ndan koruma alt,na al,nm, olan ki iler dahi anayasal korum alt,nda olan ifadelerinin de ceza yapt,r,m,na ba lanabilece i endi esi ile dü üncelerini aç,klamaktan çekinebilirler.

Yarg,ç Blackmun ve Yarg,ç Burger ise kar , oy yaz,lar,nda dava konusu kanun

⁶² Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969).

⁶³ TESIS, 2010, 635.

⁶⁴ Gooding v. Wilson 405 U.S. 518 (1972).

⁶⁵ <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/296/gooding-v-wilson>, (Eri im: 11.02.2019)

hükümünün belirsiz veya a ,r, geni yorumlara izin vermedi ini, mahkemelerin istisnai kararlar,nda hükmü geni yorumlam, olmas,n,n hükmün anayasaya ayk,r,l, , sonucunu do urmamas, gerekti ini savunmaktad,rlar. Her iki kar , oy yaz,s,nda da; a ,r, geni ve belirsiz hükümlerin anayasaya ayk,r, olaca ,, ancak dava konusu kural,n bu hata ile malul olmad, , belirtilmektedir.

K. R. A. V. v. St. Paul (1992)⁶⁶

Olay tarihinde bir çocuk olan ba vuru sahibi ve birkaç arkada ;; k,r,k sandalye bacaklar,n, bantla birbirine tutturarak bir ah ap haç haz,rlam, , ard,ndan bunu ba vuru sahibinin evinin kar ,s,nda oturmakta olan zenci bir ailenin bahçesinde yakm, lard,r. Bu fiil nedeniyle öHer kim kamuya aç,k veya özel alanlara ba kalar,nda ,rklar,, renkleri, inan, lar,, dinleri veya cinsiyetleri nedeniyle öfke, tela veya kin do uraca ,n, bildi i veya bilmesi gereken; yanan haç, Nazi Svastikas, ve bunlara benzer sembolleri, nesnelere, figürler, hitaplar, duvar yaz,lar, yerle tirirse suç i lemi tir ve cezaland,r,l,rö hükmüne dayanarak cezaland,r,lm, t,r.

Yüksek Mahkemeye göre bir ki inin evinin bahçesinde haç yak,lmas, kesinlikle yapt,r,ma ba lanabilir. Ancak bu yap,l,rken ifade hürriyeti de ate e at,lmamal,d,r. Yüksek Mahkeme kanunun uygulanaca , tüm ifadelerin ökavga ba latacak sözlerö olaca , varsay,lsa dahi, kanunun sadece ifadenin yöneldi i konulara dayanarak bir k,s,m ifadeyi cezaland,r,p bu konulara girmeyen di er ifadeleri kapsam,na almad, , için anayasaya ayk,r, bulmu tur. Yüksek Mahkemeye göre içeri e yönelik s,n,rlamalar,n anayasaya ayk,r, olmas, muhtemeldir.

fade hürriyetinin s,n,rlanabilece i belirtilen alanlar devletin içeri ini istedi i gibi düzenlenmesine izin verilen, ve Anayasa,n hiç ilgilenmedi i alanlar de ildir. Yüksek Mahkemeye göre düzenleme; ifade tarz, ne olursa olsun ,rka, dine veya cinsiyete dayal, ho görüszlük mesajlar, vermeyi yasaklamaktad,r. Bu tür düzenlemeler belirli fikirlerin ifade edilmesine güçlük ç,kart,lmas,na izin vermektedir ve bu nedenle geçersizdirler.

Yüksek Mahkeme, tarihte ayr,mc,l, a u ram, olan topluluklar,n huzuru içinde istedikleri yerde ya amak gibi temel insan haklar,n,n korunmas,n,n güçlü bir neden oldu unu kabul etmekle beraber, içeri e yönelik s,n,rlamalar,n beraberinde getirdi i sansür ihtimalinin Anayasa'ya ayk,r,l,k yaratmaya yetece ini belirtmi tir. AYDIN'a göre bu karar gerekçesi, Yüksek Mahkemenin bir ki iye bir derne e üye olmas, ile bir ,rka mensup olmas, nedeniyle hakaret edilmesi aras,nda bir fark yarat,lmas,na izin vermemektedir.⁶⁷

L. Wisconsin v. Mitchell (1993)⁶⁸

Todd Mitchell',n, nitelikli yaralama fiili neticesinde hükmedilen cezas,, ma durun sadece ,rk, nedeniyle seçilmi olmas, sebebi ile a ,rla t,r,lm, t,r. Yüksek Mahkemeye göre; ifade hürriyeti, verilen cezan,na ma durun ,rk, nedeniyle seçilmi olmas, halinde cezan,na artt,r,lmas,na, engellememektedir.

Olay günü Mitchell',n da içinde bulundu u bir grup zenci genç, bir apartman dairesinde toplanm, ve dua eden bir zenci çocu un beyazlar taraf,ndan dövüldü ü bir filmi seyrettikten sonra d, ar, ç,km, lard,r. Grup d, ar,da iken Mitchell gruba öBir kaç beyaz dövmek için gaza geldiniz mi?ö diye sormu tur. K,sa süre sonra kar , kald,r,mda beyaz bir gencin görülmesi üzerine gene Mitchel öBirilerinin a z,n, yüzünü s*****k ister misiniz? Bak,n orada beyaz bir çocuk var gidin haklay,n onu.ö demi tir. Grubun sald,r,s, sonucunda a ,r yaralanan genç dört gün komada kalm, t,r.

Bu olay üzerine, Mitchell',n cezas, ösuçun ma duru olan ki inin ,rk,, dini, rengi, engelli olmas,, cinsel yönelimi, kökeni veya soyu nedeniyle seçilmesi halinde ceza 2. paragraf uyar,nca artt,r,l,rö hükmüne dayan,larak ilk derece mahkemesince, niteliksiz halinde üst s,n,r, iki y,l olan suç için, yedi y,l olarak belirlenmi , temyiz mahkemesince ise hakk,nda 4 y,l hapis cezas,na hükmedilmi tir. Mitchell, kanun maddesinin; ki inin olaydan önceki ifadelerinin fiil nedeniyle verilecek cezay, artt,r,rmak için kullan,lmas, sonucunu do urdu unu, bunun ki ilerinin öngöremedikleri tarihte bir suçtan yarg,lanmalar, s,ras,nda cezalar,n,n a ,rla t,r,labilecek olmas, endi esiyle fikirlerini ifade etmekten kaç,nmalar,na sebep olaca ,n, iddia etmi tir. Yüksek Mahkeme ise, kas,tl, ki ilerinin bir suçtan yarg,lanmas, s,ras,nda cezas,n,n artt,r,laca , endi esiyle ho görüsz fikirlerini aç,klamaktan kaç,naca , varsay,m,n,n a ,r, kapsay,c,l,k iddias,n, yeterince gerekçelendirmedi ini belirtmi tir.

⁶⁶ R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

⁶⁷ AYDIN, 379.

⁶⁸ Wisconsin v. Mitchell 508 U.S. 476 (1993).

Yüksek Mahkemeye göre hiçbir fiziksel saldırı, ifade ö ne kadar geniş tanımlanmış, bu kapsama girmez. Dava konusu kanun maddesi de; ifadeler de il, ifade hürriyetinin koruması, altında olmayan bir eyleme yöneliktir.

Yüksek Mahkemenin eylem ile ifade arasında yaptır, ayrı, *Fisch* amaç-araç ili kisinde aramaktadır. *Fisch'e* göre amaç ile araç arasında devletin anayasaya aykır, veya ihlali gerekçelendirmeye yetmeyecek başka bir amaca yöneldi ini dü ündürmeyecek derecede yakın bir ili ki olmalıdır. Eğer bir eylem ifade hürriyetinin sınırlama amacıyla yasaklandıysa bu durumda Yüksek Mahkeme ihlal karar verecektir.

M. Virginia v. Black (2003)⁶⁹

1998 yılında Barry Black isimli bir grup, kendisi de grubun içinde bulunan bir kişinin mülkünde düzenlenen Ku Klux Klan toplantısında 8-9 metre yüksekliğinde bir haç yakıldı, t.r. Richard Elliott ve Jonathan O'Mara ise aynı yıl 2 Mayıs'ta, Afrika kökenli ABD vatandaşı olan James Jubilee'nin bahçesinde haç yakıldı. Bu kişiler hakkında öki ilerin herhangi bir kişi iyi veya grubu korkutmak amacıyla başka birinin mülkü içinde, kamuya açık alanlarda veya yollarda haç yakması, hukuka aykır, d.r. ... Bu şekilde bir haç yakılması, bir kişi veya grubun korkutulması, amaçsızdır. Maddesi uyarınca ceza verilmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre; bir kişi veya gruba karşı, hukuka aykır, biçimde iddet kullanma niyetini belirten ifadeler gerçek tehdit olarak nitelenir, ve ifade hürriyetinin koruması, altında değildir. Tehdit eden kişinin ifade ettiği fiili gerçekle tirme niyetinin olup olmadığı, önemsizdir. Gerçek tehditler, tehdidin gerçekle mesinin önlenmesinin yanı sıra, kişilerin korku içinde olmadan ya da hakları, güvence altına almak için de yasama organları tarafından yasaklanabilir. TSES S, Yüksek Mahkemenin bu kararında haç yakmanın, kısaca bir süre içinde kamu huzurunu bozma ihtimali yaratma ihtimalini ölçüt olarak kullanmadığı, belirttiği tir.⁷⁰

Yüksek Mahkemeye göre; ifade hürriyetine ifadenin içeriğine göre sınırlama getirilememekle birlikte, belirli bir ifade biçiminin, dava konusu normda her tür amaçla herhangi bir kişi veya gruba karşı, haç yakılması, yasaklanması, Anayasa'ya uygundur. Çünkü bu durumda belirli konuların seçilerek korunması, veya yasaklanması, söz konusu değildir.

Bununla beraber Yüksek Mahkeme, haç yakma eyleminin karine olarak tehdit ve korkutma amaç güttü ünü düzenleyen ikinci fıkranın Anayasa'ya aykır, oldu una karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre; bu karine korkutma ve tehdit dışında bir amaçla haç yakılması, halinde, iddia makamının haç yakıldığı, gerçeği dışında hiçbir kanıtlamadan veya sansız, susma hakkını kullanması, halinde, mahkumiyet elde etmesini sağlayabilir. Yüksek Mahkeme, siyasi gösteriler sırasında haç yakılması, tepki çekeceğini ve öfke uyandıracak, kabul etmekle birlikte, bunun tüm haç yakma fillerini yasaklamak için yeterli olmadığı, belirttiği tir.⁷¹ Haç yakmanın cezalandırılması için tehdidin iradi olması, arttır.⁷²

TESES S, bu kararıyla Yüksek Mahkemenin nefret söyleminin taşıdığı, tehlikenin Chaplinsky davasında kabul edilen, kavga başlatıcı sözlerle karşılaştıkça daha tehlikeli oldu una işaret etti ini belirttiği tir.⁷³ Yazara göre bu karar, Yüksek Mahkemenin uluslararası ölçütlere en fazla yaklaştığı, içtihadıdır.⁷⁴ KAHN ise, bu kararın ifade hürriyetinin mutlak korunması, geleneğinin sonuna işaret etti ini iddia etmektedir.⁷⁵ Kanımızca *Virginia v. Black* Yüksek Mahkemenin önceki içtihatları, terk etmek bir yana, bir kez daha kabul ettiği bir karardır. Yüksek Mahkeme içerik hedef alınmadığı, sürece belirli ifade yöntemlerinin yasaklanabileceğini kabul etmektedir.

N. Snyder v. Phelps (2011)⁷⁶

Westboro Baptist Kilisesi üyeleri, bir askerın cenazesi sırasında; ABD günahlara çok fazla hoşgörü gösterdiği için Tanrı'nın cezası olarak Amerikan askerlerini öldürdü ünü ifade eden pankartlarla bekledikleri için, yaklaşık 10 milyon dolar tazminata çarptırıldı, t.r. Kiliseye göre ABD'nin ve özellikle ABD Silahlı Kuvvetlerinin, homoseksüellere gösterdiği hoşgörü nedeniyle Tanrı tarafından cezalandırıldığı, görüşü ündedir. Bu görüşlerini yaklaşık 600 cenazenin civarında

⁶⁹ *Virginia v. Black* 538 U.S. 343 (2003).

⁷⁰ TSESIS, 2009, s.514.

⁷¹ ARSLAN, Zühtü: ABD Yüksek Mahkemesi Kararları, ifade Özgürlüğü, Liberal Dü ünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.42.

⁷² TSESIS, 2010, s.643.

⁷³ TSESIS, 2009, s.503.

⁷⁴ TSESIS, 2010, s.661.

⁷⁵ KAHN, s.163.

⁷⁶ *Snyder v. Phelps* 562 U.S. 443 (2011).

gösteriler düzenleyerek ifade etmi lerdir.

Dava konusu olay günü, cenazenin defnedildi i yer yak,nlar,nda, Maryland Devlet Kona ,nda ve ABD Donanma Akademisinde u sloganlar, ta ,yan pankartlar ta ,m, lard,r: öTanr, ABD'den Nefret Ediyor ... 9/11 Tanr,ya ükürler Olsun, Amerika Kahrolacak, ABD için dua etmeyin, El Yap,m, Bombalar içi Tanr,ya ükürler Olsun, Ölü Askerler için Tanr,ya ükürler Olsun, Papa Cehennemde, Papazlar o lanlara tecavüz ediyor, Tanr, *nelerden Nefret Eder Cehenneme Gideceksiniz, Tanr, Sizden Nefret Ediyor.ö Defnedilen askerin babas, olan Synder cenaze alan,ndan 60-90 metre aras, mesafedeki pankartlar,n sadece üst kenarlar,n, gördü ünü ve yaz,lar, okuyamad, ,n, söylemi tir.

Yüksek Mahkemeye göre davadaki sorun, dava konusu ifadelerin kamusal meselelerle mi yoksa ki ilerin özel meseleleriyle mi ilgili oldu unda dü ümlenmektedir. Kamusal meselelerle ilgili ifadelerin s,n,rılanmas, ayn, zamanda halk,n kendi kendisini yönetme yetene inin de s,n,rılanmas, anlam,na gelecektir.

Yüksek Mahkemeye göre; her ne kadar Westboro Baptist Kilisesi'nin ifadeleri halk,n bir k,sm,n,n ve özellikle cenaze sahibinin manevi zarara u ramas,na neden olsa da, kamuya aç,k bir alanda kamusal meselelerle ilgili bar, ç,l ve yerel makamlar,n talimatlar,na uygun bir gösterinin parças, oldu u için ifade hürriyetinin korumas, alt,ndad,r. Bu nedenle sadece ifadenin içeri i ve bak, aç,s,n,n tazminat,n nedenini olu turmas, Anayasaöya ayk,r,d,r.

O. Matal v. Tam (2017)⁷⁷

Asya kökenli ABD vatanda lar,ndan olu an Rock müzik grubu öThe Slantsö; isimlerini marka olarak tescil etmek istedi inde, Patent ve Marka Ofisi ba vuruyu öya ayan veya ölmü herhangi bir ki i veya ki ileri, kurumlar,, inançlar, veya ulusal sembolleri a a ,layan, itibars,zla t,ran veya küçük dü ürenö markalar,n tescil edilemeyece i hükmüne dayanarak reddetmi tir. Yüksek Mahkemeye göre; bu hüküm ifade hürriyetinin temel ta , olan bir ilkeyi, ifadelerin sadece rahats,z edici olduklar, için yasaklanamayaca , ilkesini ihlal etmektedir. öSlantö kelimesi Türkçeye öçekik gözlüö olarak çevrilebilir ve Asya kökenli ki ilere kar , kullan,lan a a ,lay,c, bir ifadedir. Patent ve Marka Ofisi ba vuruyu reddederken; ömarka için ba vuruda bulunulan kelimeyi rahats,z edici bulan bir grup insan,n bulundu uö, ögrubun gösterilerinin isimlerinin rahats,z edici bulundu u için iptal edildi iö, öbirkaç blog yazar,n,n ve yaz,lan makalelere yorum yapan ki ilerin grubun ismini rahats,z edici buldu uö ve öbirçok sözlü ün SLANTS kelimesini a a ,lay,c, bir kelime olarak tan,mlad, ö gerekçelerine dayanm, t,r.

Hükûmete göre söz konusu kanunun amac,, az,nl,klar,n ticari reklamlardaki a a ,lay,c, mesajlarla sald,r,ya u ramas,n, engellemektir. Davaya hükûmet lehine kat,lan bir kurum ise ö,rklar aras, ho görüyü te vik etmek ve ki ilerin özel hayat,n, ve huzurunu korumaö gerekçesine dayanm, t,r. Yüksek Mahkeme ise: öBu hususu her nas,l ifade edilirse edilsin istikameti tart, mas,z ekilde udur: Hükûmet rahats,z edici ifadeleri yasaklama hakk,na sahiptir. Aç,klad, ,m,z gibi bu fikir Birinci De i ikli i kalbinden b,çaklar. Irk etnik köken, cinsiyet, din, ya , engellilik ve benzeri nedenlerle ki ileri a a ,lamak nefret yüklüdür, ancak ifade hürriyeti içtihad,m,z,n en gurur duydu umuz yan, nefret etti imiz dü üncelerin dahi ifade edilme hakk,n, korumam,zd,r.ö

Yarg,ç Kennedy, Yarg,ç Ginsburg, Yarg,ç Sotomayor ve Yarg,ç Kagan ise yazd,klar, farklı gerekçede; ifade hürriyetinin öbelirli bir konuyu hedef alanö içeriksel s,n,rılamalara izin vermedi ini, bu tür düzenlemelerin anayasaya ayk,r, olaca ,n, belirtmi lerdir. Dava konusu norm; olumsuz görü lerin marka olarak tescillenmesini engellerken, olumlu görü leri de engellemektedir ve ne tür ifadelerin rahats,z edici veya olumsuz olaca ,na karar verecek olan devlettir. Hükûmet kime kar , olursa olsun tüm a a ,lay,c, ifadelerin yasakland, ,n, belirtmekte, bu nedenle düzenlemenin bak, aç,s,na dayanarak ifadeler aras,nda ayr,m yapmad, ,n, belirtmektedir. Farklı gerekçeyi imzalayan yarg,çlara göre; bir tart, man,n tüm taraflar,n,n birbirini ele tirmesini engellemek, bir kural, bak, aç,s,na göre daha da fazla ayr,m yapar hale getirir. fadeler aras,nda bak, aç,s,na yönelik ayr,m yap,lmas,n,n tehlikesi; hükûmete belirli fikirleri veya bak, aç,lar,n,, daha geni olan bir tart, man,n içinden ç,kartmaya yetki vermesidir.

⁷⁷ Matal v. Tam 582 U.S. (2017).

IV. SONUÇ

Nefret söylemini yaptırma ba lamaya çal, an hukuk kuralları, ifade hürriyeti kar ,s,nda var olmayacağı, kabul eden Yüksek Mahkemenin nefret söylemine yakla ,m,n, belirleyen as,l gerekçe; herhangi bir dü ünçe veya bak, aç,s,n,n kamu gücünü temsil eden merciler taraf,ndan yasaklanması,na izin verilemeyece i fikridir. Yüksek Mahkeme yakla ,k bir as,ra yay,lan içtihad,nda, tutarlı, bir ekilde bu gerekçeye sad,k kalm, t,r. Yüksek Mahkemenin deyiimiyle, ifadelerin içeri ine yönelik s,n,rlamalar,n yap,lmas, mümkün de ildir. Bu nedenle sadece az,nl,klar, koruyucu bir nefret söylemi kural, Yüksek Mahkeme taraf,ndan anayasaya ayk,r, bulunacaktır. Yüksek Mahkemeye göre; her tür fikir ve bak, aç,s,n,n ifade edilebilme ans, olmal,d,r. Yüksek Mahkemenin nefret söyleminin yaptırma ba lanabilece ini kabul etti i tek karar, olan *Beaurharnais* ise, sadece 200 dolarlık bir para cezas,n, verildi i bir olaya ili kindir. Yüksek Mahkemenin içtihatlar,nda, HAM içtihatlar,n,n aksine, herhangi bir ölçülülük de erlendirmesine de rastlanmamaktadır. fade hürriyetine çizilen s,n,rlara ba lanan yapt,r,mlar; ister 200 dolar isterse uzun süreli hapis cezalar, olsun, de erlendirme ayn, hatlar, izlemektedir. Nefret söyleminin eyleme dönü mesi halinde ise, bu özel saikin cezan,n a ,rla t,r,lmas,nda kullan,labilece i Yüksek Mahkeme taraf,ndan kabul edilmektedir.

Yüksek Mahkeme, ifade hürriyetini s,n,rlar, olmayan mutlak bir özgürlük olarak yorumlamamaktadır. Bununla birlikte ifade hürriyetinin, ancak s,n,rlar, kesin hatlarla belirlenmi düzenlemelerle s,n,rlanabilece ini kabul etmektedir. Nefret söylemi; e er yak,n ve aç,k bir tehlike olu turacaksa s,n,rlanabilir, ancak bu tehlike toplumsal bir sorun de il somut olarak ortaya ç,kacak bir zarar olmal,d,r. Nefret söyleminin zaman içinde az,nl,klara kar , iddet eylemlerini tetikleyebilece i iddias, veya nefret söyleminin hedefindeki ki ilerin ya ayaca , manevi zarar, bu kapsamda görülmemektedir. fadenin içeri inin s,n,rlanmas, mümkün olmamakla beraber, belirli ifade biçimleri s,n,rlanabilir. *R.A.V.* ile *Black* kararlar,n,n beraber okunmas, haç yak,lmas, gibi ifade biçimlerinin yasaklanması,n,n mümkün oldu unu göstermektedir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Zühtü, Der.: ABD Yüksek Mahkemesi Kararlar,nda fade Özgürlü ü, Liberal Dü ünçe Toplulu u, Ankara, 2003.
- AYDIN, Didem: Üç Demokraside Dü ünçe Özgürlü ü ve Ceza Hukuku ó 1 Amerika Birle ik Devletleri, Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara, 2004.
- BAKIRCIO LU, Önder: öFreedom of Expression and hate Speechö, Tulsa Journal of Comparative and International Law, 16(1), 2008, ss.1-49
- BERR GAN, Helen G.: öSpeaking Outöabout Hate Speechö, Loyola law Review, 48, 2002, ss.1-16
- BLE CH, Erik: öFree Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in the European Legal Contextö, Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century,Palgrave Macmillian, Newyork, 2012, s.115.
- DELGADO, Richard/STEFANIC, Jean: öFour Observations about Hate Speechö, Wake Forest Law Review, 44, 2009, ss. 353-370
- FISCH, William B.: öHate Speech in Constitutional Law of the United Statesö, The American Journal of Comparative Law, 50(Supplement:American Law in a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law), 2002, ss.463-492
- HEINZE, Eric; öViewpoint Absolutism and Hate Speechö, The Modern Law Review, 69(4), 2006, ss.543-582
- HEYMAN, Steven J., Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment (Temmuz 29, 2008). Extreme Speech and Democracy, Ivan Hare, James Weinstein, eds., Oxford University Press, 2009 öhttps://ssrn.com/abstract=1186262ö
- KAHN, Robert A.: öCross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech in the United States and Germanyö, University of Detroit Mercy law Review, 83, 2006, ss.163-194
- KEANE, David: öAttacking Hate Speech under Article 17 of theEuropean Convention on Human Rightsö Netherlands Quarterly Human Rights, 25(4), 2007, ss.641-663
- MATSUDA, Mari J/LAWRENCE III, Charles R/DELGADO, Richard/CREENSHAW, Kimberle Williams: öWords That Wound Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendmentö, Westview Press, Boulder, 1993.
- ROSENFELD, Michel: öHate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysisö, Cardozo Law Review, 24, 2003, ss.1523-1567
- TSESIS, Alexander: öBurning Crosses on Campus: University Hate Speech Codesö, Connecticut Law Review, 43, 2010, ss.617-672
- TSESIS, Alexander: öDignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracyö, Wake Forest Law Review, 44, 2009, ss.497-532
- WALDRON, Jeremy: öThe Harm in Hate Speechö, Harvard University Press, Cambridge, 2012.
- WALKER, Samuel; öHate Speech: The History of an American Controversyö, University of Nebraska Press, Lincoln, 1994.


KARARLAR

- Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)
- Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919)
- Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)
- Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)
- Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)
- Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951)
- Beaurharnais v. Illinois 343 U.S. 250 (1952)
- New York Times Co. v Sullivan 376 U.S. 254 (1964)
- Bradenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969)
- Gooding v. Wilson 405 U.S. 518 (1972)
- R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)
- Wisconsin v. Mitchell 508 U.S. 476 (1993)
- Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003)
- Snyder v. Phelps 562 U.S. 443 (2011)
- Matal v. Tam 582 U.S. ___ (2017)

SV ÇREDE HUKUK UYU MAZLIKLARININ ALTERNAT F YOLLARLA ÇÖZÜMLENMES KAPSAMINDA TAHK M VE ARABULUCULUK LE SV ÇRE ODALARI TAHK M KURUMUNUN ÖNERD SV ÇRE T CAR ARABULUCULUK KURALLARINA GENEL B R BAKI

AN OVERVIEW OF THE ALTERNATIVE WAYS OF RESOLVING LEGAL DISPUTES BY
MEANS OF ARBITRATION AND MEDIATION IN SWITZERLAND, AND THE SWISS RULES
OF COMMERCIAL MEDIATION SUGGESTED BY THE SWISS CHAMBERSØ ARBITRATION
INSTITUTION

Serpil I İK*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.592441>

Makale Bilgi

Gönderilme: 16/07/2019
Kabul: 14/10/2019

Anahtar Kelimeler

Alternatif Uyu mazl,k
Çözüm Yollar,,
sviçre Hukukunda
Tahkim,
sviçre Hukukunda
Arabuluculuk,
sviçre Odalar, Tahkim
Kurumu,
sviçre Ticari
Arabuluculuk Kurallar,.

Article Info

Received: 16/07/2019
Accepted: 14/10/2019

Keywords

Alternative Dispute
Resolution Methods,
Arbitration in Swiss Law,
Mediation in Swiss Law,
Swiss ChambersØ
Arbitration Institution
(SCAI),
Swiss Rules of Commercial
Mediation (SRCM).

Özet


Son günlerde, taraflar,n aralar,ndaki uyu mazl,klar, dava ederek çözümlenmek yerine, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerine müracaat etmek suretiyle ortadan kald,rma konusundaki ilgileri giderek artmaktadır. sviçre'nin tarafs,z bir devlet olması, dostane hizmetlerin sunumunda y,llardan beri büyük bir ün kazanması, sa lam, t,r. Bu sebeple çal, mam,zda, öncelikle sviçre'nin uyu mazl,klar,n çözümünde üstlendi i rol ifade edilerek sviçre Hukukunda alternatif uyu mazl,k çözüm yollar, kapsam,nda uygulamada s,kl,kla müracaat edilen tahkim, uzla ma ve arabuluculuk bak,m,ndan kabul edilen genel düzenlemelere de inilecektir. Bu çerçevede, sviçre Hukuk sisteminde öngörülen iç tahkim, milletleraras, tahkim ve kurumsal tahkim düzenlemeleri hakk,nda aç,klamalarda bulunulacak, sonras,nda ise, özel olarak, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun (Swiss ChambersØ Arbitration Institution öSCAIö) öngördü ü sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, (Swiss Rules of Commercial Mediation öSRCMö) aç,klanarak kurumsal arabuluculuk düzenlemelerinin de erlendirilmesi yoluna gidilecektir. Böylelikle, tarafs,z bir devlet olarak pek çok ülke aras,ndan öne ç,kan ve uygulamac,lar taraf,ndan hukuki düzenlemeleri s,kl,kla tercih edilen sviçre'nin hukuk uyu mazl,klar,n,n alternatif yollarla çözümlenmesi konusundaki yakla ,m, ile buna ili kin hukuki düzenlemeleri hakk,nda genel bir bak, aç,s, yarat,lmaya çal, ,lacakt,r.

Abstract

Recently, parties seeking resolution of disputes arisen between them have been more interested in using alternative methods of resolving disputes instead of filing lawsuits. Switzerland as a neutral state has been very popular for providing amicable settlement services for years. In this study, we primarily refer to Switzerland's role in resolving disputes, and the mostly preferred alternative dispute resolution methods such as arbitration, conciliation, mediation, and the generally recognized regulations thereof set out in Swiss Law. In this context, we hereby explain the domestic regulations international regulations and institutional arbitration regulations set out in Swiss Law, and the Swiss Rules of Commercial Mediation öSRCMö suggested by the Swiss ChambersØ Arbitration Institution öSCAIö respectively to criticize the institutional arbitration regulations. In this respect, we aim to bring a new perspective on resolving legal disputes by means of alternative methods and the regulations thereof in effect in Switzerland as a neutral state mostly preferred by parties in dispute.



Bu eser [Creative Commons Atif-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Ar . Gör., stanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve Cra-flas Hukuku ABD,  isikserpil1988@hotmail.com,
ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4329-1138>.

I. G R

Günümüzde taraflar, n aralar, nda ortaya ç, kan uyu mazl, klar, çözümlenmek amac, yla ba , ms, z ve tarafs, z üçüncü ki ilerin huzurunda yürüttükleri alternatif uyu mazl, k çözüm yollar, na olan ilgileri giderek artmaktadır,¹. Alternatif uyu mazl, k çözüm yollar, (*Alternative Dispute Resolution Methods*), uyu mazl, klar, n mahkemelerde dava yoluyla çözümlenmesine alternatif olmak üzere i leyen ve tarafs, z üçüncü ki ilerin yard, m, yla yürütülen yöntemler toplulu udur².

Uyu mazl, klar, n alternatif yollarla çözümlenmesi kapsam, nda müracaat edilen ve bu çerçevede neredeyse en popüler yöntem olan *ö tahkimö* (*Arbitration*), taraflar, n aralar, nda do mu veya do abilecek uyu mazl, klar, , devlet mahkemelerine götürmek yerine hakem olarak adland, r, lan üçüncü ki ilerin huzurunda çözümlenme iradelerini ortaya koyduklar, bir yarg, lama usulüdür³. Hukuk uyu mazl, klar, n, n alternatif yollarla çözümlenmesi kapsam, nda günümüzde taraflarca en az tahkim kadar s, kl, kla müracaat edilen di er bir yöntem *ö arabuluculuk* (*Mediation*) ötür. Arabuluculuk, 1960 d, y, llardan sonra Amerika Birle ik Devletleri önde ortaya ç, kan⁴ ayn, zamanda çe itli toplumlarda binlerce y, ld, r müracaat edilen ve geçmi i oldukça eskilere dayanan bir uyu mazl, k çözüm yöntemidir⁵. Günümüzde uygulanan ekli ile arabuluculuk, *ö arabulucuö* (*Mediator*) olarak adland, r, lan üçüncü bir ki inin, uyu mazl, , n taraf, n, te kil eden kimselere yard, mc, oldu u ve böylelikle taraflar, n aralar, ndaki ihtilaf, giderdikleri bir alternatif uyu mazl, k çözüm yöntemidir⁶.

Alternatif uyu mazl, k çözüm yöntemleri, tahkim ve arabuluculuktan ibaret de ildir⁷. Alternatif uyu mazl, k çözüm yollar, n, n dünya çap, nda geli mesiyle birlikte uyu mazl, klar, n çözümünde uygulanabilecek olan yöntemlerin say, s, giderek artmaktadır. Bu nedenle, günümüzde taraflar, n aralar, ndaki uyu mazl, , n çözümü için anla amamalar, durumunda ba vurabilecekleri alternatif uyu mazl, k çözüm yollar, çe itlilik arz etmektedir⁸. Alternatif

¹SWINSON, Sidney K., *Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy*, Tulsa Law Journal, 36(4), (Summer 2001), s.813; Goss, Joanne: *An Introduction to Alternative Dispute Resolutionö*, Alberta Law Review, 34(1), (1995), s.2; PETILLON, R. Lee, *Recent Developments in Alternative Dispute Resolution*, Pepperdine Law Review, 14(4), (1987), s.929; GLASNER, Kenneth, *öContract Disputes and Alternative Disputes Resolution: Some Observationsö*, Advocate (Vancouver Bar Association), 59(5), (September 2001), s.725; GONZALES, Alex, *öAlternative Dispute Resolutionö*, The Brief, 32(2), (Winter 2003), s.4; I IK, Serpil, *Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: an Overview*, Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul, 48(65), 2017, s. 56.

²EIHZOLZER, Heiner, *Die Streitbelegungsabrede*, (Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbelegung, namentlich zur Mediation), Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1998, N. 6, s.3; SWINSON, s.813; BERGER, N. 2-75, s.51; TANRIVER, Süha, *öHukuk Uyu mazl, klar, Ba lam, nda Alternatif Uyu mazl, k Çözüm Yollar, ve Özelliklerö*, TBBB, May, s-Haziran, 2006, s.151.

³AKINCI, s.3. Tahkime ili kin olarak benzer tan, mlar için bkz.: YE LIRMAK, N. 117, s.58; REDFERN, Alan/HUNTER, Martin/BLACKABY, Nigel/PARTASIDES QC, Constantine, Redfern And Hunter On International Arbitration (Student Version), 6th Edition, United States Of America, Oxford University Press, 2015, § 1. 04, s.2. Tahkim, taraflar, n aralar, nda meydana gelen uyu mazl, klar, n çözümünde en s, k müracaat etikleri uyu mazl, k çözüm yöntemidir (ANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN-F GANME E, nci, Milletleraras, Özel Hukuk, 6. Bs., stanbul, 2019, s.644; ANLI, Cemal, Uluslararası, Ticari Akitlerin Haz, rlanmas, ve Uyu mazl, klar, n Çözüm Yollar,, 7. Bs., stanbul, Beta Bas, m, 2019, s.319).

⁴STIPANOWICH, Thomas J., *öThe International Evolution of Mediation: A Call for Dialogue and Deliberationö*, (Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2016/1), (46) Victoria University of Wellington Law Review (VUWLR) 1191 (2015), s.1193; GELZER, Philipp S./RUGGLE, Peter, *Basler Kommentar; Schweizerische Zivilprozessordnung*, Spühler, Karl; Tenchio Luca; Infanger, Dominik (Herausgeber), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, Basel, 2017, Art. 213-218, s.1146; GOSS, s.2.

⁵Nitekim, kimi toplumlarda arabuluculuk, taraflar, n aralar, ndaki uyu mazl, klar, n çözümünde ola an ve en s, k ba vurulan yöntemdir (SCALISE, G. David/ENGELS, E. Jeffrey, *Alternative Dispute Resolutions: a Commercial Guide for Dispute Management*, Advocatesö Quarterly, 9(1), (February 1988), s.66.

⁶Arabuluculu a ili kin çe itli tan, mlar için bkz.: EIHZOLZER, N. 64, s.17-18; GOSS, s.5; NAMLI, Mert, *öBelçika Hukukunda Arabuluculuk Sistemiö*, Arabuluculuk Sempozyumu, stanbul, Türkiye, 11 Aral, k 2008, s.99 vd.; TA POLAT-TU SAVUL, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (6325 say, l, Hukuk Uyu mazl, klar, nda Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, Yetkin Bas, m Yay, m ve Da , t, m A. ., 2012, s.21. Arabuluculuk yöntemi, ayn, zamanda tahkim yarg, lamas, nda oldu u gibi *Ad Hoc* veya *Kurumsal* (Örn. Swiss Mediation Rules, WIPO, ICC, ICDR vb.) bir çerçevede gerçekle tirilebilmektedir (LACK, Jeremy, *Civil & Commercial Mediation in Switzerland*, s.10. <https://www.swissarbitration.org/files/489/J%20%20Lack%20-%20Civil%20and%20Commercial%20Mediation%20in%20Switzerland.pdf> (Eri im Tarihi: 28.2.2019).

⁷PEKANITEZ, Hakan, *Alternatif Uyu mazl, k Çözümleri*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Kas, m 2005, s.16.

⁸GLASNER, s.726; HOUZHI, Tang, *öIs There an Expanding Culture that Favors Combining Arbitration with Conciliation or Other ADR Procedures?ö*, in Albert Jan van den Berg (ed), *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, ICCA Congress Series, Volume 8 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1998), s.108; SCALISE/ENGELS, s.60.

uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin bir veya birkaç,n, bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler olu turulabilece i gibi; bunlar,n d, nda da alternatif uyu mazl,k çözüm yollar, meydana getirilebilecektir⁹. Bu kapsamda, öMediation-Arbitrationö (Med-Arb) ya da öArbitration-Mediationö (Arb-Med)í vb. gibi bir veya birkaç alternatif uyu mazl,k çözüm yönteminin bir araya getirilmesi suretiyle karma (hybrid) alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,na müracaat edildi i bilinmektedir¹⁰.

sviçre, dünya üzerinde var olan ülkeler aras,nda tarafs,zl,k gelene ine sahip olmas, sebebiyle büyük bir üne kavu mu tur¹¹. Bu sebeple sviçre, y,llardan beri alternatif uyu mazl,k çözüm yollar, kapsam,nda yarg,lamalara ev sahipli i yapmak üzere aralar,nda uyu mazl,k bulunan taraflarca s,kl,kla tercih edilmektedir¹². Alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinden tahkim alan,nda sviçre ve sviçre Hukuku istatistiksel veriler uyar,nca, dünya çap,nda en çok tercih edilen ülkelerden biridir¹³. sviçre'nin alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemleri bak,m,ndan taraflarca s,kl,kla tercih edilen ülkelerden biri olmas,, sviçre Hukuk sistemindeki alternatif uyu mazl,k çözüm yollar, kapsam,nda öne ç,kan ötahkimö ve öarabuluculukö düzenlemelerinin de erlendirilmesini önemli k,lm, t,r. Bu sebeple, çal, mam,zda öncelikle, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinden, konumuz bak,m,ndan önem arz eden tahkim ve arabuluculuk müesseselerini dikkate alarak sviçre Hukukunda, alternatif uyu mazl,k çözüm yollar, hakk,nda genel aç,klamalarda bulunaca ,z. Bu kapsamda, sviçre Hukukunda öiç tahkimö, ömilletleraras, tahkimö ile ökurumsal tahkimöe ili kin hukuki düzenlemeleri aç,klad,ktan sonra, öarabuluculukö ile k,saca öuzla maö müesseselerine de inece iz. Sonras,nda ise, kurumsal tahkim merkezlerinde öngörülen kurallar arac,l, ,yla uyu mazl, , çözümlenimin taraflarca kimi zaman daha avantajl, oldu u hususunu göz önünde bulundurarak, uygulamada s,kl,kla tercih edilmesi sebebiyle sviçre'de yer alan kurumsal tahkim merkezlerine de inece iz. Bu kapsamda sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun (Swiss Chambersø Arbitration Institution öSCAIö) önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, (Swiss Rules of Commercial Mediation öSRCMö) hakk,nda genel aç,klamalarda bulunaca ,z. Böylelikle, günümüzde uyu mazl,klar,n çözümünde yayg,n bir yöntem olan arabuluculuk hakk,nda sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n getirdi i kurumsal arabuluculuk kurallar, hakk,ndaki düzenlemeleri ortaya koymak suretiyle, sviçre'nin kurumsal tahkim ve arabuluculuk konusundaki yakla ,m, ile uyu mazl,klar,n dostane yollarla çözümlü konusunda genel bir bak, aç,s, yaratmaya çal, aca ,z.

II. SV ÇRE HUKUKUNDA ALTERNAT F UYU MAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KAPSAMINDA TAHK M VE ARABULUCULUK

A. sviçre Hukukunda Tahkim

sviçre Hukukunda tahkime ili kin olarak öiç tahkimö ile ömilletleraras, tahkimö bak,m,ndan birbirinden farklı, kanunlarda düzenlemeler getirilmekte ve ikili (dual) bir sistem

⁹TANRIVER, s.151-177 vd.

¹⁰GREEN, s.238-277; EIHOLZER, s.15-29; SCALISE/ENGELS, s.60-79; I IK, s.62.

¹¹LACK, Switzerland, s.1.

¹²WIEBECKE, Martin, öSwitzerlandö in: Carter, James H. (Ed.), The International Arbitration Review, Seventh Edition, United Kingdom, Law Business Research Ltd., 2016, s.509; LACK, Switzerland, s.1; HOFBAUER, Simone, 'Chapter 1, Part I: History of Arbitration', in Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013), s.3. sviçre y,llardan beri hem kurumsal hem de Ad Hoc tahkim yarg,lamalar,na ev sahipli i yapmak üzere aralar,nda uyu mazl,k bulunan taraflarca s,kl,kla tercih edilmektedir (WIEBECKE, s.509; HOFBAUER, s.3). sviçre'de yayg,n olarak müracaat edilen ve alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemleri (öAlternatif Dispute Resolutionö) (ADR) ba l, , alt,nda ifade edilen ötahkimö, öarabuluculukö ve öuzla maö ekinde öne ç,kan üç tür uyu mazl,k çözüm yöntemi bulunmaktad,r. sviçre Hukukunda uyu mazl, a dü en taraflar,n müracaat edebilecekleri alternatif uyu mazl,k çözüm yollar, tahkim, uzla ma ve arabuluculuk ile s,n,rl, de ildir. sviçre Hukukunda da taraflarca alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,n,n dünya çap,nda bilinen bütün formlar,na müracaat edilmektedir (LACK, Jeremy, öThe New Swiss Rules of Commercial Mediation of the Swiss Chambers of Commerce and Industryö: Possible Links to Arbitration, s.106). Bkz.: https://www.swissarbitration.org/files/489/jl_2008_Swiss_Rules_Commercial_Mediation.pdf (Eri im Tarihi: 28.2.2019).

¹³WIEBECKE, s.500. Nitekim, 2017 y,l,na ili kin olarak Uluslararası, Ticaret Odas, (International Chamber of Commerce - ICC) taraf,ndan ortaya konulan ve 31 Temmuz 2018 tarihinde yay,nlanan istatistik raporuna göre, sviçre, milletleraras, tahkim alan,nda getirdi i kanuni düzenlemeler uyar,nca Paris'te yer alan ICC'nin öngördü ü kurallardan sonra hukuki düzenlemeleri en çok tercih edilen ikinci ülke olmu tur (WIEBECKE, s.508). Bu sebeple, ICC taraf,ndan ortaya konulan bu rapor, sviçre'nin milletleraras, tahkim konusundaki lider rolünü do rulamaktad,r. <http://www.mondaq.com/x/727778/Arbitration+Dispute+Resolution/ICC+statistical+report+Switzerland+and+Swiss+law+remain+preferred+choice>. (Eri im Tarihi: 29.3.2019).

söz konusu olmaktadır¹⁴. sviçre Hukukunda, tahkime ili kin kurallar,n ayr, ayr, kanunlarda düzenlendi i günümüz sisteminden önce gerek milletleraras, tahkim gerekse de milli tahkim bak,m,ndan tek bir kanun geçerli olmaktadır¹⁵. *Konkordat*¹⁶ (*Kantonlararas, Tahkim Anla mas,*) ekinde ifade edilen¹⁷ ve 27 Mart 1969 tarihinde kabul edilen¹⁸ bu kanun hem iç tahkimi hem de milletleraras, tahkimi bir arada düzenlemekteydi¹⁹.

sviçre Hukukunda, tahkime ili kin kurallara tek bir kanunda sistematik bir ekilde yer veren *Konkordat*²⁰ özellikle milletleraras, tahkim bak,m,ndan zaman içerisinde ihtiyaçlara cevap vermedi i gerekçesiyle yürürlükten kald,r,lm, t,r²¹. Tahkime ili kin olarak gerçekleştirilen reformlar,n neticesinde, sviçre Hukukunda milletleraras, tahkim bak,m,ndan ö sviçre Milletleraras, Özel Hukuka li kin Federal Kanun²² (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*) (SchwIPRG) ilgili hükümlerinin uygulanmas, söz konusu olmu tur. Milli tahkim bak,m,ndan ise, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlü e giren ö sviçre Federal Medeni Usul Kanunu²³ (*Schweizerische Zivilprozessordnung*) (SchwZPO) öngörülen düzenlemeler geçerli olmu tur²⁴.

sviçre Hukukunda gerçekleştirilen bu de i ikliklerin neticesinde milletleraras, tahkime ili kin olarak, 18 Aral,k 1987 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1989 tarihinde yürürlü e giren sviçre Milletleraras, Özel Hukuka li kin Federal Kanun²⁵ (SchwIPRG) 12. Bölümünde yer alan düzenlemeler uygulanmaktadır²⁵. Bu kapsamda, milletleraras, tahkim bak,m,ndan sviçre Milletleraras, Özel Hukuka li kin Kanun²⁶ 12. Bölümünün 176 ila 194^{ncü} maddeleri aras,nda öngörülen esaslar geçerli olmaktadır²⁶.

sviçre Hukukunda milli tahkim konusunda ise, 19 Aral,k 2008 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2011^{de} yürürlü e giren²⁷ sviçre Federal Medeni Usul Kanunu²⁸ (SchwZPO) 3. Bölümünde yer alan kanuni düzenlemeler uygulanmaktadır²⁸. Bu kapsamda, sviçre Hukukunda, iç tahkime ili kin olarak, sviçre Federal Medeni Usul Kanunu²⁹ 3. Bölümünün 353 ilâ 399^{ncü} maddeleri aras,nda öngörülen kanuni düzenlemeler uygulanmaktadır²⁹.

sviçre Hukukunda tahkime ili kin olarak getirilen kurallar sadece sviçre Milletleraras, Özel Hukuka li kin Kanun³⁰ (SchwIPRG) 176-194^{ncü} maddeleri ile sviçre Federal Medeni Usul Kanunu³⁰ (SchwZPO) 353-399 hükümleri aras,nda yer alan kanuni düzenlemeler ile s,n,rl, de ildir³⁰. sviçre^{de} pek çok kurumsal tahkim merkezinin öngördü ü tahkime ili kin

¹⁴WIEBECKE, s.500; JERMINI, Cesare/BERNARDONI, Nicola, öChapter 1, Part II: Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedure, in Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013), s.17.

¹⁵BLESSING, Marc, öThe New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism, Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 1988, 5(2), s.12.

¹⁶The Concordat- *the Swiss Intercantonal Arbitration Convention*.

¹⁷BLESSING, Switzerland, s.12; BRINER, Report, s.1; BRINER, Switzerland, s.181; PATOCCHI, s.3; HABSCHEID, s.766; RUEDE Thomas/HADENFELDT, Reimer, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, s.6; HOCHSTRASSER, Daniel/FUCHS, Simone, Basler Kommentar, in: Honsell, Heinrich; Vogt, Nedim Peter (Hrsg.), Schnyder, Anton K.; Berti, Stephan V.: Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013, N. 151a, s.1664; PFISTERER, Stefanie, in: Berner Kommentar, Stacher, Marco (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III Art. 353-399 ZPO, Art. 407 ZPO, Bern, Switzerland, Stämpfli Verlag AG, 2014, Art. 353, s.1; JERMINI/BERNARDONI, s.17.

¹⁸BRINER, Report, s.1; HAAS, Ulrich, öDie (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit, ASA Bulletin, (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2012, 30(2), s.312; JERMINI/BERNARDONI, s.17.

¹⁹HAAS, s.312. sviçre Hukukunda Konkordat, ayn, zamanda kurumsal tahkime ili kin hükümler de getirmektedir.

²⁰SR. 279.

²¹BLESSING, Switzerland, s.12.

²²SR. 291.

²³SR. 272.

²⁴HOFBAUER, s.7; WIEBECKE, s.500; JERMINI/BERNARDONI, s.17.

²⁵BLESSING, Switzerland, s.13; WIEBECKE, s.500; HABSCHEID, s.766; RUEDE/HADENFELDT, s.10; JERMINI/BERNARDONI, s.17; BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 154, s.1664. Bkz.: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html> (Eri im Tarihi: 16.03.2019).

²⁶BRINER, Report, s.2; WIEBECKE, s.500; HABSCHEID, s.766; RUEDE/HADENFELDT, s.10 vd; BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 155, s.1665; JERMINI/BERNARDONI, s.17.

²⁷HABEGGER, s.270; PATOCCHI, s.3.

²⁸HOFBAUER, s.5-6; WIEBECKE, s.500; JERMINI/BERNARDONI, s.17; BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 156, s.1665. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html> (Eri im Tarihi: 16.03.2019).

²⁹HOFBAUER, s.5-6; WIEBECKE, s.500; BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 157, s.1665; JERMINI/BERNARDONI, s.17.

³⁰BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, s.1680 vd.; JERMINI/BERNARDONI, s.17.

düzenlemeler de mevcuttur³¹. sviçreöde söz konusu olan kurumsal tahkim merkezleri ve bunlar, öngördü ü kurumsal tahkim kurallar, da sviçre Hukukunda tahkime ili kin olarak uygulamalar, tarafından müracaat edilen düzenlemeler arasında yer almaktadır³². Nitekim, Zürich Ticaret Odası, (*Zürich Chamber of Commerce*); Ceneva Ticaret ve Sanayi Odası, (*Geneva Chamber of Commerce, Industry and Services*); Basel Ticaret Odası, (*The Basel Chamber of Commerce*); sviçre Ticaret Odaları Birliği (*The Union of Swiss Chamber of Commerce*); sviçre Tahkim Derneği (*The Swiss Arbitration Association öASAö*); sviçre Odaları, Tahkim Kurumu (*Swiss Chambersö Arbitration Institution öSCAIö*); Spor Tahkim Mahkemesi (*Court of Arbitration for Sport öCASö*); Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı, Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (*The World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center*) í vb. kurumlar sviçreöde tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde faaliyet gösteren kurumsal tahkim merkezlerinden bazılarıdır³³.

sviçreöde kurumsal tahkim merkezlerinde öngörülen kurallar aracılığıyla uyuşmazlıkların çözümlenmesi taraflar açısından birtakım avantajlar sağlamaktadır³⁴. Bu sebeple, sviçre Hukukunda bahsi geçen kurumsal tahkim merkezlerinin öngördü ü kurallar, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünü bakımından yaygın bir şekilde müracaat ettikleri düzenlemelerdir.

B. sviçre Hukukunda Arabuluculuk

sviçre Hukukunda arabuluculuk modern haliyle ilk olarak 1980lerde sviçrenin Fransızca konu ulan bölümünde, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Kanada Quebecödeki gelişimin etkisiyle ortaya çıkmıştır³⁵. sviçre Hukukunda arabuluculuk öncelikle aile hukukuna ili kin ihtilaflar bakımından uygulanmıştır³⁶. Bu gelişim medenî hukukun sonradan, sviçrenin genelinde hızla yaygınlaşmıştır³⁷.

sviçre, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünü için çok ya da iki taraflı anlaşmalar ile belirli durumlarda arabuluculuğa müracaat edilmesini teşvik eden anlaşmalar haricinde arabuluculuk konusunda herhangi bir sözleşmeye imza atılmamıştır³⁸. Diğer taraftan, son zamanlarda sviçreli kanun koyucu, ilk kez federal düzeyde tanıtılmış³⁹ arabuluculuğu tanıtmak ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada ve Avrupa Birliğiyle (AB) uyumlaştırmak amacıyla 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren sviçre Federal Medenî Usul Kanunu'nda (SchwZPO) çeşitli düzenlemeler getirmiştir⁴⁰. Bununla birlikte, sviçre Hukukunda

³¹Kurumsal tahkim için bkz.: BLESSING, Marc, öThe Law Applicable to the Arbitration Clauseö, in Albert Jan van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, 9 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999), s.170; BRINER, Report, s.4; WIEBECKE, s.503 vd.

³²BRINER, Report, s.4. sviçre Hukukunda tahkim bakımından kurumsal tahkime ili kin düzenlemeler de bu sebeple önemli olmaktadır (BLESSING, *Arbitration*, s.170).

³³BRINER, Report, s.4; BRINER, *Switzerland*, s.183; HOFBAUER, s.5-7; PATOCCHI, Paolo Michele, öNational Report for Switzerland (2017)ö, in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1984, Supplement No. 95, July 2017), s.10-13.

³⁴BORN, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, First Edition, Kluwer Law International (Wolters Kluwer Law & Business), 2012, s.28; BANTEKAS, İliş, *An Introduction to International Arbitration*, First Published, United States of America, Cambridge University Press, 2015, s.25.

³⁵BSK-SchwZPO, GELZER/RUGGLE, Art. 213-218, N. 5, s.1148. Bununla birlikte, sviçre, arabuluculuk ve uzlaşma bakımından geçmişi oldukça eskiye dayanan bir yapıya sahiptir (BAIZEAU, Domitille/KUNZ, A. Catherine: öSwitzerlandö, in: *Mediation in 16 Jurisdictions Worldwide*, Contributing Editor: Renate Dendorfer-Ditges, Published by Getting the Deal Through, 2013, (s.93-99), s.95; BSK-SchwZPO, GELZER/RUGGLE, Art. 213-218, N. 5, s.1148; MEIER, İsaak, öMediation and Conciliation in Switzerlandö, s.1-19. Bkz.: https://www.uzh.ch/175jahre/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_eng.pdf, s.4. (Erişim Tarihi: 16.03.2019).

³⁶BSK-SchwZPO, GELZER/RUGGLE, Art. 213-218, N. 5, s.1148; BAIZEAU/KUNZ, s.95; MEIER, s.6,11.

³⁷BAIZEAU/KUNZ, s.95.

³⁸BAIZEAU/KUNZ, s.93. Bu arada, sviçre, Avrupa Birliği (AB) üyesi bir devlet olmadıkça, için ticari konular ile özel hukuka ili kin ihtilaflar hakkında, 2008/52/EC sayılı Direktifin de dorudan uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır. (BAIZEAU/KUNZ, s.93).

³⁹MEIER, s.15; BAIZEAU/KUNZ, s.93. 2005 yılına, medenî hukuka ili kin konularda arabuluculuk konusundaki yasal düzenlemeler ilk kez Cenevrede kanton seviyesinde yürürlüğe girmiştir. Arabuluculuk, kısaca bir süre sonra federal düzeyde, federal idari idare ve genç ceza hukuku ile ilgili olarak federal düzeyde tanıtılmıştır. Arabuluculuk aynı zamanda birkaç kantonun (medenî ve ceza) usul kodlarına girmiştir (BAIZEAU/KUNZ, s.95).

⁴⁰MEIER, s.15; BAIZEAU/KUNZ, s.93. Nitekim, 1.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren sviçre Federal Medenî Usul Kanunu (SchwZPO)nda arabuluculuğu aile kin olarak getirilen düzenlemelerin önemli özellikleri, 2008/52/EC sayılı Direktiften aktarılmıştır (BAIZEAU/KUNZ, s.93).

arabuluculuk konusunda sviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda öngörülen düzenlemelerden ba ka federe devletler seviyesinde kabul edilen ayr, bir arabuluculuk kanunu mevcut de ildir⁴¹.

sviçre Hukukunda, özel hukuktan kaynaklanan ihtilaflar bak,m,ndan yerel (iç) arabuluculuk konusundaki temel düzenleme, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlü e giren sviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda (SchwZPO) yer alan hükümlerdir⁴². sviçre iç hukuk sisteminde, çe itli düzenlemeler getiren sviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda kanun koyucu, *özla maö* ile *öarabuluculukö* aras,nda bir ayr,m yapmaktadır⁴³. sviçre Hukukunda *özla maö* SchwZPO Art. 197-212 hükümlerinde; *öarabuluculukö* ise, SchwZPO Art. 213-218 düzenlemelerinde ayr, ayr, esaslara ba lanmaktadır⁴⁴. Bununla birlikte, sviçre Hukukunda, milletleraras, uyu mazl,klar bak,m,ndan arabuluculu u hükme ba layan herhangi bir ayr, kanuni düzenleme bulunmamaktadır⁴⁵.

sviçre Hukukunda uzla ma zorunludur⁴⁶. Di er taraftan, arabuluculuk özünde gönüllü ün esas oldu u bir süreçtir⁴⁷. Bu sebeple, sviçre Hukukunda arabuluculuk ihtiyaridir ve arabuluculu a müracaat etme konusunda herhangi bir zorunluluk bulunmamaktadır⁴⁸.

sviçre'de arabuluculuk en çok aile hukukuna ili kin uyu mazl,klarda uygulanmaktadır⁴⁹. Bununla birlikte, arabuluculuk ayn, zamanda, i hukuku anla mazl,klar,na, ticari ihtilaflara veya idari makamlar aras,ndaki anla mazl,klara kadar çe itli alanlarda da uygulama alan, bulmaktadır⁵⁰.

sviçre'de çe itli tahkim merkezleri, dernekler ve birlikler nezdinde kurumsal arabuluculuk faaliyetleri de yürütülmektedir⁵¹. Buna göre, kurumsal arabuluculuk hizmeti sunan ve öne ç,kan kurumlar unlard,r: sviçre Ticari Arabuluculuk Odas, (*Swiss Chamber for Commercial Mediation öSCCMö*); sviçre Odalar, Tahkim Kurumu (*Swiss Chambersö Arbitration Institution öSCAIö*); sviçre Arabuluculuk Dernekleri Federasyonu (*Federation of the Swiss Mediation Association öFSMö*); sviçre Avukatlar Birli i (*Swiss Lawyers Association öSLAö*) ve WIPO⁵² ile CAS⁵³ arabuluculuk merkezleri⁵⁴ gibi.

2007 y,l,nda, sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar,, 2006'da gözden geçirilmi sviçre Tahkim Kurallar,n,n kabul edilmesinden k,sa bir süre sonra, arabuluculu u tahkim ile uyumlu bir ekilde uygulamay, te vik etmek amac,yla sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n, yay,nlam, t,r⁵⁵. sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, (2007), 01.07.2019 tarihinde yerini sviçre Arabuluculuk Kurallar,na (2019) [*Swiss Rules of Mediation (2019)*] b,rakacaktır⁵⁶. Böylelikle, sviçre Arabuluculuk Kurallar,, sviçre Odalar, Tahkim Kurumu nezdinde uygulanan kurumsal arabuluculuk düzenlemeleri olacaktır⁵⁷.

⁴¹TA POLAT-TU SAVUL, s.39, 62. Bununla birlikte, sviçre Hukukunda, arabuluculukla ilgili olarak çe itli kanunlarda düzenlemeler söz konusudur. Nitekim, sviçre Hukukunda, dari Yarg,lama Usulü Kanunu'nda de i iklik yap,lmas,na dair 17 Haziran 2005 tarihli Kanun m. 33b hükmü ile Gençlik Ceza Hukuku m. 21/3 düzenlemesinde arabuluculukla ilgili çe itli kurallar yer almaktadır (TA POLAT-TU SAVUL, s.6. Ayr,ca bkz.: BSK-SchwZPO, GELZER/RUGGLE, Art. 213-218, N. 62 ff., s.1148 vd.).

⁴²BSK-SchwZPO, GELZER/RUGGLE, Art. 213-218, N. 5, s.1148 vd.; BAIZEAU/KUNZ, s.93; TA POLAT-TU SAVUL, s.63; PATOCCHI, s.94.

⁴³BAIZEAU/KUNZ, s.93. Nitekim, sviçre Hukukunda, uzla ma ve arabuluculuk bak,m,ndan ayr,m yap,lm, olmas, UNCITRAL Model Kanunu'ndan farklı,k arz etmektedir (BAIZEAU/KUNZ, s.93).

⁴⁴BAIZEAU/KUNZ, s.93; TA POLAT-TU SAVUL, s.63.

⁴⁵BAIZEAU/KUNZ, s.93. Di er taraftan, sviçre kanunlar,, uluslararası, çocuk kaç,rma ve yeti kinlerin korunmas,, federal makamlar, içeren belirli ihtilaflara ve bir ma durun bir çocuk suçluya kar , adli ikayetlerini yerine getirmeye ili kin arabuluculuk imkân, sa lamaktadır (BAIZEAU/KUNZ, s.93).

⁴⁶PATOCCHI, s.94.

⁴⁷Kar .: BULL, s.144.

⁴⁸PATOCCHI, s.94; BAIZEAU/KUNZ, s.93.

⁴⁹BSK-SchwZPO, GELZER/RUGGLE, Art. 213-218, N. 5, s.1148; BAIZEAU/KUNZ, s.95; MEIER, s.6, 11.

⁵⁰BAIZEAU/KUNZ, s.95-96.

⁵¹MEIER, s.11. (BAIZEAU/KUNZ, s.95).

⁵²www.wipo.int/amc

⁵³<https://www.tas-cas.org/en/index.html>

⁵⁴PATOCCHI, s.95; BAIZEAU/KUNZ, s.95; MEIER, s.11; LACK, Switzerland, s.2.

⁵⁵BAIZEAU/KUNZ, s.95.

⁵⁶Di er bir deyi le, sviçre Odalar, Tahkim Kurumu 2007 tarihinde kabul etti i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,nda de i ikli e gidilecektir. Bkz.:

https://www.swissarbitration.org/files/50/Mediation%20Rules/Mediation2019_English_web.pdf (Eri im Tarihi: 20.9.2019).

⁵⁷Di er taraftan, 1 Temmuz 2019'dan itibaren uygulamas,na son verilecek olan sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,, 30 Haziran 2019'da beklemede olan davalar için hala geçerli olacaktır. Çal, mam,zda, ele ald, ,m,z esnada uygulamac,lara hizmet eden ve 30 Haziran 2019'da beklemede olan davalar için de geçerlili i söz konusu olan 2007 tarihli sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, ele al,nacaktır.

III. SV ÇRE ODALARI TAHK M KURUMUNUN ÖNERD SV ÇRE T CAR ARABULUCULUK KURALLARI ÇERÇEVES NDE GERÇEKLE EN KURUMSAL ARABULUCULUK DÜZENLEMELER

A. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,na Genel Bak,

sviçre Hukukunda kurumsal tahkime ili kin olarak 2004 y,1,nda farkl, kantonlardan (*Basel, Bern, Genevre, Ticino, Waadt ve Zürich*) birkaç Ticaret ve Sanayi Odas, bir araya gelerek sviçre Odalar, Tahkim Kurumu⁵⁸ (*Swiss Chambersø Arbitration Institution* öSCAIö) bünyesinde sviçre Milletleraras, Tahkim Kurallar,n, kabul etmi lerdir⁵⁹. sviçre Milletleraras, Tahkim Kurallar, (sviçre Kurallar,) [*Swiss Rules of International Arbitration (SRIA) (Swiss Rules 2012)*]⁶⁰, 1 Haziran 2012 tarihinde sviçreöde yürürlü e girmi tir⁶¹. sviçre Hukukunda milletleraras, tahkim bak,m,ndan önem arz eden sviçre Odalar, Tahkim Kurumu⁶² öngördü ü gözden geçirilmi sviçre Milletleraras, Tahkim Kurallar, (2012), sviçre Hukukunda milletleraras, tahkim bak,m,ndan dikkate de er önemli bir düzenlemedir⁶³.

sviçre kurumsal tahkim odas,n,n öngördü ü ve uyu mazl,klar,n dostane yollarla çözümi alan,nda getirilen kurallar, kurumsal tahkim kurallar, ile s,n,rl, de ildir. sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n [(*Swiss Rules of Commercial Mediation*) (SRCM)] kabul edilerek kurumsal arabuluculuk bak,m,ndan çe itli esaslar,n öngörülmesi, sviçre⁶⁴ın dostane hizmetlerin sunumunda sahip oldu u ünü peki tirmektedir.

sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan sadece tahkime ili kin olarak sviçre Milletleraras, Tahkim Kurallar,n,n kabul edilmesiyle yetinilmemesi ve ayn, zamanda sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n da kabul edilmesi, tahkim ve arabuluculuk aras,ndaki ba lant,n,n kurulmas,n, temin etmektedir⁶⁴.

sviçre Odalar, Tahkim Kurumu (SCAI) taraf,ndan kabul edilen sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, (SRCM), 8 bölüm ve 31 maddeden olu maktad,r. sviçreöde kurumsal arabuluculu un bu ünlü örne inde uyu mazl,klar,n, arabuluculuk ile çözümlenmek isteyen taraflara modern düzenlemeler getirilmektedir. sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun kabul etti i sviçre Kurallar,, ICC kurallar,na benzer bir çerçeve benimsemektedir⁶⁵. Milletleraras, ticari uyu mazl,klar,n çözümünde sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,, birinci bölümde ö*Giri Kurallar*,ö ba l, , alt,nda arabuluculuk kurallar,n,n uygulama kapsam,n, (Art. 1 SRCM); arabuluculuk talebini (Art. 2-5 SRCM) ve arabuluculuk anla mas,n, (Art. 6 SRCM) hükme ba lamaktad,r. Devam eden bölümlerde (II-VII) ise s,ras,yla, arabulucu(lar,n) seçimini (Art. 7-11 SRCM); arabulucular,n nitelikleri ve rolünü (Art. 12-14 SRCM); arabuluculuk prosedürünün yürütülmesine ili kin usuli kurallar, (Art.15-19 SRCM), arabuluculu un sonland,r,mas,n, (Art. 20-21 SRCM) ve ö*arabuluculuk ile tahkimi*ö (*Arbitration-Mediation* ö*Arb-Med*ö) (Art. 23-25 SRCM) düzenlemektedir. Son olarak ise, arabuluculuk faaliyeti dolay,s,yla meydana gelebilecek olan masraflara ili kin hususlar, (Art. 26-31 SRCM) öngörmektedir⁶⁶.

⁵⁸Çal, mam,zda sviçreödeki birkaç kantonun (*Basel, Bern, Genevre, Ticino, Waadt ve Zürich*) Ticaret ve Sanayi Odas,n,n olu turdu u kurumsal tahkim merkezinin adland,r,ld, , ö*Swiss Chambersø Arbitration Institution*ö (SCAI) kurumunun Türkçe ismine kar ,l,k olarak ö *sviçre Odalar, Tahkim Kurumu*ö çevirisini kulland, ,m,z, belirtmek isteriz.

⁵⁹MEYER, Bernhard F./VOCK, Dominik, *in*: Torggler, Helwig; Mohs, Florian; Schäfer, Friederike; Wong, Venüs Valentina (Hrsg.): *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland ó Österreich ó Schweiz*, 2. Aufl., Nomos Verlag; Verlag Österreich GmbH, Schulthess, Wien, 2017, N. 438, s.136; WIEBECKE, Martin, ö*Switzerland* *in*: Carter, James H. (Ed.), *The International Arbitration Review*, Seventh Edition, United Kingdom, Law Business Research Ltd., 2016, s.503-504; HABEGGER, s.269; HOFBAUER, s.4; BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 255, s.1680; BK-PFISTERER, SchwZPO, Art. 353, s.13.

⁶⁰Bkz.: https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_turkish_2012.pdf

⁶¹WIEBECKE, s.503; HABEGGER, s.269; HOFBAUER, s.5; PATOCCHI, s.9; MEYER/VOCK, N. 439, s.137; BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 254, s.1680.

⁶²Bkz.: <https://www.swissarbitration.org/>

⁶³MEYER/VOCK, N. 438 ff., s.136; WIEBECKE, s.503 vd. sviçre Odalar, Tahkim Kurumu [*Swiss Chambersø Arbitration Institution (SCAI)*] ve sviçre Uluslararası, Tahkim Kurallar, (sviçre Kurallar,) [*Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules 2012)*] hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz.: MEYER/VOCK, N. 438-480, s.136-148.

⁶⁴LACK, Switzerland, s.1.

⁶⁵BULL, Cavinder, ö*Commencing Arbitration*ö, in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration: The Coming of a New Age? ICCA Congress Series, Volume 17* (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013), s.162.

⁶⁶https://www.swissarbitration.org/files/50/Mediation%20Rules/English%20mediation_20-06-

sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,, taraflara öde erlendirici arabuluculuk⁶⁷ ile ökolayla t,r,c, arabuluculuk⁶⁸ kullanarak, nitelikli ve tarafs,z bir yard,m sunmaktad,r. Ayr,ca, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,, taraflar, aralar,ndaki anla mazl,klar, dostane yollarla çözümlenmeleri konusunda te vik etmektedir.

sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,ncı yürütülen arabuluculuk faaliyeti ba ar,l, oldu u takdirde, arabuluculuk i lemleri dava açmaya k,yasla oldukça h,zl, ve ucuz gerçekleştirilmektedir⁶⁹. Taraflar,n aralar,ndaki uyu mazl, ,n çözümlü için meydana gelecek olan maliyetleri azaltmak amac,yla arabuluculuk hakk,ndaki kurallar tahkim ile birlikte de kullan,labilmektedir⁷⁰. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, ayn, zamanda, arabuluculu u tahkim ile birle tirmenin yollar,n, da önermektedir⁷¹. sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan önerilen sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,, alternatif uyu mazl,k çözümlü yollar,n,n bir veya birkaç,n,n bir araya getirilmesi suretiyle olu turulan karma yöntemlerden öArabuluculuk-Tahkimö (Mediation-Arbitration) (Med-Arb) eklindeki örne e⁷² de yer vermektedir⁷³.

B. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, Kapsam,nda Arabuluculuk Talebinde Bulunulmas,

sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,na göre arabuluculuk yoluna ba vurmak isteyen herhangi bir taraf, öncelikle (Kurallar EK Aöda listelenen) sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar,ndan birisine talepte bulunmal,d,r^{74,75}.

sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n uygulanmas,na ili kin talep birtak,m hususlar, içermelidir⁷⁶. sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,na müracaat edilmesine ili kin talep ve buna ekli belgeler taraf say,s, kadar kopya olarak haz,rlanmal,d,r. Ayr,ca, arabulucu ba ,na bir kopya ve Odalar⁷⁷ için de bir kopya talep ile birlikte müracaat edilen sviçre Odas,na sunulmal,d,r⁷⁸. Arabuluculuk talebinde bulunan taraf, arabuluculuk faaliyeti için uygun bir kay,t ücreti⁷⁹ ödemelidir⁸⁰.

Arabuluculuk talebi, mevcut herhangi bir arabuluculuk sözleşmesiyle birlikte Almanca, Frans,zca, talyanca veya ngilizce olarak gerçekleştirilebilir⁸¹. Taraflarca arabuluculuk talebi gerçekleştirilirken Almanca, Frans,zca, talyanca veya ngilizceöye çeviri yapılmad, , takdirde, sviçre Odalar,, talep eden tarafa veya taraflara bu dillerden herhangi birine çevirebilmeleri için uygun bir süre verecektir. Tercüme, söz konusu zaman dilimi içerisinde

[2016_webversion_englisch.pdf](#) (Eri im tarihi: 26.2.2018).

⁶⁷De erlendirici arabuluculuk hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz.: ÖZMUMCU, Seda, öArabulucunun Rolü Kolayla t,r,c, ve De erlendirici Arabuluculukö stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuas, (ÜHFM), 73(1), 2013, s.1375 vd.

⁶⁸Kolayla t,r,c, arabuluculuk hakk,nda bkz.: ÖZMUMCU, s.1372 vd.; KEKEÇ, s.238-240.

⁶⁹sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n (SRCM) sekizinci bölümünde ayr,nt,l, bir ekilde ifade edilen ücretler hakk,ndaki düzenlemeler, sviçre Hukukunda kurumsal arabuluculu a müracaat edilmesinin devlet mahkemelerinde dava aç,lmaz,na k,yasla daha ucuz oldu unu ortaya koymaktad,r. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,nda öngörülen ücretler hakk,nda bkz.: Art. 26-31 SRCM. Ayr,ca bkz.: a a. III, G.

⁷⁰Tahkimin di er alternatif uyu mazl,k çözümlü yollar, ile birle tirilmesi hakk,nda bkz.: HOUZHI, Tang, öIs There an Expanding Culture that Favors Combining Arbitration with Conciliation or Other ADR Procedures?ö, in Albert Jan van den Berg (ed), International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series, Volume 8 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1998), s.101ö120.

⁷¹Bkz.: Swiss Rules of Commercial Mediation (SRCM): öVI. Mediation and Arbitrationö Article 23-24.

⁷²BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 329 s.1697.

⁷³Med-Arb. hakk,nda bkz.: GOSS, s.16; GREEN, s.266-268.

⁷⁴BAIZEAU/KUNZ, s.96.

⁷⁵Art. 2 (1) SRCM.

⁷⁶BAIZEAU/KUNZ, s.96. Bu kapsamda, sviçre Odalar, Tahkim kurumunun önerdi i Ticari Arabuluculuk Kurallar,na ili kin talebin içerece i hususlar 2öncü maddenin 2öncü f,kras,nda ifade edilmektedir. Bkz.: Art. 2 SRCM.

⁷⁷Çal, mam,zda, öOdalarö ö sviçre Odalar,ö veya ö sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar,ö tabirlerini, ö sviçre Odalar, Tahkim Kurumuö eklinde ifade etti imiz kurumsal tahkim merkezinin yerine kullanm, bulunmaktay,z.

⁷⁸Art. 2 (3) SRCM.

⁷⁹Kay,t ücretinin miktar,n,n ne kadar olaca , sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, Ek Böde yer almaktad,r.

⁸⁰BAIZEAU/KUNZ, s.96. Nitekim, sviçre Arabuluculuk Kurallar,n,n 2öncü maddesinin 4öncü f,kras,na göre, kay,t ücretinin al,nmas,ndan sonra taraflarca gerçekleştirilecek olan talep Odalar taraf,ndan kaydedilecektir.

⁸¹Art. 2 (5) SRCM.

iletirse, arabuluculuk talebinin ilk versiyonunun sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan al,nd, , tarihte ba vurunun gerçekte tirilmi oldu u kabul edilecektir⁸² (Art. 2 (5) SRCM).

Taraf larca, bu kurallar,n uygulanmas,n,n kabul edildi i ve arabuluculuk talebinde bulunuldu u takdirde, sviçre Odalar,, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 3^{üncü} maddesinde öngörülen düzenlemelere göre hareket edecektir⁸³. Arabuluculuk talebinin bir tarafça sunulmas, durumunda, sviçre Odalar,, kay,t ücretinin al,nmas,ndan sonra, talebin bir kopyas,n, di er tarafa sunacak ve arabulucunun seçilmesi için taraflara 15 günlük bir süre verecektir⁸⁴.

C. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,nda Öngörülen Arabulucuya li kin Esaslar: Arabulucunun Say,s,, Nitelikleri ve Rolü ile Tayin Edilmesi

Taraflar aksini kabul etmedikçe veya sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar, aksini önermedikçe, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinde tek bir arabulucu tayin edilecektir⁸⁵. Bununla birlikte, taraflarca, arabulucu say,s,n,n birden fazla olmas, da kararla t,r,labilecektir. Arabulucu say,s,n,n birden fazla olmas,n,n talep edildi i durumlarda, arabulucular, taraflar,n ortak iradelerine göre seçilecektir⁸⁶.

Arabulucu yapt, , faaliyetin niteli i gere i, taraflardan ba ,ms,z ve tarafs,z olmal,d,r^{87,88}. sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan atanmas,ndan önce arabulucu taraflara kar , tarafs,zl, , veya ba ,ms,zl, , ile ilgili üphelere yol açabilecek herhangi bir durumun varl, ,n, bildirmekle mükelleftir⁸⁹.

sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,nca arabulucunun rolü, arabuluculuk faaliyetini gerçekte tirirken taraflara *öde erlendirici arabuluculukö ve ökolayla t,r,c, arabuluculukö* kullanarak nitelikli ve tarafs,z bir yard,m sa lamakt,r⁹⁰. Arabulucu, taraflara anla mazl,klar,n, kabul edilebilir ve tatmin edici bir ekilde çözmeleri konusunda yard,mc, olacakt,r⁹¹.

sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun bünyesinde yürütülen arabuluculuk faaliyeti kapsam,nda, uyu mazl, ,n çözümünde taraflara yard,m edecek olan arabulucu, bizzat taraflarca tayin edilebilecektir. Arabulucunun taraflarca belirlenmesini düzenleyen m. 8 hükmünde ifade edildi i üzere, sviçre Odalar, Tahkim Kurumuna arabuluculuk talebi iletildi inde taraflar ortak bir ekilde arabulucuyu tayin edebileceklerdir⁹². Bununla birlikte, taraflarca tayin edilen arabulucunun sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan teyit edilmemesi veya görevlendirmesinin reddedilmesi durumunda, sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar,, taraflara yeni bir arabulucunun ortak bir ekilde tayin edilebilmesi için 15 günlük bir süre verecektir⁹³ (Art. 8

⁸² sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, arabuluculuk talebinin Almanca, talyanca, Frans,zca ve ngilizce yap,labilece ini belirtmekle birlikte, m. 2 (5)de getirdi i düzenlemeye göre, taraflarca arabuluculuk talebine eklenecek di er belgeler ile eklerin orijinal dillerinde sunulabilmesi mümkündür.

⁸³ Arabuluculuk talebinin bir tarafça sunulmas, durumunda, Odalar, kay,t ücretinin al,nmas,ndan sonra, talebin di er tarafa veya taraflarca bir kopyas,n, sunacak ve arabulucunun ortak tayini için 15 günlük bir süre tayin edecektir (Art. 3 (2) SRCM). Oda taraf,ndan olumlu bir cevap al,nmazsa veya taraflar arabulucuyu mü tereken belirleyemezlerse, Odalar arabulucuyu tayin edecektir (Art. 3 (4) SRCM)

⁸⁴ Art. 3 (2) SRCM.

⁸⁵ Art. 7 (1) SRCM. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,na göre arabuluculuk yapmay, kabul eden herkes, bu Kurallara eklenmi Arabulucular için Avrupa Davran, Kurallar,na uymay, yaz,l, olarak taahhüt edecektir (Art. 13 SRCM).

⁸⁶ Di er taraftan, birden fazla arabulucunun seçildi i durumlarda, arabulucular,n pe pe e seçildi i yerlerde, di er arabulucular,n seçilmesi için ilk arabulucuya dan, ,lacakt,r (Art. 7 (1) SRCM)

⁸⁷ Art. 12 (1) SRCM.

⁸⁸ MEIER, s. 13. Arabulucunun tarafs,zl, , hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz.: ÖZBEK, s. 498-500; KEKEÇ, s. 61 vd.

⁸⁹ Art. 12 (2) SRCM.

⁹⁰ Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti s,ras,ndaki rolü ile *öde erlendirici arabuluculukö ve ökolayla t,r,c, arabuluculukö* hakk,ndaki aç,klamalar için bkz.: ÖZMUMCU, s.1369-1389.

⁹¹ Art. 14 (1) SRCM. sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun bünyesinde gerçekte tirilecek olan arabuluculuk faaliyetinde arabulucu ve taraflar adalet ve sayg,yla yönlendirilecektir (Art. 14 (2) SRCM).

⁹² sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun öngördü ü sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,nca arabulucunun de i tirilebilme imkân, da öngörölmü tür. Nitekim bu hususun ifade edildi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n, 10^{üncü} maddesine göre, arabulucu art,k görevlerini yerine getirebilecek durumda de ilse veya art,k taraflarca kabul edilmiyorsa, Odalar, ortaklar,n talebi üzerine, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun öngördü ü sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 8. maddesinde belirtilen ekilde devam edecektir (Art. 10 SRCM).

⁹³ Taraflar,n arabuluculuk talebinde arabulucuyu ortakla a görevlendirmemi olmalar, veya Odalar taraf,ndan belirlenen süre içinde bir arabulucunun ortakla a bir ekilde seçilmemesi durumunda, anla mazl, ,n niteli ini ve di er hususlar, dikkate ald,ktan sonra Odalar, en az üç arabulucu ad,n,n bulundu u bir listeyi taraflara sunacakt,r

(1) SRCM). Belirlenen süre içerisinde taraflarca bir anlaşma yapılmadıkça, takdirde svîçre Odalar, arabulucuyu önerilen isimler arasından atayacaktır.⁹⁴

Bir veya birden fazla arabulucunun söz konusu olması, durumda arabulucunun veya arabulucuların, taraflarca ortak bir şekilde tayin edilmesi üzerine, svîçre Ticaret ve Sanayi Odalar, tarafından onaylanması, gerekecektir.⁹⁵

D. svîçre Ticari Arabuluculuk Kurallarına Göre Gerçekle tirilecek Olan Arabuluculuk Faaliyeti

1. svîçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,nda Öngörülen Arabuluculuk Faaliyetinin Genel Özellikleri

Uyuzmaz,ın çözümlenmesinde taraflara yardımcı olmakla görevlendirilen arabulucu, arabuluculuk faaliyetlerine başlamaya üzere, taraflar, derhal ortak bir oturuma davet edecektir.^{96,97} Bu sebeple arabulucu, arabuluculuk faaliyetini gerçekle tirebilmek için toplantı düzenleyerek bir gün tayin edecektir.⁹⁸ Taraflarca aksi kararlarla tırılmadıkça, arabuluculuk faaliyetinin gerçekle tirileceği yer, barunun yapıldığı, svîçre Ticaret ve Sanayi Odaları,nda bulunmuş yer olacaktır.⁹⁹

Arabuluculuk faaliyeti her zaman gizlilik (*Confidentiality*) esasına göre gerçekle tirilecektir.¹⁰⁰ Arabuluculuk faaliyeti bakımından söz konusu olan gizlilik ilkesi gereğince, arabuluculuk faaliyeti esnasında gerçekle tirilen herhangi bir teklif veya beyan tarafların tümünün onayını içeren yazılı bir anlaşma olmadıkça sonradan açılacak olan dava veya tahkim yargılamasında kullanılamayacaktır.^{101,102}

svîçre Odalar, Tahkim Kurumuna müracaat ederek svîçre Ticari Arabuluculuk Kuralları, uyarınca aralarındaki uyuzmaz,ın çözümlenmesinde anılan taraflar, gerçekle tirilecek olan arabuluculuk faaliyetine bizzat katılmak zorunda değildirler. svîçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdiği svîçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,nın 19. maddesinde temsilcileri esaslar getirilmektedir. Buna göre, taraflar, arabuluculuk faaliyetinin gerçekle tirilmesi için bütün oturumlara isimleri ve adresleri arabulucuya, diğer taraflara ve Odalara yazarak, olarak iletilecek olan ve usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş temsilciler aracılığıyla katılabileceklerdir. Arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflara, seçtikleri bir avukat da yardımcı olabilecektir.¹⁰³

2. svîçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,nda Öngörülen Arabuluculuk Faaliyetinin Süreci

Arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde gerçekle tirileceği, svîçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,nın 15. maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti, tarafların aralarındaki kararla tırılmaları, şekilde cereyan edecektir.¹⁰⁴ Görüldüğü üzere, svîçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdiği svîçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi konusunda taraflara tam bir serbesti tanıtmaktadır. Taraflarca, bu tür bir anlaşma yapılmaması, durumunda arabulucu, tarafların aralarındaki ihtilafın özellikleri ile konuşmaları, taraflarca ifade edilen istekleri ve anlaşmazlığın bir an önce çözümlenmesine ilişkin

(Art. 8 (2) SRCM). Taraflar, listedeki arabulucuların arasından uyuzmaz,ın çözümlenmesinde taraflara yardımcı olacak olan arabulucuyu tayin etmek üzere Odalar tarafından belirlenen kısımlı bir süre içinde davet edilecektir.

⁹⁴Art. 8 (2) SRCM. Odaların randevu bildirimini alınması,ndan itibaren beş gün içinde, bir taraf Odaların uygun gördüğü arabulucuya ilişkin olarak gerekçesini yazarak, olarak belirterek karar, çözümlenmesinde, takdirde, derhal barınca arabulucu atanabilecektir (Art. 8 (3) SRCM).

⁹⁵Art. 9 (1) SRCM.

⁹⁶SCALISE/ENGELS, s.67.

⁹⁷Art. 11 SRCM.

⁹⁸SCALISE/ENGELS, s.67. Anlaşmazlık çözümlenmesinde, taraflar, bir araya getirilerek aralarındaki ihtilafı çözümlenmesinde kavu turmak çözümlenmesinde zor olacaktır (GREEN, Eric D., öCorporate Alternative Dispute Resolution, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol.1, Issue 2 (1986), s.272.

⁹⁹Art. 16 SRCM. Arabuluculuk yeri, arabuluculuk barının yapıldığı, svîçre Ticaret ve Sanayi Odaları,nda bulunmuş yer olmakla birlikte, svîçre Odalar, Tahkim Kurumunun öngördüğü Arabuluculuk Kuralları,nın 16. maddesine göre, arabuluculuk toplantıları, barınca bir yerde de gerçekle tirilebilecektir.

¹⁰⁰MEIER, s.13; BAIZEAU/KUNZ, s.94; LACK, Swiss Rules, s.120. Nitekim, svîçre Federal Medeni Usul Kanununa göre, gerçekle tirilecek olan arabuluculuk faaliyeti gizlidir ve mahkeme işlemlerinden barınca, Bu sebepledir ki, taraflarca arabuluculuk esnasında yapılmış hiçbir açıklama müteakip mahkeme işlemlerinde açıklanamaz (BAIZEAU/KUNZ, s.94). Gizlilik (*Confidentiality*) hakkında bkz.: LEE, Jaime Alison/GIESLER, Carl, öConfidentiality in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, Vol.3: 285, Spring 1998, s.285-297; ÖZBEK, s.503 vd.; KEKEÇ, s.77 vd.; GOSS, s.6; PETILLON, s.937.

¹⁰¹BAIZEAU/KUNZ, s.94; MEIER, s.13; LACK, Swiss Rules, s.120, dn.35.

¹⁰²Art. 18 (1) SRCM.

¹⁰³Art. 19 SRCM.

¹⁰⁴LACK, Swiss Rules, s.120.

gerekli i dikkate alarak arabuluculuk faaliyeti hakk,ndaki i lemleri uygun gördü ü bir biçimde yürütecektir¹⁰⁵.

Arabuluculuk faaliyetine hâkim olan ilkelerden biri olan gizlilik ilkesi¹⁰⁶ gere ince arabulucu, aralar,nda uyu mazl,k bulunan taraflardan her birini ayr, ayr, dinleyebilecektir¹⁰⁷. Bu durumda, ayr, oturumlarda arabulucuya iletilen bilgiler arabulucunun s,r saklama yükümlülü ü¹⁰⁸ kapsam,nda gizli tutulacaktır¹⁰⁹. Böylelikle, arabulucuya aktar,lan bilgiler önceden izin al,nmaks,z,n di er tarafa aç,klanamayacaktır¹¹⁰.

Arabuluculuk faaliyeti esnas,nda uzman tavsiyesi alman,n mümkün olup olmad, meselesi de önem arz etmektedir. Buna göre, arabulucu gerekli oldu u takdirde, taraflar,n anla maya varmas, ve masraflar, üstlenmesi art,yla, uyu mazl, ,n teknik yönleri hakk,nda uzman tavsiyesi alabilecektir¹¹¹. Nitekim, bu husus sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, m. 15 (4)øte aç,kça ifade edilmektedir.

Arabulucu, ortaya konulan çabalar,n, taraflar,n aralar,ndaki uyu mazl, ,n çözümüne herhangi bir katk, sa lamad, , kanaatine var,rsa, arabuluculuk faaliyetine son verilmesi yönünde bir karar alabilecektir¹¹². Arabulucu, böyle bir durumda, taraflara di er uyu mazl,k çözüm yöntemleri ile kurum bünyesinde kabul edilen tahkim kurallar,na müracaat edilebilece ini ifade edebilecektir¹¹³.

3. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,na Göre Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi ve Sonraki lemler

sviçre Odalar, Tahkim Kurumu bünyesinde gerçekle tirilecek olan arabuluculuk faaliyetinin hangi hallerde sona erece i, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 20ønci maddesinde aç,kça düzenlenmektedir. Buna göre, ða) *Arabuluculuk sözleşme sine son veren bir uzla ma anla mas,n,n aralar,nda uyu mazl,k bulunan bütün taraflarca imzalanm, olmas,;* b) *Bir taraf veya taraflarca arabulucuya ve arabuluculu a son verme karar,n,n herhangi bir zaman diliminde sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar,na yaz,l, olarak bildirilmi olmas,;* c) *Taraflarca ve arabulucunun anla mazl, ,n çözümüne yönelik belirledi i herhangi bir sürenin sona ermi olmas,;*¹¹⁴; d) *Ekteki masraflar çizelgesine göre maliyetlerle avans,n taraflarca ödenmemi olmas,ö*¹¹⁵ hallerinden birinin gerçekle mesi durumunda sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 20ønci maddesi uyar,nca arabuluculuk faaliyeti sona erecektir. Görüldü ü üzere, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, kapsam,nda gerçekle tirilecek olan kurumsal arabuluculuk faaliyetinin hangi hallerde sona erece i, Kurallar,n 20ønci maddesinde tek tek say,lmak suretiyle düzenlenmi tir.

Arabuluculuk faaliyetinin en yayg,n ve do al sona erme ekli, taraflar,n aralar,ndaki ihtilaf,n çözümü konusunda bir anla maya varmalar,d,r¹¹⁶. Arabuluculuk faaliyetinin sona erme hallerinden biri olan ve 20ønci maddenin ða bendindeö öngörülen *ðArabuluculuk sözleşme sine son veren bir uzla ma anla mas,n,n aralar,nda uyu mazl,k bulunan tüm taraflarca imzalanm, olmas,ö* durumu hakk,nda Kurallar,n 21ønci maddesinde ayr,ca bir düzenleme daha

¹⁰⁵LACK, Swiss Rules, s.120. Taraflar,n aralar,nda yapt,klar, anla ma uyar,nca arabulucu, toplant,lar,n yerini, arabuluculuk dilini, varsa zaman çizelgesini, itirazlar,n yaz,l, olarak sunulmas,n, ve varsa belgeler ile di er ki ilerece it kat,l,m konusunda taraflarca arabuluculuk anla mas, imzalamalar,n, isteyebilecektir (Art. 15 (2) SRCM).

¹⁰⁶LACK, Swiss Rules, s.120; MEIER, s.13; BAIZEAU/KUNZ, s.94.

¹⁰⁷KEKEÇ, s.181.

¹⁰⁸Arabulucunun s,r saklama yükümlülü ü bulunmaktad,r (YAZICI TIKTIK, s.55 vd.).

¹⁰⁹MEIER, s.13; BAIZEAU/KUNZ, s.94; LACK, Swiss Rules, s.120, dn. 35; YAZICI TIKTIK s.55 vd.

¹¹⁰Art. 15 (3) SRCM.

¹¹¹LACK, Swiss Rules, s.120.

¹¹²Arabulucu, anla mazl, ,n çözümüne ili kin olarak müzakerelerin herhangi bir katk,s,n,n olmad, ,na kanaat getirdi i noktada taraflara di er uyu mazl,k çözüm araçlar,na müracaat edebileceklerini ifade ederek bu yönde bir öneride bulunabilecektir (LACK, Swiss Rules, s.120). Böyle bir durumda, arabulucu, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun öngördü ü sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 15ønci maddesinin 5ønci fıkras,nda ifade edilen u anla mazl,k çözüm araçlar,na müracaat edebileceklerini belirtebilecektir: ða) *anla mazl, ,n bir veya daha fazla özel konusunun uzman olarak belirlenmesi;* b) *son tekliflerin sunulmas,;* c) *tahkimö* (Art. 15 (5) SRCM). Ayr,ca bkz.: LACK, Swiss Rules, s.120.

¹¹³Art. 15 (5) SRCM.

¹¹⁴Taraflarca ve arabulucunun anla mazl, ,n çözümüne yönelik olarak belirledi i zaman,n sona ermesi arabuluculu u sona erdirecektir (Art. 20 SRCM). Bununla birlikte, tüm taraflar,n uyu mazl, ,n çözümü bak,m,ndan öngördükleri süreyi uzatmalar, söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda, arabuluculuk sözleşme sine sona ermeyecektir.

¹¹⁵Art. 20 (1) SRCM.

¹¹⁶SCALISE/ENGELS, s.68. Arabuluculuk faaliyeti ço unlukla taraflar,n anla malar, üzerine sona erecektir Nitekim, pek çok davada arabuluculuk taraflar,n anla malar,yla sona ermektedir (SCALISE/ENGELS, s.68).

getirilmektedir. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 21ñci maddesine göre, taraflar,n anla arak arabuluculuk faaliyetini sona erdirebilmeleri için yaz,l, olarak yap,lan arabuluculuk anla mas,n,n ilgili taraflarca imzalanmas, gerekmektedir. Bu sebeple, ilgili anla man,n taraflarca imzalanmas,na kadar taraflar,n aralar,ndaki anla mazl, ,n uzla mayla sona ermi say,lmayaca , hükme ba lanmaktadır¹¹⁷. Görüldü ü üzere, arabuluculuk faaliyetinin taraflarca uzla ma suretiyle sona erdirilebilmesi için *öyaz,l, olarak yap,lmaz,ö* ve *öyü mazl, ,n bütün taraflar,ncada imzalanm, olmas,ö* gerekmektedir¹¹⁸. Uzla ma anla mas,n,n bütün taraflarca imzalanmamas, durumunda, arabuluculuk faaliyetinin sona erdirildi inden söz edilemeyecektir.

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi üzerine arabulucu, derhal ilgili sviçre Ticaret ve Sanayi Odas,na arabuluculuk faaliyetinin sona erdi ini yaz,l, olarak bildirmelidir. Ayr,ca, bu yaz,l, bildirimde, e er taraflarca anla maya var,lm, sa *ötamamen miö* yoksa *ök,smen miö* bir anla ma yap,ld, ,n,n da belirtilmesi gerekmektedir¹¹⁹. Bunun üzerine, sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar,, arabuluculuk i lemlerinin sona erdi ini taraflara ve arabuluculara yaz,l, olarak aç,klayarak teyit edecektir¹²⁰.

sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 20ñci maddesinin 4ñmü f,kras,nda, arabulucuya arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi üzerine bir yükümlülük daha getirilmektedir. Buna göre, taraflar,n aralar,ndaki uyu mazl, ,n çözümlenmesi konusunda yard,mc, olan arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi üzerine, aradan 90 gün geçince elinde bulunan belgeleri imha etmekle mükelleftir¹²¹.

sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan önerilen sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,ncada arabuluculuk faaliyetine kat,lan arabulucunun sonradan ba ka bir yarg,lamada farklı bir s,fatla yer al,p alamayaca , meselesi de önem arz etmektedir. Kural olarak, taraflarca aksi aç,kça kararla t,r,lmad,kça, arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin nihayete ermesinden sonra ba lat,lan herhangi bir yarg,lamada *öhakemö, öyarg,çö, öuzmanö* veya *öbir taraf,n temsilcisiö* ya da *ödan, man,ö* olarak hareket edemeyecektir^{122,123}. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 22ñci maddesinde bu hususa ili kin bir düzenleme getirilerek¹²⁴ -*taraflarca aksi kararla t,r,lmad,kça-* arabulucunun de erlendirme rolü üstlenmesine engel olmak istenilmi tir¹²⁵. Bununla birlikte, taraflar, arabulucuyu herhangi bir tahkim yarg,lamas,nda *öhakemö, öyarg,çö* veya *öuzmanö* olarak belirlemeyi özellikle kabul ederlerse, ikinci yarg,lamada, arabuluculuk sürecinde edinilen bilgiler dikkate al,nabilecektir^{126,127}.

E. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,nda Öngörülen öArabuluculuk ve Tahkimö Düzenlemesi

Alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin bir veya birkaç,n,n¹²⁸ bir araya getirilmesi suretiyle *öMediation-Arbitration (Med-Arb)ö, öArbitration-Mediation (Arb-Med)ö, ök,sa duru maö (Mini Trial) í* vb. karma uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin¹²⁹ olu turulmas,

¹¹⁷Art. 21 (1) SRCM. Bununla birlikte, taraflarca yaz,l, olarak yap,lan ve ilgili taraflarca imzalanana kadar uzla ,lm, olmad, , hususunu öngören madde hükmünün aksinin yine taraflarca yaz,l, olarak kararla t,r,labilece i 21ñci maddede aç,kça ifade edilmektedir. Bkz.: Art. 21 (1) SRCM.

¹¹⁸Art. 21 SRCM.

¹¹⁹Art. 20 (2) SRCM.

¹²⁰Art. 20 (3) SRCM.

¹²¹Kar .: YAZICI TIKTIK, s.57 vd. Bununla birlikte, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun öngördü ü sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 22ñci maddesinde arabulucu, sonraki (prosedürlerde) yer alarak, görev üstlenebilecektir. Nitekim bu kapsamda, Kurallar,n 22ñci maddesi uyar,ncada, taraflar arabulucuyu, istisnai olarak bir tahkim yarg,lamas,nda hakem, yarg,ç veya uzman olarak belirlemeye karar verebileceklerdir. Ayr,nt,l, bilgi için bkz.: Art. 22 SRCM.

¹²²LACK, Swiss Rules, s.123; BAIZEAU/KUNZ, s.94.

¹²³Art. 22 (1) SRCM.

¹²⁴BAIZEAU/KUNZ, s.94; LACK, Swiss Rules, s.120.

¹²⁵LACK, Swiss Rules, s.123; BAIZEAU/KUNZ, s.94.

¹²⁶Art. 22 (2) SRCM.

¹²⁷Kar .: YAZICI TIKTIK, s.91-95.

¹²⁸Alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,n,n türlerinin neler oldu una ili kin olarak doktrinde ifade edilen en temel ayr,m; *ötahkimö* (Arbitration), *öarabuluculukö* (Mediation) ve *öuzla maö* (Conciliation) eklindedir (BERGER, N. 2-75, s.51; EIHOLZER, N. 53, s.16; GLASNER, s.726). Bununla birlikte, devlet yarg,s,na alternatif te kil eden alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin ba ka çe itleri de bulunmaktad,r. Nitekim, *ötarafs,z ön de erlendirmeö* (early neutral evaluation), *övak,alar,n saptanmas,ö* (fact finding), *öözel yarg,lamaö* (private judging or private tribunals), *ök,sa jüri duru mas,ö* (summary jury trial), *öombudsmanö, öuzla ma" (conciliation)ö í* gibi. Alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin türlerine ili kin ayr,nt,l, bilgi için bkz.: GREEN, s.238-277; EIHOLZER, s.15-29; SCALISE/ENGELS, s.60-79; I IK, s.62.

¹²⁹Alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin karma türleri için bkz.: GREEN, s.235-237.

mümkündür¹³⁰. sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan önerilen sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,nda alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,n,n bir veya birkaç,n,n bir araya getirilmesi suretiyle olu turulan karma yöntemlerin bir çe idi olan *öArabuluculuk-Tahkimö*¹³¹ ekindeki örne e yer verildi ini görmekteyiz¹³².

sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,nca arabuluculuk yöntemi ile uyu mazl, ,n, çözüme kavu turmay, istemekle birlikte ba ar,l, olamayan taraflar, *öArabuluculuk-Tahkimö (Mediation-Arbitration)* ekindeki karma alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemine müracaat ederek ayn, kurumun bünyesinde yer alan tahkime ili kin kurallara dayanarak uyu mazl, ,n, tahkim ile çözüme yoluna gidebilecektir. Zira, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i arabuluculuk hakk,ndaki kurallar tahkim ile birlikte de uygulanabilecektir¹³³. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, madde 23-24^{te} yer alan düzenlemelerde, arabuluculu u tahkim ile birle tirmenin yollar, aç,kça önerilmektedir¹³⁴. Buna ili kin olarak, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 23^{ncü} maddesinde *arabuluculuk-tahkim* düzenlemesi öngörölmekte ve arabuluculuk faaliyetinden sonra gerçekte tirilecek olan tahkim ba vurusuna ili kin aç,klamalar yer almaktadır¹³⁵.

Kanaatimizce, alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,na kurumsal merkezler arac,l, ,yla müracaat etmenin taraflar aç,s,ndan sa layaca , en büyük avantaj, kurum bünyesinde müracaat edilen alternatif uyu mazl,k çözüm yönteminin uyu mazl, ,n çözümünde fayda sa lamad, , noktada, de i tirilmesine imkân tan,nmas,n, olanakl, k,lan karma yöntemlere izin verilmesidir. Nitekim, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,nca arabuluculuk ile uyu mazl, ,n, çözümleyemeyen taraflar, *öArabuluculuk-Tahkimö (Mediation-Arbitration)* konusunda getirilen kurallara riayet ederek, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun öngördü ü Tahkim Kurallar, (*Swiss Rules 2012*) uyar,nca uyu mazl, ,n tahkim ile çözümlenmesini talep edebilecektir¹³⁶. Bu ise, taraflara zamandan oldu u kadar masraftan da tasarruf sa layacaktır¹³⁷.

F. Arabuluculuk Faaliyetinden Sorumsuzluk (Sorumluluk D, ,nda B,rakma)

Arabuluculuk faaliyetine kat,lan kimselerin, bu sebeple herhangi bir sorumluluklar,n,n do up do mayaca , meselesi önem arz etmektedir¹³⁸. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n 25^{nci} maddesinde *öSORUMLULUK D, ,nda B,RAKMAö* kenar ba l, , alt,nda, arabuluculuk faaliyetine kat,lan kimselerin bu faaliyetleri sebebiyle sorumluluklar,n,n ne ekilde olaca ,na ili kin bir düzenleme getirilmektedir. Bahsi geçen düzenleme uyar,nca, sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar,ndan veya çal, anlar,ndan, arabuluculardan veya görevlendirilen uzmanlardan hiçbiri, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,nca yürütölen arabuluculuk i lemleriyle ilgili herhangi bir eylemden (veya i lemden) dolay, *-söz konusu eylem (veya i lem) kasten ya da a ,r ihmal sonucu yap,lm, olmad,kça-* sorumlu tutulamayacaktır¹³⁹.

Bu kapsamda, anla mazl, ,n çözümlenmesinden veya arabuluculu un sona ermesinden sonra ne sviçre Ticaret ve Sanayi Odalar, ne de arabulucu(lar) veya atanm, uzmanlar kural olarak arabuluculukla ilgili herhangi bir konuda herhangi bir ki i veya mahkemeye aç,klama

¹³⁰BERGER, N. 2-75, s.51; I IK, s.63.

¹³¹Arabuluculuk-tahkim hakk,nda bkz.: GREEN, s.266; BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 329 vd., s. 1697 vd.; Özbek, s.335.

¹³²LACK, Swiss Rules, s.121; BAIZEAU/KUNZ, s.94; BSK IPRG- HOCHSTRASSER/FUCHS, N. 329 vd., s. 1697 vd. Kurumsal arabuluculuk faaliyetinin gerçekte tirildi i esnada kimi zaman arabuluculuk sürecinin ard,ndan söz konusu kurumun arabuluculuk kurallar,n,n uygulanmas, taraflarca kararla t,r,labilecektir (GREEN, s.266). Nitekim, alternatif uyu mazl,k türlerinden karma bir yöntem olan *öarabuluculuk-tahkimö (Mediation-Arbitration)* (Med-Arb), yoluna müracaat edilebiliyor olmas,n,n çe itli faydalar, mevcuttur. Ayr,nt,l, bilgi için bkz.: GREEN, s.266 vd.; GOSS, s.17-18.

¹³³BAIZEAU/KUNZ, s.94; LACK, Swiss Rules, s.121. Tahkimin di er alternatif uyu mazl,k çözüm yollar, ile birle tirilmesi hakk,nda bkz.: HOUZHI, s.107-109.

¹³⁴Bkz.: Swiss Rules of Commercial Mediation (SRCM): *öVI. Mediation and Arbitrationö* Article 23-24.

¹³⁵LACK, Swiss Rules, s.119; BAIZEAU/KUNZ, s.94. Ayr,ca bkz.: Art. 23 SRCM.

¹³⁶sviçre Uluslararası, Tahkim Kurallar, (sviçre Kurallar,.) [*Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules 2012)*] hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz.: MEYER/VOCK, N. 438, s.136; WIEBECKE, s.503-504; HABEGGER, s.269; HOFBAUER, s.4.

¹³⁷Nitekim, alternatif uyu mazl,k türlerinden karma bir yöntem olan *öarabuluculuk-tahkimö (Mediation-Arbitration)* (Med-Arb), yoluna müracaat edilebiliyor olmas,n,n çe itli faydalar, mevcuttur. Ayr,nt,l, bilgi için bkz.: GREEN, s.266 vd.; GOSS, s.17-18.

¹³⁸Arabulucunun sorumlulu u hakk,nda ayr,nt,l, bilgi için bkz.: KEKEÇ, s.209-214.

¹³⁹Göröldü ü üzere, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdi i sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,nda, arabulucunun sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu eylemin kasten ya da a ,r ihmal sonucu yap,lm, olmas, gerekmektedir (Art. 25 (1) SRCM).

yapma yükümlülüğü ü alt,nda bulunmayacaktır.¹⁴⁰ Ayr,ca, taraflardan herhangi biri, bu ki ilerden birini, arabuluculuktan kaynaklanan i lemlerle ilgili olarak sonradan tan,kl,k yapmaya zorlayamayacaktır.¹⁴¹ Di er bir deyi le, arabulucular, arabuluculuk faaliyeti esnas,nda edindikleri bilgiler hakk,nda medeni yarg, kapsam,nda yürütülen yarg,lamalarda tan,k olarak ifade vermeyi reddetme hakk,na sahip olacaktadırlar.¹⁴²

G. sviçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,nda Öngörülen Arabuluculuk Ücretleri

Arabuluculuk ücretleri, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun önerdiği sviçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,n,n sekizinci bölümünde yer alan 26-31. maddeleri arasında, aç,klanmaktadır.¹⁴³ sviçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,na göre, arabuluculuk ücretleri¹⁴⁴, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi s,ras,nda yürürlükte olan masraflar çizelgesine¹⁴⁵ göre belirlenecektir.¹⁴⁶ Taraflarca aksi kararla t,r,lmad,kça, tüm arabuluculuk maliyetleri taraflar arasında e it olarak payla t,r,lacaktır.¹⁴⁷ (Art. 27 SRCM). Arabuluculuk ücretlerinin ve masraflar,n,n ödenmesinden taraflar mü tereken ve müteselsilen sorumlu olacaktadırlar.¹⁴⁸ (Art. 27 (1) SRCM). Arabuluculuk faaliyeti sona erdiği inde, arabulucu, taraflara ve Odalara yapt,klar, masraflar ve ücret için bir fatura sunacaktır.¹⁴⁹

IV. SONUÇ

sviçre'nin tarafs,z bir devlet olan yap,s, dostane hizmetlerin sunumunda y,llardan beri aralar,nda uyu mazl,k bulunan taraflar için tercih edilme sebebi olmu tur. Yap,lan istatistiksel çal,malar göstermektedir ki, sviçre, öngördüğü hukuki düzenlemeler sebebiyle tahkim ve alternatif uyu mazl,k çözüm yollar, konular,nda taraflarca s,kl,kla tercih edilen ülkelerden birisidir. Tahkim bak,m,ndan oldukça popüler olan sviçre'de yürürlükte olan kanuni düzenlemeler uyar,nca, milletleraras, tahkim konusunda, sviçre Milletleraras, Özel Hukuka li kin Federal Kanununun (SchwIPRG) 12. Bölümünde yer alan hükümler (Art. 176-194) ile iç tahkim bak,m,ndan ise, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren sviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun (schwZPO) 3. Bölümünde yer alan düzenlemeler (Art. 353-399) uygulama alan, bulmaktadır. Tahkime ili kin olarak ayn, zamanda pek çok kurum nezdinde kurumsal tahkim kuralları, da kabul edilmekte ve ayn, zamanda kurumsal tahkim merkezlerinin varl, , uyu mazl,klar,n çözümünde sviçre'nin milletleraras, popüleritesini arttırmaktadır.

sviçre Hukukunda arabuluculuk konusunda ya anan gelişmeler daha yak,n bir zamana dayanmaktadır. sviçre Hukukunda arabuluculuk, sviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun 213-218. maddeleri arasındaki düzenlemeler uyar,nca cereyan etmektedir ve arabuluculuk zorunlu olmay,p ihtiyaridir. sviçre Hukukunda ayn, zamanda pek çok kurum, dernek ve birlik nezdinde kurumsal arabuluculuk kuralları, da uygulama alan, bulmaktadır. Bunlardan biri olarak, sviçre Odalar, Tahkim Kurumu kurumsal tahkime ili kin olarak getirdiği kurallara ek olarak arabuluculuk kuralları, da kabul etmektedir. sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan sviçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,n,n kabul edilerek kurumsal arabuluculuk bak,m,ndan birtak,m esaslar,n öngörülmesi sviçre'nin dostane hizmetlerin sunumunda sahip oldu u ünü peki tirmektedir. sviçre'de kurumsal arabuluculuğun bu ünlü örneğ,inde uyu mazl,klar,n, arabuluculuk ile çözümlenmek isteyen taraflara modern ve profesyonel düzenlemeler

¹⁴⁰BAIZEAU/KUNZ, s.94.

¹⁴¹Art. 25 (2) SRCM. Ayr,ca ayr,nt,l, aç,klamalar için bkz.: BAIZEAU/KUNZ, s.94.

¹⁴²BAIZEAU/KUNZ, s.93. Bununla birlikte, sviçre Odalar, Tahkim Kurumunun öngördüğü sviçre Ticari Arabuluculuk Kuralları, gibi kurumsal arabuluculuk faaliyetlerinde sviçre Hukukunda arabulucular, arabuluculuk faaliyeti esnas,nda edindikleri bilgiler hakk,nda cezai i lemlerde ifade verme yükümlülüğü ü alt,ndadır (BAIZEAU/KUNZ, s.94).

¹⁴³sviçre Ticari Arabuluculuk Kuralları,nda, sekizinci bölümde genel ba l,k olarak öVIII. Ücretlerö (Art. 26-31 SRCM) düzenlenmekte olup bahsi geçen ücretler ile bu ücretlerin hangi maddelerde öngörüldüğü ü u ekilde ifade edilebilecektir: *öücret oranları*,ö (Art. 26 SRCM), *ömaliyetlerin payla t,r,lması*,ö (Art. 27 SRCM), *ödalar,n ücretleri*ö (Art. 28 SRCM), *öarabulucunun ücretleri*ö (Art. 29 SRCM), *ömaliyetler için pe in ödeme*ö (Art. 30 SRCM) ve *ömaliyet beyanı*,ö (Art. 31 SRCM) hususlar,nda düzenlemeler getirilmektedir.

¹⁴⁴Arabuluculuk faaliyeti esnas,nda meydana gelen arabuluculuk ücretleri kapsam,nda yer alan Odalar,n ücretleri (Art. 28 SRCM) ile arabulucunun ücretleri (Art. 29 SRCM) hakk,ndaki düzenlemeler için bkz.: Art. 28 SRCM, Art. 29 SRCM.

¹⁴⁵Bkz.: sviçre Ticari Arabuluculuk Kuralları, Ek B.

¹⁴⁶Art. 26 SRCM.

¹⁴⁷Ayn, zamanda, arabuluculuk ücretlerinin pe in olarak ödenmesi arabulucu taraf,ndan talep edilebilecektir (Art. 30 SRCM).

¹⁴⁸Arabuluculuk ile ilgili olarak bir taraf,n yapt, , ki isel harcamalar (örne in, yasal ücretler, otel, seyahat vb.) bu tarafça kar ,lan,r ve arabuluculuk masrafları,na dahil de ildir (Art. 27 (1) SRCM).

¹⁴⁹Art. 31 SRCM.

getirilmektedir. sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, taraflara *öde erlendirici arabuluculuk*ö veya *ömenfaat odakl, arabuluculuk*ö kullanarak, nitelikli ve tarafs,z bir yard,m ile uyu mazl,klar,n dostane yollarla çözümlenmesi olana , sa lamaktad,r. Ayn, zamanda, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, arabuluculu u tahkim ile birle tirme imkân, da tan,maktad,r. sviçre Odalar, Tahkim Kurumu taraf,ndan taraflar,n aralar,ndaki uyu mazl,klar,n çözümlü bak,m,ndan yaln,zca tahkime ili kin düzenlemelerin kabul edilmesiyle yetinilmemesi ve ayr,ca sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,n,n da kabul edilmesi, tahkim ile arabuluculuk aras,ndaki ba lant,n,n kurulmas,n, temin etmektedir. Böylelikle, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,nca arabuluculuk yöntemi ile uyu mazl, ,n, çözüme kavu turmay, istemekle birlikte ba ar,l, olamayan taraflar, *öArabuluculuk-Tahkimö (Mediation-Arbitration)* ekindeki karma alternatif uyu mazl,k çözümlerine müracaat ederek ayn, kurumun bünyesinde yer alan tahkime ili kin kurallara dayanarak uyu mazl, ,n, tahkim ile çözümlerine yoluna gidebilecektir. Uyu mazl, ,n, arabuluculuk ile çözümlerine arzusunda olmakla birlikte olumlu bir sonuç alamam, olan taraflara, zamandan ve maliyetten tasarruf ederek tahkim yöntemi ile devam edebilme imkân, tan,yan sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar,, bu yönüyle *kanaatimizce* taraflara pratiklik ve kolayl,k sa lamaktad,r. Ayn, zamanda, genel olarak de erlendirildi inde, sviçre Ticari Arabuluculuk Kurallar, uyar,nca gerçekte tirilen arabuluculuk faaliyeti ba ar,l, oldu u takdirde, arabuluculuk i lemleri dava açmaya k,yasla oldukça h,zl, ve ucuz bir ekilde cereyan etmektedir.

Özetle, sviçre'de hukuk uyu mazl,klar,n,n tahkim, arabuluculuk ve di er alternatif uyu mazl,k çözümlerine yollar, ile çözümlenmesi konusunda getirilen kanuni düzenlemeler d, ,nda ayn, zamanda kurumsal merkezlerce de öngörülen kurallar,n var olmas, sviçre'nin uygulamalar, taraf,ndan tercih edilen popüler bir ülke olmas,n, peki tirmektedir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya, Milletleraras, Tahkim, Geni letilmi ve Güncelle tirilmi 4. Bas,.. stanbul, Vedat Kitapç, l, k, 2016.
- BAIZEAU, Domitille/KUNZ, A. Catherine, öSwitzerlandö, in: Mediation in 16 Jurisdictions Worldwide, Contributing Editor: Renate Dendorfer-Ditges, Published by Getting the Deal Through, 2013, s.93-99.
- BANTEKAS, Ilias, An Introduction to International Arbitration, First Published, United States of America, Cambridge University Press, 2015.
- BERGER, Klaus Peter, Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, Third Revised Edition, Volume II: Handbook, Kluwer Law International, Netherlands, 2015.
- BLESSING, Marc, öThe Law Applicable to the Arbitration Clauseö, in Albert Jan van den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, Vol.9 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999), s.168- 188. (An, l, : Arbitration).
- BLESSING, Marc, öThe New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalismö, Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1988, 5(2), s.9-82 (An, l, : Switzerland).
- BRINER, Robert, öNational Report ö Switzerlandö, in Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1989- Volume XIV, Yearbook Commercial Arbitration, Vol.14 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1989), s.1-44 (An, l, : Report).
- BRINER, Robert, öNational Report for Switzerland (1978- 1982-1984) [ARCHIVED]ö, in Pieter Sanders (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1978 - Volume III, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 3 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1978) s.181 ö 206 (An, l, : Switzerland).
- BORN, Gary, International Arbitration: Law and Practice, First Edition, Kluwer Law International (Wolters Kluwer Law & Business), 2012.
- BULL, Cavinder, öCommencing Arbitrationö, in Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration: The Coming of a New Age? ICCA Congress Series, Vol.17 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) s.135ö173.
- EIHOLZER, Heiner, Die Streitbeilegungsabrede, (Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation), Universitättverlag Freiburg Schweiz, 1998.
- GELZER, Philipp S./RUGGLE, Peter, Basler Kommentar; Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler, Karl; Tenchio Luca; Infanger, Dominik (Herausgeber), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, Basel, 2017.
- GLASNER, Kenneth, öContract Disputes and Alternative Disputes Resolution: Some Observationsö, Advocate (Vancouver Bar Association), 59(5) (September 2001), s.725-732.
- GONZALES, Alex, öAlternative Dispute Resolutionö, The Brief, Vol.32, Issue 2 (Winter 2003), (s.4-56).
- GOSS, Joanne, öAn Introduction to Alternative Dispute Resolutionö, Alberta Law Review, 34(1), (1995), s.1-33.
- GREEN, Eric D., öCorporate Alternative Dispute Resolutionö, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1(2), (1986), s.203-298.
- HAAS, Ulrich, öDie (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeitö, ASA Bulletin, (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2012, 30(2), s.312ö348.
- HABEGGER, Philipp A., öThe Revised Swiss Rules of International Arbitration: An Overview of the Major Changesö, ASA Bulletin, (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2012, 30(2), s.269ö311.
- HABSCHEID, Walter J., öDas neue schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrechtö, RIW, Heft 10, 34. Jahrgang, 1988, s.766-772.
- HOZHUI, Tang, öIs There an Expanding Culture that Favors Combining Arbitration with Conciliation or Other ADR Procedures?ö, in Albert Jan van den Berg (ed), International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series, Vol.8 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1998), s.101ö120.
- HOFBAUER, Simone, 'Chapter 1, Part I: History of Arbitration', in Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013), s.3-16.
- I IK, Serpil, öMediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: an Overviewö, Annales de la Faculté de Droit d'istanbul, 48(65), 2017, s.55-87.

- JERMINI, Cesare/BERNARDONI, Nicola, öChapter 1, Part II: Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedureö, in Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013), s.17623.
- KEKEÇ, Elif K., smet, Arabuluculuk Yoluyla Uyu mazl,k Çözümünde Temel A amalar ve Taktikler, 3. Bas., Adalet Yay,nevi, Ankara, 2016.
- LACK, Jeremy, Civil & Commercial Mediation in Switzerland, s.1-11 <https://www.swissarbitration.org/files/489/J%20%20Lack%20--%20Civil%20and%20Commercial%20Mediation%20in%20Switzerland.pdf> (Eri im Tarihi: 28.2.2019) (An,l, : Switzerland).
- LACK, Jeremy, öThe New Swiss Rules of Commercial Mediation of the Swiss Chambers of Commerce and Industryö: Possible Links to Arbitration, s.105-124. https://www.swissarbitration.org/files/489/jl_2008_Swiss_Rules_Commercial_Mediation.pdf. (An,l, : Swiss Rules).
- LEE, Jaime Alison/GIESLER, Carl, öConfidentiality in Mediationö, Harvard Negotiation Law Review, 3(285), Spring 1998, s.285-297.
- MEIER, Isaak, öMediation and Conciliation in Switzerlandö, (s.1-19). Çevrimiçi: https://www.uzh.ch/175jahre/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_eng.pdf.
- MEYER, Bernhard F./VOCK, Dominik, in: Torggler, Helwig; Mohs, Florian; Schäfer, Friederike; Wong, Venüs Valentina (Hrsg.): Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland ó Österreich ó Schweiz, 2. Aufl., Nomos Verlag; Verlag Österreich GmbH, Schulthess, Wien, 2017.
- NAMLI, Mert: öBelçika Hukukunda Arabuluculuk Sistemiö, Arabuluculuk Sempozyumu, stanbul, Türkiye, 11 Aral,k 2008, s.99-123.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyu mazl,k Çözümü, Geni letilmi 2. Bas.,, Ankara, Yetkin Yay,nlar., 2009.
- ÖZMUMCU, Seda, öArabulucunun Rolü Kolayla t,r,c, ve De erlendirici Arabuluculukö, stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuas, (ÜHFM), 73(1), 2013, s.1369-1389.
- PATOCCHI, Paolo Michele: öNational Report for Switzerland (2017)ö, in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1984, Supplement No. 95, July 2017), s.1-98.
- PEKCANITEZ, Hakan, Alternatif Uyu mazl,k Çözümleri, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Kas,m 2005, s.12-16.
- PETILLON, R. Lee: öRecent Developments in Alternative Dispute Resolutionö, Pepperdine Law Review, 14(4), (1987), s.929-942.
- PFISTERER, Stefanie in: Berner Kommentar, Stacher, Marco (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III Art. 353-399 ZPO, Art. 407 ZPO, Bern, Switzerland, Stämpfli Verlag AG, 2014.
- REDFERN, Alan/HUNTER, Martin/BLACKABY, Nigel/PARTASIDES QC, Constantine, Redfern And Hunter On International Arbitration (Student Version), 6th Edition, United States Of America, Oxford University Press, 2015.
- RUEDE Thomas/HADENFELDT, Reimer, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993.
- SCALISE, G. David/ENGELS, E. Jeffrey, öAlternative Dispute Resolutions: a Commercial Guide for Dispute Managementö, AdvocatesöQuarterly, 9(1), (February 1988), s.53-76.
- STIPANOWICH, Thomas J., öThe International Evolution of Mediation: A Call for Dialogue and Deliberationö, (Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2016/1), (46) Victoria University of Wellington Law Review (VUWLR) 1191 (2015), s.1191-1246.
- SWINSON, Sidney K., Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy, Tulsa Law Journal, 36(4), (Summer 2001), s.813-818.
- ANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN-F GANME E, nci, Milletleraras, Özel Hukuk, 7. Bas.,, stanbul, 2019.
- ANLI, Cemal, Uluslararası, Ticari Akitlerin Haz,rlanmas, ve Uyu mazl,klar,n Çözüm Yollar,, 7. Bs., stanbul, Beta Bas,m, 2019.
- TANRIVER, Süha, öHukuk Uyu mazl,klar, Ba lam,nda Alternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar, ve Özellikle Arabuluculukö, TBBD, May,s-Haziran, 2006, s.151-177.
- TA POLAT-TU SAVUL, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 say,l, Hukuk Uyu mazl,klar,nda Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, Yetkin Bas,m Yay,m ve Da ,t,m A. ., 2012.
- WIEBECKE, Martin, öSwitzerlandö in: Carter, James H. (Ed.), The International Arbitration Review,

YAZICI TIKTIK, Çi dem, Arabuluculukta Gizlili in Korunmas,, stanbul, On ki Levha Yay,nc,l,k A. ., 2013.

YE LIRMAK, Ali, Do rudan Görü me, Arabuluculuk, Hakem-Bilirki ilik ve Tahkim (Türkiyeöde Ticari Hayat,n ve Yat,r,m Ortam,n,n yile tirilmesi çin Uyu mazl,klar,n Etkin Çözümünde), stanbul, On ki Levha Yay,nc,l,k, 2011.

ELEKTRON K KAYNAKLAR

<https://www.swissarbitration.org/>
https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_turkish_2012.pdf
<https://www.kluwerlawonline.com/>
https://www.swissarbitration.org/files/50/Mediation%20Rules/English%20mediation_20-06-2016_webversion_englisch.pdf
<https://www.swissarbitration.org/files/489/J%20%20Lack%20--%20Civil%20and%20Commercial%20Mediation%20in%20Switzerland.pdf>
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html>
<https://legal.com.tr/Book/vS6kG-ltaEemGYEYaUVwqQ/5f688c8733bd4ee08dacc78e2d729c2d?pn=59>
www.mediationsforum.ch
www.wipo.int/amc
www.tas-cas.org
www.mediations.ch
www.mediation-basel.ch
www.mediatoren-basel.ch
https://www.uzh.ch/175jahre/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_eng.pdf
https://www.mediation-ch.org/cms2/fileadmin/dokumente/news/2019/03/Referat_UIA_engl_20190308
https://www.swissarbitration.org/files/50/Mediation%20Rules/Mediation2019_English_web.pdf
<https://www.arbitration-ch.org/en/home/index.html>
https://www.swissarbitration.org/files/489/jl_2008_Swiss_Rules_Commercial_Mediation.pdf
https://www.swissarbitration.org/files/436/Flyers/SCAI_flyer_tuerkisch_A5_08-03-2017_web.pdf
<https://www.swissarbitration.org/Mediation/Mediation-clauses>
<https://www.swissarbitration.org/News>
<https://www.swissarbitration.org/Statistics>
<https://www.swissarbitration.org/About-us>
<https://home.heinonline.org/>
<https://www.swisslex.ch/de/recherche/search/new>
<https://www.swissarbitration.org/Mediation/Introduction>


GAZETE HABERLER & MAKALELER

<http://www.mondaq.com/x/727778/Arbitration+Dispute+Resolution/ICC+statistical+report+Switzerland+and+Swiss+law+remain+preferred+choice>

TÜRK YEİNDE SOSYAL MEDYA İLETMELERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ

TAXATION OF SOCIAL MEDIA BUSINESS IN TURKEY

Muhammet DURDU*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.596914>**Makale Bilgi**

Gönderilme: 25/07/2019
Kabul: 28/10/2019

Anahtar Kelimeler

Dijital Ekonomi,
Sosyal Medya,
Vergi,
Kayd, r, lm, Kazanç
Vergisi.

Özet

Sosyal medya işletmelerinin tüm dünyada insan hayatının önemli bir unsuru haline gelmesi hukuki sorunlar, da beraberinde getirmiştir. Sosyal medya üzerinden yapılan faaliyetler birçok hukuk dalının yanı sıra vergi hukukunu da ilgilendirmektedir. Zira yayınlanan reklamlar üzerinden sosyal medya şirketlerinin ciddi kazançlar elde ettiği görülmektedir. Uluslararası doktrin ile OECD ve AB gibi uluslararası kuruluşların yaptığı çalışmalar, malarda sosyal medya şirketlerinin vergilendirilmesi, dijital ekonominin vergilendirilmesi başlıca alanlarda incelenmektedir. Gerçekten duruma sadece sosyal medya üzerinden değil dijital ekonominin vergisel sorunlar, üzerinden yaklaşmak daha kapsayıcı ve yararlı olacak ve üretilecek çözümler uzun ömürlü olacaktır. Dijital ekonominin vergilendirilmesi ile ilgili her ülkenin benzer sorunlarla karşılaşması, görülmektedir. Uluslararası kuruluşların bu sorunlara çözüm önerileri ülkeler açısından yol gösterici olmaktadır. Bu öneriler, her ülkenin kendine özgü bir çözüm yolu bulmaya çalışması, görülmüştür. Türkiye’de ise doğrudan vergiler açısından sosyal medya işletmelerine yapılacak reklam ücreti ödemeleri üzerinden tevkifat uygulanması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Bu yöntem kısa vadede gerekli olsa da, dijital ekonominin tamamını ve tüm gelir unsurlarını kapsayan bir çözüm üretilmesi elzemdir. Dolayısıyla vergiler açısından sosyal medya işletmelerine yönelik çözümler genel hükümlere tabi olmaktadır.

Article Info

Received: 25/07/2019
Accepted: 28/10/2019

Keywords

Digital Economy,
Social Media,
Tax,
Diverted Profit Tax.

Abstract

The fact that social media enterprises become an important element of human life all over the world has brought along legal problems. The activities carried out through social media deal with tax law along with many law branches. Because it is seen that social media companies earn serious gains because of the advertisements published. Taxation of social media companies in international doctrine and international organizations studies such as OECD and EU examined under the heading of taxation of digital economy. It would be more inclusive and useful and solutions will be long-lasting to approach the situation through tax issues of the digital economy, not just through social media. It is observed that each country has similar problems regarding the taxation of the digital economy. The suggestions of the international organizations to solve these problems are guiding the countries. In the light of these suggestions, it is seen that each country is trying to find a specific solution. In Turkey to social media advertising company in terms of direct taxes it has been decided to apply withholding tax. Although this method is necessary in the short term, it is essential to produce a solution that covers the whole and all of the digital economy. In terms of indirect taxes, they do not have a method specific to the digital economy but are subject to general provisions.

Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Ar. Gör., Dumlupınar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi, muhammetdurdu38@gmail.com,
ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4912-4410>.

I. G R

Son 15 y,ld,r sosyal medya i letmelerinin ortaya ç,kmas, ve h,zl, bir ekilde tüm dünyaya yay,lmas,, insanlar,n zihnindeki medya alg,s,n, de i tirmi tir. Sosyal medyan,n klasik medya araçlar,ndan birçok farklı,klar içerdi i ve ileti im konusunda çok daha etkili oldu u gözlenmektedir. Bunun yan,nda sosyal medyada, istisnas,z herkesin kimli ini belirtmeden içerik üretebilmesi hukukî sorunlar ortaya ç,karmaktad,r. Mesela öanonimö bir hesaptan baz, ki ilere hakaret edilmesi, iftira at,lmas,, hem kamu düzenini bozarak ceza hukukunun konusunu olu turmakta hem de ki ilik haklar,n, ihlâl ederek medeni hukukun konusunu olu turmaktad,r. Bunlar,n yan,nda, dijital ortamda çe itli kazançlar sa land, , veya ücret kar ,l, , tüketimler yap,ld, , için vergi hukuku da sosyal medya ile ilgilenmektedir. Klasik vergi hukukunun, ticari kazanc,n vergilendirmesinde sabit bir i yeri aramas,, al,n,p sat,lan eylerin somut ve maddi eyler oldu u kabulünün bulunmas, gibi hususlar dijital ortamdaki kazançlar,n ve tüketimlerin vergilendirilmesinde problemler do urmaktad,r.

Sosyal medya i letmelerinin temel gelir kayna , ilk bak, ta reklamc,l,k hizmetleri olarak görünmektedir. Ancak bunun yan,nda bu i letmelerin veya bu i letmeler arac,l, ,yla üçüncü ki ilerin farklı, türlerde kazançlar elde ettikleri görülebilmektedir. Sosyal medya i letmelerinin elde etti i kazançlar,n temel özelli i, sanal ortamda elde edilmeleridir. Büyük sosyal medya i letmelerinin yüksek kâr sa lad,klar, baz, ülkelerde hiçbir fiziki varl, ,n,n olmad, , veya dolayl, yoldan s,n,r,l, bir varl,k olu turduklar, görülebilmektedir. Klasik vergi hukuku sistemlerinde vergilendirme için temel art olarak sabit bir i yerinin aranmas, bu i letmelerin sa lad,klar, büyük kazançla ra men vergilendirilmemeleri gibi bir sonuç ortaya ç,karmaktad,r¹. Bu sorunlar uluslararası, literatürde daha geni bir kavram olan ödijital ekonominin vergilendirilmesiö ba l, , alt,nda incelenmektedir.

Çal, mada konu bütünlü ünü sa lamak amacıyla dijital ekonominin genel hatlar, üzerinde durulacak ve sonras,nda sosyal medya i letmelerinin vergilendirilmesi konusuna girilecektir. Çal, mada dijital ekonomi konusunda özellikle OECD'nin ve AB'nin çal, malar,ndan ve raporlar,ndan faydalan,larak sadece Türkiye de il tüm dünyadaki dijital ekonomi sorunlar, üzerinde durulacaktır. Zira bütün ülkeler dijital ekonomi ile ilgili benzer sorunlar ya amaktad,rlar. Dijital ekonomi ve bu ba lamda sosyal medya i letmelerinin vergilendirilmesi ile ilgili dünyadaki önemli geli melere de inilecek ve Türkiye'nin yapt, , mevzuat düzenlemeleri üzerinde durulacaktır. Konu ile ilgisi oldu u kadar,yla dijital ekonomi ile ilgili say,sal ve oransal bilgiler de verilecektir. Son bölümde ise Türkiye'de sosyal medya i letmelerine uygulanan vergi rejimi aç,klanacaktır.

II. D J TAL EKONOM KAVRAMI

Sanal âlemin ekonomik amaçla kullan,lmaya ba land, , ilk zamanlarda, bu alandaki faaliyetleri belirtmek için daha çok e-ticaret kavram, kullan,lm, t,r². Ancak e-ticaret günümüzde dijital ekonominin alt dallar,ndan birini olu turmaktad,r. E-ticaret ile kastedilen, mal veya hizmet al,m sat,m,n,n sanal ortam arac,l, ,yla yap,lmas,ndan ibarettir. Ancak dijital ekonomi bu tan,m,ndan ibaret de ildir. Bunun yan,nda online reklamc,l,k hizmetleri, mal veya hizmet niteli i tart, mal, olan sanal ürünlerin sat, ,, online e itim, bulut bili im ve online ödeme hizmetleri gibi birçok konuda da sanal ortam araç olarak kullan,labilmektedir. Bunun sonucunda e-ticaret kavram,n,n daha üst kavram, olan ödijital ekonomiö kavram, kullan,lmaya ba lanm, t,r³.

Dijital ekonomi, bilgi ve ileti im araçlar,n,n geli mesiyle ortaya ç,km, t,r. Bu geli melerle birlikte uluslararası, ticaret h,zlanm, ve kolayla m, , çok uzaklardaki mü terilere ula mak mümkün hale gelmi tir⁴. Bilgi ve ileti im teknolojilerinin geli mesi ve ucuzlamas, ile

¹ OECD Model Anla mas,ına göre, bir ülkede faaliyet gösteren bir i letmenin vergilendirilebilmesi için o ülkede sabit bir i yerinin bulunmas, gerekmektedir. Bkz: BUDAK, Tamer: öThe Transformation Of International Tax Regime: Digital Economyö, nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2017, s.304.

² MASTAR ÖZCAN, Pelin: öDijital Ekonominin Vergilendirilmesinde Kar ,la ,lan Sorunlar: Beps 1 Nođu Eylem Plan, Kapsam,nda Bir De erlendirmeö, Electronic Journal of Vocational Colleges, Ekim 2016, s.74; E-ekonomi kavram, için bkz: KARA, Mustafa Cemil/ÖZ, Ersan: Dijital Vergilendirmeye Küresel Bir Bak, , Vergi Dünyas,, S.424, Aral,k 2016, s.31.

³ ERTA , Bilal Levent: öDijital Ekonomide Yurt D, ,ndan Al,nan Hizmetler Bak,m,ndan Kdv Mevzuat,ndaki Sorunlarö, Vergi Raporu, S.219, 2017, s.132; I IK, Hüseyin: öDijital Ekonominin Vergi Hukukundaki yeri Kavram,na Etkileriö, Vergi Sorunlar, Dergisi, S.356, May,s 2018, s.44.

⁴ YILDIZ, Bar, /GÜNAY, Hamdi Furkan: öTürk Vergi Hukuku Ekseninden Dijital Ekonomiye Genel Bir Bak, ö, III. Uluslararası, Mesleki Ve Teknik Bilimler Kongresi, 2018, s.4004.

beraber birçok sektörün dijital alanda uzantılar, ortaya çıkm, ve birçok yeni i sektörü olu mu tur⁵. Bunlara örnek olarak; online perakende sektörü, sosyal medya sektörü, online e itim sektörü, online satış sektörü ve online ödeme sektörü gösterilmektedir⁶. Çal, man, n kapsam, n, art, raca , için bu alt sektörlerin ayr, nt, s, na girilmemi tir⁷.

Dijital ekonominin gittikçe geni leyen yap, s, sebebiyle, klasik ekonomi unsurlar, ndan ayr, bir dal olarak dü ünülmemesi gerekmektedir. Zira dijital ekonomi gittikçe ekonominin kendisi olmaktadır⁸. Bununla birlikte vergisel aç, dan klasik ekonomiden farklı, olarak baz, özellikleri de dikkat çekmektedir. Bunlar; ta , nabilirlik, verilere dayanma, a etkisi, çok tarafl, i ili kileri, monopol veya oligopol piyasaya e ilimli olma, de i ikliklere yatk, n olma ekinde s, ralanm, t, r⁹. Bu özellikleri sebebiyle vergi idarelerinin, dijital teknolojileri kullanarak kazanç sa layanlar, vergilendirirken kar , lar, na ç, kan yeni hukukî ve fiili sorunlar, çözmeye gerekmektedir.

Dijital ekonominin vergilendirilmesi hususunda en önemli yük devletlerin s, rt, nda durmaktadır. OECD'nin bu hususta yapt, , çal, malar mevcut durumu tespit ve geli tirilmesi yönünde tavsiyelerden ibarettir¹⁰. Bu tavsiyelerin uygulanabilmesi için çift tarafl, veya çok tarafl, çifte vergilendirmeyi önleme anla malar, n, n de i tirilmesi gerekmektedir. Bu anla malar, de i tirmek iki tarafl, veya çok tarafl, uzla may, gerektirdi i için ülkeler kendi menfaatleri do rultusunda dijital ekonominin vergi kapsam, na al, nmas, na çal, maktadır¹¹. Nitekim dünya üzerinde dijital ekonominin vergilendirilmesine yönelik farklı uygulamalar gözlenmektedir. Dijital ekonominin sürekli de i en yap, s, sebebiyle ülkelerin kar , lar, na ç, kan yeni vergisel sorunlarla mücadele etmek zorunda kalaca , da belirtilmektedir¹².

III. D J TAL EKONOM N N ORTAYA ÇIKARDI I VERG SEL ZORLUKLAR

Dijital ekonominin ciddi bir büyüklü e ula mas, ve büyümeye devam etmesi vergilendirilmesi gere ini ortaya koymaktadır¹³. Dijital ekonomi, klasik vergi hukuku sisteminin baz, temel kabullerinin sorgulanmas, na yol açm, t, r. Bunlardan birincisi i yeri kavram, d, r. Klasik vergi hukuku sistemlerinde ticari kazanç sahiplerinin vergilendirilebilmesi için sabit bir i yeri olmas, gerekti i kabul edilmi tir. Ancak sanal ortamda çok yüksek ticari kazanç veya serbest meslek kazanc, na sahip olan ki iler sabit bir i yeri olmad, , için vergiye tabi olmaktan kurtulabilmi lerdir. Bunun yan, nda dizi ve/veya film platformlar,, müzik platformlar, ve özgün içerik üreticileri gibi ki iler ve kurumlar, n yapt, , i lerin mal sat, , m, yoksa hizmet ifas, m, oldu u tam belli olmad, , için kazanc, n niteli i de tart, ma konusu olmaktadır. Yine dijital ekonomi ile beraber uluslararası , rketlerin kazançlar, n, vergi cenneti niteli indeki bir ülkede bulunan , rketlerine aktarmalar, kolayla m, ve kazanç kayd, r, lmas, art, göstermi tir¹⁴. Bu durumlar ise hem ekonomideki unsurlar aras, nda haks, z rekabet olu turmu hem de vergi taban, n, n a , nmas, na sebep olmu tur. Bu i letmelerin tüm dünyada vergiden kaç, nmay, ba armas, ödevletsiz kazançö sorununu ortaya ç, karm, t, r¹⁵. Bütün bunlara dünya üzerinde mevcut bulunan zay, f vergi sistemlerinin sebep oldu u belirtilmektedir. Bu sorunun temelden

⁵ BUDAK, The Transformation, s.300.

⁶ OECD: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, OECD Publishing, Paris, s.142.

⁷ Bu konu ile ilgili uluslararası, literatürde birçok rapor veya kaynak bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak; OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, OECD Publishing, Paris; BUDAK, The Transformation, s.301; CO KUN, Neslihan: öElektronik Ticarete Vergilendirme Sorunlar, Ve Uluslar Aras, Düzeyde Çözüm Aray, lar, n, n Türkiye Aç, s, ndan De erlendirilmesiö, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 14(1), 2005, s.157.

⁸ EUROPEAN COMMISSION: Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy, 2014, s.5.

⁹ OECD, Addressing the Tax Challenges, s.11; TURUNÇ, Sencer: öDijital Ekonomide yeri Kavram, ve Transfer Fiyatland, rmas, ö, Vergi Dünyas,, S.431, Temmuz 2017, s.52.

¹⁰ OECD ve G20'nin bu hususta yapt, , önemli bir çal, ma olan BEPS Eylem Planlar, n, n ayr, nt, lar, için bkz: <https://www.oecd.org/tax/beps/>, (Eri im Tarihi: 13.10.2019).

¹¹ ERDEM, Tahir: öYeni Dünya Düzeni, Elektronik Ticaret Ve Vergiö, Mali Çözüm Dergisi, S.143, 2017, s.17.

¹² BUDAK, Tamer: Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi, On ki Levha: stanbul, 2018, s.171.

¹³ Sadece Türkiye'de 2018 y, l, nda dijital i lemler yoluyla ticaretin 30 Milyar TL'yi a t, , belirtilmektedir. Bkz: ÖKSÜZ, Mehmet/TÜRGAY, Timur: öTürkiye'de Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi ve Tevkifat Müessesesiö, Yönetim Bilimleri Dergisi, 16(32), 2018, s.152.

¹⁴ BUDAK, The Transformation, s.298.

¹⁵ KARA/ÖZ, s.31; OECD, Addressing the Tax Challenges, s.12.

çözüm yolunun ise ekonomik aktivitenin gerçekleştirilmesi veya ekonomik değerlerin ortaya çıkarılması, vergiye vergilendirmenin yapılması, oldu u sonucuna varılmı, tır¹⁶. Çözüm bu olmakla beraber uygulama konusunda devletler arasındaki menfaat çatışmaları, sebebiyle sorunlar olmaktadır.

Sanal ortamın ortaya çıkarması oldu u bu zorlukların yanında vergi idareleri için fırsatlar barındırıyor, da belirtilmektedir. 2014 yılında yayınlanan Avrupa Komisyonu Raporuna göre dijital ekonomi sayesinde vergiden kaçınma ile daha etkin mücadele ve vergi idarelerinin giderlerini asgari seviyeye indirmek mümkün görülmektedir¹⁷. Bu tespite katılmak mümkün olmakla birlikte ortaya çıkardığı zorlukların daha fazla oldu u belirtilmelidir.

Dijital ekonominin, vergilendirme yöntemlerinde önceden beri var olan matrah artırılması, ve kazanç kaydedilmesi, sorununu tek başına ortaya çıkarmadığı, var olan bu sorunu daha da derinleştirdiği belirtilmektedir¹⁸. Gerçekten dijital ekonomi oluşturan evvel bir ekonomik kazanç, başka bir ülkeye aktarılması, zorluken dijital ekonomi ile birlikte bu yöntemler kolaylaşmıştır, tır.

Sanal ortamın bu şekilde temel vergi kuralları, ters düzetmesinin yanında, uluslararası şirketler tarafından sanal ortamda yapılan işlemlerle, vergilendirme yetkisine sahip ülkeler açsından, matrah artırılması, ve kazanç kaydedilmesi, suretiyle, vergi gelirleri azaltılmı, tır. Uluslararası şirketler farklı ülkelerdeki şirketlerini kullanarak kazançları, vergi cenneti olan ülkelere aktarması ve vergi giderlerini en aza indirmeyi başarmı, tır. Nitekim bu tür yollar, kullanarak dijital ekonominin en büyük şirketlerinden olan Google ve Apple şirketlerinin sırasıyla %3 ile %1 oranında gelir vergisi ödendiği belirtilmektedir¹⁹. Bu başlık altında bu sonuçlara sebep olan hususların belirlenmesi yapılmaya çalışılacaktır²⁰.

A. Sabit Bir İyerinin Olmaması,

Sabit bir işyeri, hem Türk hukukunda hem uluslararası hukukta vergilendirme için temel belirleyici unsur olarak görülmektedir²¹. Mesela uluslararası bir şirketin nerede tam mükellef olarak vergi ödeyeceği belirlenirken sabit ve/veya merkezi işyerinin nerede oldu u dikkate alınmaktadır. Şirket merkezi işyerinin bulunduğu ülkede tüm kazançlar, üzerinden vergi ödemekte (tam mükellefiyet), sabit işyeri olduğu turdu u diğer ülkelerde sadece o ülkede yaptığı, faaliyetler sebebiyle vergi ödemektedir (dar mükellefiyet). Diğer ülkelerde ödendiği vergileri merkezi işyerinin olduğu yerde tüm kazançlar, üzerinden vergi öderken indirmektedir²².

Dijital ekonomiden önce bu sistemin sağlıklı bir şekilde uygulandığı, dönemde, ekonomik aktivitenin yapıldığı, veya ekonomik değerlerin oluşturulduğu yerde sabit bir işyerinin bulunması, gerekmektedir. Uluslararası şirketler birçok gereksinim için faaliyet yaptıkları, her ülkede sabit bir işyeri bulundurmak zorunda kalmaktaydı. Bu gereksinimler; yavaş iletişim araçları, bulunması, döviz kuralları, gümrük kuralları, ve yüksek taşıma maliyetleri olarak sıralanmaktadır. Ancak dijital ekonomi ve ekonominin küresellemesiyle bu gereksinimlerin ortadan kaybolması, uluslararası büyük şirketlerin faaliyet yaptıkları, her ülkede sabit bir işyeri bulundurması, zorunluluğunu ortadan kaldırmı, tır. Bu sebeple uluslararası şirketlerin hem farklı pazarlara açılması, kolaylaşmıştır, hem de sabit işyeri olmaksızın bir ülkede faaliyette bulunmaları, yolu açılmıştır. Öyle ki küçük ve orta ölçekli işletmelerin bile uluslararası nitelikte hale gelmesi, söz konusu olmuşt ve bunlara ömikro uluslararası şirketler denmiştir²³.

¹⁶ OECD, Addressing the Tax Challenges, s.3.

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, s.5.

¹⁸ SHAH, Shreyash: Taxation Of Digital Economy: Is There A Bridge Over These Troubled Waters?, 2016, http://www.fitindia.org/downloads/Taxation_of_Digital%20Economy_Is_There_%20Bridge_over_These_Troubled_Waters_Shreyash_Shah.pdf, (Erişim Tarihi: 24.03.2019), s.15.

¹⁹ SHAH, s.1.

²⁰ Bu konuda başka bir görüşe göre bu sorunlar; vergilendirme yetkisine sahip idarenin tespiti, web sunucusunun uzaktan işletilebilmesi, kimliklerin gizliliği, vergilendirmede ve tahsilatta muhatap bulma, ürünlerin dijital nitelikte olması, Bkz: YILDIZ/GÜNAY, s.4007.

²¹ ERDEM, s.20; Mesela Türk hukukunda 193 sayılı, GVK'nın 6, 7 ve 8. maddelerine göre merkezi işyeri Türkiye'de bulunmayan ticari kazanç sahipleri ancak sabit bir işyeri veya daimi temsilcisi Türkiye'de ise dar mükellef olarak gelir vergisine tabi olacaktır.

²² Bunun yanında sabit ve merkezi işyerinin bulunduğu ülkede tam mükellef olarak vergilendirilirken, diğer ülkelerde elde ettiği kazançları, istisna kapsamında alınması, da söz konusu olabilir. Bu durumda uluslararası alanda fazla sorun oluşmayacağı için, böyle bir duruma sadece değinilmekle yetinilecektir.

²³ OECD, Addressing the Tax Challenges, s.143.

Mesela uluslararası, e-ticaret ile ilgili faaliyet eden bir firma bir ülkede yoğun bir faaliyet göstermektedir. Bu ülkede teslimatlar, kolay ve hızlı, yapmak için özabiti yeriotanım, içerisinde kabul edilmeyen depo niteliğinde yerlerine ürünlerini depolamakta ve internet üzerinden sat, sözleşmesini uzaktan yapıp sadece fiziki teslimat, depo aracılığıyla yapmaktadır. Sözleşme yurtdışındaki şirket aracılığıyla internet üzerinden kurulduğunu için kendi ülkesinde mal teslimi yapılan devlet klasik anlayışta vergilendirme hakkına sahip olamamaktadır. Ancak OECD'nin öncülük ettiği çalınmalarda, sabiti yeriotanım, geniletilmesi, bu örnekteki depo niteliğinde olan yerisabitiyeriolarak kabul edilmesi ve bu şirket teslimatı, yapıldığı ülkede vergiye tabi olması önerilmektedir²⁴. Bununla beraber uluslararası, mutabakat henüz sağlanamadığı için OECD Model Vergi Anlaşması'nda bile gerekli değişiklikler yapılamamıştır.

Benzer bir durum sosyal medya şirketleri için de söz konusu olabilmektedir. Bir sosyal medya şirketi alacak, reklamlarla ilgili sözleşmeleri vergi cenneti niteliğindeki bir yeriyavas, yapıp yapmakta, reklamların yayınlandığı ülkelerde ise hiçbir fiziki varlık bulundurmamaktadır²⁵. Bunun neticesinde bir ülkede herhangi bir şirket kendi mühter çevresine hitap edecek şekilde reklam vermekte, bu reklam, aynen ülkenin vatandaşlarına sunmakta ancak bu ülke bu ticari ilikiden gelir vergisi alamamaktadır. Zira kazanç sağlayan sosyal medya şirketinin ülkede sabiti yeriyoktur. Bu noktada karın, zamanlı yerikavramı, çökmektedir. Sanali yerikavramıyla ilgili OECD'nin ülkelere önerdiği model vergi anlaşması'nda de iklik yapılmıştır, tartışılmıdır²⁶. Zira OECD çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları'nda bir letmenin faaliyet yaptı, yabancı, bir ülkede vergilendirilebilmesi için sabiti yerini art tutmuş, üstelik yardım, ve hazırlanmış, nitelikteki depo gibi yerleri sabiti yeriolarak kabul etmemiştir. Bu durum ise dijital ekonominin vergilendirilmesinde ciddi zorluklar doğurmuştur. Her ne kadar OECD'nin önerisi ülkeler için zorunlu olmasada, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, OECD'nin tavsiyesi doğrultusunda ilerlemiştir²⁷. Nitekim günümüzde halen OECD Model Vergi Anlaşması'nda mükellefiyet için sabiti yeriar, bulunmaktadır.

Bu eksiklikten Amazon adlı, online perakende şirketi İngiltere'de çok faydalanmış, İngiltere'de sadece depo bulundurarak başka hiçbir yeribulundurmamış milyonlarca ifade edilen teslimatlar gerçekte tiren şirket, depo sabiti yeriolarak kabul edilmediği için İngiltere'ye vergi ödememiştir. Sanali yeridüzenlemesi ulusal hukuklarda yerini almaya başlamış, nara men bu durum sorunların çözümünü için yeterli değildir. Zira uluslararası, şirketlerin vergilendirilmesi ulusal hukukla çözülemeyeceğinden fiziki sabiti yeriotanım, kurulu olan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları'nda elden geçirilmesi gerekmektedir²⁸. Aksi durumda çifte vergilendirme problemleri olacaktır.

Sanali yerinin tespiti konusunda sunucunun bulunduğu ülkelerin esas alınması, tartışılmıdır, olsa da²⁹, bu durum adil değildir. Zira sunucu teknik olarak sadece işletmeye internet üzerinde yer sağlamak onun dışında hiçbir ekonomik aktiviteye katılmamaktadır. Eğer sunucunun bulunduğu yer sabiti yeriolarak kabul edilirse, vergilendirilecek kazanç ortaya çıkacaktır, ülkenin hiçbir vergilendirme hakkının olmaması, vergilendirilecek kazançla hiçbir alakasız olmayan bir ülkenin vergilendirme hakkının doğması, sebep olabilecektir³⁰. Bununla beraber mevcut OECD Model Anlaşması'nda ve BM Modelinde, yerinin olumu için sabiti yeriar ko ulduğunu için, elektronik ortamdaki faaliyetlerde yerinin tespiti hususunda sunucunun bulunduğu yere gitmek en makul yol olarak görünmektedir. Zira alan adı (DNS) veya

²⁴ OECD, Addressing the Tax Challenges, s.12; Aynı yönde diğer görüş için bkz: SHAH, s.11.

²⁵ Örneğin Facebook ABD menşeli olması nara men ticari merkezi İrlanda'dır. Bu sayede çok daha az vergi ödemektedir. Bkz: B ÇER, Ramazan: "Dijital Vergi", Dünya, 31.01.2014, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-vergi/19026>, (ET:16.03.2019).

²⁶ OECD bu konuda çalınmadan evvel uzunca bir süre sabiti yeriar, var olması gerektiğinde şarretmiştir. Bkz: AKÇAO LU, Erturul: Ulusal ve Uluslararası, Perspektiften Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi, Yetkin: Ankara, 2012, s.88.

²⁷ KARA/ÖZ, s.33.

²⁸ ERDEM, s.21; Bu konuda ulusal alanda İspanya Vergi Mahkemesi 2012 yılı'nda verdiği bir karar, İspanya'da sadece internet sitesi üzerinden faaliyet gösteren bir firmanın özsanali yeriotu u gereğiyle vergiye tabi olması gerektiğine karar vermiştir. Bkz: ERDEM, s.23; Türkiye'nin taraf olduğu 88 çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları'nda sanali yerikavramı, henüz düzenlenmemiştir. Bkz: ERDEM, s.31.

²⁹ ORGAN/ÇAVDAR, s.68; AKÇAO LU, s.104.

³⁰ ÖKSÜZ/TÜRGAY, s.146.

internet kullan,ç,lar,n,n bulundu u yeri tespit eden veriler arac,l, ,yla i yerinin tespiti, daha adil görünse de³¹, sabit bir yer art,n, sa lamamaktadır.

Son dönemde Türkiye'de, mükelleflerin talepleri üzerine verilen muktezalarda internet sitelerinin sunucular,n,n da Türkiye'de olmas, kayd,yla VUK'un 156. maddesindeki i yeri tan,m,na girdi i ve i yeri art,n, kar ,layaca , belirtilmektedir³². Vergi idaresinin bu görü ü mevcut OECD Modelini yans,tmaktadır. Gerçekten mevcut uygulamaya göre, internet üzerinden faaliyet yapan bir firman,n i yerinin olu mas, için, internet hizmetini kulland, , sabit sunucular kiralama veya mülkiyet yoluyla kendi tasarrufu alt,nda bulunmal,³³ ve internet üzerinden yapt, , faaliyetler, haz,r,lay,c, ve yard,mc, faaliyet statüsünü a mal,d,r. nternet üzerinden yapt, , faaliyet sadece reklam veya katalog yay,nlamaktan ibaretse yard,mc, faaliyet düzeyinde kalacak ve i yeri olu mayacaktır. Ancak sözleşmelerin imzalanmas,, ödemelerin yapılmas,, teslimat,n yapılmas, gibi as,l i lemler internet üzerinden ise, te ebbüsün tasarrufu alt,nda bulunan sunucunun bulundu u yerde sabit bir i yeri olu acaktır. üphesiz, as,l i lemlerini internet üzerinden yaparak sunucunun bulundu u yerde i yeri olu turan irketler, bu sunucular,n, vergi cennetlerine kurmaktan çekinmeyecektir³⁴.

Sabit bir i yerinin bulunmamas, mükelleflerin tespitini de zorla t,rmaktadır. Zira dijital ekonominin unsurlar, bilgilerini kendileri beyan etmektedirler ve bu konuda denetim yoktur. Bir mükellef bulundu u yeri veya ismini kolayl,kla yanl, beyan edebilecektir. Bu durumda ise vergi idaresinin bu mükellefi bulup vergilendirmesi çok zor olacaktır.³⁵

B. Yeni Kazanç Türlerinin Ortaya Ç,k, ,

Dijital ekonomi hem klasik ekonomi unsurlar,n, dönü türümü hem de yeni ekonomik faaliyetler ortaya ç,karm, t,r. Mesela 3D yaz,c,lar yoluyla olu turulan de erlerin, bulut bili im hizmetleriyle elde edilen kazançlar,n ne tür gelirlere dâhil olaca , belli de ildir³⁶. Yine öyoutuberö gibi mesleklerin de nas,l vergiye tabi olaca , uluslararası, alanda netlik kazanmam, t,r³⁷.

Dijital ekonomide baz, sektörlerde mal veya hizmetin fiziki ifas, söz konusu olmakta di erlerinde ise sanal olarak mal veya hizmet ifas, gerçekleştirilmektedir. Sanal mal veya hizmetler dijital ekonominin ortaya ç,kard, , i alanlar,d,r. Bu ürünlerde fiziki teslim olmad, , için vergilendirilmesi de daha zor olmaktadır³⁸. Zira bu ürünlerle elde edilen kazançlar,n vergi hukuku bak,m,ndan ne tür kazanç oldu unun belirlenmesi sorun olu turmaktadır. Bunlar hizmet ifas, olarak m, kabul edilecek yoksa mal sat, , olarak m, kabul edilecektir. Ticari kazanç m, say,lacak yoksa serbest meslek kazanc, m, say,lacaktır³⁹? Tüm bu sorular vergilendirmeyi

³¹ Bu konuda spanya'da bu yönde bir mahkeme karar, ç,km, t,r. Karara göre spanya'da sabit bir i yeri olmasa da firman,n öesö ile biten internet sitesine sahip olmas, ve bu sitenin güncel olarak kullan,l,yor olmas,, hizmetin spanya vatandaş lar,na yap,l,yor olmas, sebepleriyle i yerinin olu tu una hükmedilmi tir. Bkz: ERDEM, Tahir: öKayd,r,lm, Kazanç Vergisi (Diverted Profit Tax)ö Vergi Dünyas,, S.330, Mart 2016, s.116.

³² öBuna göre, internet üzerinden reklam verme hizmetinin ticari faaliyet kapsam,nda de erlendirilmesi gerekmekte olup, ABD mukimi irket Türkiye'de yer alan bir i yeri vas,tas,yla ticari faaliyette bulunmad,kça bu irketin yaln,zca ABD'de vergilendirilmesi gerekmektedir. E er ABD mukimi irket Türkiye'de yer alan bir i yeri vas,tas,yla ticari faaliyette bulunursa Türkiye'nin, bu i yerine atfedilebilen miktarla s,n,rl, olmak üzere vergi alma hakk, bulunmaktadır. ABD mukimi irketin internet ortam,nda reklam verme hizmetini Türkiye'de yer alan sunucular (server) arac,l, ,yla sunmas, durumunda da an,lan irketin Türkiye'de Anla man,n 5 inci maddesine göre bir i yeri olu tu u kabul edilecektirö. Bkz: STANBUL VERG DA RES BA KANLI I: 02.08.2016 tarih ve 39044742-130-105820 say,l, Özelge (Mukteza).

³³ Bu anlamda internet üzerinden faaliyet yapan te ebbüs ba ka bir i letmeden internet sa lama hizmeti al,yorsa (hosting) internet üzerinde bir i yerinin olu mas, söz konusu de ildir. Zira hosting irketi ile aras,nda acentelik ili kisinden bahsetmek mümkün de ildir. Bkz: ÖNER, Cihat: Vergi Hukukunda yeri, maj Yay,nevi: Ankara, 2016, s.232; AKÇAO LU, s.110.

³⁴ ÖNER, s.223-233.

³⁵ CO KUN, s.154, 155.

³⁶ OECD, Addressing the Tax Challenges, s.147.

³⁷ Dijital ekonomi ile birlikte ortaya ç,kan yeni i türleri ve bunlar,n vergisel özelliklerinin ayr,nt,s, için bkz: TURAN, Metin: Bili im Vergi Hukuku, Adalet Yay,nevi: Ankara, 2018, s.70-166.

³⁸ ORGAN, brahim/ÇAVDAR, Fatih: öElektronik Ticaretin Vergilendirilmesinde Uluslararası, Alanda Ya anan Sorunlarö, nternet Uygulamalar, ve Yönetimi Dergisi, 3(1), s.64.

³⁹ Dijital ekonomide elde edilen kazançlar,n bir k,sm,n,n ticari kazanç de il serbest meslek kazanc, say,lmas, gerekti i yönünde bkz: ERTA , s.135; KDV aç,s,ndan dijital ekonomideki sanal hizmetlerin hizmet ifas, say,lmas, gerekti i yönünde OECD görü ü için bkz: ÇET N GERGER, Güne : öElektronik Ticarete Tüketim Vergisi Olarak KDV'nin Etkinli iö, Ekonomi Bilimleri Dergisi, 3(1), 2011, s.65.

zorla t,rmaktad,r⁴⁰. Bunun sebebi modern devletlerde vergilerin kanunili i/temsilsiz vergi olmaz ilkesinin benimsenmi olmas,d,r. Kanunda tan,m lanmam, bir kazanç üzerinden k,yas yoluyla vergi al,nmas, söz konusu olamamaktad,r.

C. Transfer Fiyatland,r,lmas, Yoluyla Matrah A ,nd,r,lmas,

Dijital ekonomi transfer fiyatland,rmas, yoluyla kazanc,n suni yöntemlerle ba ka bir ülkeye aktar,lmas,n, kolayla t,rmaktad,r. Zira art,k birçok i lem kolayca internet üzerinden yap,labilmekte ve ücret ödenebilmektedir. Mesela uluslararası, bir irket vergi cennetinde bulunan ba lant,l, bir ba ka irketine öyönetim ücretiö ad, alt,nda ödemeler yaparak kâr,n, oraya kayd,rabilmektedir. Ayn, ekilde sanal ürünler internet ortam,nda kira benzeri bedellerle kulland,r,larak, kazanç vergi cenneti olan ülkelere aktar,labilmektedir. Hâlbuki söz konusu soyut de erin (mesela marka de eri) olu umunda vergi cenneti olan ülkenin hiçbir katk,s, yoktur. Bu sanal de er esas faaliyetin yap,ld, , kaynak ülkede ortaya ç,kmaktad,r. Ancak bu de erin mülkiyeti vergi cenneti niteli inde olan ülkede bulunan irkete aktar,lmakta ve bu irket esas faaliyeti yapan irkete kullan,m hakk,n, yüksek miktarda kira ücretiyle vererek kazanc,n aktar,lmas, sa lanmaktad,r. Bu sayede gelir vergisi hiç ödenmemekte veya çok az ödenmektedir. OECD, bu tür i lemlerde sanal de erlerin tamamen vergi cenneti niteli indeki ülkede bulunan irkete mâl edilmemesi gerekti ini, hakkaniyetli bir ölçüde kaynak ülkede faaliyet gösteren irkete bu soyut de er üzerinde pay, oldu unun kabul edilmesi gerekti ini belirtmektedir⁴¹.

D. Dolayl, Vergiler Sebebiyle Olu an Sorunlar

Tüketim sebebiyle al,nan dolayl, vergiler birçok ülkenin en önemli vergi kayna , halindedir. Dijital ekonomi do rudan vergileri etkilemenin yan,nda KDV gibi dolayl, vergileri de etkileyebilmektedir. Bu tür vergilerde temel kural tüketimin yap,ld, , yer ülkesinin vergilendirmeye yetkili oldu udur. Dijital ekonomide de ayn, kural geçerlili ini korumaktad,r⁴². Üreticiden üreticiye yap,lan sat, larda çok fazla problem görülmemekle birlikte üreticiden tüketiciye yap,lan sat, larda KDV'nin nas,l tahsil edilece i belirsizlikler içermektedir. Zira üreticiden üreticiye sat, larda, mal, teslim eden veya hizmeti ifa eden mükelleften KDV al,namasa bile tüketimi yapan da üretici konumunda bulunmas, münasebetiyle KDV mükellefi oldu u için sorumluluk yoluyla KDV tahsilat,n,n gerçekleş tirilmesi mümkün olmaktadır. Bu noktada yurtd, ,nda faaliyet gösteren ve Türkiye'de sabit bir i yeri bulunmayan sat,c,n,n nihai tüketiciye yapt, , hizmet ifalar, ile mal teslimlerinden nas,l KDV tahsil edilece i sorun te kil etmektedir⁴³. Bunun yan,nda yabanc, bir irketin sanal bir ürünü Türkiye'deki kullan,c,ya satmas, durumunda vergilendirme i lemi daha da karma ,kla maktad,r⁴⁴. Zira fiziki mallar gümrükten geçti i için KDV al,nmas, mümkün olabilir. Ancak sanal ürünler gümrükten de geçmedi i için tüketiciden KDV beyanname si ve ödemesi beklenmektedir. Bu ise uygulanmas, zor bir yöntemdir⁴⁵.

Yurtd, ,ndan gönderilen dü ük fiyatlı, ürünlere KDV istisnas, tan,nmas,, e ticaretin yayg,nla mas,ya beraber vergi taban,n, ciddi ekilde a ,nd,rmaya ba lam, t,r. Zira dünya üzerinde dev online perakendeciler, tüketicilere talep ettikleri ürünleri s,n,r ötesinden gönderebilmektedir. Gümrük idarelerindeki angaryay, önleme ad,na konulan dü ük fiyatlı, ürünlere KDV istisnas, bu noktada ciddi vergi kayb,na sebep olabilmektedir⁴⁶.

Dijital ekonomide KDV sorunlar,na çözüme ad,na en etkin çal, an uluslararası, kurulu un Avrupa Birli i (AB) oldu u görülmektedir. AB'de dijital ekonominin dolayl, vergileri aç,s,ndan önemli ad,malar at,larak sorun büyük oranda çözülmü tür. Klasik ekonomi içinde geçerli olan tek bir sistem üzerinden tüm Avrupa'daki tüketimlerin vergilendirilmesi kural, dijital

⁴⁰ CO KUN, s.155.

⁴¹ OECD, Addressing the Tax Challenges, s.12.

⁴² OECD, Addressing the Tax Challenges, s.221.

⁴³ OECD, Addressing the Tax Challenges, s.147.

⁴⁴ TÜRKAN, Muhammet: öDijital Ekonomide Vergilendirme Sorunlar, ve Çözüm Aray, lar,ö, Vergi Dünyas,, S.436, Aral,k 2017, s.43.

⁴⁵ KARA/ÖZ, s.34, 35.

⁴⁶ EUROPEAN PARLIAMENT: Tax Challenges In The Digital Economy, 2016, s.8; Türkiye'de 22 euro olan gümrük vergisine ili kin bu s,n,r 15.05.2019 tarihli 30775 say,l, Resmi Gazete'de yay,m lanan 1111 say,l, Cumhurba kanl, , karar, ile kald,r,lm, t,r.

ekonomiye de aktar,lm, t,r. Bu sistemde sat,c,, tek bir KDV mükellefiyeti tesis ettirmekte her ülkeyle ayr, ayr, muhatap olmamaktad,r. Sistem üzerinden ödedi i KDV ülkesinde tüketim yap,lan ülkeye aktar,lmaktad,r. Birlik d, ,ndan gelen ürünler için 10 Euroøduk bir istisna s,n,r, konularak angarya i lemlerden kaç,n,lmaya çal, ,lm, t,r. Bu istisnaya göre Birlik d, ,ndan ithal edilen ürünün de eri 10 Euroødan dü ükse KDV istisnas,na tabi olacakt,r⁴⁷

IV. ÇÖZÜM ÖNER LER

Dijital ekonomi sadece yeni kavramlar veya olgular ortaya ç,kararak de il klasik vergilendirme sistemlerine getirdi i yeni uygulamalarla irketlerin vergi giderlerini, devletlerin vergi gelirlerini azaltm, t,r⁴⁸. Özellikle uluslararası, irketlerin farklı ülkelerdeki i letmelerini kullanarak büyük miktarlarda vergiden kaç,nmas, dikkatlerin bu yöne çevrilmesine sebep olmu tur. Bunun neticesinde 2013 y,l,nda ba layan bir süreçte G20 ve OECD ortak çal, mas, olarak Base Erosion and Profit Shifting⁴⁹ (BEPS) eylem planlar, haz,rılanm, t,r⁵⁰. Bu eylem planlar,n,n temel amac, devletlerin haks,z bir ekilde vergi gelirlerinin azalmas,n, önlemektir. Bu amaçla bu eylem planlar,nda dijital ekonominin getirdi i zorluklarla mücadele ön planda tutulmu tur. Bu çal, malar, yürütmek amac,yla bir çal, ma grubu⁵¹ kurulmu olup bu grup çal, malar,n, raporlamaktad,r⁵². 2017 senesinde bu çal, malar kapsam,nda aralar,nda Türkiye'nin de bulundu u 100øden fazla ülke uluslararası, bir anla ma imzalam, t,r. Bu anla maya göre taraf ülkeler BEPS eylem planlar,ndaki tavsiyelerin çifte vergilendirmeyi önleme anla malar,na aktar,lmamas,n, taahhüt etmektedir. Bu sayede uluslararası, bir i birli i ile matrah a ,nd,r,lmamas, ve kazanç kayd,r,lmamas,n,n önüne geçilmek istenmektedir⁵³. Bu eylem planlar, içerisinde dijital ekonominin getirdi i yeniliklerle mücadele en önemli madde olarak görülmektedir⁵⁴. Ancak BEPS kapsam,nda var,lan çözüm önerilerinin çifte vergilendirmeyi önleme anla malar,na aktar,lmamas, zordur. Zira bunun için hem iki tarafl, veya çok tarafl, uzla ma gerekmekte hem de her ülke aç,s,ndan usul i lemlerinin tamamlanmas, gerekmektedir. Mevcut durumdan müstefid olan ülkelerin bu süreçleri uzataca , a ikâd,r.

Dijital ekonominin ortaya ç,karm, oldu u zorluklar, ortadan kald,rılmak için uygulamada ülkeler üç farklı yöntem benimsemektedir: sabit bir i yerinin varl, ,n, tespit noktas,nda önemli miktarda ekonomik varl,k kavram,, yap,lan i lemlerden tevkîfat yap,lmamas, ve denkle tirme vergisi alınmas,. Ancak OECD bu uygulamalar, mevcut a amada tavsiye etmemektedir. Bunun yerine devletlerin BEPS Eylem Planlar,na sad,k kalmas,n, istemekte, bu planlar,n uygulanmas, sonucunda dijital ekonominin getirdi i vergisel zorluklar üzerinde olumlu yönde büyük bir etkisi olaca ,n, belirtmektedir⁵⁵. Ülkelerin bir k,sm, ise bu uygulamalar, gerekli görmekte ve uygulamaktad,r. Ayr,ca bu ülkeler dijital ekonominin vergilendirilmesi hususunda ülkelerin farklı yöntemler kullanmas,n,n sak,ncas,n,n fark,ndad,r. Bu sebeple bu tür uygulamalara ba layacak devletler için bir tür rehber niteli inde kurallar belirlenmesi gerekti ini belirtmektedirler. Bu dü üncede olan devletlere kar ,, uluslararası, ve köklü bir çözüm bulunana kadar bu tür tedbirlere kar , olan devletler de vard,r⁵⁶.

Sabit bir i yerinin tespiti konusunda, eskiden oldu u gibi fiziki bir i yerinin varl, ,n,n art ko ulmas,, dijital teknolojiyi araç olarak kullanan irketler için vergiden kaç,nman,n önemli bir araç, olmu tur. Birçok irket bu sayede faaliyette bulundu u ülkede hiç vergi ödememektedir. Bu sebeple sabit i yeri tan,m,n,n de i tirilmesi gerekmektedir. Bu noktada fiziki varl,k art,na ba l, olmaks,z,n bir irket bir ülkede önemli ölçüde iktisadi varl, a sahipse

⁴⁷ BUDAK, The Transformation, s.311; ABøde dijital ekonominin vergilendirilmesiyle ilgili bilgi için bkz: B L C , Nurettin, Avrupa Birli i ve Türkiye II, Ankara: Sava , 2018, s.74-76, 83-87.

⁴⁸ Bu azalman,n y,ll,k 100-240 Milyar ABD Dolar, civar,nda oldu u tahmin edilmektedir. Bkz: OECD: Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, 2018, s.2.

⁴⁹ Matrah A ,nd,r,lmamas, ve Kazanç Kayd,r,lmamas,.

⁵⁰ OECD'nin bu konuda daha önce yapm, oldu u faaliyetlere güncelli ini yitirdi i için bu çal, mada yer verilmemi tir. Bu çal, malar,n ayr,nt,s, için bkz: OECD, Addressing the Tax Challenges, s.151.

⁵¹ Bu çal, ma grubunun ismi The Task Force on the Digital Economy (TFDE)ødir. Türkçe anlam,: Dijital Ekonomide Görev Birli i/Görev Gücü.

⁵² OECD, Addressing the Tax Challenges, s.11.

⁵³ OECD, Multilateral Convention, s.4, 5.

⁵⁴ Avrupa Komisyonu BEPS eylem plan,n, olumlu bulmakta ve desteklemektedir. Bkz: EUROPEAN COMMISSION, s.6; Bununla beraber Avrupa Parlamentosu yay,mılad, , raporunda OECD'nin alm, oldu u tedbirlerin zorlay,c, olmamas, sebebiyle ele tirmi tir. Bkz: EUROPEAN PARLIAMENT, s.9; Ayn, yönde di er bir görüşü için bkz: KARA/ÖZ, s.32.

⁵⁵ OECD, Addressing the Tax Challenges, s.13.

⁵⁶ OECD, Tax Challenges Arising, s.178.

o ÷lkede mükellef olarak vergiye tabi olmal,d,r. Ancak OECD Model Vergi Anla mas,nda halen sabit bir i yerinin varl, , art ko ulmaktad,r.

kinci uygulama tevkîfat müessesesidir. Buna göre bir devlet, kendi ÷lkesinde faaliyet göstermesine ra men fiziki bir varl, a sahip olmad, , gerekçesiyle vergilendiremedi i irketlere yap,lacak ödemeler üzerinden kesinti yap,lmas, zorunlulu u getirebilir. Bu çözüm yolu basit ve h,zl, olmakla birlikte vergi adaletine ula ma konusunda eksik kalabilir. Zira kesinti yap,l,rken gerçek kazanç üzerinden de il brüt kazanç üzerinden kesinti yap,l,maktad,r. Doktrinde tevkîfat uygulamas,n,n iki farkl, uygulamas, olabilece i belirtilmi tir. İlk tavsiyede tevkîfat oran, kurumlar vergisi/gelir vergisi oran, ile ayn, olmal,d,r. kinci ihtimalde ise tevkîfat oran, daha dü ÷k olmal,d,r⁵⁷. Tevkîfat oran,n,n gelir üzerinden al,nan vergilere k,yasla daha dü ÷k olmas, hakkaniyetli oland,r. Zira tevkîfat yap,lacak i letmeler giderlerini dü emeyece i için daha dü ÷k oranda vergi al,nmas, di er mükelleflerle k,smen e itlenmelerini sa layacaktır. Daha yüksek uyguland, , takdirde ise sabit i yeri bulundurmeyen mükellefleri sabit i yeri açarak gerçek usulde vergilendirmeye sevk edebilir. Zira bu durumda, sabit i yeri aç,lmad, , takdirde daha fazla vergi yükü olu acakt,r.

Devletlerin dijital ekonominin vergilendirilmesi hususunda uygulad,klar, di er yöntem denkle tirme vergisi al,nmas,d,r. Denkle tirme vergisi k,saca, çe itli sebeplerle rakipleri gibi vergi ödemeyen ki i veya kurumlar,n haks,zl, , engellemek için ayr, bir vergiye tabi tutulmas,d,r. Dijital ekonomi aç,s,ndan bak,ld, , zaman, bir irketin dijital teknolojiyi kullanarak bir ÷lkede kazanç elde etmesine ra men o ÷lkede kazanç elde eden di er mükelleflerden farkl, olarak vergi ödememesi sebebiyle müstakil bir vergiye tabi olmas,n, ifade etmektedir. Genellikle ikametgâh, olmayan mükellefin bu tür vergiye tabi olmas, için faaliyetlerinin belli bir niceliksel büyüklü e ula mas, gerekmektedir⁵⁸.

Bu yöntemlerin dünyada çe itli ÷lkelerce uygulanmaya ba land, , gör÷lmektedir. srail ve Hindistanın önemli miktarda ekonomik varl,k kriterini uygulamaya koyduklar, gör÷lmektedir. Hindistan ayr,ca online reklamc,l, a özgü olarak denkle tirme vergisi de uygulamaktad,r. Bu verginin oran, toplam reklam ücreti üzerinden %6 olarak tespit edilmi tir⁵⁹. talyaıda benzer bir ekilde sabit bir i yeri olmayan ve dijital ekonomide faaliyet gösteren irketlerden gösterdikleri faaliyetin toplam miktar, üzerinden hesaplanan %3dük bir denkle tirme vergisini yürürlü e koymu tur⁶⁰.

Fransaıda ise farkl, bir uygulama göze çarpmaktad,r. İlk olarak 2003 y,l,nda DVD veya VCD sat, lar,n, konu alan bir vergi konmu tur. Teknolojinin geli mesiyle bu vergi sadece fiziki sat, lar, de il online video sat, lar,n, veya video yoluyla elde edilen kazançlar, da kapsam, t,r. Bu sebeple dünyada en çok kullan,lan video payla ,m sitesi Youtube bu vergiye dahil oldu u için verginin ad, öYoutube Vergisiö olarak adland,r,lm, t,r. Bu vergi 100.000 Euro üzeri kazanc, olan mükelleflere %2 ve %10 olarak uygulanmaktad,r⁶¹.

ngiltereıde dijital ekonominin ortaya ç,kard, , vergi kay,plar,n, ortadan kald,rabilmek için önemli bir ad,m atm, t,r. Diverted Profit Tax⁶² DPT ad,yla konulan vergiye göre, sabit i yeri bulundurmamas, sebebiyle ngiltereıde elde etti i kazanc, ngiltere taraf,ndan vergilendirilmeyen veya kazançlar,n, transfer fiyatland,rmas, yoluyla yurtd, ,na ç,karan mükelleflerin bu kazançlar, üzerinden %25 vergilendirilmesi öngör÷lmü tür. Bu vergi 2015 y,l,ndan beri uygulanmaktad,r ve denkle tirme vergisinin en önemli örneklerindedir⁶³.

Bunlar,n yan,nda ABıde genel bir dijital reklam vergisi uygulanmas, konusunda çal, malar sürmektedir. Son bir y,ld,r süren çal, malarda Dijital Servis Vergisi (Digital Services Tax) ve Dijital Reklam Vergisi (Digital Advertising Tax) önerileri üzerinde

⁵⁷ SHAH, s.14.

⁵⁸ USLU, Yasin: öDijital Ekonomide Vergisel Problemlerö, Vergi Dünyas., S.436, Aral,k 2017, s.152.

⁵⁹ Bu vergi taraflar aras,ndaki i lemin de erinin 1500 ABD Dolar,n, a mas, durumunda uygulanacaktır. Bkz: ERDEM, s.29.

⁶⁰ OECD: Tax Challenges Arising from DigitalisationóInterim Report 2018, OECD Publishing, Paris, s.137-145.

⁶¹ OECD, Tax Challenges Arising, s.146.

⁶² Kayd,r,lm, Kazanç Vergisi

⁶³ ERDEM, s.27,28.

çal, ,lmaktadır⁶⁴. Facebook, Twitter, Google, Uber gibi dijital irketlerin y,ll,k ciolar,n,n %3öü üzerinden vergilendirilmesi dü ünülen çal, mada, ABDden misilleme gelece i gerekçesiyle AB içerisinde anla ma sa lanamamaktadır⁶⁵.

Bu tür geçici önlemlere kar , olan devletlere göre bu uygulamalar,n birçok sak,ncal, sonucu ortaya ç,kmaktadır. Bunlar k,saca u ekilde s,ralanabilir⁶⁶:

- Ortaya ç,kan ek maliyetler sebebiyle yat,r,mlar, yenilikler ve dolay,s,yla büyümenin azalmas,,

- Maliyetlerin yükselmesi sonucu bunun fiyatlara yans,mas, ve dolayl, olarak genel refah seviyesinin dü mesi,

- Ülkelerin farklı yöntemler uygulamas, ve mevcut standart vergilerle beraber uygulanmas, sebebiyle çifte vergilendirme problemlerinin ortaya ç,kmas,,

- Geçici olarak konulan bu vergilerin kal,c, hale gelme ihtimali veya gerçekten geçici olsa bile geçici bir süre için yeni bir vergi veya vergilendirme yöntemi ihdas,n,n gereksizli i,

- Geçici olarak ihdas edilecek vergi veya vergilendirme yöntemine uyum ve idare masraflar,n,n varl, ,.

Bu tür geçici önlemleri uygulama taraftar, olan devletler ise, bu sak,ncalar,n varl, ,n, kabul etmekle birlikte, hiçbir vergi koymaman,n maliyetini de dü ünmektedir. Ayr,ca onlara göre bu sak,ncalar,n bir k,sm, al,nacak önlemlerle hafifletilebilir. Bu önlemler u ekilde s,ralanm, t,r; milletleraras, mükellefiyetlere riayet, geçici olarak uygulama, belirli hedeflere ve alanlara yönelik olma, çifte vergilendirmeyi/küçük i letmelere-yeni ba layanlara olan etkisini/karma ,kl, , ve maliyetleri minimize etme⁶⁷.

OECDnin BEPS Eylem Planlar, kapsam,nda çal, malar, devam etmekte olup dijital ekonominin getirdi i vergisel zorluklarla ilgili milletleraras, bir konsensusa ula may, amaçlanmaktadır. Bu kapsamda 2019 y,l,nda yay,mlanan raporlarda dijital ekonominin getirdi i vergisel zorluklarla mücadele amac,yla iki ayr, bölümden çal, ma yürütülmesi benimsenmi tir. Birinci bölüm çal, malarda vergilendirilecek kazançlar ve ba lant, noktalar,n,n da ,l,m, ve netle tirilmesi hususuna yo unla ,lmakta yeni yöntemler önerilmektedir. kinci bölümde ise matrah a ,nd,r,lmas, ile ilgili çal, malara yo unla ,lmaktadır. Ayr,ca yap,lacak çal, malar,n ekonomik analizi ve etki de erlendirmesi yap,lmas, amaçlanm, t,r⁶⁸.

Dünyada sosyal medya kullan,c,lar,na yönelik ilginç bir vergi örne ine rastlanm, t,r. Uganda'da uygulamaya konan vergiye göre sosyal medya kullanan ki iler TL kar ,l, , olarak günlük yakla ,k 23 kuru vergi ödeyecektir. Bu verginin konulma amac, ise Devlet Ba kan, taraf,ndan ülkede artan ödedikoduö faaliyetlerini engellemek oldu u söylenmi tir⁶⁹. Düzenlemeye göre kullan,c,lar, günlük olarak eri mek istedikleri sosyal medya a ,na eri meden evvel bu ödemeyi yapacaklard,r⁷⁰. Temmuz 2018'de uygulamaya giren vergi sonucu Ülke-de internet kullan,m,n,n azald, , belirtilmektedir⁷¹. Hâlbuki OECD bu yöndeki uygulamalar, tasvip

⁶⁴ KPMG: öECOFIN fails to reach agreement on digital advertising tax compromise textö, 2019, <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2019/03/etf-399-ecofin-digital-advertising-tax.html>, (Eri im Tarihi :18.04.2019).

⁶⁵ T24: AB ülkeleri, dijital platformlar,n y,ll,k ciolar, oran,nda vergilendirilmesi konusunda anla amad,, 06.11.2018, <https://t24.com.tr/haber/ab-ulkeleri-dijital-platformlarin-yillik-ciolarini-oraninda-vergilendirilmesi-konusunda-anlasamadi,741780>, (Eri im Tarihi: 08.03.2019).

⁶⁶ OECD, Tax Challenges Arising, s.178, 179.

⁶⁷ OECD, Tax Challenges Arising, s.180-189.

⁶⁸ 2020nin sonunda final raporu aç,klanmas, beklenen çal, malar,n ayr,nt,s, için bkz: OECD: Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, Paris; OECD: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, Public Consultation Document, 2019.

⁶⁹ CNNTURK: öSosyal medya vergisi geliyorö, 04.06.2018, <https://www.cnnturk.com/teknoloji/sosyal-medya-vergisi-geliyor>, (Eri im Tarihi: 07.03.2019).

⁷⁰ DAILYNATION: öUgandans feel the pinch as social media tax takes effectö, 01.07.2018, <https://www.nation.co.ke/news/Social-media-tax-takes-effect-Uganda/1056-4641062-15sojod/index.html>, (Eri im Tarihi: 26.08.2019).

⁷¹ QUARTZ AFRICA: öUganda's social media tax has led to a drop in internet and mobile money usersö, 19.02.2019, <https://qz.com/africa/1553468/uganda-social-media-tax-decrease-internet-users-revenues/>, (Eri im Tarihi: 18.04.2019).

etmemektedir. OECD'ye göre internet üzerinden yapılan ücretli tanıtım ve reklamlar vergilendirilmeli ve mükellefi nihai kullanıcı, d, ndaki aktörler olmalıdır.⁷²

Sosyal medya işletmelerinin vergilendirilmesi sorunsal, online reklam gelirlerini vergilendirme yetkisinin kime ait olacağı, sorusu etrafında toplanmaktadır. OECD reklam, muhatab, olan tüketicilerin bulunduğu ülkenin yetkili olması, gerektiğini belirtmektedir. Reklam sağlayıcı, sosyal medya sitesi veya diğer reklam sağlayıcılar, zaten reklamların hangi ülkede kaç kez görüntülandığını tespit etmektedirler. Bu durum vergilendirmeyi kolaylaştıracaktır.⁷³

Dijital ekonominin devletlerin vergi gelirini azaltmasına çözüm olarak yeni vergiler konulması, olumsuz etkilerinin bulunacağı, belirtilmektedir.⁷⁴ Buna göre dijital ekonomiyi kullanarak ekonomik faaliyette bulunan bir işletme, ödeyeceği yeni vergi sebebiyle azalan kârın, telafi etmek için zam yapma yoluna gidecektir. Bu ise genel yaşam standardını düşürecektir.⁷⁵ Bu çözümün bir diğer olumsuz noktası, konulan vergi sebebiyle çifte vergilendirme sorununun ortaya çıkabilme ihtimalidir. Nitekim aynı faaliyet sebebiyle bir işletme hem kurumlar vergisi hem yeni konulan vergiyi ödeme ihtimali ile karşılaşabilecektir. Bunun yanında bir ülkede denk gelir vergisi ödeyen bir mükellef başka bir ülkede aynı kazanç üzerinden gelir üzerinden alınan vergiyi ödemek zorunda kalabilecektir.⁷⁶ Bu sebeple dijital ekonomideki vergi sorunları, ile mücadele edilirken uluslararası işbirliği hareket edilmesi, her ne kadar zor olsa da, elzem görülmektedir.

Dijital ekonominin vergilendirilmesi problemini çözme adına Türkiye'de bir Elektronik Ticaret İzleme Merkezi'nin kurulması, gerektiğini belirtilmiştir. Bu Merkez, Türkiye'de faaliyet yapması, ramen Türkiye'de yerleşim yeri olmadığı, için vergilendirilemeyen mükelleflerin tespitinde ve bu mükelleflerin Türkiye'de sabit bir işyeri açması, tevkif hususunda çalışması, gerektiğini belirtilmektedir.⁷⁷

V. SOSYAL MEDYA İŞLETMELERİNİN KAZANÇ TÜRLERİ VE VERGİLENDİRİLMESİ

A. Sosyal Medya İşletmelerinin Kazanç Türleri

Sosyal medya, dijital ekonominin doğuşu ile birlikte yeni bir alan, olarak ortaya çıkmıştır. Sosyal medya şirketleri insanlar, birbirleriyle olan iletişimleri kolaylaştırmakta, düşüncelerini ifade etmelerini sağlamakta ve haber alma kaynakları, olarak kullanılmaktadır. Sağlanan bu faydalar karşısında kullanıcıların bir ücret ödemesi normal karşılanabilir. Ancak herhangi bir sosyal medya şirketi ücret talep ederse çok hızlı bir şekilde kullanıcılar, kaybedecektir. Zira insanlar bu tür hizmetler için ücret ödemek istememektedirler. Ücret talep eden bir şirketten ayrılmak hızlı bir şekilde ücretsiz olan platforma geçiş sağlayacaklardır. Bu sebeple başka gelir kaynakları, ihtiyaçları, vardır.⁷⁸

Sosyal medya işletmelerinin en önemli gelir kaynağı, online reklamdır.⁷⁹ Bu hususu ifade etmek için ösosyal medya işletmelerinin bizim göz bebeklerimizi reklamcılara kiralar, ö belirtilmiştir.⁸⁰ Kullanıcılar,ndan kullanıcı ücreti almayan sosyal medya işletmelerinin mümkün olduğu kadar fazla kullanıcıya ulaşarak bunları, online reklam sektöründe kullandıkları,

⁷² OECD, Tax Challenges Arising, s.185.

⁷³ OECD, Tax Challenges Arising, s.189, par. 459, 460.

⁷⁴ Avrupa Komisyonu da dijital ekonominin mevcut vergi sistemine adapte edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz: EUROPEAN COMMISSION, s.5.

⁷⁵ OECD, Tax Challenges Arising, s.179.

⁷⁶ İngiltere'de uygulanan Kaydırılmış Kazanç Vergisi'nde (Diverted Profit Tax) böyle bir tehlike olduğu yönünde bkz: GÜLHAN, Kurban Nadir: ÖAyn Gündemi Google Vergisi ve İngiltere Yansımaları, (Diverted Profit Tax), Vergi Dünyası, Temmuz 2015, s.141.

⁷⁷ ÖKSÜZ/TÜRGAY, s.151; KDV konusunda benzeri bir sistem önerisi için bkz: ERTA, s.149.

⁷⁸ FALCH, Morten/HENTEN, Anders/TADAYON, Reza/W NDEK LDE, Iwona: Business Models in Social Networking, CMI International Conference Social Networking and Communities, 2009, s.3; Online reklam uygulamasının ilk olarak 1994 yılında yapıldığı, yönünde bkz: İK, s.44.

⁷⁹ Online reklam, en önemli iki alanın, arama motorları, reklam, ve sosyal medya reklamı, olduğu belirtilmektedir. Arama motoru reklamı, 2017 rakamlarına göre yıllık yaklaşık 1 milyar TL civarında olduğu yönünde bkz: ERTA, s.134.

⁸⁰ MCFARLANE, Greg: How Facebook, Twitter, Social Media Make Money From You, 2014, <https://www.investopedia.com/stock-analysis/032114/how-facebook-twitter-social-media-make-money-you-twtr-lnk-d-fb-goog.aspx>, (Erişim Tarihi: 16.03.2019).

belirtilmektedir⁸¹. Nitekim reklamcılık sektöründe sosyal medya işletmelerini öne çıkararak, karın hususlar; çok sayıda kullanıcıya sahip olmaları, farklı türlerde içerik üretebilme imkânı ve hedef kitleyi tespit edebilme ansı olarak belirtilmiştir⁸². Online reklamcılık sektörü, dijital ekonominin devletleri vergilendirme açısından en çok zorlayan hususlar, bünyesinde barındırmaktadır. Online reklam sağlayıcılar, bir ülkede ürün pazarlayan işletmelerin reklamlarını, o ülkedeki tüketicilere ulaştırmakta bu esnada o ülkede hiçbir fiziki varlık bulundurmamaktadırlar. Bu yüzden klasik vergilendirme anlayışı ile vergilendirilebilmeleri zordur. 2017 verilerine göre sadece Facebook'un yaklaşık 20 milyar ABD Doları kâr ettiği göz önüne alınrsa, ülkelerinde faaliyet gösteren bu şirketleri devletlerin vergilendirmek istemesi normal görülmelidir⁸³.

En önemli sosyal medya işletmelerinden olan Facebook'un verilerine göre, reklam gelirlerinin %74'ü yerel reklam gelirlerinden mürekkeptir. Bu durum uluslararası firmalardan daha çok yerel veya ulusal firmaların Facebook aracılığıyla reklam verdiğini göstermektedir. Bu veriye göre sosyal medya işletmelerinin, reklam veren ve reklamın hedef kitlesinin bulunduğu ülkede vergilendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır⁸⁴.

Günümüzde sosyal medya işletmeleri kendilerini ve reklam güçlerini kanıtlayarak, olmaları, nara men geçmişi te bu kadar güçlü de ilken en önemli gelir kaynakları, yatırımcılarını yaptı, yatırımları oldu u görülmektedir. Gerçekten sosyal medya klasik medya araçları, karışında yeterince güçlü de ilken sosyal medyanın geleceğine güvenen yatırımcılar tarafından ciddi şekilde fonlanmaktadır⁸⁵.

Sosyal medya şirketleri dijital ekonomi vesilesiyle kendileri ciddi kazançlara sahip oldukları gibi üçüncü kişilerin kazanç sağlamasına da katkı sağlayabilmektedir. Mesela günümüzde önemli bir örnek olan öyoutuberö bir meslek olarak sosyal hayata girmiştir. Bu mesleği icra eden kişiler dünyanın en büyük video paylaşım sitesi Youtube aracılığıyla olurlar, video içeriklerini üçüncü kişilere ulaştırabilmektedirler. Bu videolar kullanılarak izleyicilere reklam izlettirilmekte veya gösterilmekte ve gelir elde edilmektedir. Youtube elde ettiği gelirin bir kısmını, izlenme miktarlarına göre youtuberlara da dağıtmaktadır. Bu kişilerin yaptıkları ticari kazanç yoksa serbest meslek kazancı olarak maddelenmelidir ve belirsizdir⁸⁶. Buna benzer bir çalışma modeli Facebook adlı sosyal medya işletmesinde de mevcuttur. Facebook kullanıcıları, Facebook üzerinden oynadıkları oyunlar için belli ücretler ödeyebilmektedir. Bu oyunlar ise Facebook de il üçüncü kişilere gelmektedir. Sonuç olarak bu ücretlerin bir kısmı bu üçüncü kişilere gitmektedir. 2009 verisine göre bu ücretler 1.6 milyar ABD dolarını bulmuştur⁸⁷.

Türkiye'de ise elektronik reklam gelirlerinin ciddi miktarlara ulaştığı görülmektedir. IAB Turkey verilerine göre 2018 yılında ilk yarısında toplam elektronik reklam harcaması 1.2 milyar TL'yi aşmıştır. Tüm sene bazında değerlendirildiğinde 2.5 milyar TL'ye ulaşabileceği görülmektedir. Üstelik bu gelirlerinin çoğunu arama motorları ve sosyal medya işletmeleri tarafından elde edilmektedir⁸⁸. Basit bir hesap ile bu faaliyetlerin vergilendirilmemesi yüzlerce milyon liralık vergi kaybına sebep olabilecektir.

⁸¹ MCFARLANE, Greg: öHow Facebook, Twitter, Social Media Make Money From Youö, 2014, <https://www.investopedia.com/stock-analysis/032114/how-facebook-twitter-social-media-make-money-you-twtr-lnk-d-fb-goog.aspx>, (Erişim Tarihi: 16.03.2019).

⁸² G R G N, Hidayet: öSosyal Medyada Yayınlanan Reklamların Vergisel Açısından Değerlendirilmesiö, Vergi Raporu, S.200, 2016, s.72, 73.

⁸³ HABERTÜRK: öFacebook rekor kırıldı, 02.11.2017, <https://www.haberturk.com/facebook-ne-kadar-para-kazaniyor-facebook-rekor-kirdi-1696938-ekonomi>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019); 2018 yılında son çeyreinde 16.9 milyar ABD doları gelir ve 6.9 milyar ABD doları kâr elde etmiştir. Görüldüğü üzere kâr miktarı gittikçe artmaktadır. Bkz: THE NEW YORK TIMES: öFacebook's Profits and Revenue Climb as It Gains More Usersö, 30.01.2019, <https://www.nytimes.com/2019/01/30/technology/facebook-earnings-revenue-profit.html>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

⁸⁴ FALCH/HENTEN/TADAYON /W NDEK LDE, s.13.

⁸⁵ FALCH/HENTEN/TADAYON /W NDEK LDE, s.3.

⁸⁶ Web tasarımı, ile ilgili verdiği bir müktezaada vergi idaresi bunların ticari kazanç olduğunu belirtmiştir. Bu müktezaya katılan bu tür kazançlar da ticari kazanç kabul edilebilir. Bkz: ED RNE VERGİ DA RES BA KANLI I: 23/02/2012 tarih ve B.07.1.G B.4.22.15.01-GVK:1-2/-6 sayılı, Özelge (Mükteza).

⁸⁷ FALCH/HENTEN/TADAYON /W NDEK LDE, s.12.

⁸⁸ IAB TURKEY: öIAB Turkey Released 2018 Half Year Digital Ad Revenueö, 11.10.2018, <https://www.iabturkiye.org/iab-turkey-released-2018-half-year-digital-ad-revenue>, (Erişim Tarihi:18.04.2019).

B. Türkiye'de Sosyal Medya İletmelerinin Vergilendirilmesi

Türkiye'de faaliyet gösteren ve milyonlarca kullanıcıya sahip olan sosyal medya işletmeleri, 2019 yılı, başına kadar bu kazançlarından gelir vergisi ödememekteydi. Nitekim vergi idaresi tarafından verilen muktezalarda da bu husus vurgulanmış, t.r⁸⁹. Bunun temel sebebi bu işletmelerin Türkiye'de sabit bir iş yeri açmamasıdır. Sabit bir iş yerinin olmaması, ise mevcut çifte vergiyi önleme anlamına göre dar mükellefiyetin sağlanmasıyla engel teşkil etmektedir. Hâlbuki bu haksız bir durumdur. Zira bu işletmeler her ne kadar Türkiye'de fiziksel sabit bir iş yerine sahip olmasa da, sanal ortamda Türkiye'de yaşayan insanlar üzerinden ciddi kazançlar elde etmektedirler. Nitekim Türkiye'deki bir şirket, potansiyel müşterilerine sosyal medya işletmeleri aracılığıyla reklam yaparak bu işletmelere reklam ücretleri ödemektedir. Burada reklam ücretini ödeyen de reklama muhatap olan da Türkiye'dedir. Ancak söz konusu sosyal medya işletmesinin Türkiye'de fiziksel sabit bir iş yeri olmadıkça, iş için Türkiye'nin gelir vergisi açısından vergilendirme yetkisi olmamaktadır. Bu durum ise ülkeler arasında adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır.

2015 yılında Türkiye'de elektronik ticari işletmelerin tespit edilebilmesi için 464 sayılı No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile belli ki ilere elektronik ticaret ile ilgili edindikleri bilgileri verme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre; araç, hizmet sağlayıcılar⁹⁰, bankalar, internet reklamcılar, hizmet araçları⁹¹, kargo ve lojistik işletmeleri edindikleri elektronik ticari işletmelere ilişkin bilgileri Maliye Bakanlığına iletmekle yükümlü kılınmış, t.r. 7061 sayılı Kanun ile VUK'un mükerrer 257 nci maddesine eklenen hükümlerle elektronik ticarete vergi güvenliğini sağlamak üzere Maliye Bakanlığına bilgi toplama konusunda yetki verilmiştir. Bu düzenlemeyle Türkiye'de dijital ekonominin vergilendirilebilmesi için önemli bir adım atılmış, t.r.

Bu adımdan sonra sosyal medya işletmelerinin vergilendirilebilmesi için 2016 yılında önemli bir adım daha atılmış, t.r⁹². 6745 sayılı Kanunla 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 11. maddesine eklenen hükümlerle:

“Cumhurbaşkanı, ödeme yapılan işlemlerin mükellef olup olmamasına, ödeme yapan veya ödemeye aracılık edenlerin vergi kanunlarına göre vergi kesintisi yapmak zorunluluğuna bulunup bulunmamasına, ödemenin konusunun mal veya hizmet alım satım olup olmamasına, elektronik ortamda gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesine, ödeme yapılan bu tutar, vergi matrahının tespitinde indirim konusu yapılmamasına bakılmaksızın, vergiye tabi işlemlere taraf veya arac olanlara vergi kesintisi yaptırılmaya, iş grupları, işlevleri, sektörler ve emtia grupları, itibarıyla, vergiye tabi işlemlerle ilgili, vergi kanunlarında belirtilen alt ve üst limitler arasında olmak üzere, farklı kesinti oranları, tespit etmeye yetkilidir.”

Bu düzenlemenin gerekçesinde amaçlanan elektronik işletmelerdeki kayıtların önüne geçilerek vergilendirilmesini sağlamak olduğu vurgulanmış, t.r:

“Ekonomik işletmelerin teknolojik gelişmeyle birlikte gittikçe karmaşık bir hale gelmesi vergi kanunlarında bu ihtiyacı karşılayacak yeni bir vergi güvenlik müessesesi ihtiyacına, doğrudur. Bu nedenle yapılan düzenleme ile Bakanlar Kuruluna, vergiye tabi işlemlere taraf

⁸⁹ Buna göre, randa mukimi şirketin, Anla man, n 5 inci maddesi kapsamında Türkiye'de bir iş yerine sahip olmaması, ve reklam hizmetini bu iş yeri vasıtasıyla vermemesi durumunda söz konusu reklam hizmeti kar, l, nda elde edilecek ticari kazançlar, vergileme hakkı, yalnızca randa'ya ait bulunmaktadır. Bkz: STANBUL VERGİ DA RES BA KANLI I: 23/02/2012 tarih ve B.07.1.G B.4.34.16.01-KVK 30-701 sayılı, Özelge (Mukteza).

⁹⁰ Arac, Hizmet Sağlayıcı: 6563 sayılı, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunla tanımlanan başlıklar, na ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılması, na elektronik ticaret ortamında, sa layan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir.

⁹¹ İnternet Reklamcılar, Hizmet Araçları: İnternet ortamında ticari amaçla reklam ve tanıtım hizmetinin verilmesi için aracılık eden gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir.

⁹² Bu adımdan önce böyle bir düzenleme olacağı yönünde birçok haber çıkmış, t. Bkz: MEMURLAR.NET: Sosyal medya vergi takibinde, 27.03.2014, <https://www.memurlar.net/haber/461919/sosyal-medya-vergi-takibinde.html>, (Erişim Tarihi: 16.03.2014); ALJAZEERA: -Twitter vergi kaçırıyor, 09.04.2014, <http://www.aljazeera.com.tr/haber/twitter-vergi-kaciriyor>, (Erişim Tarihi: 16.03.2019).

⁹³ Söz konusu hükümdeki ödeme yapılan işlemlerin mükellef olup olmamasına ilişkin Anayasaya aykırılığı, oldu u yönünde bkz: AYLUÇTARHAN, Arif/AKIN, Emre: Dijital Reklam Hizmetlerine Getirilen Vergi Kesintisinin Vergi Tekniği ve Uluslararası Uygulamalar Açısından Değerlendirilmesi, Vergi Sorunlar, Dergisi, S.369, Haziran 2019, s.75.

veya arac, olanlara vergi kesinti yapt,rmaya ve belirli arklar alt,nda farkl, kesinti oranlar, tespit etmeye ili kin yetki verilmektedir.

Maddede öngörülen yetki sayesinde, ba ta internet üzerinden gerçekle tirilen ticari i lemler olmak üzere, bilgi i lem teknolojilerinin yayg,n olarak kullan,ld, , alanlarda kay,tl, ekonomiye geçi i h,zland,rmak ve kay,t d, ,l,kla etkin mücadele etmek ad,na her türlü i leme kar , korunakl, bir yap, h,zl, ve etkin bir biçimde olu turulabilecektirö.

6745 say,l, Kanun ile Gelir Vergisi Kanunuğunun 94. maddesine, Kurumlar Vergisi Kanunuğunun ise 15. ve 30. maddelerine eklemeler yap,larak Cumhurba kan,ın elektronik ortamdaki i lemler için gelir ve kurumlar vergisi kesintisi yapmas,n, önü aç,lm, t,r⁹⁴. Bu yetkiye dayanarak Cumhurba kan, 19 Aral,k 2018 tarihli Resmi Gazete'de yay,mlanan 476 say,l, Karar, ile elektronik ortamda reklam geliri elde edenlerin tevkîfat usulüyle vergilendirilmesini sa lam, t,r. Söz konusu karar,n 1. Maddesine göre:

ö213 say,l, Vergi Usul Kanunuğunun 11 inci maddesinin yedinci f,kras, uyar,nca, 193 say,l, Gelir Vergisi Kanunuğunun 94 üncü maddesinin birinci f,kras,nda ve 5520 say,l, Kurumlar Vergisi Kanunuğunun 15 inci maddesinin birinci f,kras,nda say,lanlara internet ortam,nda verilen reklam hizmetleri vergi kesintisi kapsam,na al,nm, olup bu hizmetlere ili kin olarak hizmeti verenlere veya internet ortam,nda reklam hizmeti verilmesine arac,l,k edenlere yap,lan ödemelerden, ödeme yap,lacak ki iler mükellef olup olmamas,na bak,lmaks,z,n vergi kesintisi yap,l,rö.

Kararın devam eden maddelerinde, reklam hizmeti veren veya arac,l,k eden gerçek ki ilere ve dar mükellef kurumlara yap,lacak ödemelerden %15; tam mükellef kurumlara yap,lacak ödemelerden ise %0 vergi kesilece i düzenlenmi tir. Ba ka bir ifadeyle kanuni veya i merkezi Türkiye'de bulunan reklam sa lay,c, kurumlara yap,lan ödemelerden kesinti yap,lmamas, kararla t,r,lm, t,r⁹⁵. Bu mükelleflerin gelirlerini zaten beyan etti i için gerçek gelirleri üzerinden vergilendirilmeleri yoluna gidildi i anla ,lmaktad,r. Zira tevkîfat usulünde giderler dü ülmeden vergilendirme yap,ld, , için gerçek gelire ula ,lamamaktad,r. Gayri safi gelir üzerinden vergi al,nmaktad,r. Bu sebeple tam mükellef kurumlar,n verdikleri elektronik reklam hizmeti sonucu elde ettikleri kazanç üzerinden tevkîfat usulüyle de il de normal usul olan beyan usulüyle vergilendirilmeleri, vergi adaletine ula ma bak,m,ndan daha do rudur. Bunun yan,nda yine vergi adaletine ula abilmek için elektronik reklam hizmeti veren dar mükellef kurumlar ile gerçek ki ilere yap,lacak ödemeler üzerinden al,nacak verginin %15 ile s,n,rl, tutulmas, da vergi adaletine ula ma bak,m,ndan önemlidir. Bunlardan al,nacak gelir vergisi oran, kanuni oranlardan dü ük tutularak giderlerini indirememeleri sebebiyle olu acak ma duriyetleri giderilmeye çal, ,lm, t,r. Zira Türkiye'de kurumlar vergisinin kanuni oran, %20⁹⁶ gelir vergisinin oran, ise %15-35 aras,nda artan oranl, tarifedir. Bu vergi kesintisi 2019 y,l, ba ,nda yürürlü e girdi i uygulama sonuçlar,na ili kin herhangi bir veri bulunmamaktad,r.

nternet üzerinden verdikleri reklam için ücret ödeyen herkes de il Kurumlar Vergisi Kanunu m. 15 ile Gelir Vergisi Kanunu m. 94'te say,lan mükellefler tevkîfat yapmakla yükümlü tutulmu lard,r. Söz konusu hükümlere göre bu ki iler; kamu idare ve kurulu lar,, iktisadî kamu kurulu lar,, sair kurumlar, ticaret irketleri, i ortakl,klar,, dernekler, vak,flar, dernek ve vak,flar,n iktisadî i letmeleri, kooperatifler, yat,r,m fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbab,, ziraî kazançlar,n, bilânço veya ziraî i letme hesap, esas,na göre tespit eden çiftçilerdir.

Türkiye'nin ba vurdu u tevkîfat yöntemini sak,ncal, bulan görü e göre, esas problem, i yerinin tespiti noktas,ndad,r. Bu problem çözülmeyen tevkîfat yoluna ba vurulmas, uluslararası, alanda çifte vergilendirmeye sebep olabilecektir. Bu görü e göre öncelikle sanal i yeri kavram, netle tirilmeli daha sonra ngiltere örne inde oldu u gibi i yeri olu turmayanlara müstakil bir vergi uygulanmal,d,r. yeri olu turanlar ise dar mükellef olarak vergiye tabi

⁹⁴ Söz konusu hükümlere VUK m.11/7 kapsam,ndaki ödemelerinde tevkîfat kapsam,na al,nd, , eklemesi yap,lm, t,r. Halbuki VUK m.11/7'de Cumhurba kan,ına tevkîfat kapsam,na alma yetkisi verildi i için 6745 say,l, Kanun'da GVK m.94 ve KVK m.15'e yap,lan eklemelerin belirlilikten ve öngörülebilirlikten uzak oldu u yönünde bkz: AYLUÇTARHAN/AKIN, s.76.

⁹⁵ Ayn, yönde aç,klamalar için bkz: 17 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebli i.

⁹⁶ 2017 y,l,nda 7061 say,l, Kanun ile 2018, 2019 ve 2020 y,llar, için bu oran,n %22 olarak uygulanmas, kanunla t,r,lm, t,r.

olmal,d,r⁹⁷. Bununla beraber Türkiye'de dijital ekonomiyi ve sosyal medya irketlerini vergilendirmeyi öngören tevkifat müessesinin son derece etkili olaca , dü üncesi de ileri sürülmü tür⁹⁸.

Hukuki aç,dan düzenlemeye bak,ld, ,nda, internette reklam hizmeti veren yabancı, irketlerin Türkiye'de tam mükellef olarak de il dar mükellef olarak vergilendirilece i aç,kt,r. Bununla birlikte dar mükellefiyet tesisi için hem GVK m. 7 hem de OECD Model Vergi Anla mas, gere ince dar mükellef aday,n,n sabit bir i yeri veya daimi temsilcisine ihtiyaç vard,r. Bu artlar sa lansayd, zaten böyle bir tevkifat müessesesine gerek kalmadan Türkiye'de vergilendirme sa lanabilirdi. Ancak dünyanın, ön de gelen online reklam hizmeti sa lay,c,lar,n,n Türkiye'de dar mükellefiyet tesis ettirmemesi sonucu gelir elde etmelerine ra men gelir vergisi mükellefi olmamaktad,rlar. Türkiye ise bu haks,z durumu ortadan kald,rmak için dünyada benzeri örnekleri bulunan tevkifat yolunu uygulamaya koymu tur. Burada mükellefiyet artlar,n, sa lamayan ki ilerin tevkifat yoluyla mükellef yap,lmas, durumu ortaya ç,kmaktad,r. Üstelik bu mükellefiyet yürütme organ, karar, ile tesis edilmektedir. Burada üphesiz hem çifte vergilendirmeyi önleme anla malar,na hem de Anayasadaki kanunilik ilkesine ayk,r,l,k konusunda tart, malar olu acakt,r. Bununla beraber Türkiye'nin ald, , önlem, uluslararası, alandaki vergilendirme yetkisi aç,s,ndan hukuka ayk,r, de ildir⁹⁹. Zira kendi ülkesinde gelir elde edilmesine ra men gelir vergisi ödenmemektedir. Bunun için Cumhurba kanl, , Karar, ile yap,lan bu düzenlemenin kanuni düzenlemeye kavu turulmas, ve en az,ndan anayasal tart, malardan uzak bir hukuki statüye kavu turulmas, gerekmektedir.

KDV hususunda ise önceden beri bir netlik oldu u söylenebilir. Nitekim Türkiye'de yararlan,lan dijital hizmetlerin KDV'ye tabi olaca , eski tarihli muktezalarda belirtilmi tir. Bu muktezalara göre;

ÖBuna göre, irketiniz taraf,ndan rlanda mukimi firmadan google üzerinden al,nan reklam hizmetinden Türkiye'de yararlan,ld, ,ndan bu hizmet ifas, KDV'ye tabi olacakt,r. Söz konusu firman,n Türkiye'de ikametgâh,, i yeri, kanuni merkezi veya i merkezinin bulunmas, halinde, rlanda mukimi firma taraf,ndan hizmet bedeli üzerinden hesaplanacak verginin düzenlenen faturada gösterilmesi ve 1 no.lu KDV beyannamesi ile beyan edilerek ödenmesi gerekmektedir.

Di er taraftan, verginin mükellefi rlanda mukimi firma olmakla birlikte, söz konusu firman,n Türkiye'de ikametgâh,, i yeri, kanuni merkezi ve i merkezinin bulunmamas, halinde hizmet bedeli üzerinden hesaplanacak verginin, Kanunun 9/1 inci maddesi ve 15 seri no.lu KDV Genel Tebli inin (C) bölümü gere ince irketiniz taraf,ndan 2 no.lu KDV beyannamesi ile sorumlu s,fat,yla beyan edilerek ödenmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

Her ne kadar muktezalar vergi hukuku aç,s,ndan ba lay,c, nitelik ta ,masa da, vergi idaresinin görü ünü ortaya koydu u için uygulamay, yans,tmaktad,r.

Ayr,ca KDV hususunda da 2017 y,l,nda 7061 say,l, Kanun ile elektronik ortamdaki i lemlerin vergilendirilmesi hususunda ad,m at,lm, t,r. 3065 say,l, KDV Kanunu'nun öVergi Sorumlusuö ba l,kl, 9. Maddesinin 1. F,kras,na eklenen u hükümlerle AB uygulamas, örnek al,narak elektronik ortamdaki i lemlerin KDV'sinin hizmeti sunan taraf,ndan ödenece i vurgulanm, t,r:

Ö u kadar ki Türkiye'de ikametgâh,, i yeri, kanuni merkezi ve i merkezi bulunmayanlar taraf,ndan katma de er vergisi mükellefi olmayan gerçek ki ilere elektronik ortamda sunulan hizmetlere ili kin katma de er vergisi, bu hizmeti sunanlar taraf,ndan beyan edilip ödenir. Maliye Bakanl, , elektronik ortamda sunulan hizmetlerin kapsam, ile uygulamaya ili kin usul ve esaslar, belirlemeye yetkilidir¹⁰¹.

⁹⁷ ERDEM, s.39.

⁹⁸ ÖKSÜZ/TÜRGAY, s.150; Bu ad,mlar,n etkili ad,mlar oldu u ve çok uluslu irketleri Türkiye'de i yeri açmaya veya i lerinin atfedildi i bir i yeri göstermeye sevk edebilece i yönünde bkz: USLU, s.60.

⁹⁹ AYLUCETARHAN/AKIN, s.84.

¹⁰⁰ STANBUL VERG DA RES BA KANLI I: 23.02.2012 tarih ve B.07.1.G B.4.34.16.01-KVK 30-701 say,l, Özelge (Mukteza).

¹⁰¹ Bu düzenlemeye ili kin ayr,nt,lar 30318 say,l, 31/01/2018 tarihli Resmi Gazete'de yay,mlanan 17 Seri No'du KDV Genel Uygulama Tebli inde De i klik Yap,lmas,na Dair Tebli ile belirlenmi tir.

Bu düzenleme ile nihai tüketicilerin KDV'den sorumlu olmas, önlenmi tir. Türkiye'de nihai tüketicilere hizmet ifas, veya mal sat, , yapan yabanc, irketlerin Türkiye'de mükellefiyet tesis etmesi sa lanmaya çal, ,lm, t,r. Buna mukabil Türkiye'de KDV mükellefi olan bir ki iye Türkiye'de KDV mükellefi olmayan yabanc, bir ki i veya irketin mal teslimi/hizmet ifas,nda bulunmas, durumunda zaten KDV mükellefi olan al,c, taraf,ndan sorumlu s,fat,yla ödenmesi gerekti i anla ,lmaktad,r.

VI. SONUÇ

Son y,llarda günlük hayat,n önemli bir parças,n, olu turmaya ba layan sosyal medya i letmeleri, elde ettikleri kazançlarla da adlar,ndan söz ettirmektedirler. Dijital ekonominin bir parças, olan sosyal medya i letmelerinin vergilendirilmesi çe itli zorluklar içermektedir. Öncelikle klasik vergileme anlay, ,nda özellikle ticari kazanç unsurunda sabit ve fiziki bir i yerinin var olmas, gerekti i için sanal i letmelerin vergilendirilmesinde hukuki ve fiili sorunlar olu maktad,r. Yine sosyal medya i letmelerinin en büyük kazanç unsuru olan online/elektronik reklam sektörü nispeten yeni bir sektör oldu u için vergilendirilmesinde uluslararası, zorluklar ortaya ç,kmaktad,r. Bu i letmelerin merkezleri, faaliyet yerleri ve bu irketlere reklam ücreti ödeyen ki ilerin ikametgâhlar, farklı, ülkelerde olursa vergileme yetkisinin hangi devlete ait olaca , uluslararası, bir vergi sorunu do urmaktad,r.

Dijital ekonominin vergiden kaç,nma ve vergi kaç,rma hususunda getirdi i yeni tür araçlarla mücadele etmek, bu ekonomideki kazançlar,n görmezden gelinemeyecek bir seviyeye gelmesi sebebiyle dünyanın, dikkatini çekmi tir. Bu sebeple buradaki vergi kay,plar,yla mücadele etmek için OECD ve AB gibi uluslararası, kuruluş lar,n baz, faaliyetler yapt, , görülmü tür. AB, dijital ekonomideki KDV yükümlülü ü konusunda birlik içindeki sa lam yap, sebebiyle fazla zorlanmam, t,r. Ancak gelir vergisine geldi imizde bir çözüme ula ,lamad, , görülmektedir. Bu konuda AB ülkelerinin koyduklar, yeni tür vergilerle kendi ba lar,n,n çaresine bakt,klar, görülmü tür. Özellikle ngiltere'de uygulanan denkle tirme vergisi (Kayd,r,lm, Kazanç Vergisi¹⁰²) dikkate de er bir uygulamad,r.

Bunun yan,nda OECD'nin de G20 ile birlikte BEPS Eylem planlar, kapsam,nda dijital ekonominin getirdi i vergisel sorunlarla mücadele etti i görülmektedir. OECD'nin ve G20'nin yapt, , çal, malar ihtiyari kat,l,ma dayal, ve kat,ld,ktan sonra da bir zorlama içermeyen sadece yol gösterici bir nitelik ta ,maktad,r.

Sosyal medya i letmeleri dijital ekonominin vergisel aç,dan getirdi i sorunlar, bünyesinde bar,nd,r,maktad,r. Bu sebeple sadece sosyal medya i letmelerini de il tüm dijital ekonominin vergilendirilmesi meselesini bir bütün olarak dü ünlemek gerekmektedir. Zira sosyal medya i letmelerinin elde ettikleri kazançlar ve yapt,klar, faaliyetler tipik dijital ekonomi faaliyetidir. Bu i letmelerin en önemli kazanç unsurlar,n,n online/elektronik reklam sektörü oldu u görülmektedir. Bu sebeple bu sektör ba ta olmak üzere tüm dijital ekonominin vergilendirilebilmesi için uluslararası, alanda yeknesak bir çal, ma yap,lmaz, ve bunun uygulanmas, gerekti i anla ,lmaktad,r.

Bu çal, mada Türkiye'de son dönemde online/elektronik reklamlar,n vergilendirilebilmesi için yap,lan çal, malar ortaya konmu tur. Çifte vergilendirmeyi önleme anla malar,, bir irketin merkezi i yerinin bulunmad, , ülkede vergilendirilebilmesini fiziki ve sabit i yeri art,na ba lad, , için sabit i yeri Türkiye'de bulunmayan online reklam sa lay,c,lar,n,n, Türkiye'deki kazançlar,n,n dahi vergilendirilememesi sonucunu do urmaktayd,. Gelir daresi Ba kanl, ,n,n görü ü de bu yönde geli mi ti. Ancak 2016 y,l,nda ç,kar,lan 6741 say,l, Kanun ve buna dayanarak ç,kar,lan Cumhurba kanl, , Kararnamesi ile durum de i mi tir. Buna göre 476 say,l, Cumhurba kanl, , Karar, gere ince gelir vergisi aç,s,ndan; Türkiye'de fiziki bir i yeri olmayan online reklam sa lay,c, irketler ile bunlara arac,l,k eden gerçek ki ilerin vergilendirilmesinde tevkîfat usulünün, Türkiye'de tam mükellef olan kurumlar,n vergilendirilmesinde ise gerçek usulün uyguland, , görülmü tür. Buna göre tam mükellef olan kurumlara yap,lacak online reklam ücreti ödemelerinde herhangi bir kurumlar vergisi kesintisi yap,lmayacak, bu ki iler bu gelirlerini beyan ederek ödeyeceklerdir. Bunlara uygulanacak vergi oran, %20'dir¹⁰³. Dar mükellef kurumlar ile gerçek ki ilere

¹⁰² Diverted Profit Tax

¹⁰³ 2017 y,l,nda 7061 say,l, Kanun ile 2018, 2019 ve 2020 y,llar, için bu oran,n %22 olarak uygulanmas, kanunla t,r,lm, t,r.

yapılacak online reklam ücreti ödemelerinde ise %15 gelir/kurumlar vergisi kesilmesi kararlarıdır. Bu usulde kazanç elde edenlerin giderlerini düşmeyeceği düşünüldüğünde daha az bir oran belirlenmesi yerinde görülmektedir. Gerçek ki iler açışından ise bir ayrımla yapılmadığı görülmektedir. Bu ki ilerin Türkiye'de tam mükellefiyeti varsa, vergilerini öderken mezkûr %15'lik kesintiyi vergiden mahsup etmeleri gerekir.

KDV hususunda ise, önceki dönemlerden beri Gelir dairesi Başkanlığı'nın görüşü, online reklam hizmetlerinden Türkiye'de faydalanıldığında, takdirde KDV'ye tabi olacağı yönündedir. Vergilendirilme usulünde ise; reklam sağlayıcının Türkiye'de KDV mükellefiyeti varsa onun tarafından, yoksa ücreti ödeyen kişi tarafından sorumlu olacaktır. Ancak ücreti ödeyen kişinin KDV mükellefiyeti yoksa (mesela tüketici konumunda ise) durum nasıl olacaktır? KDV mükellefiyeti olmayan bir gerçek kişinin sadece bu işlem için KDV mükellefiyeti tesis etmesi söz konusu olamayacağı için sorunun çözümü 7061 sayılı Kanun'da yapılmıştır. KDV Kanunu'nun 9. maddesine yapılan ek cümle ile böyle bir durumda hizmet sağlayıcının KDV mükellefiyeti tesis ederek KDV ödemesini yapması gerektiği belirtilmiştir.

Türkiye'nin son yıllarda büyüyen online reklamcılık sektörünü vergilendirme niyetinde olduğu görülmektedir. Bunun için yukarıda bahsedilen vergi düzenlemeleri yapılmıştır. Bu düzenlemelerin ne kadar etkili olduğu zaman içinde anlaşılacaktır. Ancak sorunu bu kadar basit görmemek gerekir. Dijital ekonomi sadece online reklamcılık sektöründen ibaret değildir. Mesela bulut bilişim veya 3D yazıcı ile sağlanan hizmetlerin vergilendirilmesi nasıl olacaktır? Tüm bu sorunların bir bütün olarak ele alınması, ve uluslararası alanda yeknesak bir sistem içerisinde çözülmesi gerekmektedir. Bu sebeple uluslararası kuruluşların, dijital ekonominin getirdiği belirli vergisel sorunlarla ilgilenmek yerine tüm vergi sisteminin dijital sisteme uyarlanması daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA


- AKÇAO LU, Ertu rul: Ulusal ve Uluslararası, Perspektiften Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi, Yetkin: Ankara, 2012.
- AYLUÇTARHAN, Arif/AKIN, Emre: öDijital Reklam Hizmetlerine Getirilen Vergi Kesintisinin Vergi Tekni i ve Uluslararası, Uygulamalar Aç,s,ndan De erlendirilmesiö, Vergi Sorunlar, Dergisi, S.369, Haziran 2019, s.71-84.
- B ÇER, Ramazan: öDijital Vergiö, Dünya, 31.01.2014, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-vergi/19026>, (Eri im Tarihi: 16.03.2019).
- B L C , Nurettin: Avrupa Birli i ve Türkiye II, Sava : Ankara, 2018.
- BUDAK, Tamer: Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi, On ki Levha: stanbul, 2018.
- BUDAK, Tamer: öThe Transformation Of International Tax Regime: Digital Economyö, nönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2017, s.297-329, (The Transformation).
- CNNTURK: öSosyal medya vergisi geliyor!ö, 04.06.2018, <https://www.cnnturk.com/teknoloji/sosyal-medya-vergisi-geliyor>, (Eri im Tarihi: 07.03.2019).
- CO KUN, Neslihan: öElektronik Ticarete Vergilendirme Sorunlar, ve Uluslar Aras, Düzeyde Çözüm Aray, lar,n,n Türkiye Aç,s,ndan De erlendirilmesiö, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 14(1), 2005, s.153, 170.
- ÇET N GERGER, Güne : öElektronik Ticarete Tüketim Vergisi Olarak Kdv'nin Etkinli iö, Ekonomi Bilimleri Dergisi, 3(1), 2011, s.59-67.
- DAILYNATION: öUgandans feel the pinch as social media tax takes effectö, 01.07.2018, <https://www.nation.co.ke/news/Social-media-tax-takes-effect-Uganda/1056-4641062-15sojod/index.html>, (Eri im Tarihi: 26.08.2019).
- ERDEM, Tahir; öYeni Dünya Düzeni, Elektronik Ticaret Ve Vergiö, Mali Çözüm Dergisi, S.143, 2017, s.13-41.
- ERDEM, Tahir: öKayd,r,lm, Kazanç Vergisi (Diverted Profit Tax)ö Vergi Dünyas,, S.330, Mart 2016, s.111-119.
- ERTA , Bilal Levent: öDijital Ekonomide Yurt D ,ndan Al,nan Hizmetler Bak,m,ndan Kdv Mevzuat,ndaki Sorunlarö, Vergi Raporu, S.219, 2017, s.131-140.
- EUROPEAN COMMISSION: Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy, 2014.
- EUROPEAN PARLIAMENT: Tax Challenges In The Digital Economy, 2016.
- FALCH, Morten/HENTEN, Anders/TADAYON , Reza/W NDEK LDE, Iwona: Business Models in Social Networking, CMI International Conference Social Networking and Communities, 2009.
- G RG N, Hidayet: öSosyal Medyada Yay,m,lanan Reklamlar,n Vergisel Aç,dan De erlendirilmesiö, Vergi Raporu, S.200, 2016, s.71-78.
- GÜLHAN, Kurban Nadir: öAy,n Gündemi Google Vergisi ve ngiltere Yans,mas, (Diverted Profit Tax), Vergi Dünyas,, Temmuz 2015, s.140, 141.
- HABERTÜRK: öFacebook rekor k,r,d,ö, 02.11.2017, <https://www.haberturk.com/facebook-ne-kadar-para-kazaniyor-facebook-rekor-kirdi-1696938-ekonomi>, (Eri im Tarihi: 16.04.2019).
- IAB TURKEY: öIAB Turkey Released 2018 Half Year Digital Ad Revenueö, 11.10.2018, <https://www.iabturkiye.org/iab-turkey-released-2018-half-year-digital-ad-revenue>, (Eri im Tarihi: 18.04.2019).
- I IK, Hüseyin: öDijital Ekonominin Vergi Hukukundaki yeri Kavram,na Etkileriö, Vergi Sorunlar, Dergisi, S.356, May,s 2018, s.42-62.
- KARA, Mustafa Cemil/ÖZ, Ersan: öDijital Vergilendirmeye Küresel Bir Bak, ö, Vergi Dünyas,, S.424, Aral,k 2016, s.30-37.
- KPMG: öECOFIN fails to reach agreement on digital advertising tax compromise textö, 2019, <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2019/03/etf-399-ecofin-digital-advertising-tax.html>, (Eri im Tarihi: 18.04.2019).
- MASTAR ÖZCAN, Pelin: öDijital Ekonominin Vergilendirilmesinde Kar ,la ,lan Sorunlar: Beps 1 Nođu Eylem Plan, Kapsam,nda Bir De erlendirmeö, Electronic Journal of Vocational Colleges, Ekim 2016, s.73-82.
- MCFARLANE, Greg: How Facebook, Twitter, Social Media Make Money From You, 2014, <https://www.investopedia.com/stock-analysis/032114/how-facebook-twitter-social-media-make-money-you-twtr-lnkd-fb-goog.aspx>, (Eri im Tarihi: 16.03.2019).
- MEMURLAR.NET: öSosyal medya vergi takibindeö, 27.03.2014, <https://www.memurlar.net/haber/461919/sosyal-medya-vergi-takibinde.html>, (Eri im Tarihi: 16.03.2014).
- OECD: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, OECD Publishing, Paris, (Addressing the Tax Challenges).

- OECD: Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, 2018, (Multilateral Convention).
- OECD: Tax Challenges Arising from Digitalisation ó Interim Report 2018, 2018, OECD Publishing, Paris, (Tax Challenges Arising).
- OECD: Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2019, Paris.
- OECD: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, Public Consultation Document, 2019.
- ORGAN, brahim/ÇAVDAR, Fatih: öElektronik Ticaretin Vergilendirilmesinde Uluslararası, Alanda Ya anan Sorunlarö, nternet Uygulamalar, ve Yönetimi Dergisi, 3(1), s.63-84.
- ÖKSÜZ, Mehmet/TÜRGAY, Timur: öTürkiyeöde Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi Ve Tevkifat Müessesesiö, Yönetim Bilimleri Dergisi, 16(32), 2018, s.135-156.
- ÖNER, Cihat: Vergi Hukukunda yeri, maj Yay,nevi: Ankara, 2016
- SHAH, Shreyash: öTaxation Of Digital Economy: Is There A Bridge Over These Troubled Waters?ö, 2016, http://www.fitindia.org/downloads/Taxation_of_Digital%20Economy_Is_There_%20Bridge_over_These_Troubled_Waters_Shreyash_Shah.pdf, (Eri im Tarihi: 24.03.2019).
- T24: öAB ölkeleri, dijital platformlar,n y,ll,k ciolar, oran,nda vergilendirilmesi konusunda anla amad,ö, 06.11.2018, <https://t24.com.tr/haber/ab-ulkeleri-dijital-platformlari-yillik-ciolari-oraninda-vergilendirilmesi-konusunda-anlasamadi,741780>, (Eri im Tarihi: 08.03.2019).
- THE NEW YORK TIMES: öFacebookø Profits and Revenue Climb as It Gains More Usersö, 30.01.2019, <https://www.nytimes.com/2019/01/30/technology/facebook-earnings-revenue-profit.html>, (Eri im Tarihi: 16.04.2019).
- TURAN, Metin: Bili im Vergi Hukuku, Adalet Yay,nevi: Ankara, 2018.
- TURUNÇ, Sencer: öDijital Ekonomide yeri Kavram, ve Transfer Fiyatland,rmas,ö, Vergi Dünyas,, S.431, Temmuz 2017, s.50-59.
- TÜRKAN, Muhammet: öDijital Ekonomide Vergilendirme Sorunlar, ve Çözüm Aray, lar,ö, Vergi Dünyas,, S.436, Aral,k 2017, s.41-60.
- USLU, Yasin: öDijital Ekonomide Vergisel Problemlerö, Vergi Dünyas,, S.436, Aral,k 2017, s.148-154.
- YILDIZ, Bar, /GÜNAY, Hamdi Furkan: Türk Vergi Hukuku Ekseninden Dijital Ekonomiye Genel Bir Bak, , III. Uluslararası, Mesleki ve Teknik Bilimler Kongresi, 2018, s.4004-4012.

TEKNİK BULU LAR LE TASARIM KORUMASI ARASINDA SINIR ÇİZGİSİ : TEKNİK LEVİN TASARIMI EKLENDİRMESİ

THE DEMARCATION LINE BETWEEN TECHNICAL INVENTIONS AND DESIGN PROTECTION: SHAPING OF DESIGN BY THE TECHNICAL FUNCTION

Pelin KARAASLAN*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.609108>

Makale Bilgi

Gönderilme: 22/08/2019
Kabul: 22/10/2019

Anahtar Kelimeler

Tasarım,
Teknik levsellik,
Kümülatif Koruma,
Form Çeşitliliği,
öDoceramö Kararı.

Article Info

Received: 22/08/2019
Accepted: 22/10/2019

Keywords

Design,
Technical Functionality,
Cumulative Protection,
Multiplicity of Form,
öDoceramö Decision.

Özet

Her biri Sınai Mülkiyet Kanununda düzenlenen patent/faydal, model ve tasarım, hak sahibine sağlanan korumanın konusu bakımından birbirinden ayrıdır. Patent ile faydal, model teknik bululara, tasarım ise ürünlerin görünüm özelliklerine yönelik koruma sağlar. Her ne kadar ötekinin levni esasen patent ve faydal, model hukuku konusuna girse de ürünlerin teknik bir levni dayalı olarak ortaya çıkan görünüm özellikleri hem tasarım hem de patent (ve faydal, model) korumasından yararlanabilir. Buna karşın ürünün teknik levnin zorunlu kıldığı, görünüm özellikleri tasarım korumasından faydalanamaz. Zira patent ve faydal, model mevzuatı ile getirilen korumalar, sağlayamayan teknik özelliklerin, tasarım mevzuatına dayanarak benzer bir tekelleşme hak elde etmesi kanun koyucunun tercih etmediği bir durumdur. öTeknik levni tasarım, ekilendirmesi olarak da adlandırılan, tasarım hakkına getirilen bu istisnadan anlaşılmalıdır, gerektiği ise Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2018 yılında verdiği öDoceramö Kararı'ndan sonra yeniden üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Söz konusu kararında Divan, imdiye kadar benimsediğimiz öçeçenek özgürlüğü/form çeşitliliği ö kriteri yerine önedensellik kriterini de erlendirmenin odak noktası, yaparık tasarım hukukunun kapsamını daraltmış, tır.

Abstract

Patents/utility models and designs, each of which is regulated by the Industrial Property Law are separated from each other in terms of the subject of the protection provided to the right holder. Patents and utility models provide protection for technical inventions, while designs provide protection for the products' appearance features. Although the ötechnical functionö is mainly the subject of patent and utility model law, *the appearance features of products* determined by a technical function may benefit from both design and patent (and utility models) protection. However, the appearance features that are necessary for the technical functioning of the product cannot benefit from design protection. This is because the law makers do not prefer a case, where technical features that do not fulfill the requirements of the protection conditions stated in the patent and utility model legislation obtaining a similar monopolistic right based on the design legislation. What is to be understood from this exception to design rights, also named as öshaping of design by the technical functionö is an issue to be reconsidered in accordance with the öDoceramö decision of the Court of Justice of the European Union taken in 2018. Accordingly, the Court has made öcausalityö criterion the focal point of the assessment instead of the öfreedom of choice/multiplicity of formö criterion hitherto adopted and, consequently, narrowed the scope of design law.



Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Ö r Üyesi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.

 pkaraaslan@anadolu.edu.tr ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5695-192X>

I.G R

Çekici bir tasar,m, ürünün her eyi olmasa da tüketiciler ile daha i in ba ,nda iyi ileti im kurmak ve bu yolla rekabette öne geçmek için güçlü araçlardan biridir. Farkl , i letmelere ait ancak ayn , amaca hitap eden iki ürün aras,nda kalan tüketici kar ,s,nda, sunmu oldu u ürünün tasar,m,na önem veren rakip her zaman bir ad,m öndedir¹.

Tasar,m denilince akla ilk gelen estetik olsa da i levsel ve teknik tasar,m,lar da hayat, kolayla t,rman,n aray, ,na her geçen gün kendini daha fazla kapt,ran insano lu için ayn , cezbedicili i ta ,r. Bu tür tasar,m,lar, ürünün d , görünü üne oldu u kadar kalitesine de olumlu yönde katkı sa lar.

Öte yandan iyi bir tasar,m kadar, tasar,m,n hukuken etkili ekilde korunmas, da i letmeler aç,s,ndan önemlidir. Tasar,m,lar,n hukukumuzda ne ekilde korunaca ,, yürürlü e girmesi ile birlikte 554 say,l, Endüstriyel Tasar,m,lar,n Korunmas, Hakk,nda Kanun Hükmünde Kararnameyi² ilga eden 10 Ocak 2017 tarih ve 6769 say,l, S,nai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 55. vd. maddelerinde düzenlenmiştir³. Bununla birlikte, gösterdi i baz, özellikler nedeniyle ayn , anda ba kaca fikri mülkiyet haklar,n,n konusuna giren tasar,m,lar,n kümülatif (çoklu) bir korumadan yararlanmas, mümkündür. Dekoratif ve estetik unsurlar,n de il de teknik i levin ön planda oldu u tasar,m,larda çoklu koruma bak,m,ndan akla patent ve faydal, model mevzuat, gelmektedir.

Bu makalede öncelikle SMK'n,n tasar,m hükümleri ile salanan koruman,n konusu, kapsam,, artlar, ve kümülatif koruma ilkesi ele al,nacak; akabinde ise tasar,m korumas, artlar,na istisna getiren ve bir ürünün hem tasar,m hem de patent (ve faydal, model) mevzuat, arac,l, , ile kümülatif ekilde korunmas, bak,m,ndan s,n,r çizgisi te kil eden öteknik i levin tasar,m, ekillendirmesi⁴ö olgusu Avrupa Birli i Hukukundaki güncel geli meler , , ,nda incelenecektir.

II. TASARIM KORUMASININ KONUSU VE KAPSAMI

Sözlükte⁵, *özihinde canland,r,lan biçim, tasavvurö, öbir sanat eserinin, yap,n,n veya teknik ürünün ilk tasla ,, tasar çizim, dizaynö veya öbir ara t,rma sürecinin çe itli dönemlerinde izlenecek yol ve i lemleri tasarlayan çerçeveö gibi kar ,l,klar, olan tasar,m, tasar,mc,lar,n gözünde pazarda tespit edilen ihtiyaç, en iyi ekilde kar ,layacak ürünün planlanmas, eylemidir⁶. SMK kapsam,nda korunan tasar,m,lar ise m. 55/ f. 1'öte yer alan ötasar,mö tan,m,⁷ dolay,s,yla öürünün tümü veya bir parças,n,n ya da üzerindeki süslemenin çizgi, ekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüö ile s,n,r,l,d,r. O halde SMK'n,n tasar,m hukukuna dair düzenlemeleri ile öürünlerin*

¹ Tasar,m,lar,n önemi ve fonksiyonlar, için bkz.: OHLY, Ansgar: öDesignschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrechtö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Heft 9, 2007, s.73.

² Çal, man,n bundan sonraki k,sm,nda yalnızca öKHKö olarak an,lacakt,r. KHK öncesi dönemde ise tasar,m,lar haks,z rekabet hükümleriyle korunmaktayd,. Buna ili kin yay,mılanmam, Yarg,tay kararlar,na genel bir bak, için bkz.: SULUK, Cahit: öKar ,la t,rmal, Hukuk I , ,nda Türk Hukukunda Tescilsiz S,nai Ürünlerin Haks,z Rekabet Hükümleri ile Korunmas,ö, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), 15(1), 2014, s.176-177.

³ SMK'n,n üçüncü kitab, öTasar,mö ba l , ,n, ta ,maktad,r. Her ne kadar KHK ba l , ,nda öEndüstriyel Tasar,mö ifadesi geçse de KHK metninde ürün tan,m, olarak ö...endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesne...ö ibaresi yer almakta ve endüstriyel olmayan, bir zanaatkar,n ortaya koydu u ürünlere ait tasar,m,lar da korumadan yararlanmaktayd,. Bu aç,dan SMK'n,n getirdi i de i iklik yalnızca ekle yöneliktir.

⁴ öTeknik fonksiyonun tasar,m, ekillendirmesiö ekinde kavram, isimlendirip ö retide yayan yazar için bkz.: SULUK, Cahit: öTasar,mc,ya Seçenek B,rakmayan Tasar,m,lar,n Hukuki Durumu (Seçenek)ö, Prof. Dr. Ömer Teoman'ın 55. Ya Günü Arma an,, Cilt 1, Beta Yay,nevi, stanbul 2002, s.654.

⁵ Türk Dil Kurumu Sözlü ü için bkz.: <http://sozluk.gov.tr/>.

⁶ SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/ NAL Temel: öFikri Mülkiyet Hukukuö, Seçkin Yay,nc,l,k, 2. Bas., Ankara 2018, s.309; tasar,m için yap,lan di er tan,m,lar için bkz.: SARI, Onur: öS,nai Mülkiyet Kanunu Ba lam,nda Tasar,m,n Korunmas,ö, Terazi Hukuk Dergisi, 14(152), 2019, s.776; GEZER, Hale: ö554 Say,l, Kanun Hükmünde Kararname Hükümleri Çerçevesinde Tasar,m,nda Seçenek Özgürlü ü Kavram,n,n De erlendirilmesiö, *stanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2016, s.700-701.

⁷ SMK'da yer alan tan,m,n esasen tasar,ma dair genel bir tan,m de il de koruman,n kapsam,n, ifade etti ine dair bkz.: SEM Z, Özgür/KILIÇ, Muazzez, öTasar,m,lara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Say,l, S,nai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitapö, Terazi Hukuk Dergisi, 12(128), 2017, s.65.

görünümleri korunur⁸. Ürün, bilgisayar programlar, hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yan, s,ra birle ik bir ürün veya bu ürünü olu turan parçalar,, ambalaj gibi nesnelere, birden çok nesnenin bir arada alg,lanma sunumları,, grafik sembolleri ve tipografik karakterleri ifade eder (SMK m. 55/f. 2). Görünüm ise ürünün, her türlü süsleme, çizgi, ekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özellikleri dolay,s,yla görme duygusu ile alg,lanmaya elverişli olmasıdır. Bu bağlamda görsel in iki ya da üç boyutlu olarak alg,lanması, önem arz etmediği gibi insanın zevkine, güzellik duygusuna hitap etmesi, dolay,s,yla estetik olması, da gerekli değildir⁹. Estetik ve ilevselliği bir arada barındıran, hatta sadece bir ihtiyaca cevap vermek üzere ilevsel olarak tasarlanan ürünlerin görünümleri de hukukumuzda korunmaktadır. Zira örnekte de vurgulandığı gibi, bilhassa üç boyutlu tasarımlar, ürünün görünümünü genellikle ilev tabidir (*form follows function*)¹⁰. Öte yandan SMK'da tasarımın sınırları, öngörümü ile çizildiği için, ürünün normal kullanımı, esnasında görünür durumda olmayan parçaların dizaynı, ister estetik ister ilevsel olsun koruma kapsamında yer almayacaktır (SMK m. 56/ f. 2)¹¹.

Sonuç olarak bakıldığında, resim, desen, kâğıt, saat, sandalye, otomobil, cep telefonu ve hatta makarna gibi pek çok ürün görünümünü tasarımı korumasının konusunu oluşturmaktadır. Kanunun bu tür tasarımlara sağladığı hukuki korumanın ne olduğu ise SMK m. 59/ f. 1'de yer almaktadır. Buna göre, tasarımdan doğan haklar münhasıran tasarıma sahibine aittir. Üçüncü kişiler, kanunda sayılmadık hallerde, tasarıma sahibinin izni olmadan koruma kapsamındaki tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünü üretmez, piyasaya sunamaz, satamaz, ithal edemez, ticari amaçla kullanamaz veya bu amaçlarla elde bulundurmaz ya da bu tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunamazlar. Aksi halde tasarım hakkına tecavüz ile ilgili SMK'da öngörülen yaptırımlarla karşılaşır. Dikkat edilmesi gereken bir husus da, sağlanan bu korumanın sadece tescilli tasarımlar ile sınırlı olmadığıdır. Tescil edilmemiş tasarımlar da SMK kapsamında korunabilmekle birlikte, bu tasarımlar sahibine üçüncü kişilerce gerçekleştirilen yukarıda belirtilen fiilleri engelleme hakkının sadece korunan tasarımın aynısını veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması halinde verir¹³. Korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı, tarafından başlatılmaması olarak yapılan tasarımın ise koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanması kabul edilmez (SMK m. 59/ f. 2).

Öte yandan tasarıma sahibinin münhasır hakkı, sınırsız olmayıp öngörülen koruma süresi tescilli tasarımlar için başlangıç tarihinden itibaren beş yıl tescilsiz tasarımlar için ise koruma talep edilen tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıldır. Ancak tescilli tasarımların koruma süresinin beş yıllık dönemler hâlinde yenilenmek suretiyle toplam yirmi beş yıla kadar uzatılabilir, mümkündür (SMK m. 69).

III. TASARIM KORUMASININ ARTLARI

Tasarımların SMK'da öngörülen koruma kapsamından yararlanmalarını için olumlu ve olumsuz birtakım şartlar sağlanmalıdır, gerekir. Tasarımın sağlanması, gereken olumlu şartlar özenlilik ve önyatımcılıkta ekinde kendini gösterirken, olumsuz şart olarak da ökoruma dır,

⁸ Buna karşın KHK'da tasarımın bir ürünün tümü veya bir parçası, veya üzerindeki süslemenin, çizgi, ekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duymaları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü ekinde tanımlanmış, tır. Dolayısıyla KHK'da tasarımın görme d,ındaki duymaları algılanabileceği unsurlar, da kapsayacak şekilde daha geniş ifade edilmiştir. SMK'da tasarımın tanımlanması içeriğine yönelik bu daraltma, mevzuatımız, 12.12.2001 tarihli ve 6/2002 sayılı, Topluluk Tasarımlarına İlişkin Tüzük (*Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, OJ L 003, 05.01.2002, P. 0001 ö 0024*) ile uyumlu olmaya yöneliktir, bkz.: SEM Z/KILIÇ, s.65; EHRAL ÇELİK, Feyzan Hayal: ÖS,naı Mülkiyet Kanununun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler (*Temel Yenilikler*), in: 6769 Sayılı, S,naı Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), ed. Feyzan Hayal, Ehirali Çelik, BTHAE Yayınları, Ankara 2017, s.257 vd.

⁹ KOÇ ÇELİK, Nefise: ÖTasarımların Ulusal ve Uluslararası Hukukta Tescili ve Korunması, Adalet Yayını, Ankara 2009, s.18-19; SULUK/KARASU/NAL, s.312; TEKNALP, Ünal: ÖFikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayını, İstanbul 2012, s.674.

¹⁰ SULUK, Seçenek, s.646.

¹¹ SEM Z/KILIÇ, s.66-67; KHK'da bu şekilde bir hüküm yer almamasına rağmen SMK öncesi dönemde Yargıtayın uygulaması, da bu şekildeydi. Konuya ilişkin kararlar için bkz.: GÜNE, İhami: ÖS,naı Mülkiyet Kanununda Tasarım Tescili Konusundaki Yenilikler, Terazi Hukuk Dergisi, 12(128), 2017, s.117.

¹² Bkz.: SMK m. 59/ f. 3.

¹³ KHK'da yer almayan SMK ile sisteme giren tescilsiz tasarım koruması için bkz.: SARI, s.778. SULUK/KARASU/NAL, s.311; SEM Z/KILIÇ, s.65-66; EHRAL ÇELİK, Temel Yenilikler, s.282 vd.

hallerden olmamaö hususu kar ,m,za ç,kmaktad,r¹⁴.

A. Yenilik ve Ay,rt Edicilik

Tescilli ve tescilsiz tasar,mlar,n SMK m. 55 vd. kapsam,nda korunabilmesi için yeni ve ay,rt edici olmaları, zorunludur. Bu artlar, sa lay,p sa lamad,klar, tescilli tasar,mlar için ba vurular tarihi veya varsa rüçhan tarihi, tescilsiz tasar,mlar için ise kamuya sunma tarihi esas alınarak incelenir. Bu tarihler itibariyle, dünyanın herhangi bir yerinde daha önceden kamuya sunulmuş olan tasar,mlar Türkiye'de art,k yeni kabul edilmezler (SMK m. 56/ f. 4)¹⁵. Dolay,s,yla yurtd, nda var olan bir tasar,m, Türkiye'ye ilk getiren olmak, tasar,m hakk, kazanmak bak,m,ndan bir anlam ifade etmez¹⁶. Kamuya sunmak ile kastedilen sergileme, sat, gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yay,m, tan,t,m veya benzer amaçl, faaliyetlerin tümüdür. Tasar,m,n gizlilik art,yla üçüncü bir ki iye aç,klanmas, halinde kamuya sunma art, gerçekte mi olmaz (SMK m. 57).

Ay,rt edicilik ise tasar,m,n genel izlenim itibariyle di erlerinden farklı oldu unun bilgilendirilmesi yani dikkatli ve deneyimli bir kullan,c, gözüyle bak,ld, nda anlaşılabilir olmasıdır¹⁷. Ay,rt edicilik aynı zamanda tasar,mlar,n koruma kapsam,nda belirleyen bir özelliktir. Zira SMK m. 58/ f. 1ø e göre tasar,m sahibi, kendi tasar,m,na k,yasla ay,rt edici niteli e sahip olmayan tasar,mlara karşı, bu Kanundan doğan haklar,n, kullanabilir. Bu bağlamda tasar,mc,n,n sahip olduğu seçenek özgürlü ünün rolü büyüktür. SMK m. 56/ f. 6øye göre ay,rt edici niteli in de erlendirilmesinde, tasar,mc,n,n tasar,m, geli tirmede sahip olduğu seçenek özgürlü ünün derecesi dikkate alın,r. Dolay,s,yla tasar,mc,n,n i levsel ve sektörel bazda yönelebilece i alternatif görünümüne kadar fazlaysa tasar,m, farklıla t,rabilmesi de o kadar mümkündür¹⁸.

B. Koruma D, , Hallerden Olmama

Tasar,mlar yenilik ve ay,rt edicilik özelliklerini sa lasalar dahi SMK m. 58/ f. 4øte sayılan hallerden biriyle örtü tükleri sürece koruma kapsam, nda yer al,rılar. Bu durum aynı zamanda SMK m. 67/ f. 2øye göre tescile itiraz sebebi, SMK m. 77/ f. 1-aøya göre ise hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiştir.

Koruma d, , hallerden ilki kamu düzenine ve genel ahlaka ayk,r, tasar,mlar, bir di eri ise hükümlerle, k alametleri ile bu kapsam d, nda kalan ancak kamuyu ilgilendiren, dini, tarihi ve kültürel değerler bakım,ndan halka mal olmaları ve ilgili mercilerin tescil izni vermedi i i aretlerin, armaların, ni anların veya adlandırılmaları, uygunsuz kullan,m,n, içeren tasar,mlardır. Söz konusu unsurlar,n tasar,m,n yalnızca bir bölümünü oluşturması, halinde geri kalan kısm,n tek baş,na tasar,m kimli ini korumas, ve di er artlar,n, ta ,ması, halinde SMK uyar,ınca korunması, uygulamada mümkündür¹⁹.

SMK m. 58/ f. 4 ile kapsam d, nda tutulan di er iki hal ise i levsel yönü olan tasar,mlara özgü koruma istisnalarıdır. Tasar,m,n kullan,ld, , veya uygulandı , ürünün, başka bir ürüne mekanik olarak monte edilmesi veya bağlanması, için belirli biçim ve boyutlarda üretilmesi zorunlu olan ürünlerin tasar,mlar, koruma d, nda tutulmuştur. Aynı durum, bu çal, man,nda konusunu oluşturmuş ürünün teknik i levinin zorunlu k,ld, , görünüm özellikleri için geçerlidir. Burada kastedilen, teknik i lev gösteren tasar,mlar,n tasar,m hukuku ile korunamayacağı,

¹⁴ Tasar,m korumas,nda artlar, için bkz. KARAHAN, Fatih: 66769 Say,ı, S,nai Mülkiyet Kanunu Kapsam,nda Tasar,m Tesciliyle İlgili Getirilen Temel Yeniliklerö, in: 6769 Say,ı, S,nai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), ed. Feyzan Hayal ehirali Çelik, BTHAE Yay,nlar,, Ankara 2017, s.310 vd.; PEKD NÇER, Remzi Tamer/G RAY, Eda R./BA , Kadir: 66769 Say,ı, S,nai Mülkiyet Kanunuö, Seçkin Yay,nc,ı,k, Ankara 2019, s.214.

¹⁵ SMK'n,n arad, , yenilik ödününe çap,nda bir yenilikö, bir di er ifadeyle mutlak yeniliktir. Buna karşı, nispi yenilik, başka bir bölge ya da ülkede var olan tasar,m,n tescili istenen ülke s,n,rılar, içerisinde bilinmemesidir. SMK gerekçesinde, yenilikçilik ve yarat,c,lı ,n en üst düzeyde geli tirilmesi hedefiyle mutlak yenilik yaklaş,m,n,n benimsendi i ifade edilmiştir [SMK gerekçesi için bkz. S,ra Say,s,: 341, S,nai Mülkiyet Kanunu Tasar,s, (1/699) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf> (Eri im: 20.10.2019)].

¹⁶ SULUK/KARASU/NAL, s.316.

¹⁷ SARI, s.782; SULUK/KARASU/NAL, s.316-317.

¹⁸ CAV T, Ebru Ceren: 66769 Say,ı, S,nai Mülkiyet Kanunu'na Göre Tasar,mlar,n Korunması,ö, Fasikül Hukuk Dergisi, 10(100), 2018, s.258; SULUK/KARASU/NAL, s.317-318.

¹⁹ SEM Z/KILIÇ, s.69.

de ildir. Zira tasar,mlar,n yap,lmaz,nda sadece estetik kayg,larla hareket edilmemekte, i levsellik de ön planda tutulmaktadır. Hatta kan,m,zca i levsellik, üç boyutlu tasar,mlar,n tercih edilmesinde neredeyse estetik ve dekoratif niteliklerden önde gelmektedir. Dolay,s,yla tasar,m korumas,na dair istisna olu turan husus, tasar,m,n teknik i lev göstermesi de il teknik zorunluluktan kaynaklanmas,d,r. Bunun ne ifade etti i çal, man,n ileriki bölümünde özel olarak ele al,naca , için burada detayland,r,lmayacaktır.

IV. KÜMÜLAT F KORUMA LKES

Tasar,ma konu olan ürünün, telif hakk,, marka, patent ve faydal, model gibi fikri mülkiyete konu olan ba kaca haklar,n koruma artlar,n, ta ,mas, mümkündür²⁰. te bir ürünün bu ekilde birden fazla düzenlemeye dayanarak korunmas, ö retide kümülatif (çoklu) koruma olarak adland,r,lmaktadır²¹.

5846 say,1, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu²²nda (FSEK)²² düzenlenen telif hakk,, sahibine belirli bir kapsamda inhisari yetkiler tan,yan, üstelik bunu da tasar,m korumas,na nazaran çok daha uzun bir süre (sahibinin ya am, boyunca ve ölümünden sonra da yetmi y,l, bkz. FSEK m. 27) için sa layan bir hakt,r. Ayr,ca telif hakk,n,n do mas, için herhangi bir yere tescil gerekmemekte, eserin üretilmesi ile hak kendili inden kazan,lmaktadır²³. Ürün tasar,mlar,n,n telif hukuku kapsam,nda korunmas,, tasar,m,n FSEK kapsam,nda öeserö olarak addedilebilmesine, dolay,s,yla sahibinin hususiyetini ta ,mas,na ve Kanun²⁴da yer alan eser türlerinden birine girmesine ba l,d,r²⁴. Bu ba lamda akla özellikle, estetik görselleri konu alan güzel sanat eserleri²⁵ gelmektedir. Ancak estetik yönü bask,n dahi olsa her tasar,m,n güzel sanat eseri say,lmaz, mümkün olmad, ,ndan²⁶, FSEK ile SMK²⁷n tasar,m hükümlerinin yollar,n,n kesi e bilece i alanlar s,n,r,l,d,r.

Tasar,mlar,n SMK²⁸n birinci kitab,nda düzenlenen marka hukuku normlar, ile de korunmas, ihtimal dahilindedir²⁷. Zira sadece sözcüklerin de il renklerin, desenlerin, resim ile logolar,n ve hatta bir ürünün ambalaj,n,n ya da ürünün kendi sahip oldu u biçimin de marka olabilmesi mümkündür (SMK m. 4). Ancak bunun için söz konusu i aret ya biçimin bir i letmenin mal veya hizmetlerini di er i letmelerin mal veya hizmetlerinden ayr,rt etmeye uygun olmas, gerekir. Markalar her on y,lda bir tescilin yenilenmesi art,yla sahibine süresiz bir ekilde inhisari hak sa lar (SMK m. 23/ f.1). Tasar,m,n koruma süresi ise yukar,da belirtildi i gibi en fazla yirmi be senedir. Markan,n koruma süresinin s,n,rs,z olarak uzat,лма imkân,n,n kötüye kullan,lmamas, için²⁸ bir i letmenin mal veya hizmetlerini di er i letmelerin mal veya

²⁰ Haks,z rekabet ile tasar,m hükümlerinin kümülatif uygulanmas, tart, mas, için bkz.: EH RAL ÇEL K, Feyzan Hayal: öTasar,mlar,n Haks,z Rekabet Hükümlerine Göre Korunmas, Fikri Mülkiyet-Haks,z Rekabet Hukuku li kisi Odakl, Bir nceleme (*Tasar,m ve Haks,z Rekabet*)ö, BTHAE Yay,nlar,, Ankara 2014, s.129 vd.; ayr,ca bkz. BOZGEY K, Hayri/ER, Sefa: öTasar,mlar için Kümülatif Korumaö, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 5(1), 2019, s.29-36; EH RAL ÇEL K, Temel Yenilikler, s.298 vd.; EH RAL , Feyzan Hayal: öTürk Hukukunda Tasar,mlara Yönelik Uygulamalar ó Özellikle Tescilsiz Tasar,mlar,n Koruma Yollar,ö, Türkiye'de Fikri ve S,nai Haklar,n Etkin Uygulanmas, Konulu Uluslararası, Sempozyum, 6-7 May,s 2004, stanbul, <http://cv.ankara.edu.tr/duzenleme/kisisel/dosyalar/13052014133235.pdf> (Eri im tarihi: 13.08.2019), s.6 vd.

²¹ BOZGEY K/ ER, s.23; EH RAL , s.5; SULUK, Cahit: Avrupa Birli i ve Türk Hukukunda Tasar,mlar,n Kümülatif Olarak Korunmas, (Kümülatif Koruma), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), 1(3), 2001, s.45.

²² RG. 13.12.1951, S.7981.

²³ FSEK ba lam,nda tescil yaln,zca musiki ve sinema eserleri için zorunlu olup di er eserler bak,m,ndan ihtiyari niteliktedir. Her halükârda tescilin etkisi kurucu de il, ispat kolayl, , sa lamaya yöneliktir, bkz.: SULUK/KARASU/NAL, s.6.

²⁴ BOZGEY K/ER, s.25; CAV T, s.254; TEK NALP, s.662-663; KHK döneminde öBu Kanun Hükümünde Kararname çerçevesinde tasar,m olarak sa lanan koruma, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda aranan artlar,n gerçekle mesi halinde öngörülen korumaya halel getirmezö hükmü aç,kça yer almaktayd, (m. 1/ f. 3).

²⁵ FSEK²⁶e göre, güzel sanat eserlerinin estetik de ere sahip olmas, gerekir (m.4); ayr,ca bkz.: YAVUZ, Levent/ALICA, Türky, MERD VAN, Fethi: öFikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumuö, Cilt 1 (1-47. Maddeler), Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2013, s.138.

²⁶ Zira bunun için aranan ösahibinin hususiyetini ta ,maö kriteri, tasar,mlar,n sahibinin ki ili ini vurgulamaya yönelik de il de daha çok pazarlama kayg,s,yla (*design approach/markt oriented approach*) yap,lmaz, nedeniyle her zaman sa lanamamaktadır; ayr,ca bkz. BOZGEY K/ER, s.26; EH RAL , s.3; SULUK, Kümülatif Koruma, s.52; SCHULZE, Gernot: öUrheberrechtsgesetzö, in DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot: 6. Bas., Münih 2018, § 2 Rn. 174; STARCKE, Andreas: öDas Recht zur Abbildung geschützter Designsö, GRUR, Heft 11, 2018, s.1103.

²⁷ KOÇ ÇEL K, s.24; SAMBUC, Thomas: öDesignschutz mit Markenrechtö, GRUR, Heft 3/4, 2009, 333 ff; ayr,ca bkz. SULUK, Cahit öTasar,m Hukukuö (Tasar,m), Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2003, s.569 vd.

²⁸ Avrupa Birli i Mahkemesi öBang & Olufsenö Karar., 06.10.2011 ó T-508/08, CELEX 62008TJ0508; ayr,ca bkz. EH RAL ÇEL K, Tasar,m ve Haks,z Rekabet, s.280-281.

hizmetlerinden ayr,rt etme niteli i ta ,salar dahi, õmala asli de erini veren eklf ya da ba ka bir özelli ini münhas,ran içeren i aretlerõ marka olarak tescil edilemezler (SMK m. 5/ f. 1-e). Ayr,ca ayn, hükümde tasar,m hukukundaki koruma istisnas,na benzer ekilde mal,n do as, gere i ortaya ç,kan eklinin ya da ba ka bir özelli inin veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan özelliklerin marka olarak tescil edilemeyece i öngörölmü tür.

SMK'n,n 82 vd. maddelerinde ise patent hakk, düzenlenmi tir. Patent, yeni²⁹, bulu basama , içeren³⁰ ve sanayiye uygulanabilir bir bulu gerçekte tiren kimsenin, bulu *konusu* ürünü belirli bir süre üretebilme, kullanabilme, satabilme veya ithal edebilme hakk,na denir. Patent, teknik yönü olan *bulu lara* verilir. Tasar,m,n da teknik, i levsel yönü olan ürün görünümlerine verilebilmesi bu iki hakk, zaman zaman bir araya getirir³¹. Ancak patent ve tasar,m,n korudu u ey birbirinden farklı,d,r. Patent, teknik bir soruna bulunan çözüme koruma sa lar. Dolay,s,yla patent bir ürünün i levleri ve nas,l çal, t, , ile tasar,m ise nas,l göründü ü ile ilgilenir³². ayet bir ürün, sahip oldu u görünüm özelliklerini yaln,zca teknik bir i levi yerine getirebilmek amac,yla sahip olmas, gereken niteliklerden dolayı, edinmi se, di er bir ifadeyle teknik i lev tasar,m, ekillendirmisi se, art,k bu ürünün tasar,m korumas,ndan yararlanma imkân, yoktur. Bu durumda, tabiri caizse, patent korumas, tasar,m korumas,n, yutmu tur. Öyleyse tasar,m korumas,n,n ve patent korumas,n,n bir ürün üzerinde kümülatif olarak sa lanabilmesi için bu haklar,n yaln,zca kesi iyor olmas, gerekir. Patent korumas,n,n tasar,m korumas,n, tamamen kapsamaz, halinde, tasar,m korumas,n,n ayr,ca uygulanabilme ans, yoktur. Ayn, durum tasar,m ile SMK m. 142 vd. maddelerde düzenlenen faydal, model aras,ndaki ili kide de geçerlidir³³. Faydal, modeller de teknik yönü olan bulu lara sa lanan; ancak patentlerden farklı, olarak tekni in bilinen durumunun a ,lmas, ko ulunun aranmad, , bir korunma yöntemidir. Patentin koruma süresi yirmi y,l, faydal, modelin ise on y,ld,r (SMK m. 101).

V. TEKNİK LEVİN TASARIMI EKİLENDİRMESİ

A. Düzenlemenin Amacı, ve Önemi

Yukarıdaki açıklamalardan görülece i üzere tasar,m korumas, kapsam,na getirilen s,n,rland,rmalardan biri olan öteknik i levin tasar,m, ekillendirmesiö teknik bulu lar,n görünümünün SMK'da düzenlenen tasar,m hükümleri ile korunmas,na dair bir s,n,r çizgisi tekil eder. Ayn, do rultuda bir düzenleme SMK'ya mehz tekil eden, 6/2002 say,l, Topluluk Tasar,m lar,na ili kin Tüzük³⁴ m. 8/ f. 1 ile 71/1998 say,l, AB Yönergesi³⁵ m.7/ f. 1'de *ötopluluk tasar,m, korumas,ndan, ürünün yaln,zca teknik i leviyle ko ulland,r,lan görünüm özellikleri yararlanamaz* ifadesiyle yer almaktadır. Bunun ard,nda yatan sebep, Tüzü ün resital bölümünün 10. Maddesinde, Yönergenin ise resital bölümünün 14. Maddesinde *öÜrünün teknik zorunluluktan kaynaklanan özelliklerine tasar,m korumas, verilmek suretiyle teknolojik yenilikler sektöre u rat,lmamas, d,rö eklinde açıklanm, t,r. Zira teknolojik yenilikler ülkelerin refah,na ve kalk,nmas,na büyük katkı, olan ve esas,nda kamu yarar, gere i herkesin kullan,m,na açık olmas, gereken de erlerdir*³⁶. Bireylerin ve irketlerin yenilikçi faaliyetlere özendirilmesi ve böylelikle kaliteli üretime katkı, bulunmalar,n,n sa lanmas, için söz konusu de erler yaln,zca belli ko ullar alt,nda ve belli bir süre ile s,n,r, olarak patent ve faydal, model korumas,ndan yararland,r,lm, t,r. Söz konusu koruma normlar,n,n öne sürdü ü kat, artlar, kar ,layamayan inovasyon faaliyetlerinin, ba ka türden fikri mülkiyet haklar, ile tekel alt,na alınmas,nda kanun koyucular kamu yarar, görmemiler, tam tersi bu durumu teknolojik geli me

²⁹ Tasar,m hükümlerinden farklı, olarak burada aranan yenilik görünüme ili kin de il, teknik i leve yöneliktir. Bu ba lamda, ileri sürülen teknik ö retinin evrensel ölçekte yaz,l, veya sözlü açıklanm, tüm bilgiler ile kar ,la t,rmas, yapıl,r (GÜNE , İhami: öS,nai Mülkiyet Kanunu I , nda Uygulamalar, Patent ve Faydal, Model Hukuku, Seçkin Yay,nc,l,k, 2. Bas., Ankara 2018, s.37).

³⁰ Bulu basama , içermek, tekni in bilinen durumu dikkate alın, nda, bulu un ilgili oldu u teknik alandaki uzmana göre a ikâr olmamas, olarak tan,m lanm, t,r (SMK m. 83/ f. 4).

³¹ SMK öncesinde tasar,m lar,n patent mevzuat, ile korunmas,na yönelik bir inceleme için bkz.: ÖZTÜRK, Ezgi: öTasar,m lar,n Patent Mevzuat, ile Korunmas,ö, Terazi Hukuk Dergisi, 5(49), 2010, s.81-94.

³² KOÇ ÇELİK, s.21; SULUK, Tasar,m, s.133.

³³ SULUK, Tasar,m, s.138.

³⁴ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, OJ L 003, 05.01.2002, p. 1-24; çal, man,n bundan sonraki k,sm,nda yaln,zca öTüzükö ya da öTopluluk Tüzü üü olarak adlandır,lacakt,r.

³⁵ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs, OJ L 289, 28.10.1998, p. 28-35.

³⁶ EHRAL , s.26.

özgürlü üne zarar verici bir eylem olarak nitelendirmişlerdir³⁷. te bundan ötürü, teknik özellik gösteren ürünlerin tasar, m korumas, ndan yararlanabilmeleri için görünümün teknik i levden ibaret olmamas,, bir ba ka deyi le teknik i levin tasar, m, ekilendirmemesi gereklidir. Nitekim marka hukukunda, mal, n teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan özelliklerin marka olarak tescil edilemeyece inin öngörülmesi de yine ayn, sebebe dayanmaktadır³⁸.

Bununla birlikte bir görü de teknik i levsellik istisnas, n, yenilik ve ay, rt edicilik kriteri ile ili kilendirilmiş ve teknik i levin tasar, m, ekilendirdi i durumlarda tasar, m, n özgün, ay, rt edici olmad, , n, ve bu nedenle korunmaya de er bulunmad, , n, ileri sürmü tür³⁹. Ancak ay, rt edicili i ortadan kald, ran bir durum, zaten tasar, m korumas, n, n artlar, n, n olu mad, , na i arettir. stisnalar ise koruman, n artlar, n, n olu tu u ancak belli nedenlerle kapsam d, , b, rak, l, mak istendi i hususlara ili kindir. Bu nedenle tasar, m korumas, kapsam, na getirilen teknik i levsellik istisnas, kan, m, zca esasen yukar, da belirtilen ekonomik ve politik nedenlere dayanmaktadır. Fakat elbette ki bir ürünün, salt teknik i leve dayanmas, nedeniyle koruma kapsam, na girmeyen özellikleri yenilik ve ay, rt edicilik incelemesinde ve buna ba l, olarak tasar, m hakk, na tecavüz olup olmad, , de erlendirilirken yap, lan tasar, m benzerlik ara t, rmas, nda göz ard, edilir⁴⁰. Hatta bu istisna, sadece ürünün tamam, n, n görünümün teknik i lev arac, l, , ile ekilendirilmesi hallerinde de il, bir k, s, m özelliklerinin teknik i leve dayanmas, halinde de uygulama alan, bulacaktır⁴¹.

Görüldü ü gibi öteknik i levin tasar, m, ekilendirmesiö olgusu, patent ve tasar, m aras, ndaki s, n, r, çizdi i için ta , d, , önemin yan, s, ra tasar, mlar, n koruma kapsam, na dair genel bir istisna getirmesi sebebiyle uygulamada pek çok noktada rol oynar.

B. Düzenlemenin Kavramsal çeri i

Teknik i levin tasar, m, ekilendirmesiö uygulama aç, s, ndan büyük önem ta , makla birlikte bu olgudan ne anla , lmas, gerekti i uzun bir süre tek bir a , zdan cevaplanmam, t, r. Ülkemizde ve çe itli AB ülkelerinde tasar, mlar, n koruma kapsam, na getirilen bu istisna farkl, ekillerde yorumlanm, t, r. Avrupa Birli i Adalet Divan, n (ABAD) konu ile ilgili verdi i *Doceramö Karar*,⁴² ise konuya büyük ölçüde , k tutmu tur. Söz konusu karara kadar süregelen uygulamalar ile ilgili genel bir bak, ortaya koymak, konunun özümsemesi aç, s, ndan faydal, olacaktır.

1. Süregelen Uygulamalar

Ürünün görünümünün teknik zorunluluktan kaynaklanmas, SMK n, n yürürlü e girmesinden önceki dönemde de tasar, m hakk, na getirilen bir istisna olarak an, l, makta, teknik i levlerini yerine getirebilmesi için belli ekilde üretilmesi zorunlu olan ürünler üzerinde patent ve faydal, model hakk, d, , nda bir hak tan, nmas, n, n dolayl, olarak ürün üzerinde bir tekelle meye neden olup rekabeti s, n, rland, raca , ö retide vurgulanmaktayd, ⁴³. Söz konusu istisnan, n kapsam, ise 554 say, l, KHK n, n lafz, na uygun olarak, öteknik özelliklerin ürünün görünümü bak, m, ndan tasar, mc, ya seçenek özgürlü ü b, rak, p b, rakmad, , ö noktas, ndan de erlendirilmekteydi. Zira KHK m. 10/ f.1 de *öTeknik fonksiyonunun gerçekte tirilmesinde, tasar, mc, ya, tasar, ma ili kin özellik ve unsurlarda hiçbir seçenek özgürlü ü b, rakmayan tasar, mlar koruma kapsam, d, , ndad, rö eklinde bir ifade yer almaktayd, . öSeçenek özgürlü ü b, rakmakö ifadesinin kapsam, ise ö retide dar yorumlanmakta, ergonomi, üretim faktörleri ve*

³⁷ MEM O LU, Özgür Sami: *öAvrupa Birli i Hukukunda Tescilli Tasar, m, n Korunmas, Aç, s, ndan Teknik levsellik S, n, rlamas, ö, stanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(1), 2019, s.113; EH RAL , s.26; SULUK, Seçenek, 655.

³⁸ Bkz. Avrupa Birli i Adalet Divan, n (ABAD) *öLegoö Karar*,: 14. 9. 2010 - C-48/09 P, CELEX 62009CJ0048; EH RAL ÇEL K, *Tasar, m ve Haks, z Rekabet*, s.280-281.

³⁹ SARI, s.785; SULUK, Seçenek, s.654, Yazar Tüzük Tasar, s, n, n 9. Maddesine ili kin resmi yorumun da bu ekilde oldu una i aret etmi tir.

⁴⁰ İgili Yarg, tay kararlar, örnekleri için bkz.: 11. HD, E. 2016/14237, K. 2018/5167; 11. HD, E. 2017/3530, K. 2019/2825; 11. HD, E. 2017/5449, K. 2019/2609 (www.kazanci.com).

⁴¹ SULUK, Seçenek, 657; ayr, ca bkz. Frankfurt (am Main) stinaf Mahkemesi (OLG Frankfurt a. M., 4.10.2018 ó 6 U 206/16, GRUR, Heft 1, 2019, s.67.

⁴² ABAD (2. Daire), 8.3.2018 ó C-395/16 (DOCERAM GmbH/CeramTec GmbH), GRUR, Heft 6, 2018, s.612.

(ngilizce metin için bkz.:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3BAC2692958572CB7DCD3E38DEB67984?text=&docid=200064&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7452418> ó Eri im tarihi: 13.08.2019).

⁴³ EH RAL , s.26; SULUK, Seçenek, 655.

maliyet gibi nedenlerden dolayı, tasar,m,n alternatifsiz olmas, hali madde içeri ine dahil edilmemektedir⁴⁴. Böylelikle, seçenek b,rakmayan ürün tasar,mlar, uygulamada ancak çok nadir hallerde, örne in otomobil lasti i veya rulman,n mecburen yuvarlak, tavlâ zar,n,n mecburen küp eklinde olmas, gibi görünüm özelliklerinde gündeme gelmektedir.

SMK'da ise söz konusu istisna yine yer almakla birlikte hükmün lafz,nda bir de i ikli e gidildi. stisnay, düzenleyen 58. maddenin 4. f,kras,n,n b) bendinde, *öÜrünün teknik fonksiyonunun zorunlu k,ld, , görünüm özellikleri koruma kapsam, d, ,ndad,rö* ifadesi yer ald,. Böylelikle ulusal mevzuat,m,z Topluluk Tüzü ü ve Yönergesinde kullan,lan ifadelerle yakla t,r,ld,. Bununla birlikte SMK gerekçesinde yer alan *öMaddenin dördüncü f,kras,n,n (b) bendinde, tasar,mc,ya tasar,m, geli tirmede hiçbir seçenek özgürlü ü b,rakmayan teknik fonksiyonunu yerine getirebilmesi için belirli bir görünüme sahip olan k,s,mlar koruma kapsam, d, ,nda b,rak,lm, t,r.ö* ifadesi, hükmün tatbik edilme eklinin KHK'daki lafza uygun olaca ,n, ortaya koydu⁴⁵.

Tüzük ve Yönerge'de yer alan *ötopluluk tasar,m, korumas,ndan, ürünün yaln,zca teknik i leviyle ko ulland,r,lan görünüm özellikleri yararlanamazö* hükmünün uygulanmas, bak,m,ndan ise AB ülkeleri aras,nda görü farklı,klar, mevcuttu. Görü ler, hükümde yer alan *öyaln,zcaö* kelimesinin nas,l yorumland, ,na ba l, olarak de i kenlik göstermekteydi. *öYaln,zcaö* sözcü ünü *ögörünüm özellikleriö* ile birlikte okuyan, bir ba ka deyi le ürünün sahip oldu u görünüm özelli inin teknik i levden kaynaklanan *ötekö* görünüm seçene i olmas,n, vurgulayan görü , hükmün içeri ini *öfarkl, tasar,m alternatifi sunmayan tasar,mlar korunamazö* eklinde yorumlam, t,. Tasar,m,n formu için mevcut bir seçenek çe itlili i olup olmad, ,n, esas ald, , için *öform çe itlili i teorisi (multiplicity of forms theory/ Theorie der Formenvielfalt)ö* olarak adland,r,lan ve bugüne kadar Türk Hukukunda benimsedi imiz seçenek özgürlü ü yakla ,m, ile de örtü en bu teori, Almanya ba ta olmak üzere sviçre, Belçika, Fransa gibi AB ülkelerinde uygulanm, ve hatta Avrupa Birli i Fikri Mülkiyet *Ofisi*nin (EUIPO) eski tarihli kararlar,nda da s,çça savunulmu tu⁴⁶.

Buna kar ,n di er görü *öyaln,zcaö* sözcü ünün yapt, , vurguyu *öko ulland,r,lan*ö hususu ile ili kili tutmu ve *ötasar,m,n* ortaya konmas, için güdülen sebebin esasen ne oldu u sorusu ile ilgilenmi ti. Nedensellik kriterini (*Causative Criterion/ Kriterium der Kausalität*) uygulayan bu görü , teknik i leve dayal, tasar,mlar,n somut olayda bir estetik yakla ,m testine (*no-aesthetic-consideration-test*) tabi tutulmas, gerekti ini ileri sürmü tü. Buna göre tasar,mc,n,n saiki ürüne yaln,zca teknik bir i lev kazand,r,maktan ibaretse ve tasar,mc, ürünün estetik yönü ile ilgili en ufak bir kayg, ta ,m,yorsa, ürünün görünüm özellikleri tasar,m mevzuat, ile korunmamal,yd,⁴⁷.

EUIPO yeni tarihli kararlar,nda, yukar,da ifade edilen ikinci görü ü savunmu tur⁴⁸. ngiltere ve Fransa hukuk sistemlerindeki e ilim de son dönemde bu yöne do ru kaym, t,r⁴⁹. Bu esnada Alman mahkemeleri ilk an,lan görü ü sürdürmekle birlikte, Düsseldorf stinaf Mahkemesi (OLG Düsseldorf) konunun bir türlü netlik kazanmamas, dolay,s,yla önüne gelen bir dava dosyas,n, f,rSAT bilerek *öürünün yaln,zca teknik i leviyle ko ulland,r,lan görünüm*

⁴⁴ SULUK, Seçenek, s.658; GEZER ise, tasar,mc, için tasar,m,n say,s,z alternatifi oldu unu, bu alternatiflerin tasar,m,n hangi amaç için yap,ld, ,yla ili kin olarak karar verme a mas,nda azalmaya ba lad, ,n,, dolay,s,yla seçenek özgürlü ü bulunup bulunmad, ,na yaln,zca ürünün genel biçim özellikleri dikkate alınarak de il somut olay,n tüm özellikleri gözetilerek karar verilmesi gerekti ini ifade etmi tir (bkz. GEZER, s.711).

⁴⁵ Yine de *öretide*, SMK'daki teknik i levsellik istisnas,n,n formüle edili tarz,n,n, AB ülkelerindekine paralel tart, malar do urabilece inin öngörülerini yap,ld,. Bu ba lamda bkz.: POLATER, Salih: *öDesignschutz nach dem neuen türkischen Gesetz zum gewerblichen Rechtsschutzö*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int.), Heft 12, 2017, s.1035.

⁴⁶ Almanya, Belçika, Fransa ve EUIPO'nun söz konusu uygulamalar,na *öDoceramö* Davas, hukuk sözcüsünün rapor metninde at,f yap,lm, t,r, bkz. Schlussanträge des Generalanwalts (Opinion Of Advocate General), 19.10.2017-C-395/16, CELEX 62016CC0395, dipnotlar: 7-11 aras,; sviçre'deki uygulamalar için bkz. *öSchmuckschatulleö* karar,, BGE 133 III 189 ff. E. 6.1.2 (swisslex); Almanya örne i için ayr,ca bkz.: SCHICKER, Stefan/ HAUG, Thomas: *öGrundzüge des Designgesetzesö*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 11, 2014, s.727; ülkelerin konu ile ilgili uygulamalar,n, da içeren detayl, bir çal, ma için bkz. MEM O LU, s.111-133.

⁴⁷ Tüzük ve Yönergenin yorumlanmas,na yönelik tart, malar için ayr,ca bkz.: SULUK, Tasar,m, s.71-72.

⁴⁸ EUIPO, 22.10.2009, R 690/2007-3 *öChaff Cuttersö*.

⁴⁹ Bkz. Opinion Of Advocate General, 19.10.2017- C-395/16, CELEX 62016CC0395, dipnotlar: 15, 16; MEM O LU, s.118 vd.

özellikleriö ifadesinin yorumlanmas,n, ABAD'dan ön referans prosedürü (*preliminary reference procedure*) ile talep etmi tir⁵⁰.

2. ABAD'ın öDoceramö Karar,

Doceram Karar,⁵¹, OLG Düsseldorf'un öürünün yaln,zca teknik i leviyle ko ulland,r,lan görünüm özellikleriö ifadesinin yorumlanmas, talebine dayanmaktad,r. Karara konu olan olayda, bir Alman limited irketi olan *Doceram*, kendisi taraf,ndan üretilen ve görünümleri için topluluk tasar,m tescil belgesine sahip oldu u seramik kaynak merkezleme pimlerinin, kendisi ile ayn, alanda faaliyet gösteren *CeramTec* irketi taraf,ndan haks,z yere üretilip sat,ld, , gerekçesiyle mahkemeye ba vurmu , *CeramTec* ise yaln,zca teknik i leve dayanan ürün görünümleri için al,nd, ,n, iddia etti i *Doceram*ın ait tescil belgelerinin hükümsüzlü ünü kar , dava yoluyla talep etmi tir. ddialar, inceleyen ilk derece mahkemesi⁵² Topluluk Tüzü ü m. 8/ f. 1 uyar,nca korumaya uygun olmad,klar, gerekçesiyle itiraza konu olan tasar,m,lar, iptal ederek *Doceram*'n ba vurusunu reddetmi , bunun üzerine de *Doceram* istinaf mahkemesine (OLG Düsseldorf) ba vurmu tur.

Somut olaya konu olan tasar,m,lar,n alternatifsiz olmad, ,n,, *CeramTec* Ltd. ti. için seçenek özgürlü ünün bulundu unu dü ünen ama Tüzü ün ilgili maddesini yorumlarken öform çe itlili iö yerine önedensellikö kriterini esas alan görü lerin varl, ,na da i aret eden OLG Düsseldorf, söz konusu vaka vesilesi ile ABAD'dan u sorulara yorum getirmesini istemi tir:

ö1) *Tasar,m korumas,na istisna getiren 6/2002 say,l, Tüzük m. 8/ f. 1 hükmü görsel etkinin hiç önem ta ,mad, ,, teknik i levselli in tasar,m, belirleyen tek faktör oldu u ürün dizaynlar,nda da uygulama alan, bulur mu?* 2) *ayet ilk soru olumlu yan,tlan,rsa, bu durumda ürünün görünüm özelliklerinin yaln,zca i levselli e dayal, bir saikle yap,ld, ,n,n tespitinde hangi bak, aç,s, esas al,nmal,d,r? Objektif bir gözlemcinin bak, aç,s, esas al,nacaksa bu gözlemci nas,l tan,m,lanmal,d,r?ö*

ABAD cevab,nda, Tüzü ün 8. maddesinde ve di er maddelerinde teknik i levsellik istisnas,n,n uygulanabilece i tek halin öayn, teknik sonucu elde etmeye yönelik alternatif tasar,m,lar,n yoklu uö oldu u ç,kar,m,n, yapmaya imkân veren bir hüküm olmad, ,n, (paragraf 22) belirtmi tir. Her ne kadar Tüzü ün uygulanabilmesi için ürünün görünüm özelli inin estetik bir de er ta ,mas, gerekmede de Tüzükte yer alan ötasar,mö tan,m, gere i bir ürünün görselli i, o ürünün tasar,m korumas,ndan yararlanan yegâne ö esidir (paragraf 23-24). Tasar,mc,n,n bu görselli in nas,l bir izlenim b,rakaca ,na dair en ufak bir kayg, ta ,mad, ,, yaln,zca teknik i levin gerçekte mesine odakland, , durumlarda, bu i levin gerçekte tirilebilece i alternatif tasar,m,lar olsa dahi Tüzük m. 8/ f.1'de yer alan koruma istisnas,n,n devreye girmelidir (paragraf 23-25). ABAD karar,nda ayr,ca m. 8/ f.1'ın getirili amac,n,n teknik çözümlerin tüm piyasa kat,l,mc,lar,n,n kullan,m,na aç,k kalmas,n, sa lamak oldu una i aret etmi ve alternatif tasar,m,lar,n yoklu una indirgenmi bir düzenlemenin tasar,mc,n,n patent hakk, korumas,n,n ko ullar,n, sa lamadan patent benzeri bir koruma elde etmesi anlam,na da gelece ini vurgulam, t,r (paragraf 30). Dolay,s,yla ABAD, form çe itlili i kriteri yerine nedensellik kriterini benimseyerek teknik i levsellik istisnas,n,n kapsam,n, geni letmi ve böylece tasar,m hukuku ile patent hukuku aras,ndaki uçurumu açm, t,r⁵³. Di er bir ifadeyle ABAD, teknik i levsellik istisnas,na pratikte ciddi bir uygulama alan, kazand,rm, t,r⁵⁴. Zira yukar,da belirtti imiz gibi yaln,zca seçenek özgürlü ünün bulunup bulunmad, ,na odaklanmak, bu istisnai hükmü uygulamada çok az kar ,la ,lan bir durum olarak ortaya ç,karmaktad,r.

Aç,klamalar,n,n devam,nda ise ABAD, ürünün görünüm özelliklerinin yaln,zca i levselli e dayal, bir saikle yap,l,p yap,lmad, ,n,n tespitinde objektif bir gözlemcinin bak, aç,s,n,n esas al,namayaca ,n,, bunun yerine somut olay,n tüm özelliklerinin hukuki de erlendirmede gözetilmesi gerekti ini söylemi tir. Özellikle de söz konusu ürünün görünüm özelliklerini belirleyen ko ullar,n objektif niteli i, ürünün kullan,m,na ili kin bilgiler veya ayn,

⁵⁰ OLG Düsseldorf, 07.07.2016 ö I-20 U 124/15 (beck-online).

⁵¹ Kaynak için bkz. dipnot: 42.

⁵² LG Düsseldorf, 13.08.2015 ö 14c O 98/13 (beck-online).

⁵³ KLAUITTER, Christian: öTechnische Bedingtheit an Gestaltungsmerkmalen im Designrechtö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax), Heft 7, 2018, s.174.

⁵⁴ HACKBARTH, Ralf: öAnmerkung zu EuGH, Urteil vom 08.03.2018 ö C-395/16 ö DOCERAMö, GRUR, Heft 3, 2018, s.614-615.

teknik standard, sa layan alternatif tasar,mlar,n varl, , ABADøa göre de erlendirilmesi gereken hususlardand,r (paragraf 30-38).

Görüldü ü üzere ABAD, ÷alternatif tasar,mlar,n varl, , ö kriterini tamamen d, lamam, , onu yaln,zca tek kriter olmaktan ç,karm, t,r. Ürüne kazand,r,lan görselli in yegâne sebebinin teknik i lev sa lamak olup olmad, ,n,n belirlenmesinde, tasar,mc,n,n sahip oldu u seçenek özgürlü ü de dikkate al,nmas, gereken ko ullar aras,ndad,r.

Doceram davas,nda ABADø'n ortaya koydu u görü , markalar,n tesciline yönelik getirilen teknik i levsellik istisnas,n,n da uygulama ekliline benzerlik göstermektedir. Yukar,da belirtildi i üzere, SMK m. 5/ f. 1-e hükmü ile tasar,m hukukundaki koruma istisnas,na benzer ekilde, mal,n do as, gere i ortaya ç,kan eklinin ya da ba ka bir özelli inin veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan özelliklerin marka olarak tescil edilemeyece i öngörölmü tür. Ayn, düzenlemeye denk gelen AB Marka Tüzü ü⁵⁵ m. 7/ f. 1-e hükmüne yönelik olarak ABAD 2010 y,l,nda ÷ayn, teknik i levi görmeye yönelik form çe itlerinin delil olarak sunulmas,, mal,n eklinin teknik bir sonucu elde etmek do an zorunluluk halinden kaynakland, , argüman,n, tek ba ,na bertaraf etmeye yetmezö aç,klamalar,nda bulunmu tur⁵⁶. Her ne kadar *Doceram* Karar,nda ABAD marka hukuku düzenlemelerini hiç anmam, ve karar,n, sadece Tasar,m Tüzü ünün sistemati i ve m. 8/ f.1 hükmünün getirili amac,yla ili kilendirmi olsa da sonuç itibariyle teknik i levsellik istisnas, gerek markalar gerekse tasar,mlar aç,s,ndan yeknasak bir zemine yerle tirilmi olmu tur.

3. *Doceram* Karar,n,n Hukukumuzda Yans,mas,na li kin Dü ünceler

AB ölkelerinin hukukuna do rudan etki eden *Doceram* Karar,, ölkemiz aç,s,ndan bu sonucu sa lamasa da 6769 say,l, S,nai Mülkiyet Kanunu'nun getirili amac,n,n AB uyum yasalar,na ve uluslararası, anla malara paralellik göstermek oldu u göz önüne al,nd, ,nda⁵⁷, tasar,m hukuku bak,m,ndan oldukça önem arz eden bir hususun AB ölkelerinde sürdürülecek olan uygulamas,na adapte olmam,z ölkemiz ad,na da önem ta ,r.

Öte yandan, imdiye kadar benimsedi imiz ÷seçenek özgürlü ü ö kriterinden farklı bir kriter benimsemi olan ABADø'n konu ile ilgili yakla ,m,n, gelecek uyu mazl,klar bak,m,ndan hayata geçirmek pek kolay gözükmemektedir. Zira *Doceram* Karar,, AB Tasar,m Hukukunda teknik i levsellik istisnas,n,n uygulamas,na ili kin uzun zamand,r süregelen ikili i ilk bak, ta ortadan kald,rm, gibi gözükse de karar,n ard,ndan ortaya konan görü ler durumun pek de bu ekilde olmad, ,n, göstermektedir. Bu ba lamda öncelikle belirtmek gerekir ki, kan,m,zca ABADø'n karar, kendi içinde tutarl,d,r. ABAD öteknolojik inovasyonlar tasar,m hukuku ile tekelle tirilmemelidirö görü ünü benimsemi ve teknik i levsellik istisnas,n,n kapsam,n, belirlerken patent ile tasar,m hukuku aras,nda olmas, gereken çizgiden yola ç,km, t,r. Di er bir ifadeyle, bir ürünün, patent hukukunun ilgi alan,na giren birebir ayn, özellikler ile ba kaca bir s,nai hak korumas, alt,na girmesini ABAD uygun bulmam, t,r. Bu aç,dan bak,ld, ,nda, gerçekten de ÷seçenek özgürlü ü ö kriteri tek ba ,na zay,f kalmaktad,r. Zira bir ürünün sahip oldu u tüm görünüm özelliklerinin birebir patent hukukunun konusuna da girdi i haller, tasar,m,n ba ka alternatifinin bulunmad, , haller ile s,n,rl, de ildir⁵⁸. te bu nedenle ABAD, ürün görselli inin olu turulu amac,n,n teknik bir çözümü sa lamak d, ,nda bir amaca hizmet edip etmedi inin sorgulanmas, gerekti ini ileri sürmü ve ÷amac,n ne oldu u ö incelemesinin, bir ba ka deyi le nedenselli in, belirleyici kriter oldu unu karar,nda vurgulam, t,r. Bir görselin tasar,m korumas,ndan yararlanabilmesi için mutlaka patent/faydal, model hukukunun konusuna girmeyen öba kaca bir unsurö bar,nd,rmas, gerekir. Dikkatli yakla ,lmas, gereken husus ise bu ba ka unsurun ne oldu udur. ABAD karar,ndan önceki dönemde nedensellik kriterinin (*Causative Criterion/ Kriterium der Kausalität*) uygulanmas,n, savunan görü ün, teknik i leve dayal, tasar,mlar,n somut olayda bir estetik yakla ,m testine (*no-aesthetic-consideration-test*) tabi tutulmas, gerekti ini ileri sürmesi ABADø'n aç,klamalar,n,n ötasar,mc,s,n,n estetik dü ünceler ile hareket etmedi i ürünler art,k tasar,m hukuku ile korunamayacakö eklinde

⁵⁵ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, OJ L 154, 16.6.2017, p. 1-99.

⁵⁶ Bkz. ABADø'n öLegoö Karar,: 14. 9. 2010- C-48/09 P, CELEX 62009CJ0048.

⁵⁷ Bkz. SMK gerekçesi.

⁵⁸ Benzer ekilde EICHMANN, Helmut: öKommentierung des Designgesetzö, in EICHMANN, Helmut /v. FALCKENSTE N, Roland Vogel /KÜHNE, Marcus (ed.), 5. Bas,, Münih 2015, § 3 Rn. 7.

anla ,lmas,na neden olmu tur⁵⁹. Kan,m,zca teknik i levsellik tart, malar,nda estetik yakla ,m görü ünün galip geldi ini ileri sürmek, her ne kadar estetik olmay, i levsel olman,n z,tt, anlamda kullanan görü ler hiç yok de ilse de⁶⁰, kelime anlam, olarak öestetikö ifadesinin güzellik ve zevk duygular,na hitap etme ile ili kilendirilmesi nedeniyle⁶¹ Doceram Karar,n,n oldu undan daha geni yorumlanmas,na, neden olabilecek niteliktedir. Zira ABAD, tasar,mc,n,n yaln,zca teknik i levin gerçekte mesine odakland, , halleri ögörselli in nas,l bir izlenim b,rakaca ,na dair en ufak bir kayg, ta ,mad, ,ö haller olarak nitelendirmi , estetik bir kayg, güdülmesi gereklili inden bahsetmemi tir⁶². Bilakis ABAD kararda (23. Paragraf), Tasar,m Tüzü ün uygulanabilmesi için ürünün görünüm özelli inin estetik bir de er ta ,mas, gerekmedi ini, Tüzü ün resital bölümünün 10. Maddesine at,f yaparak aç,kça belirtmi tir. Dolay,s,yla teknik özellikler d, ,nda var olmas, gereken unsurlar,, güzellik duygusu ile ilgili olma ve zevkli olarak addedilme halleri ile s,n,rılamamak gerekir. Tasar,mc,n,n ürünün göze güzel, ho gelmeyi hiç önemsemedi i, yaln,zca yarat,c, yönünü konu turmak veya absürd ya da mizahi bir görünüm elde etmek istedi i, hatta belki de özellikle ürün çok çirkin gözüksün diye u ra t, , çabalar,n, da bu ba lamda de erlendirmek gerekir. Ürünün ergonomik oldu unun ürün al,c,lar, taraf,ndan ilk bak, ta farkedilmesi yönünde tasar,mc,n,n bir gaye göstermesinin bile tasar,m, istisna kapsam,ndan ç,karaca , kanaatindeyiz. Aksi halde belirli sektörlerde (örne in savunma sanayiinde) kullan,lmas, için tasarlanan ürünleri pe inen tasar,m korumas, d, ,nda tutmak gerekecektir.

Gerek bu husus gerekse tasar,mc,n,n sahip oldu u seçenek özgürlü ünün hala de erlendirmede rol oynuyor olmas, nedeniyle, ö retide öABAD alternatif tasar,m ve estetik yakla ,m kriterleri yerine üçüncü bir yol izlediö ekinde yer alan yorumlara⁶³ kat,lmaktay,z. Kan,m,zca önedensellikö ilkesini vurgulamak ve öestetik yakla ,m kriteriö ifadesinden uzak durmak teknik i levsellik istisnas,n,n kapsam,n, belirlemek bak,m,ndan yerinde olacakt,r⁶⁴.

Öte yandan kararda ürünün görünüm özelliklerinin yaln,zca i levseli e dayal, bir saikle yap,l,p yap,lmad, ,n,n tespitinde objektif bir gözlemcinin bak, aç,s,n,n esas al,namayaca ,n,n bunun yerine somut olay,n tüm özelliklerinin hukuki de erlendirmede gözetilmesi gerekti inin belirtilmesi önedensellikö kriterinin çerçevesini bulan,kla t,rmaktad,r⁶⁵. ABAD, tasar,mc,n,n seçenek özgürlü ünün ve daha pek çok kriterin somut olay de erlendirmesinde rol oynayaca ,n, belirtse de ne ekilde rol oynayaca , üzerinde durmam, t,r. Bu de erlendirmenin farklı, mahkemelerce farklı, ekilde yap,lmas,, sa lanmas, amaçlanan hukuk birli inin bir süre ask,da kalmas, anlam,n, ta ,yabilir. Somut olay,n tüm özelliklerine nelerin dahil oldu u ve bunlar,n de erlendirmeyi ne ölçüde etkileyece i ancak ileriki dönem içtihatlar, ile netlik kazanabilecektir. Kan,m,zca tasar,mc,n,n alternatif tasar,m,lar yapma yönünde bir seçenek özgürlü ünün bulunmamas,, tasar,mc,n,n görselli in nas,l bir izlenim b,rakaca ,na dair bir kayg, ta ,mad, ,na dair karinedir. Ancak teknik anlamda hiçbir seçenek özgürlü ünün

⁵⁹ Bkz. MEM O LU, s.129; ayn, dü ünçeyi Türk Patent ve Marka Kurumu'nun da payla t, , gözlemlenmektedir. Nitekim Kurum, Temmuz 2019 tarihli tasar,m inceleme k,lavuzunda Doceram Karar,na at,f yaparak, öBir ürünün görünüm özelliklerinin yaln,zca teknik fonksiyondan kaynaklan,p kaynaklanmad, , öestetik kayg,n,n yoklu uö yakla ,m,na göre belirlenir. Bu çerçevede; tasar,mc, tasar,m,n, ortaya koyarken, yaln,zca ürünün teknik i levini mi göz önünde bulundurmu tur, yoksa tasar,m,n nas,l görünece i hususunu da dikkate alm, m,d,r, sorusunun cevab, aranmal,d,r. E er estetik kayg,lar göz önünde bulundurulmu sa, söz konusu tasar,m,n yaln,zca ürünün teknik fonksiyondan kaynakland, , sonucuna var,lamazö ifadelerini kullanm, t,r, bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/8E240270-86F4-4B95-A28F-55A65A8D10A6.pdf> (Eri im: 14.08.2019), s.15.

⁶⁰ Buna i aret eden görü için bkz. SULUK, Seçenek, s.646-647.

⁶¹ Bkz. <http://sozluk.gov.tr/>.

⁶² Bu durum HACKBARTH taraf,ndan da aç,kça tespit edilmi tir: öDie Gegner der jetzt siegreichen Kausalitätstheorie machten geltend, diese verlange unberechtigterweise den ästhetischen Gehalt eines Geschmacksmusters. Der EuGH weist den Einwand jedoch mit dem Argument zurück, dass nur irgendwelche gestalterischen Erwägungen verlangt werden, nicht aber eine bestimmte ästhetische Gestaltungshöheö, bkz.: HACKBARTH, s.615.

⁶³ Bkz. örne in, GESMANN-NUISSL, Dagmar, öRechtsprechungsreport Innovations- und Technikrechtö, Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (InTeR), 2018, s.87; benzer ekilde, KLAWITER, s.174.

⁶⁴ Teknik i levsellik istisnas,n,n yorumlan, ,nda ya anan benzer kavram karga alar,na i aret eden çal, ma için bkz.: ENDRICH, Tobias: öPinning Down Functionality In European Design Law ö A Comment On The CJEUö DOCERAM Judgement (C-395/16)ö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int.), Heft 7-8, 2018, s.776-775.

⁶⁵ SCHUTTE, Patrick R., öDer Gerichtshof der Europäischen Union definiert Voraussetzungen für die technische Bedingtheit im Recht des Gemeinschaftsgeschmacksmustersö, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic!), Ausgabe 12, 2018, s.737.

bulunmad, , ve ürünün kendisinden beklenen i levseli i yerine getirebilmesi için sahip oldu u görselli e muhtaç oldu u hallerde zaten öay,rt edicilikö ko ulu sa lanmam, oldu undan tasar,m hakk, hiç olu mam, olacakt,r. stisnalar ise yukar,da da belirtildi i gibi esasen artlar, olu mu olan koruman,n kapsam,na ili kindir. Dolay,s,yla nedensellik de erlendirmesinde rol oynayan öalternatif tasar,m larö ölçütünde esasen seçenek yoklu unun de il makul seçeneklerin azl, , hallerinin dikkate al,nmas, gerekti i kanaatindeyiz.

Tüm bunlar , , nda, ABADö'n karar,n,n sadece patent (ve faydal, model) ile tasar,m korumas,na net bir s,n,r çizilmesinden ibaret ve bu do rultuda da yerinde bir karar oldu u; önedensellikö kriterinin ise mahkemeler taraf,ndan hükmün amac,n, a acak ve istisnai olma niteli ini göz ard, edecek ekilde geni yorumlanmamas, gerekti i kanaatindeyiz⁶⁶. Aksi halde, SMK'daki eski uygulamaya göre tasar,m tescil belgesi alabilmi ürünlerin olası, bir tecavüz davas,nda korumadan yararlanamayaca , hallerin say,s, epeyce artacak ve bu da hukuki güvenli i oldukça zedeleyecektir.

V. SONUÇ

Tasar,m hukuku mevzuat, ile yeni ve ay,rt edici nitelikteki öürün görünümüleriö korunur. Kastedilen hem estetik hem de bir ihtiyaca cevap vermek üzere i levsel olarak tasarlanan ürün görünümüleridir. Görünüm özellikleri ayn, zamanda teknik bir i levden kaynaklanan ürünlerin hem tasar,m hem de teknik bulular, konu alan patent (ve faydal, model) korumas,ndan yararlanma imkân, vard,r. Buna kar ,n ürünün teknik i levinin zorunlu k,ld, , görünüm özellikleri SMK m. 58/ f. 4 ile tasar,m korumas, kapsam, d, nda tutulmu tur. Benzer düzenleme mehaz 6/2002 say,l, Topluluk Tasar,m lar,na ili kin Tüzük⁶⁷ m. 8/ f. 1ø de ötasar,m korumas,ndan, ürünün yaln,zca teknik i leviyle ko ulland,r,lan görünüm özellikleri yararlanamazö ifadesiyle yer almaktadır.

Söz konusu düzenlemeler ile amaçlanan udur: Teknik inovasyonlar esasen herkesin kullan,m,nda kamu yarar, bulunan faaliyetler olup bunlar istisnai olarak belli bir süreli ine patent ve faydal, model mevzuat, arac,l, , ile tekel alt,na al,nabilmektedir. Teknik özelliklerin, tasar,m mevzuat,na dayanarak benzer bir tekelci hak elde etmesi ise teknolojik yenilikleri sekteye u ratabilece i için yasaklanmal,d,r.

Bu amaç do rultusunda ötasar,m korumas,ndan, ürünün yaln,zca teknik i leviyle ko ulland,r,lan görünüm özellikleri yararlanamazö ifadesinin nas,l yorumlanmas, gerekti i konusunda AB ülkelerinde uzunca bir süre görü birli i sa lanmam, t,r. Baz, kesimler hükmün, ürünün sahip oldu u görünüm özelli inin teknik i levden kaynaklanan ötekö görünüm seçene i olmas,n, durumunda devreye girece ini savunmu tur. Farkl, tasar,m alternatifleri sunmayan ürün görünümünün korunamayaca , sonucunu do uran bu yakla ,m imdiye kadar ülkemizde de uygulanmakta ve tasar,m için gözetilebilecek bir form çe itlili i olup olmad, , sorusunu esas ald, , için öform çe itlili i teorisi (multiplicity of forms theory/ Theorie der Formenvielfalt)ö olarak adland,r,lmaktadır.

Buna kar ,n di er görü , somut olayda alternatif tasar,m lar,n olup olmad, , ile ilgilenmeksizin tasar,m,n neden/hangi amaçla yapıld, , sorusu vas,tas,yla hükmü yorumlam, t,r. Buna göre tasar,m,c,n,n saiki ürüne yaln,zca teknik bir i lev kazand,r,maktan ibaretse ve tasar,m,c, ürünün estetik yönü ile ilgili en ufak bir kayg, ta ,m,yorsa, ürünün görünüm özellikleri tasar,m mevzuat, ile korunmamal,d,r. Nedensellik kriterini (Causative Criterion/ Kriterium der Kausalität) uygulayan bu görü , teknik i leve dayal, tasar,m lar,n somut olayda bir estetik yakla ,m testine (no-aesthetic-consideration-test) tabi tutulmas, gerekti ini ileri sürmü tür.

Söz konusu tart, malara kar , Avrupa Birli i Adalet Divanı, ilk kez 2018 y,l,nda, öDoceramö-Karar, ile bir duru sergilemi tir. ABAD kararda, bir ürünün görselli inin o ürünün tasar,m korumas,ndan yararlanan yegâne ö esi oldu unu belirtmi ve tasar,m,c,n,n bu görselli in nas,l bir izlenim b,rakaca ,na dair en ufak bir kayg, ta ,mad, ,, yaln,zca teknik

⁶⁶ Benzer görü için bkz.: MÜLLER-BROICH, Jan D.: öTechnische Bedingtheit im Recht des Gemeinschaftsgeschmacksmustersö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax), Heft 1, 2018, s.7; SCHUTTE, s.737.

⁶⁷ Çal, man,n bundan sonraki k,sm,nda yaln,zca öTüzükö ya da öTopluluk Tüzü üö olarak adland,r,lacaktır.

i levin gerçekte mesine odakland, , durumlarda, bu i levin gerçekte tirilebilece i alternatif tasar,mlar olsa dahi Tüzük m. 8/ f.10'de yer alan koruma istisnas,n,n devreye girmesi gerekti ini öne sürmü tür. ABAD ayr,ca ürünün görünüm özelliklerinin yaln,zca i levselli e dayal, bir saikle yap,l,p yap,lmad, ,n,n tespitinde objektif bir gözlemcinin bak, aç,s,n,n esas al,namayaca ,n,, bunun yerine somut olay,n tüm özelliklerinin hukuki de erlendirmede gözetilmesi gerekti ini belirtmi tir. Özellikle de söz konusu ürünün görünüm özelliklerini belirleyen ko ullar,n objektif niteli i, ürünün kullan,m,na ili kin bilgiler veya ayn, teknik standard, sa layan alternatif tasar,mlar,n varl, , ABAD'a göre de erlendirilmesi gereken hususlardand,r.

Bu karar patent/faydal, model mevzuat, ile tasar,m mevzuat,n,n kümülatif bir ekilde uygulanabilece i alan, daraltm, t,r. Zira ABAD seçenek özgürlü ü kriterinin hükmün amac,n, kar ,lamak için tek ba ,na yetersiz kald, ,n, ileri sürmü tür.

ABAD'ın karar,n, kimi çevreler, ötekin i levsellik istisnas,n,n somut olayda bulunup bulunmad, ,, tasar,mc,n,n estetik dü ünceler ile hareket edip etmedi ine ba l, olarak yorumlanacaktır, rö ekinde anlam, t,r. Kan,m,zca bu anlay, ABAD karar, öncesi dönemde, nedensellik kriterinin (*Causative Criterion/ Kriterium der Kausalität*) uygulanmas,n, savunan görü ün, teknik i leve dayal, tasar,mlar,n somut olayda bir estetik yakla ,m testine (*no-aesthetic-consideration-test*) tabi tutulmas, gerekti ini ileri sürmesinden kaynaklanmaktadır. Oysaki ABAD, yukar,da an,lan görü lerden hiçbirini bütünüyle kabul etmemi , kendine göre bir ara yol izlemi tir. öyle ki, ABAD'ın öform çe itlili i ö kriterini tek ba ,na yeterli bir kriter olarak kabul etmedi i ve tasar,mc,n,n ürüne görünüm kazand,r,rken neyi amaçlad, ,n,n incelenmesi gerekti ini vurgulad, , aç,kt,r. Ancak tasar,mc,n,n öestetik kayg,larö ile hareket etmesi gereklili i de kararda yer almam, t,r. ABAD yaln,zca, tasar,mc,n,n görselli in nas,l bir izlenim b,rakaca ,na dair en ufak bir kayg, ta ,mad, ,, salt teknik i leve odakland, , halleri istisna kapsam,nda tutmu tur. Üstelik ABAD, Tasar,m Tüzü ün uygulanabilmesi için ürünün görünüm özelli inin estetik bir de er ta ,mas, gerekmedi ini, Tüzü ün resital bölümünün 10. Maddesine at,f yaparak aç,kça belirtmi tir.

Dolay,s,yla teknik özellikler d, ,nda var olmas, gereken unsurlar,, estetik, bir di er ifadeyle ögüzellik duygusuna hitap edenö haller ile s,n,rlamamak ve istisnai nitelikte olan bu düzenlemeyi hükmün amac,n, a ancak ekilde geni yorumlamamak gerekir.

KAYNAKÇA

- BOZGEY K, Hayri/ER, Sefa: õTasar,mlar için Kümülatif Korumaö, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 5(1), 2019, s.19-38.
- CAV T, Ebru Ceren: õ6769 Say,1, S,nai Mülkiyet Kanunuöna Göre Tasar,mlar,n Korunmas,ö, Fasikül Hukuk Dergisi, 10(100), 2018, s.253-266.
- EICHMANN, Helmut: õKommentierung des Designgesetzö, in EICHMANN, Helmut /v. FALCKENSTE N, Roland Vogel /KÜHNE, Marcus (ed.), 5. Bas., Münih 2015.
- ENDRICH, Tobias: õPinning Down Functionality In European Design Law ó A Comment On The CJEUö DOCERAM Judgement (C-395/16)ö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int.), Heft 7-8, 2018, s.776-775.
- GESMANN-NUSSL, Dagmar: õRechtsprechungsreport Innovations- und Technikrechtö, Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (InTeR), 2018, s.86-101.
- GEZER, Hale: õ554 Say,1, Kanun Hükmünde Kararname Hükmüleri Çerçevesinde Tasar,mda Seçenek Özgürlü ü Kavram,n,n De erlendirilmesiö, stanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2016, s.699-712.
- GÜNE , İhami: õS,nai Mülkiyet Kanunu I , ,nda Uygulamalar, Patent ve Faydal, Model Hukukuö, Seçkin Yay,nc,l,k, 2. Bas., Ankara 2018.
- GÜNE , İhami: õS,nai Mülkiyet Kanunuönda Tasar,m Tescili Konusundaki Yeniliklerö, Terazi Hukuk Dergisi, 12(128), 2017, s.116-119.
- HACKBARTH, Ralf: õAnmerkung zu EuGH, Urteil vom 08.03.2018 ó C-395/16 ó DOCERAMö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Heft 3, 2018, s.614-615.
- KARAHAN, Fatih: õ6769 Say,1, S,nai Mülkiyet Kanunu Kapsam,nda Tasar,m Tesciliyle İlgili Getirilen Temel Yeniliklerö, in: 6769 Say,1, S,nai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), ed. Feyzan Hayal ehirali Çelik, BTHAE Yay,nlar,, Ankara 2017, s.305-339.
- KLAWITTER, Christian: õTechnische Bedingtheit an Gestaltungsmerkmalen im Designrechtö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax), Heft 7, 2018.
- KOÇ ÇELİK, Nefise: õTasar,mlar,n Ulusal ve Uluslararası, Hukukta Tescili ve Korunmas,ö, Adalet Yay,nevi, Ankara 2009.
- MEM O LU, Özgür Sami: õAvrupa Birli i Hukukunda Tescilli Tasar,m,n Korunmas, Aç,s,ndan Teknik İlevsellik S,n,rlamas,ö, stanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(1), 2019, s.111-133.
- MÜLLER-BROICH, Jan D.: õTechnische Bedingtheit im Recht des Gemeinschaftsgeschmacksmustersö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax), Heft 1, 2018, s.5-7.
- OHLY, Ansgar: õDesignschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrechtö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Heft 9, 2007, s.731-740.
- ÖZTÜRK, Ezgi: õTasar,mlar,n Patent Mevzuat, ile Korunmas,ö, Terazi Hukuk Dergisi, 5(49), 2010, s.81-94.
- PEKD NÇER, Remzi Tamer/G RAY, Eda R./BA , Kadir: õ6769 Say,1, S,nai Mülkiyet Kanunuö, Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2019.
- POLATER, Salih: õDesignschutz nach dem neuen türkischen Gesetz zum gewerblichen Rechtsschutzö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int.), Heft 12, 2017, s.1030-1040.
- SAMBUC, Thomas: õDesignschutz mit Markenrechtö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Heft 3/4, 2009, s.333-337.
- SARI, Onur: õS,nai Mülkiyet Kanunu Ba lam,nda Tasar,m,n Korunmas,ö, Terazi Hukuk Dergisi, 14(152), 2019, s.775-778.
- SCHICKER, Stefan/ HAUG, Thomas: õGrundzüge des Designgesetzö, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 11, 2014, s.726-730.
- SCHULZE, Gernot: õUrheberrechtsgesetzö, in DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot: 6. Bas., Münih 2018.
- SCHUTTE, Patrick R., õDer Gerichtshof der Europäischen Union definiert Voraussetzungen für die technische Bedingtheit im Recht des Gemeinschaftsgeschmacksmustersö, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic!), Ausgabe 12, 2018, s.734-737.
- SEM Z, Özgür/KILIÇ, Muazzez, õTasar,mlara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Say,1, S,nai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitapö, Terazi Hukuk Dergisi, 12(128), 2017, s.63-74.
- STARCKE, Andreas: õDas Recht zur Abbildung geschützter Designsö, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Heft 11, 2018, s.1102-1107.
- SULUK, Cahit/ KARASU, Rauf/ NAL Temel: õFikri Mülkiyet Hukukuö, Seçkin Yay,nc,l,k, 2. Bas., Ankara 2018.

- SULUK, Cahit: öAvrupa Birli i ve Türk Hukukunda Tasar,mlar,n Kümülatif Olarak Korunmas, (Kümülatif Koruma)ö, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), 1(3), 2001, s.43-72.
- SULUK, Cahit: öKar ,la t,rmal, Hukuk I , ,nda Türk Hukukunda Tescilsiz S,nai Ürünlerin Haks,z Rekabet Hükümleri ile Korunmas,ö, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), 15(1), 2014, s.165-189.
- SULUK, Cahit: öTasar,mc,ya Seçenek B,rakmayan Tasar,mlar,n Hukuki Durumu (Seçenek)ö, Prof. Dr. Ömer Teomanö 55. Ya Günü Arma an,, Cilt 1, Beta Yay,nevi, stanbul 2002.
- SULUK, Cahit öTasar,m Hukuku (Tasar,m), Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2003.
- EH RAL ÇEL K, Feyzan Hayal: öS,nai Mülkiyet Kanununun Tasar,m Hukukuna Getirdi i Temel Yenilikler (Temel Yenilikler)ö, in: 6769 Say,l, S,nai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), ed. Feyzan Hayal ehirali Çelik, BTHAE Yay,nlar,, Ankara 2017, s.255-302.
- EH RAL ÇEL K, Feyzan Hayal: öTasar,mlar,n Haks,z Rekabet Hükümlerine Göre Korunmas, Fikri Mülkiyet-Haks,z Rekabet Hukuku li kisi Odakl, Bir nceleme (Tasar,m ve Haks,z Rekabet)ö, BTHAE Yay,nlar,, Ankara 2014.
- EH RAL , Feyzan Hayal: öTürk Hukukunda Tasar,mlara Yönelik Uygulamalarö, Türkiyeöde Fikri ve S,nai Haklar,n Etkin Uygulanmas, Sempozyumu, <http://cv.ankara.edu.tr/duzenleme/kisisel/dosyalar/13052014133235.pdf> (Eri im: 13.8.2019).
- TEK NALP, Ünal: öFikri Mülkiyet Hukukuö, Beta Yay,nevi, 5. Bas,, stanbul 2012.
- YAVUZ, Levent/ALICA, Türkay, MERD VAN, Fethi: öFikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumuö, Cilt 1 (1-47. Maddeler), Seçkin Yay,nc,l,k, 1. Bas,, Ankara 2013.

ELEKTRON K KAYNAKLAR

- <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/8E240270-86F4-4B95-A28F-55A65A8D10A6.pdf>
(Eri im: 14.8.2019).
- <http://sozluk.gov.tr/>.

**WICHTIGE ELEMENTE BEI DER BEGRIFFSBESTIMMUNG DES
BEREICHERUNGSVERBOT IM PRIVATVERSICHERUNGSRECHT**
(*Ein Vergleich zwischen dem österreichischen- und der türkischen Rechtssystemen*)


S GORTA HUKUKUNDA ZENG NLE ME YASA I TANIMININ OLU UMUNDA
ÖNEML UNSURLAR

(*Avusturya ve Türk Hukuk Sistemi Aç,s,ndan Bir Kar ,la t,rma*)

IMPORTANT ELEMENTS IN THE DEFINITION OF THE PROHIBITION OF ENRICHMENT
IN INSURANCE LAW

(*A comparison Between the Austrian and Turkish Legal Systems*)

Ferhat YILDIRIM*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.570697>

Makale Bilgi

Gönderilme:27/05/2019
Kabul: 28/10/2019

Anahtar Kelimeler

*Sigorta De eri,
Sigorta Bedeli,
Zenginle me Yasa ,
TTK,
A k,n Sigorta,
Eksik Sigorta.*

Özet

Sigorta, günlük hayatta kar ,la t, ,m,z ya da kar ,la ma ihtimalimiz olan risklerin meydana gelmesi durumunda ortaya ç,kan zarardan en az hasarla kurtulma imkan, sa layan ve sigorta ettirenin rizikodan önceki mevcut durumuna kavu mas,n, sa layan önemli bir araç,r. Bu öneme binaen sigorta, günümüzde yads,namayacak düzeydedir. Globalle me, teknolojik geli meler vb. nazara al,nd, ,nda, yeni risklerin ortaya ç,kmas,, risk türlerinin çe i tilik arz etmesi ve bunun kar ,s,nda bireyin tek ba ,na mücadele edebilmesinin, özellikle maddi anlamda, güç oldu u tart, madan varestir. Buradan hareketle sigortan,n art,k hayat,m,z,n vazgeçilmezlerinden biri oldu unu söylemek hatal, bir ifade olmayacaktır. Böylesi bir önem arz eden alan,n kendine özgü baz, temel ilkelerinin olmas, kaç,n,lmazd,r. Sigorta alan,na ili kin bu ilkeler tüm dünyada genel geçer olarak kabul gören evrensel ilkelerdir. Bu ilkelerden biri olan şTazminat lkesiö ya da şSebepsiz Zenginle me Yasa , lkesiö sigorta hukuku aç,s,ndan oldukça özel bir yere sahip olan ilkedir. Sigortan,n hiçbir zaman sigorta ettiren ya da sigortal, için bir kazanç kayna , olamayaca , söyleminin temeli, zenginle me yasa , ilkesine dayanmaktadır. Bu ilke çerçevesinde sigorta ettirene ya da sigortal,ya ödenecek bedel ne u ran,lan gerçek zarardan az olacak ne de u ran,lan gerçek zarardan fazla olacak, sigorta ettierene ya da sigortal,ya kar sa layacaktır. lkenin mevcudiyeti, sigorta alan,nda baz, özel kavramlar,n, aktörlerin de do mas,na sebep olmu tur. Bu aktörler; sigorta bedeli (*Versicherungssumme*), sigorta bedeli (*Versicherungswert*) ve sigorta tazminat, (*Ersatz*) olarak kar ,m,za ç,kmaktadır. bu çal, ma ile, sigorta hukukunda temel ilke olan zenginle me yasa ,n,n söz konusu olup olmad, ,n,n belirlenmesinde etkin olan aktörler, özellikle Avusturya Sigorta Sözle mesi Kanunu (*Versicherungsvertragsgesetz-VersVG*) ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) kapsam,nda ele al,narak incelenecektir.



Bu eser [Creative Commons Atif-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Ö r. Grv. Özye in Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

 ferhat.yildirim@ozyegin.edu.tr ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6745-8820>

Artikel Info

Empfangen: 27/05/2019
Akzeptiert: 28/10/2019

Schlagworte

Versicherungswert,
Versicherungssumme,
Bereicherungsverbot,
türkisches Handels-
gesetzbuch,
VersVG,
Übersicherung,
Unterversicherung.

Zusammenfassung

Die Versicherung ist ein wichtiges Instrument, das im Falle des Auftretens der im Alltag begegneten oder zu begegnenden Risiken, entstandenen Schaden mit geringsten Verlust loszuwerden und dass der Versicherungsnehmer zu seinem früheren Zustand zurückkehrt ermöglicht. Hinsichtlich dieser Wichtigkeit kann die Versicherung heute nicht berücksichtigt werden. Wenn die Globalisierung, die technologische Entwicklungen usw. berücksichtigt werden, kann es nicht diskutiert werden, dass es besonders im materiellen Sinn schwer ist, dass die neuen Risiken auftreten, die Arten von Risiken variieren und die Person dagegen allein kämpfen kann. Deswegen ist es nicht eine falsche Aussage, dass die Versicherung jetzt ein Muss unseres Lebens ist. Es ist unvermeidlich, dass ein so wichtiger Bereich manche sui generis Grundprinzipien hat. Diese Prinzipien bezüglich des Bereichs der Versicherung sind von ganzen Welt angenommene und allgemeine Prinzipien. Eine dieser Prinzipien §Ersatzprinzipö oder §ungerechtfertigte Bereicherungsprinzipö hat einen besonderen Platz für das Versicherungsrecht. Der Grund der Aussage §die Versicherung kann niemals für den Versicherungsnehmer oder die versicherte Person eine Quelle des Profits sein ö basiert auf dem ungerechtfertigten Bereicherungsprinzip. Im Rahmen dieses Prinzips ist die dem Versicherungsnehmer oder der versicherten Person zur bezahlende Summe weder weniger noch mehr als den erlittenen echten Schaden, sie bringt dem Versicherungsnehmer oder der versicherten Person keinen Nutzen. Die Existenz dieses Prinzips verursacht auch, dass im Bereich der Versicherung manche besonderen Begriffe und Elemente auftreten. Infolge der Beziehungen zwischen diese Elemente wird es herausgefunden, ob das nach dem Risiko entstehende Bereicherungsverbot in Frage kommt. Diese Elemente sind die Versicherungssumme, der Versicherungswert und der Ersatz. Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den Elementen, die effektiv sind, um festzulegen ob das Grundprinzip von dem Versicherungsrecht §das Bereicherungsverbotö in Frage kommt, unter Berücksichtigung des besonders österreichischen Versicherungs-vertragsgesetzes-VersVG und türkischen Handelsrechtsgesetzes-TTK.

Article Info

Received:27/05/2019
Accepted: 28/10/2019

Keywords

Insurance Value,
Sum Insured,
Turkish Commercial
Code,
Austrian Insurance
Code,
Underinsurance,
Insurance

Abstract

Insurance is a significant instrument that allows us to recover with minimum loss from any damages that we may sustain in case risks that we face or have the potential to face in our daily lives occur or are actually realized and that ensures the restoration of the insuredö position back to the pre-risk times. Considering its such significance, it is hard to ignore insurance today. Considering the globalization and technological developments etc., there is no need to point out that it will be highly challenging for an individual, in particular, in financial terms, to fight against all those risks, given the further fact that new risks emerge and risk types are very diverse. In reliance on this fact, it will not be wrong to state that insurance is one of the indispensable factors in our life. It is inevitable that such a significant institution will be surely governed by certain basic principles unique to it. These principles applicable in the insurance field are universal ones that are generally accepted all over the world. One of these principles is the öCompensation Principleö or öPrinciple of the Prohibition of Unjust Enrichmentö and it plays a very special role in insurance law. Fundamentals of the argument that insurance shall never be a source of earning for either the policy holder or the insured rely on the principle of the prohibition of unjust enrichment. In line with this principle, the sum payable to the insured shall be neither less nor more than the actually sustained loss and the policy holder or the insured shall not make a profit on it. The presence of such principle has led to the emergence of certain special concepts or actors in the field of insurance. As a matter of fact, thanks to interrelations between these actors, it is understood if there has been a post-risk unjust enrichment ban. These actors are sum insured and insurance compensation. This study will address and examine the actors that are effective in determining whether or not there is an unjust enrichment ban, a fundamental principle of insurance law, especially in light of Versicherungsvertragsgesetz (VersVG) and Turkish Code of Commerce (TTK).

I. EINLEITUNG

Die Grundprinzipien der Versicherung sind wichtig für das Vertrauen auf die Versicherung und um willkürliche Einstellung und Verhalten in den Versicherungsgeschäften zu vermeiden. Mithilfe dieser Prinzipien werden die potenzielle Verluste in dem Familienleben, Arbeitsleben und Wirtschaftsleben und ungerechte Profite verhindert. Die Existenz der Grundprinzipien von der Versicherung ist ein wichtiger Faktor, dass der Versicherungsnehmer die Versicherung bevorzugt und die Vertrauen auf die Versicherung sich verstärkt¹. Die Grundprinzipien der Versicherung sind;

- a) §Die Existenz der versicherten Interesseõ Prinzip
- b) §von höchster Redlichkeitõ Prinzip
- c) §Die Existenz des Risikosõ Prinzip
- d) ungerechtfertigte Bereicherungsverbot (Ersatzprinzip)
- e) Rechtsübertragungs- oder Sukzessionsprinzip
- f) Schadenbeteiligungsprinzip
- g) §unmittelbare Ursache (*Causa-Proxima*)õ Prinzip

Wenn die Rechtsvorschriften in Bezug auf die Versicherung ausgewertet werden, wird es gesehen, dass diese dem Versicherungsbereich zugeordnete Prinzipien übernommen werden und hinsichtlich der Rechtsvorschriften, besonders des türkischen Handelsrechtsgesetzes (TTK) unterstützt werden.

In den obengenannten Prinzipien ist das Bereicherungsverbot wichtig für die vorliegende Arbeit. In der Tat spielen manche wichtigen Elementen eine Rolle bei dem Entstehen dieses Prinzips und mit dem Eingreifen dieser Elemente im Versicherungssystem wird es herausgefunden, ob dieses Grundprinzip verletzt wird.

II. BEREICHERUNGSVERBOT IM VERSICHERUNGSRECHT

A. Bereicherungsverbot gemäß TTK

Wenn das türkische Handelsgesetz untersucht wird, ist es nicht möglich eine Definition für das Bereicherungsverbot zu finden. Das Bereicherungsverbot ist nur den Aussagen innerhalb der Gesetzbestimmungen und durch Auslegung von Artikel Texten zu finden. Der Art. 1459, Abs. 1 türkischen Handelsgesetzes (TTK) enthält folgende Bestimmung §Der Versicherer verpflichtet nur den tatsächlichen entstanden Schaden des Versicherungsnehmers oder Begünstigten zu zahlenõ. Diese Bestimmung bezieht sich auf das Verbot der Bereicherung im Gebiet des Versicherungsrechts. Der Gesetzgeber hat keine direkte Definition erstellt, sondern angegeben, dass nur durch Interpretation die Existenz des Bereicherungsverbots ausgedrückt werden kann. Durch die Auslegung dieses Artikels, ist zu erkennen, dass die entsprechende Bestimmung nur innerhalb der Frist im Versicherungsvertrags des vereinbarten Risikos sein muss, das Interesse durch dieses Risiko geschädigt sein muss und die Versicherungssumme höher als der Schadensbetrag sein muss, damit es angewendet werden kann. Das Bereicherungsverbot ist zwingende Bestimmung im türkischen Rechtssystem .

Der Versicherungsvertrag ist kein Mittel der Bereicherung für den Versicherungsnehmer . Ziel der Versicherung ist es den Schaden des Versicherungswerts zu entschädigen . Deshalb muss der Versicherungssumme und der Versicherungswert gleich sein . Unter dem Zweck dieses Gleichheitsprinzip liegt, dass verhindert werden soll, dass der Versicherungsnehmer nicht

¹ Für die ähnliche Kommentare vgl. HAYIRSEVER BA TÜRK, Feride/ÇAKMAK, Deniz/DEM RTA , Bar. : Sigortac, l, a Giri , 1. Bas., Bankac, l, k Akademisi Yay, nlar., Ankara 2017, s.37; YILDIRIM, Ferhat: õSigorta Hukukunda Zenginle me Yasa õ, Türk Ticaret Kanunuõnun 5. Y, l Sempozyumu Tebli ler Kitab., 1. Bas., Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2018, s.743; ORHANER, Emine: Sigortac, l, k, 1. Bas., Siyasal Kitabevi, Ankara 2013, s.54; KAYA, Ferudun: Sigortac, l, k, 3. Bas., Beta Yay, nc, l, k, stanbul 2013, s.22; YASLIDA Beyhan: Sigortac, l, k, 1. Bas., Seçkin Yay, nc, l, k, Ankara 2012, s.56 ff; KAYA, Ferudun/KAHYA, Mehmet: Sigorta ve Sigortac, l, k, 1. Bas., Beta Yay, nlar., stanbul 2017, s.64 ff; ÖZBOLAT, Murat: Temel Sigortac, l, k, 7. Bas., Seçkin Yay, nc, l, k, Ankara 2017, s.109 ff; SÖYLER, İhami: Tüm Yönleriyle Tekafül slami Sigorta, 1. Bas., Adalet Yay, nevi, Ankara 2018, s.20 ff; AKH SAR, İyas/ACINAN, Hilmi: Sigortac, l, kta Hasar, 1. Bas., Filiz Kitabevi, stanbul 2016, s.11 ff.

mehr Entschädigung erhält als der entstandene Schaden.

Wenn wir für einen Augenblick annehmen, dass ein solches Prinzip nicht vorhanden ist, was würde die Folge sein? Falls das erwähnte Prinzip bei Sachversicherung angewendet werden würde, würde der Versicherungsnehmer den Wert des Gegenstandes seiner Versicherung viel höher versichern lassen und wenn das Risiko auftritt einen Gewinn über dem eigentlichem Wert erhalten. Wenn wir einen Schritt weiterdenken, kann der Versicherungsnehmer um diesen Gewinn zu erhalten den Auftritt des Risikos selber herbeiführen und somit die Versicherungsentschädigung erringen. Die entstandene Lage als Folge dieser Situation ist widersprüchlich gegen über dem Wesen des Versicherungsrechts und außervertragliche dritte Personen würden Schaden erleiden. Der Gesetzgeber hat mit dieser Bestimmung beabsichtigt, dem Zweck des Versicherungsrechts zu dienen, zu verhindern, dass der Versicherungsnehmer mit eigenem Willen einen illegalen Gewinn durch herbeiführen eines Risikos erlangt und dritte Personen geschützt werden.

Der Grundsatz des Bereicherungsverbots ist das wichtigste Merkmal welches Versicherungsverträge von Glückspiel- und Wettenschulden Grundsätzen trennt. Das Entschädigungsprinzip im Versicherungsrecht gilt nur für Glücksspiele und Wetten. Glücksspiel- und Wettenschulden beruhen auf dem Grundsatz, dass im Vermögen des Gewinners eine Erhöhung stattfindet. In Versicherungsverträgen allerdings wird nur der reale Schaden entschädigt. Mit anderen Worten, der Versicherte erhält nur soviel Entschädigungsrecht wie der erlittene und unter Schutz genommene Schaden, der Versicherer ist nicht verpflichtet mehr zu zahlen.

B. Bereicherungsverbot gemäß österreichischen Versicherungsvertragsgesetz (VersVG)

Die erste Definition des Bereicherungsverbots im Versicherungsrecht ist 1930 in der allgemeinen Spezifikation der Feuerversicherung zu finden. Im Artikel 3 der entsprechenden Regelung wurde eine Bestimmung in Form von *§Versicherung sollte nicht zu einer Bereicherung führen* formuliert. In Verbindung zu dieser Bestimmung ist vom Bereicherungsverbot im Rahmen des Versicherungsrechts die Rede, wenn der Versicherungsnehmer vom Versicherer mehr beantragt als der erlittene Schaden².

Als Beginn des Bereicherungsverbots im Versicherungsrecht werden Seeverversicherung als Beispiel genannt. In der Tat wird dieses Argument in der Lehre von Möller befürwortet³. Ausgedrückt wurde das Bereicherungsverbot zum ersten Mal, 1974 im ALR (des allgemeinen Landesrechts für die preußischen Staaten)⁴. Diese Regelung wurde bis zur Annahme des deutschen Versicherungsgesetzes von 1908 angewendet. Das Prinzip des Bereicherungsverbots wurde erstmals im 19. Jahrhundert in den allgemeinen Bedingungen der deutschen Feuerversicherung als Begriff behandelt und in Art. 10 der Bedingungen hat es seinen Ausdruck in Form von *§Versicherung kann nicht als Mittel für Gewinn eingesetzt werden* gefunden. In Art. 13 der Allgemeinen Bedingungen von 1908 wurde eine Bestimmung festgelegt, die aussagt, dass Versicherungen nicht zu einer Bereicherung führen, auch der Begriff Errungenschaft in der vorherigen Regelung wurde als Anreicherung geändert. Somit wurde der Begriff Bereicherung erstmals in der Bestimmung der allgemeinen Spezifikation von 1908 verwendet⁵.

Im österreichischen Recht- ist genauso wie im türkischen Rechtssystem die Bereicherung des Versicherungsnehmers als Ausdruck nicht vorzufinden⁶. Diese Anordnung ist weder im Versicherungsgesetz noch im Handelsgesetz vorhanden. § 55 VersVG österreichischen Versicherungsgesetz ist das Vorhandensein von dem Bereicherungsverbot zu erkennen. In diesem Zusammenhang, obwohl das Gesetz kein Bereicherungsverbot als Ausdruck beinhaltet,

²BARTHOLOMÄUS, Peter: Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot, 1. Aufl., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2010, s.4 und 5.

³BARTHOLOMÄUS, s.11.

⁴ §1983 ALR (1794) *öDurch Versicherung muss der Versicherte sich nur gegen Schaden denken, nicht aber Bereicherung dadurch suchen*.

⁵ BARTHOLOMÄUS, s.13.

⁶ SAMWER, s.11; BARTHOLOMÄUS, s.14, EICHLER, Hermann: Versicherungsrecht, 2. Aufl., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1976, s.273.

werden aus den hilfreichen anderen Bestimmungen⁷ die Existenz des Bereicherungsverbots erkannt.

Was ist aus dem österreichischen und dem deutschen Gesetz als Quelle zu verstehen? Wenn vom Bereicherungsverbot die Rede ist, dass der Versicherungsnehmer im Falle des Schadens als Folge eine höhere Zahlung erhält oder die Leistung der Versicherung mit der Höhe des Schadens beschränkt ist⁸.

Man kann sagen, dass in Bezug auf das Bereicherungsverbot im allgemeinen Sinn, unterschiedliche Meinungen in der Lehre vorhanden sind⁹. Einige Meinungen¹⁰ verteidigen, dass die Bereicherung des Versicherten nicht möglich sein soll und behaupten, dass im gültigen Versicherungsgesetz nicht so ein Prinzip vorhanden ist. Eine andere Meinung¹¹ ist, dass das Bereicherungsverbot für die Leistung des Versicherers eine Grenze für die Leistung des Versicherers darstellt. Eine dritte Meinung ist, dass als Entschädigung für den Schaden des Versicherten, der Versicherer nicht für mehr Zahlung als den Schaden haftet, dieser Ausdruck ist angemessen.

Die Beziehung zwischen §§ 1 S. 1 und 55 VersVG kann nicht ignoriert werden. Die Kombination der Bestimmungen beider Artikel zeigt uns das Grundprinzip des Bereicherungsverbots und zwar, dass die Leistungsgrenze des Versicherers mit der Höhe des Schadens zusammenhängt. In der Tat;

§ 1 S. 1 VersVG §Bei der Schadensversicherung ist der Versicherer verpflichtet, dem Versicherungsnehmer den durch den Eintritt des Versicherungsfalles verursachten Vermögensschaden nach Maßgabe des Vertrages zu ersetzen. Bei der Lebensversicherung und der Unfallversicherung sowie bei anderen Arten der Personenversicherung ist der Versicherer verpflichtet, nach dem Eintritt des Versicherungsfalles den vereinbarten Betrag an Kapital oder Rente zu zahlen oder die sonst vereinbarte Leistung zu bewirken.

§ 55 VersVG §Der Versicherer ist, auch wenn die Versicherungssumme höher ist als der Versicherungswert zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles, nicht verpflichtet, dem Versicherungsnehmer mehr als den Betrag des Schadens zu ersetzen.

Wenn die Bestimmungen beider Artikel zusammen bewertet werden, werden in § 1 VersVG die erwähnten Sachschäden im Rahmen des Vertrages vom Versicherer entschädigt, während in § 55 VersVG die Grenze der Höhe des Schadens, für den der Versicherer haftet, geregelt. Wenn in diesem Zusammenhang beide Artikel in Betracht gezogen werden, ist deutlich zu sehen, dass sie sich ergänzen.

Das komplementäre Verhältnis von § 1 VersVG und § 55 VersVG zeigt uns noch eine andere Sache, und zwar dass, das Prinzip des Bereicherungsverbots nur für die Schadensversicherung gültig ist¹².

Wenn im türkischen Recht trennt das Prinzip, dass der Versicherer für den entstandenen Schaden nur beschränkt haftet, also das Bereicherungsverbot auch in Österreich und im Quellengesetz von Deutschland, den Versicherungsvertrag von Glücksspiel- und Wettenschulden.

Schließlich falls wir die Frage behandeln, ob das Bereicherungsverbot eine Pflichtbestimmung ist oder nicht, muss man erwähnen, dass das Bereicherungsverbot keine Pflichtbestimmung ist. Nach zuvor herrschender Auffassung hatte das Bereicherungsverbot eine absolute Pflicht. Demnach sollte die Versicherung niemals zur Bereicherung des Versicherungsnehmers führen. Aber diese strenge Auffassung wurde nun aufgegeben, es wurde

⁷ §§ 55, 51, 59, 67 VersVG usw.

⁸ EICHLER, s.229; SAMWER, s.1.

⁹ SAMWER, s.13.

¹⁰ SAMWER, s.13.

¹¹ SAMWER, s.13.

¹² SAMWER, s.26; BARTHOLOMÄUS, s.18; KRAYENBÜHL, Thomas: Die Neuwertversicherung, 1. Aufl., Juris Verlag, Zürich 1962, s.15; EICHLER, s.229; WINTER, Gerrit: Die Verabschiedung des allgemeinen Bereicherungsverbots, SCHIMIKOWSKI, Peter (Hrsg.), Versicherung, Recht und Schaden, Festschrift für Johannes Wälder zum 75. Geburtstag, 1. Aufl., C.H. Beck's Verlag, München 2009, s.103; PRÖLLS, Eric R./MARTIN, Anton: Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, Band 14, 28. Aufl., C.H. Beck's Verlag, München 2010, s.92.

auf die Idee verzichtet, dass das Bereicherungsverbot eine obligatorische Bestimmung sein sollte. Tatsächlich wird in den Ausnahmen des Bereicherungsverbots verstanden, dass das Bereicherungsverbot keine zwingende Bestimmung ist.

C. Wichtige Elemente bei der Begriffsbestimmung des Bereicherungsverbot im Privatversicherungsrecht

1. Versicherungswert

Ein wichtiges Merkmal dafür, dass man im Versicherungsrecht über die Faktoren, die die Leistungen des Versicherers an den Versicherungsnehmer begrenzen bzw. über die Existenz des Grundsatzes des Bereicherungsverbots sprechen kann, ist der Versicherungswert¹³. Der Versicherungswert ist der materielle Wert im beliebigen Moment des Versicherungsvertrags und der Wert des versicherten Interesses¹⁴.

Da der Versicherungswert den Interessenwert zum Ausdruck bringt, ist er ein materieller Begriff. Aus diesem Grunde muss der Versicherungswert dem Interessenwert gleich sein¹⁵. Die Bedeutung des Versicherungswerts im Hinblick auf das Versicherungsrecht ist die Tatsache, dass der Versicherungswert die Grundlage bei der Bestimmung des Umfangs der Versicherungsleistungen des Versicherers bildet. Die Erwähnung des Versicherungswertes in der Versicherungspolice ist kein notwendiges Merkmal. Der entstandene Schaden im Moment der Risikoverwirklichung bildet den Versicherungswert.¹⁶ Auch wenn der Versicherte bei der

¹³ MÖLLER, Hans: *Versicherungsvertragsrecht*, 1. Aufl., Betriebswirtschaftlicher Verlag, Wiesbaden 1971, s.155; KENDER, s.308; METEZADE, Zihni/GÜLELI, Nurettin T.: *Türk Ticaret Kanunu Alt,nc, Kitap, Sigorta Hukuku*, 2. Bas., Gürer Yay,nlar., stanbul 2011, s.142; SAMWER, s.28 *öf Der Ersatzwert ist ein bestimmter Geldbetrag, der sich nach dem Interesse zur Zeit des Versicherungsfalles bemisst, und den der Versicherer grundsätzlich zu leisten verspricht...ö*; HOFMANN, Edgar: *Privatversicherungsrecht*, 1. Aufl., C.H. Beckø Verlag, München 1937, s.138.

¹⁴ KENDER, s.305; MANNES, Alfred: *Grundzüge des Versicherungsrechts*, 1. Aufl., Mittler & Sohn Verlag, Berlin 1923, s.45; ÜLGEN, Hüseyin/KAYA, Arslan: *öTakseli Kara Sigortalar,nda Esasl, Surette Fahi Taksenin Hile Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün Müdür?ö*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalpø Arma an, Cilt I, 1. Bas., Beta Yay,nlar., stanbul 2003, s.962; KENDER, Rayegan/ÇET NG L, Ergon: *Deniz Ticareti Hukuku*, 7. Bas., Beta Yay,nc,l,k, stanbul 2003, s.253; EICHLER, s.264; KERST, Andreas/JÄCKEL, Holger: *Versicherungsrecht*, 1. Aufl., C.H. Beckø Verlag, München 2010, s.60, Rd.103; WANDT, Manfred: *Versicherungsrecht*, 5. Aufl., Heymanns Verlag, Frankfurt 2010, s.260, Rd. 733 und 734; CAN, Mertol: *Birden Çok Sigorta*, 1. Bas., maj Yay,nc,l,k, Ankara 2004, s.20 ff.; ÖZBOLAT, s.92; CAN, Mertol: *Sigorta Hukuku-Ders Kitab.*, 1. Bas., maj Yay,nc,l,k, Ankara 2005, s.26; SCHIMIKOWSKI, s.211, Rd. 299; BOZER, Genel Hükümler, s.62; WIESER, Felix: *Versicherungsvertragsrecht*, 1. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien 2009, s.93: *šDer Begriff Versicherungswert hat zwei Bedeutung. Abstracke Bedeutung; Maßgeblich für eine Versicherung können verschiedene Arten von Werten sein; so etwa der Neuwer, der Zeitwert und Verkehrswert welche Wertart zu einer Versicherung gilt, ist von der dazu getroffenen Vereinbarung abhängig. Konkrete Bedeutung: Der reale, emprische Wert der versicherten Sachen, errechnet auf Basis der vereinbarten Wertart z.B. der konkrete Neu-, Zeit- und Verkehrswertö*; ENOCAK, Kemal: *Çifte Sigorta*, 1. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.49 ff.; SAYHAN, smet: *Sigorta Sözle mesinin Konusu*, 1. Bas., Yetkin Yay,nc,l,k, Ankara 2001, s.158; PRÖLLS/MARTIN, s.651, Rd.1; EHRENZWEIG, Albert: *Versicherungsvertragsrecht*, Band II, 1. Aufl., Manz Verlag, Wien/Leipzig 1935, s.463; Im allgemeinen ist es schwierig, den Versicherungswert zu definieren. Unterschiedliche Definitionen des Wertbegriffes sind möglich. Für weitere Informationen über der Begriffe des Wertes vgl. MÖLLER, s.155, 156 und 157; MANNES, s.45; EHRENZWEIG, s.462 ff.; EICHLER, s.264 ff.; KERST/JÄCKEL, s.60, Rd. 103 *öVersicherungswert wird in § 88 VVG legal definiert als Zeitwertö*; PRÖLLS/MARTIN, s.651, Rd. 2 *ö§ 88 VVG meint nicht individuellen Wert, den die Sache im Einzelfall für den VN hat, sondern den objektiven Wert, den die Sache für jedermann hat, also den Verkehrswert. Es wird auch als ögemeiner Wertö bezeichnet. (BGH VersR 480, 481=NJW 84)ö*; SAMWER, s.21 *öSo gilt im VVG der Wert der Sache als Wert des versicherten Interesses, sofern sich nicht aus den Umständen ein anderes ergibt. Hierbei unbestritten, dass unter öWert der Sacheö der gemeine Wert oder ihr Verkehrswert zu verstehen istö*; MEIXNER, Oliver/STEINBECK, René: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, 2. Aufl., C.H. Beckø Verlag, München 2011, s.187; BRUNS, Alexander: *Privatversicherungsrecht*, 1. Aufl., C.H. Beckø Verlag, München 2015, s.233; ARMBRÜSTER, Christian: *Privatversicherungsrecht*, 1. Aufl., Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, s.377; DEUTSCH, Erwin/IVERSEN, Thore: *Versicherungsvertragsrecht*, 7. Aufl., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2015, s.158; STRAUBE, Manfred/GISCH, Erwin/BERISHA, Arlinda: *Österreichisches Versicherungsvertragsrecht*, 1. Aufl., Manz Verlag, Wien 2014, s.7; ÜNAN, s.116 ff.; CEBE, s.446; AYHAN/ÇA LAR, s.43; KAYIHAN, aban/BA CI, Ömer: *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 1. Bas., Umuttepe Yay,nlar., Kocaeli 2016, s.63.

¹⁵ ÜLGEN/KAYA, s.962; KENDER/ÇET NG L, s.253; ÖZBOLAT, s.92; PRÖLLS/MARTIN, s.651, Rd.1; Yarg. HGK, E. 1982/11-403, K. 1984/676, T. 08/06/1984, *ömal sigortas,nda sigorta de eri ile sigorta bedelinin e it olmas, esast,rö*.

¹⁶ TTK (6762 a.F.) Art. 1299/2 *öDie Versicherungssumme, die geleistet werden muss, wird entsprechend dem Wert des versicherten Interesses im Moment der Risikoverwirklichung festgelegtö*; Art. 1461/1 des neuen türkischen Handelsgesetzbuches Nr. 6102 *öDie Haftung des Versicherers ist mit der Versicherungssumme begrenzt. Auch wenn die Versicherungssumme den Wert des versicherten Interesses im Moment der Risikoverwirklichung übersteigt, zahlt*

Erstellung der Versicherungspolice den Versicherungswert angegeben hat, muss er im Moment des Risikoeintritts nachweisen, dass dieser Wert dem von ihm angegebenen Betrag entspricht. Oder, falls es behauptet wird, dass der entstandene Schaden nicht so hoch ist, wie der angegebene Wert, dann muss dies durch den Versicherer nachgewiesen werden.

Während im alten türkischen Handelsgesetzbuch¹⁷ alle Merkmale aufgezählt wurden, die in der Versicherungspolice stehen müssen, wurde diese Bestimmung in dem neuen türkischen Handelsgesetzbuch abgeschafft¹⁸. Während in dem alten Gesetzbuch die Merkmale erwähnt wurden, die in der Versicherungspolice genannt werden müssen, wurde der Versicherungswert nicht mitgezählt. Allerdings ist es von praktischem Nutzen, wenn man über den Versicherungswert informiert ist. Dies kehrt die Beweislast in Bezug auf die Feststellung, ob die Versicherungssumme im Moment der Risikoverwirklichung bzw. im Moment des Abschlusses des Versicherungsvertrages dem Versicherungswert entspricht, um.

Eine Regelung, die dem alten türkischen Handelsgesetzbuch ähnlich ist, findet weder in dem neuen türkischen Handelsgesetzbuch, noch in dem VVG oder im VersVG ihren Platz.

Wenn man den Versicherungswert allgemein im Hinblick auf die Schadensversicherung untersucht, ist es offensichtlich, dass er alle Schadensversicherung betrifft. Bei der Unterteilung der Schadensversicherung kann man allerdings nur im Hinblick auf die Aktivenversicherung über den Versicherungswert sprechen¹⁹. In diesem Zusammenhang wirkt der Versicherungswert nur bei der Aktivenversicherung auf die Leistung des Versicherers. Wie ich auch in dem vorangegangenen Kapitel der Arbeit erwähnt habe, zeigt die Beziehung zwischen einer Person und einer Sache die Interessensituation auf und in dieser Hinsicht wird das versicherte Interesse als der Versicherungswert bezeichnet. In diesem Zusammenhang ist es möglich, bezüglich der Aktivenversicherung im Hinblick auf die Schadensversicherung über die Existenz von drei Merkmalen zu sprechen: die Versicherungssumme, der Versicherungswert und der Versicherungsschaden.

Die obigen Ausführungen über die Aktivenversicherung gelten nicht für die Passivenversicherung, die eine andere Art der Schadensversicherung darstellt. Die Passivenversicherung beinhaltet von den Merkmalen Versicherungssumme, Versicherungswert und Versicherungsschaden nur die Merkmale Versicherungssumme und Versicherungsschaden. Naturgemäß kann man in Bezug auf die Passivenversicherung nicht über Versicherungswert sprechen, da hier kein Versicherungsinteresse besteht²⁰.

In Bezug auf die Summenversicherung, die das Gegenteil der Schadensversicherung

der Versicherer nicht mehr als den Betrag des erfahrenen Schadens.ö; § 55 VersVG öDer Versicherer ist, auch wenn die Versicherungssumme höher als der Versicherungswert zur Zeit des Eintrittes des Versicherungsfalles, nicht verpflichtet, dem Versicherungsnehmer mehr als den Betrag des Schadens zu ersetzenö; § 88 VVG öSoweit nichts anderes vereinbart ist, gilt als Versicherungswert, wenn sich die Versicherung auf eine Sache oder einen Inbegriff von Sachen bezieht, der Betrag, den der Versicherungsnehmer zur Zeit des Eintrittes des Versicherungsfallesí ö

¹⁷TTK (6762 a.F.) Art. 1266 ö Die Versicherungspolice bzw. die Versicherungsbescheinigung müssen folgende Merkmale beinhalten.

1-Name, Vorname bzw. Firmenbezeichnung und Anschrift des Versicherers, des Versicherten auf des Nutzers der Versicherung

2-Gegenstand der Versicherung,

3-Die Risiken, die der Versicherer übernimmt. Beginn und Ende der Versicherung,

4-Die Versicherungssumme,

5-Höhe der Versicherungsprämien, Ort und Datum der Fälligkeit

6-Alle Zustände, die zur gänzlichen Bestimmung des wahren Wesens der von dem Versicherer übernommenen Risiken dienen

7-Ausstellungsdatumí ö

¹⁸BOZKURT, Tamer: Ticaret Hukuku IV Cilt Sigorta Hukuku, 6. Bas., Oniki Levha Yay,n,c,l,k, stanbul 2013, s.47 ff.

¹⁹HOFMANN, s.138 ff. öí Versicherungswert hat in der Aktivenversicherung Bedeutung, weil dort die Wert beziehung einer Person zu bestimmten Gütern unter die Versicherung genommen wird.ö; MÖLLER, s.155 öí kommt der Versicherungswert nur in der Aktivenversicherung zum Zuge; denn nur eine (Wert-) Beziehung einer Person zu einem Aktivum nur versichertes Interesse, besitzt einen Versicherungswert.ö; SCHIMIKOWSKI, s.211, Rd. 299 und 213, Rd. 303; HOFMANN, s.138; KENDER, s.308.

²⁰HOFMANN, s.39 öí daher kann in der Passivenversicherung von einem Versicherungswert und damit von einer Über- und Unterversicherung nicht gesprochen werden. Leistungsgrenzende Faktoren in der Passivenversicherung sind nur die Versicherungssumme und die Höhe des entstandenen Schadensí ö; KENDER, s.308.

bilden, sind die Leistungen des Versicherers mit der Versicherungssumme begrenzt. Zusammengefasst kann man sagen, dass von den erwähnten drei Merkmalen nur die Versicherungssumme die Summenversicherung betrifft²¹.

An dieser Stelle taucht die Frage auf, wie die Lage in Bezug auf die Haftpflichtversicherung ist, die eine Art der Schadensversicherung darstellt aber die Eigenschaft einer Vermögensversicherung hat.

Wie ich oben erwähnt habe, muss unter dem Begriff Versicherungswert der Wert des versicherten Interesses verstanden werden. In der Theorie wird der Versicherungswert gelegentlich auch als *öLetztwertö* bzw. als *öSchadensgrenzwertö* bezeichnet²². Es wird auch die Ansicht vertreten, dass da der Versicherungswert in keiner Beziehung zu der Haftpflichtversicherung steht, für diese Versicherungsart etwas fremdes ist²³. Die Gegenmeinung besagt folgendes: wenn die Haftpflichtversicherung gegen die Haftung wegen einer bestimmten Sache abgeschlossen wird, macht der Wert der betreffenden Sache die Existenz des Versicherungswertes in Bezug auf die Haftpflichtversicherung notwendig²⁴. Wenn wir diese Ansichten näher betrachten, dass es nicht möglich ist die zweite Ansicht zu teilen. Die Tatsache, dass die Haftung bei der Haftpflichtversicherung sich auf die Verfügungsgewalt über eine Ware stützt, führt nicht dazu, dass die Haftung des Versicherten nicht mit dieser Ware begrenzt ist. Wenn auch die Haftung die Verfügungsgewalt über eine Ware ist, bezieht sich die Pflicht zur Entschädigung des Versicherten auf sein ganzes Vermögen. Beispielsweise ist die Haftung des Versicherten bei der Kfz-haftpflichtversicherung dem geschädigten gegenüber nicht auf sein eigenes Fahrzeug bzw. auf den Fahrzeugwert des geschädigten begrenzt. Die Haftung des Versicherten den geschädigten Dritten gegenüber ist weder mit seinem eigenen, noch mit dem materiellen Wert des Fahrzeugs Dritter begrenzt, er haftet mit seinem ganzen Vermögen.

Wie ich auch oben erwähnt habe, will man mit dem Begriff Versicherungswert eigentlich den Wert des Versicherungsinteresses zum Ausdruck bringen. Allerdings ist es nicht zu treffend, wenn man das Versicherungsinteresse als eine Ware des Versicherten definiert, die von einer Schadensgefahr bedroht wird. Es wäre richtiger, wenn man in dieser Definition statt des Begriffes Ware den Begriff Vermögen verwendet. Wenn man nämlich nur von dem Begriff Ware spricht, führt dies zu einer Situation, in der die Haftpflichtversicherung ausgeschlossen werden. Allerdings hat der Versicherte ein Interesse daran, dass die Schadensersatzforderungen, die sich aus seiner Haftung für sein Vermögen ergeben, nicht zu einer Verschuldung führen. Genau dieses Interesse wird bei der Haftpflichtversicherung versichert²⁵. Hier hängt das Versicherungsinteresse mit dem vom Schaden bedrohten Teil der Ware bzw. des Vermögens einer Person zusammen, die/das einem Risiko ausgesetzt ist²⁶. Diese Definition zeigt, dass das versicherte Interesse nicht nur mit dem aktiven-, sondern auch mit dem passiven Teil des Vermögens zusammenhängt.

Falls wir uns fragen, ob bei der Haftpflichtversicherung der Versicherungswert existiert oder nicht, dann können wir feststellen, dass die Ansicht, dass bei der Haftpflichtversicherung kein Versicherungswert besteht, im Rahmen unserer Ausführungen nicht beachtet werden

²¹SCHIMIKOWSKI, s.211, Rd. 299; KENDER, s.308; ENOCAK, Kemal: Menfaat De eri Alt,nda Sigorta (Unterversicherung), GÜHFD 2014, 51 ff., http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_5.pdf (abgefragt am 20.05.2019).

²²EHRENZWEIG, s.463 und 464 *öí* Den Wert, den das versicherte Interesse zur Zeit der Schließung des Vertrages hat, mag man etwa *öAnfangswertö* nennen, *öLetztwert* oder mit der Schweiz VVG *Ersatzwert* nennen. Der Grad der Sicherheit, mit der der jeweilige Versicherungswert festgestellt werden kann, hängt von der Lage des Einzelfalles ab, wie bei jeder Bewertung.

²³vgl. KENDER, Rayegan: *öMesuliyet Sigortas,n,n Mahiyeti ve Türleri, Teori ve Uygulama Aç,s,ndan Mesuliyet Sigortalar,ö, III. Sigorta Semineri (Sigorta Semineri)*, Ankara 1977, s.10 ve 11; OMA , Merih Kemal: *öTürk Ticaret Kanunu ile 25 Haziran 1992 tarihli Belçika Kara Sigortas, Mukavelesi Kanunu Aç,s,ndan Hukuki Sorumluluk Sigortas,ö, SHD 1997, s.74-80; KOENIG, Willy: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Lang Verlag, Bern 1967, s.504*

²⁴vgl. BOZER, Ali: *öYang,n Dolay,s, ile Sorumluluk Sigortas,, Teori ve Uygulama Aç,s,ndan Mesuliyet Sigortalar,ö, III. Sigorta Semineri, (Seminer)*, Ankara 1977, s.310 und 311; BOZER, Sigorta Hukuku, s.257.

²⁵vgl. BGH, VersR 1951, s.76; BGHZ, 28, s.140; BGH VersR. 1963, s.196; BGH., NJW 1967, s.2203; BGH. NJW 1980, s.1623-1624.

²⁶ ENOCAK, Kemal: *öTTKönun Mal Sigortas,na li kin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalar,na Uygulanabilirli öö, AÜHFD, C. 58, S.1, Ankara 2009, s.199.*

kann²⁷. Auch bei der Haftpflichtversicherung besteht ein Versicherungswert, allerdings ist er so hoch, dass er nicht als ein Betrag genannt wird. Abgesehen davon, ist es möglich, den Versicherungswert als eine Summe zu nennen, falls die Haftung des Versicherten im Rahmen der betreffenden gesetzlichen Regelungen durch Bestimmungen eines bestimmten Vermögens begrenzt wird. Hieraus folgt, dass die Tatsache, dass bei der Haftpflichtversicherung der Versicherungswert so hoch ist, dass er nicht genannt werden kann, heißt nicht, dass diese Situation aus versicherungstechnischer Sicht nicht behandelt wird bzw. dass die betreffenden Bestimmungen des türkischen Handelsgesetzbuches auf die Haftpflichtversicherung nicht angewandt werden²⁸.

Wenn man auch die gesetzlichen Bestimmungen überprüft, sieht man, dass die durch den Gesetzgeber regulierten Angelegenheiten ganz klar nachweisen, dass der Versicherungswert auch bei der Haftpflichtversicherung existiert. In Bezug auf die Definition des Versicherungsvertrags im Art. 1401 des Türkischen Handelsgesetzbuches²⁹ heißt es nämlich: *öIm Gegenzug einer Prämienzahlung an den Versicherer wird der Versicherungsvertrag im Falle des Risikoeintritts, der dem in Geld gemessenen Interesse einer Person schadetí ö* Gegenteilige Meinungen entsprechen nicht dieser gesetzlichen Bestimmung. Ferner muss man in diesem Zusammenhang betonen, dass der Versicherungswert bei der Haftpflichtversicherung ein unendlicher Wert ist; dass man aber nicht davon sprechen kann, dass er die Summenversicherung übersteigt, weil ein unendlicher Wert, der nicht in Zahlen ausgedrückt wird, mit der Versicherungssumme nicht verglichen werden kann, die mit Zahlen ausgedrückt wird und eine begrenzte Größe ist; dass daher einige Bestimmungen auf die Haftpflichtversicherung überhaupt nicht bzw. nur begrenzt angewandt werden können³⁰.

Wenn wir uns mit der Regelung des Versicherungswertes in den vorhandenen Bestimmungen beschäftigen wollen;

Die Regelung des Versicherungswertes im türkischen Handelsgesetzbuch; wenn man die Bestimmungen des türkischen Handelsgesetzbuches überprüft, dann sieht man, dass der Art. 1460 des türkischen Handelsgesetzes mit der Nr. 6102 den Versicherungswert definiert. Gem. Art. 1460 wird der Versicherungswert wie folgt definiert:

öDer Versicherungswert ist genau der Wert³¹ des versicherten Interesses.ö

Bevor das neue türkische Handelsgesetzbuch in Kraft getreten ist, wurde diese Angelegenheit in dem Art. 1345 des alten türkischen Handelsgesetzbuches mit der Nr. 6762 geregelt. In dem neuen Gesetzbuch mit der Nr.6102 wird diese Regelung im Art. 1460 behandelt. Gemäß der vorhandenen Regelung wird der Versicherungswert wie folgt definiert:

öDer Versicherungswert genau der Wert des versicherten Interesses ö

Während die Bestimmung, die in dem alten Gesetzbuch die Seeversicherung betraf und damals mit der Vergleichsmethode auch eine Anwendung bei der Landversicherung fand, wurde in dem neuen Gesetz der Versicherungswert für die Landversicherung durch einen separaten Artikel geregelt.

Die Regelung des Versicherungswertes im VersVG; Diese Angelegenheit wurde im § 52

²⁷SCHNITZLER, C: Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Versicherungsvertragsgesetzes für die gesamte Schadensversicherung auf die Haftpflichtversicherung, Köln 1937, s.29; EHRENBERG, Viktor: §Die Veräußerung der versicherten Sache und die Haftpflichtversicherung, in Festgabe für Alfred Mannes, Berlin 1920, s.191.

²⁸ ENOCAK, Mal Sigortalı, s.200; ENOCAK, Menfaat De eri Alt,nda Sigorta, s.51 ff.

²⁹ Art. 1263 des alten TTK Nr. 6762; eine ähnliche Regelung ist Art.1269 des alten TTK Nr. 6762: *öEin Eigentümer, der ein in Geld messbares Interesse daran hat, eine Ware trotz gewisser Risiken zu erwerben... die Agentur, der Mieter, der Makler bzw. andere Personen, die aufgrund der Erhaltung der Ware dem Eigentümer gegenüber haften ...können dieses Interesse versichern lassen ö*

³⁰ ENOCAK, Menfaat De eri Alt,nda Sigorta, s.202.

³¹Dieser Wert wird verstanden als den Geldwert des wirtschaftlichen Werts des Vertrags in jeglicher Zeit vom versicherten Interesse. Dahingegen wird es im deutschen Recht deutlich behauptet, im welchen Zeitraum dieser Wert festgelegt wird. Laut § 88 VVG wird der Versicherungswert in Deutschland beschreibt als *šder Betrag, den der Versicherungsnehmer zur Zeit des Eintrittes des Versicherungsfalles für die Wiederbeschaffung oder Wiederherstellung der versicherten Sache in neuwertigem Zustand unter Abzug des sich aus dem Unterschied zwischen alt und neu ergebenden Minderwertes aufzuwenden hat.ö* Für weitere Erklärung vgl. ÜNAN, s.115 und 116.

des VersVG behandelt. Dieser lautet;

öBezieht sich die Versicherung auf eine Sache, so gilt, soweit sich nicht aus den Umständen etwas anderes ergibt, der Wert der Sache als Versicherungswert

Hier wird es klar, dass im österreichischen Recht unter dem erwähnten Begriff Versicherungswert zwei verschiedene Merkmale verstanden werden. Diese sind abstrakte und konkrete Bedeutung des Wertes. In Bezug auf die als abstrakte Bedeutung bezeichnete Versicherung kann man mehrmals von verschiedenen Arten des Wertes sprechen. Diese werden nämlich als der Neuwert, der Zeitwert und der Verkehrswert bezeichnet. Welcher von diesen Werten auf die Versicherung angewandt wird, wird durch einen vereinbarten Vertrag bestimmt. Was unter der zweiten Art, der konkreten Bedeutung verstanden wird, ist die Berechnung des realen, empirischen Wertes der versicherten Sache auf der Grundlage der vereinbarten Wertart. Als Beispiele hierfür werden konkrete Neu-, Zeit- und Verkehrswert genannt³².

2. Versicherungssumme

Einer der Faktoren, der die Leistungen des Versicherers an den Versicherten bestimmt, ist die Versicherungssumme. Die Versicherungssumme ist der maximale Betrag, der durch die Parteien des Versicherungsvertrages festgelegt wird³³ und den der Versicherer nach dem Risikoeintritt leisten muss³⁴. Die Versicherungssumme spielt auch bei der Festlegung der Höhe der zu entrichtenden Prämien eine wichtige Rolle³⁵. Im Rahmen dieser Ausführungen kann man von einer Doppelfunktion der Versicherungssumme sprechen. Eine davon ist, die Bestimmung der Höhe der Entschädigung, die der Versicherer zu zahlen hat, die andere ist die Bestimmung der Höhe der Prämien, die der Versicherte entrichten muss.

Der Begriff der Versicherungssumme hat in zwei Punkten eine besondere Eigenschaft. Erstens, während der Versicherungswert den Interessenwert zum Ausdruck bringt, wie ich oben ausgeführt habe, behandelt er eine ökonomische Notwendigkeit; die Versicherungssumme hingegen behandelt eine Vertragsbedingung, die von der Vereinbarung der Parteien abhängt. Der zweite Punkt ist, dass sich der Begriff Versicherungssumme bei Unter- bzw. Überversicherung von dem Versicherungswert unterscheidet. Wenn man diese zwei Funktionen näher betrachtet, sieht man, dass sich eigentlich die grundlegende Funktion der Versicherungssumme bei der Feststellung zeigt, ob es sich um eine Unter- oder Überversicherung handelt.

In Bezug auf die Feststellung des von dem Versicherer zu zahlenden Betrags hat die Versicherungssumme eine wichtige Bedeutung für die Summenversicherung und ist eigentlich ein Begriff, der der Summenversicherung eigen ist. Man kann sagen, dass die Bezeichnung Versicherungssumme im Grunde genommen von der Summenversicherung abstammt.

In der türkischen Rechtslehre ist umstritten, ob in der Versicherungspolice die Versicherungssumme genannt werden muss oder nicht. Hier existieren zwei unterschiedliche Ansichten: Einmal wird die Ansicht vertreten, dass die Versicherungssumme in der Police genannt werden muss³⁶. Als Begründung hierfür wird angeführt, dass die Versicherungssumme

³²für weitere Informationen vgl. WIESER, s.93

³³Es gibt eine Ausnahme vgl. gem. des Versicherungsaufsichtsgesetzes mit der Nr.7397 wird die Versicherungssumme bei der Kraftfahrthaftpflichtversicherung nicht durch die Parteien, sondern durch das zuständige Ministerium festgelegt; HOFMANN, s.137: *öDie Versicherungssumme wird meistens frei vereinbart. Eine Ausnahme bilden die Pflichtversicherungen, für die es gesetzlich vorgeschriebene Mindestversicherungssummen gibt* ö

³⁴SCHIMIKOWSKI, s.215; BOZER, Sigorta Hukuku, s.62; KERST/JÄCKEL, s.60, Rd.102; WANDT, s.262, Rd. 740; KENDER, s.304; ÖZBOLAT, s.92; CAN, Birden Çok Sigorta, s.20; SAYHAN, s.159; KAYIHAN, aban: Sigorta Sözle mesinde Prim Ödeme Borcu, 1. Bas., Seçkin Yay.nc,l,k, Ankara 2004, s.63; ATABEK, Re at: Sigorta Hukuku, 1. Bas., Duygu Matbaas., stanbul 1970, s.8 und 9; MÖLLER, s.153 ff.; MANNES, s.44; ÜLGEN/KAYA, s.962; KENDER/ÇET NG L, s.252; EICHLER, s.264 ff.; ULA , s.53; BOZKURT, s.25 und 118; HOFMANN, s.136; EHRENZWEIG, s.469 ff.; KAYA, s.32; METEZADE/GÜLEL , s.143; ME XNER/STEINBECK, s.187 und 188; STRAUBE/GISCH/BERISHA, s.7; DEUTSCH/IVERSEN, s.158; ÜNAN, s.137 ff.; CEBE, s.447; YE LOVA ARAS, Ecehan: Sorumluluk Sigortalar,nda Zarar Görenin Do rudan Dava Hakk., 1. Bas., Yetkin Yay.nc,l,k, Ankara 2013, s.113; AYHAN/ÇA LAR, s.44; KUB LAY, Huriye: Yeni De er Sigortas., 1. Bas., Adalet Yay,nlar., Ankara 1994, s.54; KAYIHAN/BA CI, s.63.

³⁵CAN, Sigorta Hukuku, s.26; CAN, Birden Çok Sigorta, s.20; KENDER, s.305; SAYHAN, s.160; KAYIHAN, s.63; MÖLLER, s.153; ENOCAK, Menfaat De eri Alt,nda Sigorta, s.51 ff.

³⁶KENDER, s.305 ff.; Für die Gegenmeinung vgl. ENOCAK, Menfaat De eri Alt,nda Sigorta, s.51 ff. Der Autor vertritt die Ansicht, dass hier eine duale Differenzierung gemacht werden muss, da im Gesetzbuch eine Regelung

neben der Festlegung der durch den Versicherer zu zahlenden Entschädigung noch eine wichtige Funktion hat, nämlich die Festlegung der Höhe der Prämien. Die Gegenmeinung³⁷ ist hingegen, dass die Versicherungssumme in der Police nicht genannt werden muss. Dieser Ansicht zufolge kann man die Höhe des nach der Risikoverwirklichung entstandenen Schadens und dementsprechend die Höhe der Entschädigung feststellen. Wie es auch aus dieser Begründung hervorgeht, betrachten die Vertreter dieser Ansicht die Angelegenheit nur im Hinblick auf die Entschädigung, die nach der Risikoverwirklichung zu bezahlen ist. Die viel wichtigere Eigenschaft der Summenversicherung, nämlich ihre Rolle bei der Festlegung der Höhe der Versicherungsprämien wird hier vernachlässigt.

Im Lichte dieser Ansichten muss meiner Meinung nach die Versicherungssumme in der Police aufgeführt werden. Auf der Grundlage der nach der Risikoverwirklichung entstandenen Schadenshöhe kann der Versicherer die entsprechende Höhe der Entschädigung berechnen und seine Schulden begleichen. Allerdings gibt es noch einen wichtigen Punkt, warum die Versicherungssumme vorabfestgestellt und in der Police genannt werden muss. Die Versicherungssumme ist nämlich ein grundlegender Faktor bei der Festlegung der Prämienhöhe und falls die Versicherungssumme nicht bekannt ist, wird die Feststellung der Prämienhöhe sehr schwierig, ja fast unmöglich sein. In einem solchen Fall (außer den Fällen, wo die unbegrenzte Haftung des Versicherers festgestellt wird und dementsprechend eine hohe Prämienzahlung des Versicherten hingenommen wird) kann es sein, dass der Versicherer von dem Versicherten eine höhere Prämie verlangt, als dieser zu zahlen hätte.³⁸

Die Versicherungssumme gilt zwar für alle Versicherungsarten,³⁹ zeigt aber je nach der Differenzierung der Versicherungsarten Unterschiede auf. Sie wird nämlich bei Schadensversicherung und bei Summenversicherung unterschiedlich behandelt.

a. Die Versicherungssumme bei der Schadensversicherung

Bei der Schadensversicherung haben die Vertragsparteien gegenseitig die Möglichkeit die Versicherungssumme frei zu bestimmen. Allerdings gilt diese freie Bestimmung nur im Rahmen der Gesetze. Dieser freien Bestimmung sind auch Grenzen gesetzt. Grundlegend für die durch die Parteien festgelegte Versicherungssumme ist, dass die Versicherungssumme dem Versicherungswert gleich ist⁴⁰. Allerdings kann diese Gleichheit, die beim Vertragsabschluss existiert, später ausfallen⁴¹. Wenn auch in einem solchen Falle die Versicherungssumme im Moment der Risikoverwirklichung den Interessenwert übersteigt, wird der Versicherer nicht mehr als den erlittenen Schaden bezahlen⁴². In der Tat wird diese Angelegenheit sowohl im türkischen Handelsgesetzbuch (TTK) als auch im VersVG als eine zwingende Bestimmung behandelt.

bezüglich der Versicherungssumme im Versicherungsvertrag fehlt. Während er davon spricht, dass bei Summenversicherungen die Versicherungssumme in der Police nicht genannt werden muss, behauptet er, dass dies bei den Schadensversicherungen nicht unbedingt notwendig ist und dass die Tatsache, dass die Versicherungssumme nicht vereinbart wurde, keine Wirkung auf die Gültigkeit des Versicherungsvertrags hat. Er vertritt die Ansicht, dass die Versicherungssumme in Bezug auf die Schadensversicherungen kein unverzichtbares Merkmal ist, sondern aus versicherungstechnischer Hinsicht notwendig ist. Für eine ähnliche Definition vgl. EHRENZWEIG, s.469.

³⁷BOZER, Sigorta Hukuku, s.62 ff.

³⁸Dieser Zustand führt dazu, dass Art. 1266 des alten TTK (a.F.), demzufolge die Versicherungssumme in der Police genannt werden muss, zuungunsten des Versicherungsnehmers geändert werden muss, obwohl er gem. Art. 1264 nur zugunsten des Versicherungsnehmers geändert werden kann; Art. 1264 des alten TTK Nr. 6762 (a.F.) regelt die Bestimmungen bzw. die zwingenden Bestimmungen, die im Versicherungsvertrag anzuwenden sind.

³⁹MÖLLER, s.153 ff.

⁴⁰BOZER, Sigorta Hukuku, s.62; ÖZBOLAT, s.92; KRAYENBÜHL, s.21 *ö Gleichheit der Werte ist Idealversicherungí ö; Yarg. HGK., E. 1982/11-403, K.1984/676, T.08/06/1984öi grundlegend bei den Sachversicherungen ist, dass der Versicherungswert und die Versicherungssumme gleich sein müssení ö*

⁴¹SCHIMIKOWSKI, s.216, Rd. 301; BOZER, Sigorta Hukuku, s.62.

⁴²KERST/JÄCKEL, s.60, Rd. 102; WANDT, s.262, Rd. 740 ff.; CAN, Birden Çok Sigorta, s.21 SAYHAN, s.159; KAYIHAN, s.63; MÖLLER, s.153; Yarg. 11. HD., E. 2011/7213, K. 2012/11335, T. 28/06/2012 *öbei der Sachversicherung muss der Versicherungsvertrag auf den Zweck ausgerichtet sein, dass der nach der Risikoverwirklichung entstandene tatsächliche Schaden ausgeglichen wird, dass dies nicht zur Bereicherung des Versicherten führtí ö; Yarg. 11. HD., E. 1984/3745, K. 1984/3902, T. 06/06/1984 *öder Versicherer zahlt bei den Sachversicherungen den Wert des versicherten Interesses im Moment der Risikoverwirklichungí ö; Hofmann, Privatversicherungsrecht, 137 *öDie Versicherungssumme ist die vertragliche Höchstgrenze der Leistungspflicht des Versicherers in der Schadensversicherung. Es gibt sie sowohl in der Aktiven- wie in der Passivenversicherung.ö***

TTK 1461/1 lautet; *öDie Haftung des Versicherers ist mit der Versicherungssumme begrenzt. Wenn auch die Versicherungssumme im Moment der Risikoverwirklichung den Wert des versicherten Interesses übersteigt, zahlt der Versicherer nicht mehr als den erfahrenen Schaden.ö*

Demnach wird hier darauf hingewiesen, dass wenn auch die gegenseitig durch die Parteien vereinbarte Versicherungssumme außerhalb des tatsächlichen Schadens liegt, die Haftung des Versicherers nach dem Risikoeintritt nur mit dem Schadensbetrag begrenzt ist. Diese Bestimmung bildet die Grundlage des Bereicherungsverbotes. Es ist offensichtlich, dass zwischen dieser Bestimmung und dem Art.1459 TTK eine Verbindung besteht, in dem das Bereicherungsverbot geregelt wird.

Art.1459 des TTK lautet; *öDer Versicherer gleicht den Schaden aus, den der Versicherte erlitten hat.ö*⁴³

In Bezug auf die Ähnlichkeit beider Bestimmungen kann man sagen, dass falls die Versicherungssumme den Versicherungswert übersteigt, der Versicherer nur den tatsächlichen Schaden bezahlt. M.a.W: Wenn auch der Wert im Moment des Vertragsabschlusses höher ist, als im Moment der Risikoverwirklichung, wird dies nicht berücksichtigt und der vorhandene tatsächliche Schaden an den Versicherten bezahlt.

Während in dem Abs. 1 des oben erwähnten Art.1461, in dem die Versicherungssumme geregelt wird, über die Versicherungssumme die Rede ist, wird in dem Abs. 2 eine Ausnahmebestimmung genannt, die die Bezahlung des tatsächlichen Schadensbetrags betrifft. In dem zweiten Absatz des Artikels heißt es, dass die in dem Absatz 1 erwähnten Punkte in Bezug auf die Neuwertversicherung nicht angewandt werden können. Auf diesen Sachverhalt gehen wir hier nicht näher ein, da dies in den späteren Abschnitten unter einem anderen Titel behandelt wird.

Die gleiche Angelegenheit wird auch im § 50 VersVG geregelt. § 50 VersVG lautet; *öDer Versicherer haftet nur bis zur Höhe der Versicherungssummeö*

Demnach wird hier auch betont, dass der Versicherer nur bis zur Höhe der Versicherungssumme haftet. Die gesetzliche Bestimmung ist besonders wichtig, da durch die Versicherungssumme im Versicherungsvertrag die Verpflichtung des Versicherers zum Schadensausgleich und die Höhe des Schadensbetrags festgelegt werden. Die gesetzliche Bestimmung im § 50 VersVG spielt bei der Schadensversicherung nicht nur bei der Festlegung der Obergrenze der Verpflichtungen des Versicherten eine wichtige Rolle, sondern auch bei der Bestimmung der Ereignisse⁴⁴, die sich im Ergebnis seiner Beziehungen zum Versicherungswert stattfinden. Auch durch diese Regelung im VersVG wurde eine Verbindung zwischen dem Bereicherungsverbot und dem Grundsatz der Entschädigung hergestellt, wie es im TTK der Fall war.

§ 55 VersVG lautet; *öDer Versicherer ist, auch wenn die Versicherungssumme höher ist als der Versicherungswert zur Zeit des Eintrittes des Versicherungsfalles, nicht verpflichtet, dem Versicherungsnehmer mehr als den Betrag des Schadens zu ersetzen.ö*

Wenn beide Bestimmungen zusammen bewertet werden, dann kann man die Relation zwischen den beiden eindeutig sehen. Die Bedeutung der Versicherungssumme in Bezug auf die Schadensversicherung wird anhand von diesen Bestimmungen deutlich. Grundlegend für die Versicherungssumme ist die Tatsache, dass für den Versicherer der zum Zeitpunkt der Risikoverwirklichung entstandene Schadensbetrag maßgebend ist, unabhängig davon auf welchen Betrag sich die Parteien beim Abschluss der Schadensversicherung geeinigt haben.

b. Die Versicherungssumme bei der Summenversicherung

Falls wir feststellen wollen, was unter der Versicherungssumme in Bezug auf die Summenversicherung, die der Schadensversicherung gegenüberstehen, verstanden werden

⁴³Für die betreffenden Beschlüsse des Berufungsgerichts vgl. METEZADE/GÜLEL , s.139 ff.; Yarg. 11. HD. E. 1999/9769, K.2000/641, T.03/02/2000 *öEs ist nicht gerechtfertigt, dass der Angeklagte für die sämtliche Handelsware haftet, bevor es festgestellt wird, wie hoch der Bestand der Handelsware am Arbeitsplatz war und wieviel davon gestohlen wurdeö*

⁴⁴z.B. Unterversicherung, Überversicherung, Doppelversicherung etc.

muss, dann müssen wir vor allem wiederholen, dass sich die Summenversicherung von der Schadensversicherung unterscheiden. Der wichtigste Unterschied zeigt sich in der Frage, wie hoch der Betrag ist, den der Versicherer im Moment der Risikoverwirklichung dem Versicherten zahlen muss. Auch wenn im vorangegangenen Kapitel mit Einzelheiten ausgeführt wurde, wie es sich diesbezüglich bei der Schadensversicherung verhält, wird hier die Angelegenheit in Bezug auf die Summenversicherung untersucht.

Die Summenversicherung ist eine Versicherungsart, bei der die durch die Parteien vereinbarte Summe im Falle des Risikoeintritts durch den Versicherer an den Versicherten gezahlt wird, ohne dass dabei geprüft wird, ob es sich hierbei um einen tatsächlichen Schadensbetrag handelt oder nicht⁴⁵. Hier geht es nicht darum, dass der zu zahlende Betrag im voraus unbekannt ist, wie es bei der Schadensversicherung der Fall ist. Die Parteien wissen schon beim Abschluss des Versicherungsvertrages, dass der vereinbarte Betrag auch der beim Risikoeintritt zu zahlende Betrag ist. In diesem Zusammenhang ist die Versicherungssumme der von dem Versicherer zu zahlende Betrag⁴⁶.

Wenn wir die Lebensversicherung als Summenversicherung betrachten, dann sieht man, dass hier der Versicherer nach der Risikoverwirklichung die in dem Versicherungsvertrag genannte totale Versicherungssumme zahlt⁴⁷. Eine Ermittlung des tatsächlich entstandenen Schadens im Moment der Risikoverwirklichung kommt hier nicht in Frage.

Wie ich bereits erwähnt habe, kann die Versicherungssumme für jede Versicherungsart ó auch wenn es sich um unterschiedliche Regelungen handelt- möglich sein. In diesem Zusammenhang ist die Versicherungssumme sowohl für die Aktiven-, als auch für die Passivenversicherung möglich⁴⁸. Allerdings weist die Versicherungssumme in Bezug auf beide Versicherungsarten Unterschiede auf.

i. Versicherungssumme in der Aktivenversicherung

Bei der Aktivenversicherung unterscheidet sich das Wesen der Versicherungssumme von der Passivenversicherung. Bei der Aktivenversicherung wird die Versicherungssumme nicht frei festgelegt, wie es bei der Passivenversicherung der Fall ist. Auch wenn man meint, dass die Versicherungssumme nicht frei festgelegt wird, wird deutlich, dass sie eigentlich durch den Versicherer und den Versicherungsnehmer gemeinsam bestimmt wird, da es sich hier um eine Bestimmung des Versicherungsvertrages handelt. Selbstverständlich ist es für den Versicherer nicht möglich, dass er das Wesen und den Interessenwert der Sachen kennt, die dem Versicherungsnehmer gehören. Aus diesem Grund nennt der Versicherte dem Versicherer beim Abschluss des Versicherungsvertrages eine gewisse Summe und der Versicherungsvertrag wird über diesen Betrag abgeschlossen. Es ist möglich, dass dieser Betrag, der durch den Versicherten dem Versicherer mitgeteilt wird, über bzw. unter dem Versicherungswert liegt. Allerdings wird in beiden Fällen -je nachdem ob die die Versicherungssumme über oder unter dem Versicherungswert liegt- entweder dem Versicherer oder dem Versicherten ein Schaden zugefügt. Falls die Versicherungssumme unter dem Versicherungswert liegt, wird der Anspruch des Versicherers auf die Prämie niedriger sein, als es sein muss und umgekehrt, falls die Versicherungssumme über dem Versicherungswert liegt, wird der Versicherte höhere Prämien zahlen müssen. Um diese Fehlfunktionen zu beseitigen, wurden die Über- und Unterversicherung geschaffen.

ii. Versicherungssumme in der Passivenversicherung

Die Versicherungssumme hat auch bei der Passivenversicherung eine die Verpflichtungen des Versicherers bestimmende Wirkung. Allerdings sind der Versicherer und der Versicherte bei der Festlegung der Versicherungssumme in der Passivenversicherung völlig frei. Ein

⁴⁵für den gleichen Begriff vgl. §1 Abs.1, S.2 VersVG ; *ó Bei der Lebensversicherung und der Unfallversicherung sowie bei anderen Arten der Personenversicherung ist der Versicherer verpflichtet, nach dem Eintritt des Versicherungsfalles den vereinbarten Betrag an Kapital oder Rente zu zahlen oder die sonst vereinbarte Leistung zu bewirken.ö*

⁴⁶BOZER, Sigorta Hukuku, s.62.

⁴⁷KAYIHAN, s.63.

⁴⁸HOFMANN, s.137 *ó Bei einer Passivenversicherung (Haftpflichtversicherung) spricht man statt von öVersicherungs-summeö vielfach auch von öDeckungssummeö*

Kriterium bzw. eine Beschränkung, die diese Festlegung begrenzen könnte, kommt nicht in Frage. Der Grund dafür, dass es bei der Festlegung der Versicherungssumme kein Kriterium gibt, ist die Tatsache, dass es hier kein Merkmal wie der Versicherungswert existiert, der die Versicherungssumme bestimmen könnte und dass man am Anfang nicht weiß, wie hoch das Risiko bzw. die Haftung ist, die zu entschädigen wäre. Da bei der Passivenversicherung der Versicherer nach dem Abschluss des Versicherungsvertrags die Risiken übernimmt, die die Verhinderung der Vermehrung der Passiva des Versicherten betreffen, ist offensichtlich, dass es nicht in Frage kommt, dass man im voraus den Interessenwert in Form von der Verhinderung der Passivenvermehrung kennt. Aus diesem Grund kann man in Bezug auf die Passivenversicherung im Gegensatz zu der Aktivenversicherung nicht über Versicherungsarten wie Über- und Unterversicherung sprechen.

Allerdings verhält es sich mit der Passivenversicherung nicht immer so. Beispielsweise ist die Situation bei der obligatorischen Kfz-haftpflichtversicherung anders. In dieser Versicherungsart wird die Versicherungssumme, also der Betrag, für den der Versicherer haftet, durch gesetzliche Regelungen bestimmt⁴⁹. Im Gegensatz zu der Regel, dass die Versicherungssumme bei der Passivenversicherung frei bestimmt wird, sei dies hier als eine Ausnahme erwähnt.

Sowohl im Rahmen des TTK⁵⁰ als auch des VersVG⁵¹ wird die Versicherungssumme in Bezug auf die Haftpflichtversicherung durch besondere Bestimmungen geregelt. Mit der Haftpflichtversicherung stellt der Versicherer sicher, dass er die Minderung des Vermögens des Versicherten bis zur Höhe der im Versicherungsvertrag genannten Versicherungssumme ausgleicht, falls diese Minderung aufgrund der Schäden entstanden ist, die der versicherte Dritten infolge der Verwirklichung des in der Versicherungspolice genannten Risikos zugefügt hat. In diesem Zusammenhang werden auch die Haftpflichtversicherung als Schadensversicherung bezeichnet und als Passivenversicherung klassifiziert, da ihre Grundlage die eventuelle Minderung des Vermögens des Versicherten bildet.

c. Schadenshöhe (Ersatz)

Der Versicherungsschaden betrifft die Schadensversicherung⁵² und wird als der Schaden bezeichnet, der im Versicherungsvertrag unter Garantie genommen wird und im Falle der Risikoverwirklichung entsteht. Durch den Risikoeintritt wird eine Minderung des Vermögens des Versicherten zustande kommen. Die Minderung des Vermögens wird unter der Bedingung, dass sie im Rahmen des Versicherungsvertrags mit der Versicherungssumme begrenzt ist, ausgeglichen. Der Versicherer ist verpflichtet, beim Risikoeintritt dem Versicherten nur den tatsächlichen Schaden zu bezahlen, auch wenn die Versicherungssumme höher ist⁵³.

Die Grundlage der Schadensversicherung bildet das Prinzip, dass die Versicherung niemals als ein Mittel der Bereicherung angesehen wird. Aus diesem Grund spricht man im Versicherungsrecht über den Grundsatz des Bereicherungsverbots. Der Versicherte hat nur

⁴⁹für die vergleichende ausländische Regulierung vgl. WANDT, s.262 und 263, Rd. 740, 741 und 743.; HOFMANN, s.137: *öDie Versicherungssumme wird meistens frei vereinbart. Eine Ausnahme bilden die Pflichtversicherungen, für die es gesetzlich vorgeschriebene Mindestversicherungssummen gibt. So beträgt in der Pflichtversicherung für die Kraftfahrzeug-halter die Mindestversicherungssumme z.Z. DM 500.000 für Personenschäden, DM 100.000 für Sachschäden und DM 25.000 für Vermögensschäden.ö*

⁵⁰tHGB (TTK) Art. 1473/1 lautet :*öDer Versicherer zahlt mit der Haftpflichtversicherungsfalls der Versicherungsvertrag keine widersprechende Bestimmung enthält- dem Geschädigten eine Entschädigung bis zu der Höhe des im Versicherungsvertrag genannten Betrags, auch wenn der Schaden später aber aufgrund eines im Versicherungsvertrag vorgesehenen Ereignisses in der Laufzeit des Versicherungsvertrages entstanden ist.ö*

⁵¹§ 150 Abs.2 VersVG *öIst eine Versicherungssumme bestimmt, so hat der Versicherer Kosten, die in einen auf seine Veranlassung geführten Rechtsstreit entstehen und Kosten der Verteidigung nach Abs.1 Satz 3 auch insoweit zu ersetzen, als sie zusammen mit der übrigen Entschädigung die Versicherungssumme übersteigen. Das gleiche gilt von Zinsen, die der Versicherungsnehmer infolge einer vom Versicherer veranlassten Verzögerung der Befriedigung des Dritten diesem zu entrichten hat.ö*

⁵²Da der Grundsatz des Bereicherungsverbot in Bezug auf die Schadensversicherung wichtig ist, ist es grundlegend, dass der tatsächliche Schaden des Versicherungsnehmers zum Zeitpunkt der Risikoverwirklichung bezahlt wird. Allerdings trifft das für die Lebensversicherung, die ein typisches Beispiel für die Summenversicherung darstellt, nicht zu. Grundlegend ist hier, dass nach der Risikoverwirklichung die Summe gezahlt wird, auf die sich die Parteien beim Abschluss des Versicherungsvertrages geeinigt haben. Eine separate Schadensberechnung erübrigt sich.

⁵³tHGB (TTK) md. 1459 und md. 1461; §§ 52, 53 VersVG; KRAYENBÜHL, s.15; EICHLER, s.273; OMA , Merih Kemal: *şEksik Sigortaö, Hüseyin Ülgenö Arma an, C. I, stanbul 2007, s.956; SAMWER, s.24 ff.*

einen Anspruch auf den Ausgleich des erlittenen Schadens. Dieser Grundsatz ist nur der Schadensversicherung eigen, in Bezug auf die Summenversicherung kann man nicht über den Grundsatz des Bereicherungsverbots sprechen.

Die Definitionen, die im Zusammenhang mit dem Begriff des Bereicherungsverbotes auftauchen, wie die Versicherungssumme, der Versicherungswert und die Entschädigung des Versicherers allgemein bewertet werden, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Versicherungssumme den Versicherungswert und die Entschädigung des Versicherers die Versicherungssumme nicht übersteigen kann und dass der Versicherer nicht mehr als den tatsächlichen Schadensbetrag im Moment der Risikoverwirklichung zahlt.⁵⁴.

Ferner kann man die vorhandenen Unterschiede zwischen diesen drei Begriffen wie folgt festlegen:

Eine andere wichtige Angelegenheit in Bezug auf die Versicherungssumme ist die Tatsache, dass die Begriffe Versicherungssumme, Versicherungswert und die Entschädigung des Versicherers nicht miteinander verwechselt werden dürfen. Die Versicherungssumme unterscheidet sich von dem Versicherungswert. Wie ich oben dargelegt habe, bringt die Versicherungssumme eine von dem Willen der Parteien unabhängig vorhandene, reale und konstante Größe zum Ausdruck. Im Unterschied zu dem Versicherungswert drückt die Obergrenze der Leistungsverpflichtung eine durch die Parteien vereinbarte Größe aus.

Wenn wir den Unterschied zwischen der Versicherungssumme und der Entschädigung des Versicherers betrachten, dann sehen wir, dass die Entschädigung gänzlich den materiellen Gegenwert des erlittenen Schadens des Versicherten darstellt, den der Versicherer infolge der Verwirklichung des im Versicherungsvertrag genannten Risikos erstatten muss. Wenn man aus dieser Perspektive schaut, dann sieht man, dass die Versicherungssumme und die Entschädigung des Versicherers unterschiedliche Begriffe sind und nicht verwechselt werden dürfen.

⁵⁴ Diese Bewertungen sind insbesondere in Bezug auf die Schadensversicherung wichtig.

QUELLE


- AKH SAR, Iyas/ACINAN, Hilmi: Sigortacılıkta Hasar, Filiz Kitabevi, 1. Bas., İstanbul 2016.
- ARMBRÜSTER, Christian: Privatversicherungsrecht, Mohr Siebeck Verlag, 1. Aufl., Tübingen 2013.
- ATABEK, Reat: Sigorta Hukuku, Duygu Matbaacılık, 1. Bas., İstanbul 1950.
- AYHAN, Rıza/ÇALAR, Hayrettin: Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Cilt II, Yetkin Yayıncılık, 1. Bas., Ankara 2018.
- BARTHOLOMÄUS, Peter: Das versicherungsrechtliche Bereicherungsverbot, Verlag Versicherungswirtschaft, 1. Aufl., Karlsruhe 2010.
- BOZER, Ali: Genel Hükümler, Bazı Sigorta Türleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1. Bas., Ankara 2004 (Genel Hükümler).
- BOZER, Ali: ÖYanğın Dolayısıyla Sorumluluk Sigortası, III. Sigorta Semineri, Ankara 1997.
- BOZKURT, Tamer: Ticaret Hukuku Cilt IV Sigorta Hukuku, 6. Aufl., İstanbul 2013.
- BRUNS, Alexander: Privatversicherungsrecht, CH Beck Verlag, 1. Aufl., München 2015.
- CAN, Mertol: Sigorta Hukuku-Ders Kitabı, maj Yayıncılık, 1. Bas., Ankara 2005 (Ders Kitabı).
- CAN, Mertol: Birden Çok Sigorta, maj Yayıncılık, 1. Bas., Ankara 2004 (Birden Çok Sigorta).
- CEBE, Mehmet Sinan: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Adalet Yayıncılık, 1. Bas., Ankara 2018.
- DEUTSCH, Erwin/IVERSEN, Thore: Versicherungsvertragsrecht, Versicherungswirtschaft Verlag, 7. Aufl., Karlsruhe 2015.
- EHRENBERG, Viktor: Die Veräufßerung der versicherten Sache und Haftpflichtversicherung, in Festgabe für Alfred Mannes, Berlin 1920.
- EHRENZWEIG, Albert: Versicherungsvertragsrecht Band II, Manzsche Verlag, 1. Aufl., Wien 1935.
- EICHLER, Hermann: Versicherungsrecht, 2. Aufl., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1976.
- HAYIRSEVER BA TÜRK, Feride/ÇAKMAK, Deniz/DEMİR TAŞ, Barış: Sigortacılıkta Giriş, Bankacılık Akademisi Yayıncılık, 1. Bas., Ankara 2017.
- HOFMANN, Edgar: Privatversicherungsrecht, CH Beck Verlag, 1. Aufl., München 1937.
- KAYA, Ferudun: Sigortacılık, Beta Yayıncılık, 3. Bas., İstanbul 2013.
- KAYA, Ferudun/KAHYA, Mehmet: Sigorta ve Sigortacılık, Beta Yayıncılık, 1. Bas., İstanbul 2017.
- KAYIHAN, İbrahim: Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu, Seçkin Yayıncılık, 1. Bas., Ankara 2004.
- KENDER, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, 15. Bas., İstanbul 2016.
- KENDER, Rayegan: Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, 3. Sigorta Semineri, Ankara 1977.
- KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon: Deniz Ticareti Hukuku, Beta Yayıncılık, 7. Bas., İstanbul 2003.
- KERST, Andreas/JÄCKEL, Holger: Versicherungsrecht, CH Beck Verlag, 1. Aufl., München 2010.
- KOENIG, Williem: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967.
- KRAYENBÜHL, Thomas: Die Neuwertversicherung, Juris Verlag, 1. Aufl., Zürich 1962.
- KUBILAY, Huriye: Yeni Deniz Sigortası, Adalet Matbaacılık, 1. Bas., Ankara 1994.
- MANNES, Alfred: Grundzüge des Versicherungsrechts, Mittler & Sohn Verlag, 1. Aufl., Berlin 1923.
- MEIXNER, Oliver/STEINBECK, René: Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, CH Beck Verlag, 2. Aufl., München 2011.
- METEZADE, Zihni/GÜLEL, Nurettin T.: Türk Ticaret Kanunu Altıncı, Kitap Sigorta Hukuku, Güner Yayıncılık, 2. Bas., İstanbul 2011.
- MÖLLER, Hans: Versicherungsvertragsrecht, Betriebswirtschaftlicher Verlag, 1. Aufl., Wiesbaden 1971.
- OMA, Merih Kemal: Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasası, Prof. Dr. Ergun Önenç Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s.253-262.
- OMA, Merih Kemal: Türk Ticaret Kanunu ile 25 Haziran 1992 tarihli Belçika Kara Sigortaları, Mukavelesi Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortası, SHD 1997, S.1, s.74-80.
- OMA, Merih Kemal: Eksik Sigorta, Hüseyin Ülgenç Armağan, C. 1, İstanbul 2007, (Eksik Sigorta).
- ORHANER, Emine: Sigortacılık, Siyasal Kitabevi, 1. Bas., Ankara 2013.
- ÖZBOLAT, Murat: Temel Sigortacılık, Seçkin Yayıncılık, 7. Bas., Ankara 2017.
- PRÖLLS, Erich R./MARTIN, Anton: Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, Band 14, CH Beck Verlag, 28. Aufl., München 2010.
- SAMWER, Hans: Das sogenannte Bereicherungsverbot im Privatversicherungsrecht, Düsseldorf 1937.
- SAYHAN, Smet: Sigorta Sözleşmelerinin Konusu, Yetkin Yayıncılık, 1. Bas., Ankara 2001.
- SCHIMIKOWSKI, Peter: Versicherungsvertragsrecht, CH Beck Verlag, 4. Aufl., München 2009.
- SCHNITZLER, C.: Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Versicherungsvertragsgesetzes für die gesamte Schadensversicherung auf die Haftpflichtversicherung, Köln 1937.
- ENOCAK, Kemal: Çifte Sigorta, Turhan Kitabevi, 1. Bas., Ankara 2002 (Çifte Sigorta).
- ENOCAK, Kemal: Menfaat Denen Sigorta (Unterversicherung), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

- ENOCAK, Kemal: öTTKø,n Mal Sigortas,na li kin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalar,na Uygulanabilirli iö, AÜHFD, C. 58, S. 1, Ankara 2009, s.189-224.
- SÖYLER, İhami: Tüm Yönleriyle Tekafül slami Sigorta, Adalet Yay,nevi, 1. Bas., Ankara 2018.
- STRAUBE, Manfred/GISCH, Erwin/BERISHA, Arlinda: Österreichisches Versicherungsvertragsrecht, Manz Verlag, 1. Aufl., Wien 2004.
- ULA , I ,l: Uygulamal, Zarar Sigortalar, Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bas., Ankara 2002.
- ÜLGEN, Hüseyin/KAYA, Arslan: öTakseli Kara Sigortalar,nda Esasl, Suretle Fahi Taksenin Hile Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün Müdür?ö, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalpø Arma an, Cilt I, Beta Yay,nlar,, stanbul 2003, s.961-980.
- ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu erhi Cilt II, Oniki Levha Yay,nc,l,k, 1. Bas., stanbul 2016.
- WANDT, Manfred: Versicherungsrecht, Carl Heymanns Verlag, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2010.
- WIESER, Felix: Versicherungsrecht, LexisNexis, 1. Aufl., Wien 2009.
- WINTER, Gerrit: öDie Verabschiedung des Allgemeinen Bereicherungsverbotsö, Peter Schimikowski (Hrsg), Versicherung-Recht und Schaden, Festschrift für Johannes Wälder zum 75. Geburtstag, München 2009, s.103-110.
- YASLIDA , Beyhan: Sigortac,l,k, Seçkin Yay,nc,l,k, 1. Bas., Ankara 2012.
- YE LOVA ARAS, Ecehan: Sorumluluk Sigortalar,nda Zarar Görenin Do rudan Dava Hakk,, Yetkin Yay,nc,l,k, 1. Bas., Ankara 2013.
- YILDIRIM, Ferhat: öSigorta Hukukunda Zenginle me Yasa ,ö, Türk Ticaret Kanununun 5. Y,l Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yay,nlar,, Ankara 2017, s.741-792.

TÜRK TİCARET KANUNUNUN ÖYABANCI TACİRLERİN ACENTELERİNİN DAVADA TEMSİL YETKİSİNE İLİŞKİN HÜKMÜNÜN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF ARTICLE OF TURKISH COMMERCIAL CODE RELATED TO THE
REPRESENTATIVE AUTHORITY OF AGENTS OF FOREIGN MERCHANTS IN A CASE FROM
THE ASPECT OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Cemil GÜNER*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.624337>

Makale Bilgi

Gönderilme: 25/09/2019
Kabul: 28/10/2019

Anahtar Kelimeler

Acente,
Davada Temsil
Yetkisi,
Maddî Milletlerarası,
Özel Hukuk Kuralı,
Do rudan
Uygulanan Kural,
Milletlerarası, Yetki
Kuralı.

Article Info

Received: 25/09/2019
Accepted: 28/10/2019

Keywords

Agent,
Representation Authority
in a Case,
Substantive Private
International Law Rule,
Mandatory Rule,
International
Jurisdiction Rule.

Özet

Türk Ticaret Kanunu md 105/2, kanundan doğan temsil yetkisinin bir yansıması olarak acentelere müvekkillerini davada temsil yetkisi vermiştir. Buna göre, acente, müvekkil adına yapmış olduğu veya aracılık ettiği sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak akit karışımı, tarafa dava açabilir. Aynı şekilde, söz konusu sözleşmelerde taraf olan kişiler de sözleşmenin karışımı, taraf olan müvekkile izafeten acentesine dava açabilir. Türk hukukunda Avukatlık Kanunu md 35 uyarınca davada müvekkili temsil eden avukatlara tanınmakla birlikte, acentelere verilen müvekkillerini davada temsil yetkisi ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. Ayrıca kanun koyucu, acentenin yabancı, tacirler adına ve hesabına üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerde aracılık ettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda acentenin müvekkilini temsil etmesine ilişkin bu hükme aykırı, şartları geçersiz olduğu hükme bağlamıştır. Söz konusu düzenlemenin yabancı unsur ihtiva etmesinden ötürü milletlerarası, özel hukukta yansımalar olacaktır. Bu düzenlemenin hukukî niteliğinin maddî milletlerarası, özel hukuk kuralı, doğrudan uygulanabilir kural ve milletlerarası yetki kuralı bağlamında değerlendirilmesi, çalınmamış özünü temsil etmektedir.

Abstract

Article 105/2 of Turkish Commercial Code authorizes agents to represent their clients in a case as a reflection of the authority of representation arising from the law. Accordingly, agents can file a lawsuit against the contractual counterparty in respect of disputes arising from contracts concluded or mediated on behalf of the client. Likewise, persons who are parties to such contracts can file a lawsuit against the agent of client who is the opposite party of the contract. Thus, in Turkish law, in accordance with article 35 of Attorneyship Code, although representation of a client is granted to lawyers in a case, an exception is made to this rule with the authority of representation given to agents in a case. Besides, if an agent represents a foreign merchant, the legislator deems existence of provisions contrary to this rule in the contracts as invalid. This regulation will have implications in private international law as it contains foreign element. The essence of this study is the evaluation of the legal quality of this regulation in the context of substantive private international law rule, mandatory rule and international jurisdiction rule.



Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

*Dr. Öğretim Üyesi, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası, Özel Hukuk ABD.
cguner@selcuk.edu.tr ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1956-0118>.

I. G R

Türkiye'nin ticarî anlamda bir acenteler ülkesi hâline geldi i bilinen bir gerçektir. Zira ticarî ili kilerin geli tirilmesi, mü terilerin arttırılması, mal veya hizmetin daha kolay şekilde tüketime sunulmasında acentelerin rolü önemlidir¹. Ülkeler aras, mesafe, yabancı, pazarlarda yapılan i lerle ilgili ortaya çıkabilecek zorluklar, kullanılan lisan, n yetersizli i, örf ve âdetlerin, piyasa artları, n, n, pazarlama ko ulları, n, n ve hukuk düzenlerinin farklı, l, , gibi nedenlerle acentelik faaliyetlerine ihtiyaç duyulmaktadır². Dolayısıyla, ticarî sözleşmelerin acenteler tarafından akdedilmesi ya da onların aracılığıyla, ndan yararlanılması, Türkiye'de hızla yaygınlaşmaktadır.

Acentelerin bazıları tacirler yardımıyla, olarak çeşitli yetkileri vardır. Acentenin sahip olduğu yetkilerden biri de davada müvekkilini temsilidir. Buna göre acente, müvekkili adına hesap, na yaptığı, , veya aracılığıyla ettiği sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı, da müvekkiline izafeten dava açılabilir. Ancak yabancı, tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki bu hükme aykırı, artları geçersiz kabul edilmiştir.

Çalışmamızda yabancı, tacirler adına faaliyette bulunan acentelerin müvekkillerini davada temsiline imkân veren emredici düzenlemenin hukukî niteliğinin ili kin tartışmaları, malar üzerinde durulacaktır. Bu noktada vurgulanmalıdır ki, acentenin müvekkilini davada temsil etmesinin gerek usul hukuku gerek maddî hukukta hukukî sonuçları vardır. Bu sebeple, milletleraras, özel hukuk bağlamında yapacağı, m, z açıklamalara temel oluşturması, bakımından konunun ticaret hukuku ve medenî usul hukuku yönlerine de gerektiği ölçüde temas edilecektir. 6102 sayılı, Türk Ticaret Kanunu (TTK) md 105/2'nin ikinci cümlesinde öngörülen yabancı, tacirler adına acentelik yapan acentelerin davada temsil yetkisine ili kin düzenleme, bu çalışmada, mada milletleraras, özel hukuk açısından, ndan değerlendirilecektir.

II. ACENTENİN MÜVEKKİLİNİN DAVADA TEMSİL YETKİSİ

A. Kanunî Düzenleme

Acentenin müvekkilini davada temsili, TTK md 105/2'de düzenlenmiştir³. Buna göre, acente, aracılığıyla bulunduğuna ya da yaptığı, , sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı, da aynı şekilde, fatla dava açılabilir. Yabancı, tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan bu hükme aykırı, artları ise geçersizdir. Dolayısıyla, Türk vatandaşı, tacirlerin, acenteleri ile akdettikleri sözleşmelerde acentenin müvekkilini davada temsil edemeyeceği kararları, r, labilmekle birlikte, yabancı, tacirlerin acenteleri bakımından aynı, durum söz konusu olamaz⁴.

¹ FOX, William F.: International Commercial Agreement, A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes, 2nd Ed, Kluwer Law International, Boston 1992, p.72; KAYIHAN, İbrahim: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4.B, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s.25.

² BADR, G. M.: Agency: Unification of Material Law and of Conflict Rules, Recueil Des Cours, Vol. 184, Hague 1984, p.19; VERHAGEN, H. L. E.: Agency in Private International Law, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency, Kluwer Law International, Dordrecht/Den Haag 1995, p.1; TEKNALP, Gülören: Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar Hakkında, Kural, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1972, s.12; KOSTROMOV, A. V.: International Unification of the Law of Agency, Institute of Comparative Law McGill University, Montreal 1999, p.1; CHUAH, J. C. T.: Law of International Trade, Sweet and Maxwell, London 1998, p.32.

³ Mülga 6762 sayılı, TTK md 119/2'de de acentenin müvekkilini davada temsiline ili kin hükme yer verilmiştir. Konuya ili kin açıklamalar için ayrıca bkz. KALPSÜZ, Turgut: Müvekkillerine İzafeten Acentalara Karşı Davaya Açılması ve Takip Yapılması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XII(1), Haziran 1983, s.1-11; ALTAY, S., tk, Anlam: Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi, Prof. Dr. Feri Öztan'ın Armağanı, Ankara 2010, s.223-273.

⁴ Türk vatandaşı, tacirler ile acenteler aras, nda akdedilen sözleşmelerde konulacak acenteye karşı, müvekkiline izafeten dava açılmayacağına ili kin bir hükmün, üçüncü kişiler bakımından, onlara karşı, ileri sürülebilmesini sağlayacak şekilde mutlaka açıklanması, kavu turulması, gerektiği, bununla birlikte TTK'da bu hususta bir düzenlemenin bulunmaması, n, n eksikliğine, bu sebeple söz konusu düzenlemeye Türk vatandaşı, tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan acentenin müvekkilini davada temsil yetkisine sahip olduğuna ili kin hükme aykırı, artları, n, müvekkil tacirci ticaret siciline tescil edilmediği, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade edemeyeceğine ili kin bir ek düzenlemeye ihtiyaç olduğu, una ili kin bir tespit için ayrıca bkz. NARBAY, İbrahim/UYUMAZ, Murat: Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi, Legal Hukuk Dergisi, 11(121), 2013, s.107-108.

TTK'nın hazırlanmasında etkisi oldu u görülen sviçre ve Alman hukuklarında ise, acentenin müvekkilini davada temsiline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda, acentenin yetkisini düzenleyen sviçre Borçlar Kanunu Art. 418e/1⁵ ve Alman Ticaret Kanunu § 91⁶, acentenin temsil yetkisini yalnızca hakk, koruyucu beyanların yapılmasıyla sınırlandırmıştır. Bu sebeple Türk hukukundaki acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi veren düzenleme kendine özgü bir özelliğe sahiptir.

B. Düzenlemenin Amacı,

TTK md 105/2'nin gerekçesinde, acenteye müvekkilini davada temsil yetkisinin verilmesinin temelinde yabancı tacirler adına aracılık eden ya da sözleşme akdeden acentelerle işlem yapan Türk vatandaşların, korumak ve açılacak davaların Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla yapılmıştır⁷. Bir başka deyişle, düzenlemenin temel hedefi, yurtdışında bulunan yabancı tacirlerin Türkiye'deki acenteleri ile sözleşme yapan kişilerin, yabancı tacirlere karşı Türkiye'de bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan dolayı dava açmaları, kolaylaştırmak ve yabancı mahkemelerde dava açma güçlükleri ile karşılaşmamasıdır⁸. Zira Türk vatandaşları, tacirlerin yerleşim yeri ekseriyetle Türkiye'de olacakları için kendilerine karşı Türkiye'de dava açma konusunda bir zorluk yaşamaz. Buna karşın, yerleşim yeri yurtdışında bulunan yabancı tacirlere karşı, davanın Türkiye'de açılması, Türkiye'de yer itibarıyla yetkili mahkemenin olmaması, ihtimalinde mümkün olmayabilir. Bu sebeple söz konusu düzenleme, özellikle yurtdışındaki yabancı tacirlere karşı, dava açılmasıyla önündeki engelleri kaldırma gayesi taşımaktadır⁹. Nitekim doktrinde de söz konusu düzenlemenin amacı, Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı şirketlerin acenteleri, temsilcileri veya vekilleri marifetiyle hukukî işlem yapanların yargılama hukuku bakımından korunması ve onların, dava açmak üzere yabancı ülkeye gitme külfetinden kurtarma hedefinin kanun koyucu tarafından arzu edildiği ifade edilmektedir¹⁰.

Özellikle yurtdışındaki tacirlerin ad ve hesaba çağrılan Türkiye'deki acentelere karşı, dava açılmasıyla imkân verme yönünde bir hedefin öngörüldüğü bu düzenlemenin yalnızca acenteler için değil, acente artları, tasarruflar, komisyonlar, diğer bazı kişiler bakımından da uygulama bulacağı doktrinde çoklukla kabul görmektedir¹¹. Buna göre davada müvekkilin temsili, TTK md 102/1'de *öticarî mümessil, ticarî vekil, sat, memuru veya i letmenin çağrılan, an, gibi i letmeye*

⁵ sviçre Borçlar Kanununun (*Obligationenrecht (OR)*) İngilizce metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf> (Erişim Tarihi: 01.07.2019).

⁶ Alman Ticaret Kanununun (*Handelsgesetzbuch (HGB)*) İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.pdf (Erişim Tarihi: 01.07.2019).

⁷ TTK md 105/2'nin gerekçesinde tam olarak *ö6762 sayılı Kanunun 119 uncu maddesi, 105 inci maddede bir de i iklik d, nda Tasar,da korunmuştur. Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan öBu hükümlere aykırı olan artlar müteber de ildirö hükmü öyabancı, tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı artlar geçersizdirö ekline dönüştürülüp ikinci fıkraya eklenmiştir. Çünkü maddenin ilk iki fıkrasında hükümlere aykırı artlar, hükümsüz sayılmak yerli tacirlerin acenteleri yönünden hiçbir anlam taşımamaktadır. Yerli tacirlerin yerleşim yeri ve iş yerleri Türkiye'de bulunduğu için yetkili bir veya birkaç mahkeme bulmak ve onların mahkemeye getirmek güç değildir. Maddenin öngörülme amacı, yabancı tacirlere Türkiye'de dava açılması, olanağın, yaratılmaktadır. Ancak bu olanak sebebiyle ortaya çıkan bir sorunun giderilmesi için, maddeye yeni bir (üçüncü) fıkraya eklenmesi gerekmiştir. Yurtdışında yerleşik olan asile izafeten Türkiye'de acenteye dava açılması, hakkıyla uygulamada bir süre, alnan ilamın acenteye karşı uygulanabileceği eklinde yorumlanmıştır. Bu uygulama sebebiyle acenteler, temsil ettikleri kişilerin borçlarını, ödemek zorunda bırakılmaz, tır. Oysa Türkiye'de bir tebligat adresi tesis eden hükmün bu doğrultuda yorumlanması, maddenin amacı, aykırıdır. Acente, temsilci sıfatıyla hareket ederken, asilin borcunu üstlenmez veya bu borca kefil olmaz. Bu konuda ya anan tereddütleri gidermek için üçüncü fıkraya kaleme alınmış ve asile izafeten acente aleyhine açılan davada alnan ilamın acentenin malvarlığına aleyhine uygulanamayacağı, açıklanmıştır. Bu kavru turulmuştur öaçıklama, na yer verilmiştir: <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (Erişim Tarihi: 13.07.2019).*

⁸ AYAN, Özgür: *ö6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımında Getirdiği Yeniliklerö, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(2), 2010 (Basım Yılı, 2012), s.89. Mülga 6762 sayılı TTK bağlamında aynı yönde bkz. TEOMAN, Ömer (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KEND GELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün): Ticarî İletme Hukuku, 2.B. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.636, paragraf 1976; TOPÇUOĞLU, Metin: Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Davaların Sözleşmelerle, Asil Yayınları, Ankara 2006, s.36; KALPSÜZ, s.2.*

⁹ Aynı yönde bkz. ALTAY, s.224, dn. 6.

¹⁰ ANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4.B. Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.124.

¹¹ Doktrinde aksi yönde olacak şekilde, bir ticarî işletmeyi ilgilendirmeyen sözleşmelere sürekli olarak aracılık etmeyen ya da bunları işletme adına akdetmeyen kişilerin acente sayılmamaları, nedeniyle müvekkillerini mahkemede temsil etme yetkisine sahip olamayacağı, savunulmaktadır: KALPSÜZ, s.7.

ba l, bir hukukî konuma sahip olmaks,z,n, bir sözle meye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticarî bir i letmeyi ilgilendiren sözle melerde arac,l,k etmeyi veya bunlar, o tacir ad,na yapmay, meslek edinen kimseö olarak tan,m,lanan acenteler bak,m,ndan hüküm ifade etti i gibi, TTK md 103 gere ince acentelik hükümlerine tâbi tutulan ki iler için de geçerlidir¹². Nitekim bu durum Yarg,tay taraf,ndan da benimsenmektedir¹³. Buna göre, *özel kanunlardaki hükümler sakl, olmak üzere, sözle meleri yerli veya yabanc, bir tacir hesab,na ve kendi ad,na yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlarö* (TTK md 103/1-a), ba ka bir ifadeyle sürekli ekilde kendi ad,na ancak tacir hesab,na hukukî i lem yapan komisyoncu da acentelik hükümlerine tâbidir¹⁴. Ayn, ekilde, *öTürkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya ubesi bulunmayan yabanc, tacirler ad ve hesab,na ülke içinde i lem yapanlarö* (TTK md 103/1-b), di er bir söyleyi le Türkiye'de merkezi ya da ubesi olmayan yabanc, bir tacir ad,na ve hesab,na Türkiye'de sürekli veya geçici olarak, hatta tek bir i için hukukî i lem yapan ki iler de acentelik hükümlerine tâbi tutulmaktadır¹⁵. Örne in, uygulamada merkezi Türkiye d, ,nda olan baz, yabanc, irketlerin Türkiye'deki yat,r,m,lar, ve ticarî faaliyetleri bak,m,ndan ube yerine irtibat bürolar, açmay, tercih ettikleri görülmektedir. Bu ekilde, söz konusu irtibat bürolar, hakk,nda, ister devaml,, ister geçici olarak yabanc, tacirler ad ve hesab,na sözle me akdetsin, TTK md 102'de öngörülen artlar, ta ,masalar dahi, acentelik hükümleri uygulan,r¹⁶. Nihayetinde, TTK md 103'de say,lan acentelik hükümlerine tâbi tutulan ki iler de akdettikleri sözle melerden do acak davalarla ilgili olarak müvekkilleri ad,na dava açabilecekleri gibi müvekkillerine izafeten onlara kar , da dava aç,labilecektir¹⁷.

Görüldü ü üzere, yabanc, ülkede yerle ik bulunan tacirler için Türkiye'de sözle me yapan acentelerin ve TTK md 103 uyar,nca acente say,lanlar,n bir uyu mazl,k ç,kt, ,nda müvekkillerinin yerle im yeri Türkiye'de bulunmad, , gerekçesiyle Türk mahkemelerinin yetkisizli ini ileri sürmelerinin TTK md 105/2 gere ince önüne geçilecek; böylece müvekkile izafeten kendilerine kar , Türk mahkemelerinde dava aç,lmas, sa lanarak kendileriyle Türkiye'de hukukî i lem yapan ki iler haklar, korunmaya çal, ,lacakt,r¹⁸. Öyle ki, TTK md 105/2'nin ikinci cümlesinde yabanc, tacirler ad,na acentelik yapanlar,n müvekkillerini davada temsil etme yetkisini bertaraf eden kay,tlar,n geçersiz oldu u da emredici ekilde düzenlenmek suretiyle, Türkiye'de acentelik yapan acentelere kar , dava aç,lmas, veya acentelerin dava açmalar,, müvekkilin yabanc, tacir olmas, ihtimalinde, taraflarca aksi öngörülemeyen bir hüküm olarak, davan,n Türkiye'de aç,lmas,na zemin haz,r,layacakt,r¹⁹. Bu durum, ayn, zamanda yabanc, ülke mahkemelerinde dava aç,lmas, durumunda al,nacak kesinle mi ilamlar,n Türkiye'de tan,nmas, veya tenfizi yoluna gidilmesi gere ini de ortadan kald,racakt,r. Ayr,ca Türkiye'de dava aç,lmas, milletleraras, tebligat gibi zaman alan usulî i lemlerin davac, bak,m,ndan do acak zorluklar,n, da asgarî seviyeye indirecektir²⁰.

¹² KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu erhi, Birinci Kitap Ticarî letme, Yedinci K,s,m Acentelik, Beta Yay,nlar,, stanbul 2013, s.57; DAN AKKAN, Çi dem: öAcentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisiö, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIV, S.4, Aral,k 2008, s.223; ÇA A, Tahir: öAcenteler Aleyhine Sad,r Olan lamlar,n cras,ö, Ticaret Hukuku ve Yarg,tay Kararlar, Sempozyumu, Bildiriler-Tart, malar, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü Yay,nlar,, Ankara 1984, s.7-8; KAYIHAN, s.79-80; NARBAY/UYUMAZ, s.126.

¹³ Örnek bir içtihat için bkz. Yarg,tay 15. HD, 09.02.2005 T. ve 2004/3652 E, 2005/634 K. say,l, karar (Kazanc, çtihat Bilgi Bankas,).

¹⁴ ARKAN, Sabih: Ticarî letme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü Yay,nlar,, 18.B, Ankara 2013, s.228.

¹⁵ Doktrinde özellikle denizcilik sektörü olmak üzere birçok alanda bu tür i lemlerin s,kl,kla görülebildi ine, dava açacak Türk vatandaşlar,n,n zorluklarla kar ,la t, ,na i aret edilmektedir. Bu istisnaî hükümle, Türkiye'de merkez veya ubesi olmayan yabanc, tacirler ad ve hesab,na tek bir hukukî i lem yapan ki i taraf gösterilerek yabanc, müvekkiline izafeten dava aç,labilmekte ve al,nan ilâm acenteye de il, müvekkile kar , icraya konulabilmektedir: KAYA, s.31.

¹⁶ Konuya ili kin bir Yarg,tay karar,nda da özetle, daval, firman,n stanbul irtibat Bürosu Müdürü taraf,ndan verilen vekâletname ile daval,n,n davada temsil edildi i, bu ekilde irtibat bürosu yetkilisinin geçici ya da sürekli olarak temsil etti i firma ad ve hesab,na Türkiye içinde yapt, , geçici hukukî i lemlerde de acentelik hükümlerinin uygulanaca ,na i aret edilmi tir: Yarg,tay 15. HD, 09.02.2005 T. ve 2004/3652 E, 2005/634 K. say,l, karar (Kazanc, çtihat Bilgi Bankas,).

¹⁷ ANLI, s.124.

¹⁸ Mülga TTK md 119/2 ba lam,nda yap,lan benzer bir tespit için ayr,ca bkz. KALPSÜZ, s.3.

¹⁹ KAYA, s.60.

²⁰ ANLI, s.127.

C. Acentenin Davada Temsil Yetkisinin Kapsamı,

Kanun koyucunun acenteye tan, d, , davada temsil yetkisinin kapsamı, hem doktrinde hem Yarg.tay kararlar,nda geni yorumlanmakta; teknik anlamda dava olarak nitelendirilmeyen di er yarg,sal i lemler bak,m,ndan da acentenin temsil yetkisine sahip oldu u kabul görmektedir²¹. Dolay,s,yla, acenteye verilen temsil yetkisi, icra takibi ve i lemleri için de kullan,labilecek bir içeri e sahip olacak ekilde yorumlanmaktadır²². İflas takibi bak,m,ndan ise doktrinde bir ayr,ma gidildi i görülmektedir. Buna göre acente, müvekkilini temsilen mü terisini iflas yolu ile takip edebilir, iflas davası, açabilir, iflas karar, verildi i hâllerde iflas ba l, kay,t kabul, s,ra cetveline itiraz, istihkak davası, gibi davalar, açabilir. Ancak mü terinin müvekkile izafeten acenteye do rudan iflas davası, açamayaca , kabul edilmektedir²³.

Acente; davada temsil yetkisi ba lam,nda sulh, hâkimin reddi, davan,n tamam,n,n ,slah,, yemin teklifi, yemin kabulü, haczi kald,rma, müvekkilin iflas,n, isteme, tahkim sözleşmesi yapma, alternatif uyu mazl,k çözüm yoluna gitme, kanun yolundan feragat etme, yarg,laman,n iadesi yoluna gitme gibi özel yetki verilmesi gereken hâller sakl, kalmak art,yla²⁴ dava ve kar , dava açabilir, dava kapsam,nda her türlü iddia ve savunmada bulunabilir, dilekçe verebilir, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti isteyebilir, duru malarda bulunabilir, delil gösterebilir, hüküm konusunu tahsil edebilir, davay, k,smen ,slah edebilir, belli bir vak,ay, ikrar edebilir, dava sonunda verilen hükmü icraya koyabilir. Ayn, ekilde, davan,n takibi için gerekli bu i lemler, müvekkile izafeten acenteye kar , da yap,labilir²⁵.

Bu noktada vurgulanmal,d,r ki, müvekkil ve acente, acentenin davada temsil yetkisinin kapsam,n, iç ili kide serbestçe belirleyebilir. Dolay,s,yla, iç ili kide temsil yetkisinin kapsam, daralt,labilir ve hatta yabanc, tacirler için acentelik yap,lmas, durumu istisna olmak üzere, temsil yetkisi taraflarca anla mak suretiyle bertaraf edilebilir²⁶. Zira TTK md 105/2, acentenin müvekkilini davada temsil yetkisinden men edilmesine imkân vermi tir. Ancak bu durum, Türk vatanda , tacirler için acentelik yap,lmas, hâlinde geçerli olup, yabanc, tacirler ad ve hesab,na hareket eden acentelerin söz konusu yetkisinin bertaraf edilmesi mümkün de ildir.

D. Acentenin, Davada Temsil Yetkisini Kullanabilmesinin artlar,

Acentenin müvekkilini davada temsiline ili kin düzenleme, davan,n mutlak surette müvekkil yerine acente taraf,ndan aç,lmas, ya da acenteye kar , dava aç,lmas, zorunlulu u getirmez. Söz konusu yetki, mutlak olmad, , için acentenin sözleşme yap,lmas,na arac,l,k etti i ya da akdetti i mü teri, davay, do rudan sözleşmenin as,l taraf, olan müvekkile kar , açabilece i gibi, müvekkile izafeten onun acentesine kar , da açabilir²⁷. Ayn, ekilde acente, bizzat kendisi akdetmi ya da arac,l,k etmi de olsa sözleşme meden do an bir uyu mazl,ktan dolayı, do rudan müvekkil taraf,ndan bizzat veya vekili marifetiyle de dava aç,labilir²⁸. Dolay,s,yla müvekkil, mü terisine kar , sözleşme meden do an bir davay, ya kendisi açabilir ya da avukat, veya acente arac,l, ,yla aç,t,rabilir. Ancak dava acente taraf,ndan veya acenteye kar , aç,l,yorsa, taraf s,fat, müvekkilde oldu undan, acente taraf,ndan müvekkile konuya ili kin derhal bilgilendirmede bulunulmal,d,r²⁹. Zira bu bilgilendirme neticesinde, müvekkil davan,n acente taraf,ndan yürütülmesine ya da bizzat kendisinin veya vekilinin yürütmesi konusunda

²¹ KAYIHAN, s.185, dn. 650.

²² ALTAY, s.241; KAYIHAN, s.187; NARBAY/UYUMAZ, s.109; DAN AKKAN, s.222. Müvekkiline izafeten acentesine kar , ba lat,lm, bir icra takibini hukuka uygun gören örnek bir karar için bkz. Yarg,tay 12. HD, 06.11.2008 T. ve 2008/15858 E, 2008/19443 K. say,l, karar (Kazanc, çitihat Bilgi Bankas.).

²³ ALTAY, s.242.

²⁴ Bu tür i lemlerin yap,labilmesi için genel olarak tüm vekiller için geçerli oldu u gibi acenteye müvekkili taraf,ndan özel yetki verilmi olmas, gerekti ine ili kin ayr,ca bkz. NARBAY/UYUMAZ, s.130; DAN AKKAN, s.229.

²⁵ ÜÇÜNCÜ, S.Hilal: öAcentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsam,nda De erlendirilmesiö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII(1-2), 2013, s.978-979.

²⁶ ARKAN, s.218; ALTAY, s.235.

²⁷ KAYA, s.51; ALTAY, s.233.

²⁸ ALTAY, s.235.

²⁹ Acenteye arac,l,kta bulundu u ya da yapt, , sözleşmelerden do an bir ihtilaftan dolayı, müvekkiline izafeten dava aç,lm, sa, müvekkile de dava dilekçesinin tebli i gerekmez. Bu sebeple acentenin kendisine kar , aç,lan davay, TTK md 109/1 uyar,ncâ ömüvekkilin menfaatlerini koruma yükümlülü ü çerçevesinde müvekkiline bildirmesi icap etmektedir: NARBAY/UYUMAZ, s.128. Yarg,tay içtihatlar,nda da müvekkile izafeten acenteye dava aç,lmas, durumunda dava dilekçesinin müvekkile tebli edilmesine gerek olmad, ,na i aret edilmektedir: Yarg,tay 19 HD, 31.10.2018 T. ve 2017/3318 E, 2018/5393 K. say,l, karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

seçim hakkına sahip olacaktır.³⁰

Acentenin müvekkilini davada temsil edebilmesi bazı şartlara bağlıdır. Kanun koyucunun öngördüğü şartların mevcut olmadığında, bir davada acentenin müvekkilini temsil etmesi mümkün değildir. Buna karşın, uygulamada, müvekkile izafeten acenteye karşı açılan ancak TTK md 105/2 kapsamında olmayan davalar reddedilmediği; aslında mevcut olan müvekkile tebligat yapılarak davaya devam edildiği görülmektedir.³¹

Acentenin davada temsil edebileceği kişi, yalnızca ad ve hesaba sözleşme akdettiği veya aracılık ettiği müvekkildir. Acentenin davada temsil edeceği müvekkilinin, yabancı veya Türk vatandaşı olması arasında bir fark yoktur. Müvekkilin yabancı olması, TTK md 105/2'nin ikinci cümlesi gereğince, yalnızca acentenin davada temsil yetkisinin anlaşılabilir şekilde bertaraf edilmesinin önüne geçecektir. Aynı şekilde, müvekkilin Türkiye içinde bir yerle im yerine sahip olup olmaması, acentenin kendisini davada temsili bakımından fark yaratmaz. Bu sebeple, müvekkilin Türkiye'de yerle im yerine sahip olması, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md 6 gereğince yer itibarıyla yetki tesis ettiği gerekçesiyle acenteye karşı dava açılması engel teşkil etmez.³² Dolayısıyla, müvekkilin Türkiye'de yerle im yerine sahip olması, ihtimalinde, HMK md 6 uyarınca kendisine dava açılması mümkün olmakla birlikte, TTK md 105/2'ye istinaden müvekkile izafeten acentesine karşı da dava açılabilmesi söz konusu olabilecektir.³³

Acentenin temsil yetkisine sahip olması, müvekkilini davada temsil edebilmesi için gerekli bir unsur değildir. Gerek temsil yetkisi bulunmayan araç, acente gerek temsil yetkisini haiz sözleşme yapan acente, müvekkilini davada temsil edebilir.³⁴ Bu sebeple, acentesinin taahhütleri, davada temsil yetkisinin kullanılmasına, için yeterli olup, davaya vekâlet ehliyetinin bir unsuru olduğundan, acente olduğu iddia eden tarafın acentesinin, hâkim tarafından reşen incelenecektir.³⁵

Acentenin müvekkilini davada temsili için, dava konusu uyuşmazlık sözleşme meden kaynaklanmasa, gerekir. Acentenin davada temsil yetkisini kullanabileceği sözleşme meden doğan ihtilâflarla kastedilen ise, acentenin bizzat aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşmelerdir.³⁶ Örneğin, acentenin aracılık etmesi, bizzat müvekkilin kendisinin akdettiği bir sözleşme meden kaynaklanan uyuşmazlıkta acentenin müvekkilini davada temsil etmesi söz konusu olamaz.³⁷ Ayrıca, acentenin sözleşme dışı sorumluluktan doğan uyuşmazlıklar bakımından mahkemede temsil yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve kanundan doğan bir borçla ilgili ihtilaftan doğan davada acentenin müvekkilini temsil etmesi

³⁰ ALTAY, s.240-241. Acentenin bildirimiminin müvekkilin hukukî dinlenilme hakkına etkisi konusunda ayrıca bkz. TÜRKEL, Doğru Taylan: Ömüvekkile izafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukukî Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar, Haluk Konuralp Anı, s.1108 vd.

³¹ Örnek bir karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 13.02.1986 T. ve 1986/395 E, 1986/666 K. sayılı karar (Kazancı, Çitihat Bilgi Bankası).

³² ALTAY, s.224; KAYA, s.56.

³³ KAYIHAN, s.192. Bununla birlikte mülga TTK kapsamında yapılan bir tespit, doktrinde böyle bir ihtimalde müvekkile izafeten acentesine karşı dava açılmaması gerektiği, düzenlemenin yalnızca müvekkili Türkiye'de yerle im yeri olmayan acenteler bakımından geçerli olması gerektiği ileri sürülmekte idi: KARAYALÇIN, Yaar: Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş-Ticaret Hukuku, Ankara 1957, s.372. Benzer bir görüş için ayrıca bkz. TEKEL, Fahman: Ticaret Hukuku, İstanbul 1997, s.213-214. Yine mülga TTK md 119/2 çerçevesinde yapılan bir eleştiride, araç acenteler bakımından davada temsil yetkisinin tanınması, makul görülmemekte, zira sözleşme yapma yetkisi dahi verilmemiş bir kişiye bu şekilde geniş yetkinin verilmesi ayrıca sayılmakta idi: DOMANCI, Hayri/ULUSOY, Erol: Ticaret Hukuku Genel Esaslar, 5.B. Ankara Yayınları, İstanbul 2007, s.399.

³⁴ ALTAY, s.227.

³⁵ TÜRKEL, s.1112; ALTAY, s.243.

³⁶ AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇALAR, Hayrettin: Ticaret Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, 6.B. Ankara 2013, s.382; ARKAN, s.218. Doktrinde aksi yönde bir görüşe göre ise, müvekkilinin ilerini görme ve menfaatlerini gözetme yükümlülüğünden hareketle, acentenin müvekkilini davada temsil edebilmesi için dava konusu sözleşmeye bizzat aracılık bulunması veya sözleşme yapması şart değildir. Mülga TTK bağlamında savunulan bu görüş için bkz. KINACIOĞLU, Naci: Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963, s.78.

³⁷ Buna karşın doktrinde bir görüş, bu konuda ikili bir ayrım yapmayı; acentenin tekel hakkına rağmen müvekkilin acenteyi devrederek, bizzat aracılık yapması, sözleşme ile ilgili olarak acentenin müvekkilini davada temsil yetkisinin olduğu, ancak acentenin kendisine bırakılan yer veya bölge içinde tekel hakkı yoksa veya kaldırılmışsa acentenin, müvekkilinin bizzat yapması, sözleşme ile ilgili olarak davada temsil yetkisine sahip olmaması gerektiği ileri sürülmüştür: DANAKKAN, s.226. Aksi görüş için ayrıca bkz. KAYIHAN, s.190; ALTAY, s.254; NARBAY/UYUMAZ, s.120-121.

mümkün de ildir³⁸. Örne in, acentenin temsil etti i donatana ait bir geminin yükleme veya bo altma yaparken bir kimseye zarar vermesi durumunda gündeme gelecek çatma ihtimalinde acenteye kar , dava aç,almaz³⁹.

Temsil yetkisi olmad, , hâlde bir arac, acentenin müvekkili ad ve hesab,na sözleşme akdetmesi ya da temsil yetkisi olan bir acentenin yetki s,n,rlar,n, a mak suretiyle müvekkili ad ve hesab,na sözleşme akdetmesi ihtimallerinde gündeme gelen yetkisiz temsilde, yapılan sözleşmelerden kaynaklı, davalarda acentenin müvekkilini temsil edip edemeyece i sorusu, acentenin yetkisiz temsilini düzenleyen TTK md 108'den hareketle cevap bulabilir. Buna göre acente, yetkisi olmaks,z,n veya yetki s,n,rlar,n, a arac müvekkili ad,na sözleşme yaparsa, müvekkili bunu haber alır almaz icazet verebilir; vermedi i takdirde acente, sözleşme meden kendisi sorumlu olur. Dolay,s,yla, yetkisiz temsil ihtimalinde müvekkil aç,kça icazet vermedi i müddetçe sözleşme acentenin kendisini ba layaca ,ndan acentenin sözleşmeye taraf olmayan müvekkilini temsili de hukuken mümkün olamaz. Ancak müvekkilin icazet vermesi ihtimalinde, taraf s,fat, bizzat müvekkilde olaca ,ndan, yetkisiz temsil çerçevesinde akdedilen sözleşme meden kaynaklanan davada acentenin müvekkilini temsil etmesi pek tabii mümkün görünmektedir⁴⁰.

Uyu mazl, ,n acente sözleşme mesinin sona ermesinden sonra ortaya ç,kmas, ihtimalinde, acentenin müvekkilini davada temsil yetkisine sahip olup olmad, , hususunda da TTK'da bir hüküm yoktur. Bu ba lamda, acente s,fat,n,n müvekkil ve mü terisi aras,nda hüküm ve sonuç do uran sözleşme menin yapıld, , anda bulunmas, gerekti i kabul edilecek olursa, acentenin müvekkilini davada temsil yetkisinin bulundu u ifade edilmektedir⁴¹. Buna kar ,n doktrinde bizim de kat,ld, ,m,z bu görüşün aksine bir görüş , acentenin yetkilerinin acente sözleşme mesinin sona ermesiyle birlikte kural olarak ortadan kalkt, ,, davada müvekkili temsil yetkisinin de bu kapsamda sona erdi i yönündedir⁴².

E. Müvekkilin Davada Temsilinde Acentenin Hukukî Konumu

Acentenin müvekkilini davada temsil etmesi, onun maddî hukuktan kaynaklanan konumu ile ilgilidir⁴³. Zira acenteye müvekkilini aktif ve pasif surette davada temsil yetkisinin tan,nmas,, TTK md 105/2'den do maktadır.

Müvekkil ile mü terisi aras,nda hüküm ve sonuç do uran bir sözleşme sonucunda hak sahibi olan veya borç alt,na giren taraf, sözleşme acente taraf,ndan akdedilse veya onun arac,l, ,yla yapılsa dahi yine müvekkil ve mü terisidir. Zira acente; müvekkili ve mü terisi aras,ndaki esas hukukî i lem ili kisinin taraf, de ildir. Maddî hukuk anlam,nda sorumlu tutulamayaca , bir ili kiden dolayı, acentenin taraf s,fat,na sahip olmas, dü ünülemez. Daha aç,k ifadeyle, acentenin temsilen bulundu u davalarda taraf s,fat, (husumet ehliyeti)⁴⁴ da do rudan müvekkil ve mü terisine aittir⁴⁵.

Acente, akdetti i ya da arac,l,k etti i sözleşmeyle ilgili bir davada taraf s,fat,n, haiz olmad, ,ndan müvekkil ve acentenin birlikte dava edilmesi mümkün de ildir⁴⁶. Bu sebeple, müvekkil ve acenteye kar , birlikte dava aç,lm, sa dava, acente bak,m,ndan s,fat yoklu undan reddedilmeli⁴⁷, müvekkil hakk,nda ise davaya devam edilmelidir⁴⁸. Ayn, ekilde, müvekkil ve

³⁸ ARKAN, s.218; KAYIHAN, s.190; KAYA, s.54.

³⁹ Yarg.tayın çatma kaynaklı, uyu mazl,klarda donatana izafeten acenteye kar , dava aç,lmaz,n, kabul etmedi i örnek bir karar için bkz. Yarg.tay 4. HD, 15.09.1986 T. ve 1986/5241 E, 1986/6066 K. say,l, karar (Kazanc, çtihat Bilgi Bankas.).

⁴⁰ ALTAY, s.259.

⁴¹ ÜÇÜNCÜ, s.990; ALTAY, s.260.

⁴² NARBAY/UYUMAZ, s.131. Yarg.tay da ayn, yönde kararlar vermektedir. Acente sözleşme mesinin feshinden sonra aç,lan bir davada müvekkile izafeten acenteye kar , dava aç,lmaz,n, husumet yoklu undan davan,n reddi sebebi olarak gören Yarg.tay 11. HD, 13.05.2002 T. ve 926/4687 say,l, karar, için bkz. ALTAY s.259, dn.102.

⁴³ ALTAY, s.226.

⁴⁴ Taraf s,fat,, dava konusu edilen sübjektif hak ile davan,n taraflar, aras,ndaki ili kidir: PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usul Hukuku, Ders Kitab,, 5.B, Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2017, s.144; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 22.B, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2011, s.234.

⁴⁵ ALTAY, s.227-228; NARBAY/UYUMAZ, s.114. Yarg.tay kararlar,nda da acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi tan,nmas,n,n ona taraf s,fat, bah etmedi ine vurgu yapılmaktadır. Örnek bir karar için bkz. Yarg.tay 15. HD, 26.03.2007 T. ve 2005/7611 E, 2007/1871 K. say,l, karar (www.hukukturk.com.tr). Buna kar ,n, doktrinde bir görüş , taraf s,fat,n,n (husumet ehliyeti) acenteye ait oldu u yönündedir: DAN AKKAN, s.223; KINACIO LU, s.78.

⁴⁶ KAYA, s.55; NARBAY/UYUMAZ, s.116.

⁴⁷ ALTAY, s.233.

acente ayr, ayr, davalarda taraf gösterilmi ise, yine acenteye aç,lan dava, s,fat yoklu undan reddedilmelidir⁴⁹. Bununla birlikte, sözle menin ifas,nda acentenin de kusurunun olmas, örne inde oldu u gibi, mü terek borçlu veya mü terek kefil olmas, ihtimalinde, acentenin de müvekkil gibi taraf s,fat,n, haiz olaca ,nda ku ku yoktur⁵⁰. Yarg,tayøn konuya ili kin kararlar,nda da bu husus aç,kça kabul görmektedir⁵¹.

Bir davan,n taraf,, kendi ad,na davac, veya daval, olabilme yetene ine sahip ki idir⁵². Bu sebeple acentenin müvekkilini temsil etti i davada müvekkilin taraf ehliyeti⁵³ bulunmaktadır. Zira aç,lan davan,n as,l taraf,, yine müvekkil ve mü terisidir. Ayn, ekilde, müvekkil, dava ehliyetini⁵⁴ de haizdir. Bu yüzden müvekkil davay, bizzat kendisi veya vekili arac,l, ,yla aç,p usul i lemlerini yapabilece i gibi, mü teri de davay, do rudan müvekkile yöneltebilecektir. Acente, taraf s,fat, bulunmayan bir ki i olarak davan,n taraf, olmad, ,na göre, ancak müvekkili nam,na dava açan veya müvekkiline izafeten kendisine kar , dava aç,lan ki i olarak davaya temsilen taraf olacak yani temsilci (vekil) s,fat,n, alacaktır⁵⁵. Bu bak,mdan acentenin kulland, , yetki, yarg,laman,n kim taraf,ndan yürütülece i ile ilgili olan⁵⁶ dava takip yetkisi⁵⁷ kapsam,nda da de erlendirilemez. Zira acentenin müvekkilini temsil etti i davada dava takip yetkisi yine müvekkildedir. Müvekkilin davay, acente arac,l, ,yla takip etmesi hususunda bir mecburiyeti yoktur⁵⁸. Dava takip yetkisinin acentede oldu unun kabulü için, müvekkilin taraf ehliyeti ve dava ehliyetine sahip ancak dava takip yetkisini haiz olmamas, gerekirdi, ancak müvekkil davay, bizzat kendisi açabilece i gibi dava mü teri taraf,ndan do rudan kendisine kar , da yöneltelebilmektedir⁵⁹.

Acentenin davan,n taraf, olmay,p müvekkilini temsilen davada yer almas,n,n hukukî sonucu olarak, müvekkile izafeten acenteye kar , aç,lan davalardan verilen ilamlar, acenteye kar , icra edilemez⁶⁰. Nitekim TTK md 105/3'ün düzenlemesi de bu yöndedir. Buna göre, acentelerin ad ve hesab,na hareket ettikleri ki ilere kar , Türkiye'de aç,lacak olan davalar sonucunda al,nan kararlar acentelere uygulanamaz⁶¹. Buna kar ,n, acente, sözle menin ifa

⁴⁸ KAYA, s.55. Yarg,tay kararlar,nda da bu husus aynen benimsenmektedir. Yarg,tayøn sigorta irketi ve acenteye kasko sigorta bedelinin tahsili için birlikte aç,lan davan,n acenteye ancak müvekkiline izafeten dava aç,labilece i, bu sebeple acenteye husumet yöneltilmeyece i gerekçesiyle acente aleyhine aç,lan davan,n husumetten reddi gerekti ine ili kin verdi i örnek bir karar için bkz. Yarg,tay 11. HD, 21.05.2002 T. ve 2002/3252 E, 2002/5047 K. say,l, karar. İgili karar için bkz. KAYA, s.79.

⁴⁹ ALTAY, s.234. Doktrinde bir görüş , davan,n do rudan do ruya acenteye aç,lmas, durumunda davan,n husumet yoklu undan reddi yerine, usul ekonomisine uygun olmas, sebebiyle hâkimce reşen davac,ya süre verilerek davan,n sözle me akdedilen as,l taraf olan acentenin müvekkiline yöneltilmesi hususunun bildirilmesi, bunun yap,lmas, hâlinde davan,n görülmesi, aksi hâlde ise davan,n reddine karar verilmesi gerekti ine i aret etmektedir: NARBAY/UYUMAZ, s.116. Davan,n müvekkiline izafeten de il de do rudan do ruya acenteye kar , aç,lmas, ihtimalinde taraf ehliyeti yoklu u gerekçesiyle davan,n reddine karar verilmesi gerekti ine hükmeden örnek Yarg,tay içtihatlar, için ayr,ça bkz. Yarg,tay 11. HD, 14.10.2015 T. ve 2015/9587 E, 2015/10529 K. say,l, karar, Yarg,tay 11. HD, 24.11.2015 T. ve 2015/4192 E, 2015/12442 K. say,l, karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁵⁰ KAYA, s.56; ALTAY, s.233; NARBAY/UYUMAZ, s.116.

⁵¹ Acentenin müvekkil ad ve hesab,na akdetti i ya da arac,l,k etti i sözle me ba lam,nda kusurunun bulunmas, durumunda do rudan acentenin sorumlulu una gidilebilece ine vurgu yapan örnek bir Yarg,tay karar, için bkz. Yarg,tay 11. HD, 01.02.2007 T. ve 2005/10892 E, 2007/1202 K. say,l, karar (Kazanc, çtihat Bilgi Bankas.).

⁵² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.138.

⁵³ Taraf ehliyeti, medenî hukuktaki medenî haklardan yararlanma ehliyetinin medenî usul hukukunda büründü ü ekli anlam,nda, k,saca davada taraf olabilme ehliyeti olarak tan,mılanabilir. Buna göre, medenî haklardan yararlanma ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel ki i, davada taraf ehliyetine sahiptir: ATALI, Murat/ERMENEK, brahim/ERDO AN, Ersin: Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2018, s.234; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.139.

⁵⁴ Dava ehliyeti, medenî hukuktaki fiil ehliyetinin medenî usul hukukunda büründü ü ekildir. Buna göre, ki inin kendisinin veya yetkili k,laca , bir temsilci arac,l, , ile bir davay, takip etme ve usul i lemlerini yapabilme ehliyeti olan fiil ehliyetine sahip her gerçek ve tüzel ki i dava ehliyetine sahiptir: ATALI/ERMENEK/ERDO AN, s.239; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.141.

⁵⁵ ÇA A, s.6; KAYIHAN, s.197; ALTAY, s.228; KALPSÜZ, s.8; NARBAY/UYUMAZ, s.114.

⁵⁶ ER R, Evrim: Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, Güncel Yay,nevi, zmir 2007, s.73.

⁵⁷ Dava takip yetkisi, talep sonucu hakk,nda hüküm alabilme yetkisidir: ATALI/ERMENEK/ERDO AN, s.245. Bu bak,mdan, bir davan,n geçerli bir ekilde aç,l,p görülebilmesi için dava açan ki inin bu yetkiye sahip olmas, gerekir: ER R, s.71.

⁵⁸ ER R, s.87.

⁵⁹ ER R, s.86.

⁶⁰ KAYIHAN, s.196.

⁶¹ Doktrinde bu hükmün sadece Türkiye'de aç,lacak olan davalar sonucunda al,nan kararlar için öngörülmesinin tart, malara zemin haz,rlayaca , ifade edilmektedir. Zira bu görüş e göre, yabanc, ülkede aç,lan davalar sonucunda

edilmemesinde bizzat kendisi kusurlu ise veya müvekkil nam,na üçüncü ki i mü terilerle yapt, , ya da arac,l,k etti i sözleşme melere müvekkilinin borcu için müteselsil kefil olduysa yahut bir kanun hükmü gere ince müvekkili ile birlikte müteselsilen sorumlu tutuluyorsa acenteye kar , dava aç,labilece i gibi, yarg,lama sonucunda acentenin aleyhine al,nan mahkeme karar, da acenteye kar , da icraya konulabilecektir⁶².

Bu aç,klamalar çerçevesinde, acentenin müvekkili ad,na açt, , veya acenteye kar , müvekkiline izafeten aç,lan bir davada, taraf s,fat,n,, taraf ehliyetini, dava ehliyetini, dava takip yetkisini haiz olan bir ki i olarak davan,n taraf, bizzat müvekkildir. Acente ise, bu davada taraf s,fat,n, haiz olmad, ,ndan davan,n taraf, de ildir; yaln,zca temsilci s,fat,yla hareket eder. Böylece bir kimsenin mahkemede temsilini yaln,zca bir avukat marifetiyle mümkün k,lan Avukatlık Kanunu md 35/4teki ödi er kanun hükümleri sakl,d,rö hükmünün bir istisnas, olarak, acenteler avukat s,fat,n, haiz olmasa da TTK md 105/2 gere ince davaya vekâlet ehliyetine⁶³ sahip olmaktadır⁶⁴. Ancak avukat bak,m,ndan bunun gerçekleşle bilmesi için müvekkilin geçerli bir vekâletname ile avukat, yetkilendirmesi gerekirken⁶⁵, acentenin vekâlet ehliyeti, do rudan TTK md 105/2deki özel düzenlemeye dayanmaktadır⁶⁶. Acentenin davada temsil yetkisinin müvekkilin iradesine bak,lmaks,z,n do mas, bu yetkinin bir kanunî temsil yetkisi olmas,ndan kaynaklanmaktadır⁶⁷. te bu kanunî temsil yetkisinin kullan,lmaz,yla da acente davan,n takibi ve davadaki usul i lemlerini yapma gibi genel yetkiye sahip olacaktır,r. Dolay,s,yla, 6098 say,l, Türk Borçlar Kanunu (TBK) md 504/3 ve HMK md 74te düzenlenen vekile özel yetki gerektiren hususlar bu kapsamda de ildir⁶⁸.

Sonuç olarak, TTKn,n acenteye tan,d, , müvekkilini davada temsil etme yetkisi; s,fat, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, dava takip yetkisi, davaya vekâlet ehliyeti gibi usul hukuku müesseselerinden davaya vekâlet ehliyeti kapsam,nda de erlendirilmelidir. Ba ka bir ifadeyle, TTK md 105/2 uyar,nca kanundan do an temsil yetkisi ba lam,nda acentenin müvekkilini davada temsiline ili kin düzenleme, acenteye müvekkilini davada vekil s,fat,yla temsil etmesine imkân tan,yan, yani ona vekâlet ehliyeti bah eden bir nitelik ta ,maktadır⁶⁹.

III. YABANCI TAC RLER ADINA ACENTELİK YAPAN ACENTELERİN MÜVEKKİLLERİN DAVADA TEMSİLİNE İLİKİN DÜZENLEMENİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN HUKUKÎ NİTEL

A. Genel Olarak

Yabancı tacirler ad,na acentelik yapan acentelerin akdetti i ya da arac,l,k etti i sözleşme melerden do acak uyu mazl,klardan dolayı, acenteye müvekkilini davada temsil yetkisinin tan,nmas, ve bunun taraflarca aksinin kararlarla t,r,lamayaca ,n,n öngörülmesi, ticaret hukuku ve medenî usul hukukunda oldu u gibi milletleraras, özel hukuk bak,m,ndan da baz, sonuçlar do urur. Acentenin müvekkilini davada temsil etmesi, ticaret hukuku bak,m,ndan acentenin sahip oldu u yetkilerden biri olarak görülmektedir⁷⁰. lave olarak, söz konusu yetkinin Türkiye'de faaliyet gösteren acentelere kar , Türkiye'de dava aç,lmaz,na ve acentelerin de müvekkillerini temsilen dava aç,mas,na imkân veren yönü itibariyle yarg,lama hukukunda da etkisi bulunmaktadır.

Kanun koyucunun acenteye tan,d, , temsil yetkisinin ticaret hukuku ve medenî usul hukukundaki bu etkisinin yan,nda kanunlar ihtilaf, hukuku boyutu da vard,r. Zira yabancı tacir ile acentesi aras,nda akdedilen bir acente sözleşme mesinin yabancı, unsurlu bir hukukî i lem olarak

al,nan kararlar,n acentelere uygulan,p uygulanmayaca , belirsizdir. Böyle bir sonucun taraf s,fat, aç,s,ndan makul kar ,lanamayaca ,, bu sebeple de Türkiye'de ibaresinin kanun metninden ç,kar,lmaz,n,n gerekti ine i aret edilmektedir: KAYIHAN, s.203.

⁶² KAYIHAN, s.199-200.

⁶³ Davaya vekâlet ehliyeti, bir davan,n taraflar, d, ,nda üçüncü bir gerçek veya tüzel ki inin vekil s,fat,yla bir davay, yürütebilmesi için kanunen sahip olmas, gereken ehliyeti ifade etmektedir: PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.153.

⁶⁴ ARKAN, s.217, dn. 3; KAYA, s.57, dn. 66. Davada temsil yetkisinin davaya vekâlet olarak nitelendirilmesi gerekti ine ili kin olarak ayr,ca bkz. KALPSÜZ, s.3; ALTAY, s.229; KAYIHAN, s.187.

⁶⁵ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.199.

⁶⁶ ALTAY, s.229.

⁶⁷ KAYA, s.50; ALTAY, s.228; NARBAY/UYUMAZ, s.130.

⁶⁸ ÜÇÜNCÜ, s.978.

⁶⁹ Ayn, yönde bkz. ER R, s.87; TÜRKEL, s.1108; ALTAY, s.228.

⁷⁰ ARKAN, s.217; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇALAR, s.382.

kanunlar ihtilaf, hukukuna tâbi olaca , aç,kt,r. Böyle bir ihtimalde, yabanc, tacirler ad,na Türkiye'de acentelik yapan acentelerin üçüncü ki ilerle akdetti i ya da arac,l,k etti i sözleşmelerden do an uyu mazl,klara uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinde aç,lan bir davada Türk kanunlar ihtilaf, kurallar, uyar,nca tayin edilir. Ba ka bir ifadeyle, acentenin müvekkili ad ve hesab,na akdetti i ya da arac,l,k etti i sözleşmenin vas,fland,r,lmas,na göre 5718 say,l, Milletleraras, Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakk,nda Kanun (MÖHUK) md 24-29 aras,nda say,lan borç do uran ilgili sözleşme statüsü, do acak sözleşme mesel uyu mazl,klarda yetkili hukuk olacaktır,⁷¹.

Acentenin müvekkilini davada temsiline ili kin düzenlemenin devam,nda, yabanc, tacirler ad,na acentelik yapanlar hakk,ndaki sözleşmelerde yer alan bu hükme ayk,r, artlar,n geçersiz oldu u ifade edilmek suretiyle, konuya yabanc, unsurlu acente sözleşmeleri ba lam,nda bir istisna getirilmis tir. Konumuz itibariyle, yabanc, müvekkili ad,na Türkiye'de sözleşme akdeden ya da arac,l,k eden acentelerin söz konusu sözleşmelerden do an uyu mazl,klardan dolayı, müvekkili ad,na dava açabilmeleri ya da kendilerine kar , ayn, s,fatla dava aç,labilmesini aksi öngörülemez ekilde hükme ba layan TTK md 105/2'nin ikinci cümlesinin hukukî niteli i doktrinde tart, mal,d,r. Zira söz konusu düzenlemenin ticaret hukuku, medenî usul hukuku ve milletleraras, özel hukuk doktrininde farklı, ekilde nitelendirildi i görülmektedir. Mahkeme kararlar,nda da bu düzenlemenin hukukî niteli ine ili kin aç,k bir tespite rastlanmam, t,r.

B. Yarg,tay Kararlar,

Acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi veren TTK md 105/2'nin hukukî niteli ine ili kin Yarg,tay kararlar,nda aç,k bir belirleme yap,lmam, t,r. Acentenin davada temsil yetkisi ba lam,nda verilmiş kararlar genellikle bu yetkinin kullan,lmas,n,n artlar, ve hükmolunan ilam,n kime kar , icra edilece i ile ilgilidir. Ancak konuya ili kin baz, Yarg,tay kararlar, yol gösterici olabilir. Örne in Yarg,tay bir karar,nda, müvekkile izafeten acenteye kar , dava aç,labilmesini dava ehliyeti ile ilgili kabul etmiş ve bu sebeple bu hususun davan,n her a mas,nda ileri sürülebilece ini ve mahkeme taraf,ndan da reşen ara t,r,laca ,n, ifade etmiş tir⁷². Doktrinde de aç,kland, , üzere, Yarg,tay bu karar,yla TTK md 105/2'deki acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi veren düzenlemede aranan artlar, acentenin dava ehliyeti kazanabilmesi için gerekli ön artlar olarak kabul etmiş tir⁷³.

C. Doktrinel Tespitler

1. Ticaret Hukuku Doktrinindeki Görü ler

Ticaret hukuku doktrininde TTK md 105/2'nin acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi veren düzenlemesinin genel itibariyle davan,n Türk mahkemelerinde görülmesine imkân sa layan bir özellik göstermiş ine vurgu yap,lm, t,r⁷⁴. Bu özelli iyle söz konusu düzenlemenin yer itibariyle özel yetki kural, olarak kabulü noktas,nda aç,k bir de erlendirmede bulunulmam, t,r.

Ticaret hukuku doktrinindeki ortak görüş , acentenin davada temsil yetkisinin Avukatlık Kanunu md 35'nin bir istisnas, oldu u yönündedir⁷⁵. Ba ka bir ifadeyle, söz konusu yetkinin acenteye vekil s,fat,yla dava takip etme hakk, verdi ine i aret edilmektedir⁷⁶. Buna göre TTK md 105/2, Avukatlık Kanunu'nda öngörülen davaya vekâlet ehliyetini yalnızca avukatlara tan,yan düzenlemenin bir istisnas, eklinde yorumlanm, ; acentenin, kanunun öngördü ü temsil yetkisi çerçevesinde davada vekâlet ehliyeti elde ederek bunu kulland, ,na vurgu yap,lm, t,r⁷⁷.

lave olarak doktrinde, acenteye müvekkilini davada temsil etme yetkisinin kanun koyucu

⁷¹ GÜNER, Cemil: Milletleraras, Unsurlu Acente li kisine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yay,nevi, Ankara 2014, s.79-82.

⁷² Yarg,tay 11. HD, 11.10.2001 T. ve 2001/5739 E, 2001/7600 K. say,l, karar (Kazanc, çtihat Bilgi Bankas,). Benzer bir karar için ayrıca bkz. Yarg,tay 11. HD, 06.06.2018 T. ve 2016/12582 E, 2018/4365 K. say,l, karar (Kazanc, çtihat Bilgi Bankas,).

⁷³ NARBAY/UYUMAZ, s.118.

⁷⁴ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇA LAR, s.382; ARKAN, s.217.

⁷⁵ KALPSÜZ, s.8; ARKAN, s.217; KAYIHAN, s.187; KAYA, s.56-57; AYAN, s.89.

⁷⁶ ARKAN, s.217; KAYA, s.56-57.

⁷⁷ ALTAY, s.229; KALPSÜZ, s.3; KAYIHAN, s.182.

taraf,ndan tan,nmas,n,n yabanc, tacirler ad,na arac,l,k ya da sözleşme yapan acentelerle i lem yapan Türk vatandaşlar,n, koruyaca , ifade edilmektedir. Zira kanun koyucunun verdi i yetkiyle acentenin veya ona kar , üçüncü kişilerin açacağı , davalar,n Türk mahkemelerinde görülebilece i vurgulanmaktadır,⁷⁸.

Konuya ilkin doktrinde bir bakışla görüş , TTK md 105/2'nin konulu amac,ndan hareketle, söz konusu hükmün yabancı, ülkelerdeki ticarî i letmeler için Türkiye'de sözleşme akdeden acentelerin uyu mazlı,k ortaya çıkart, ,nda yabancı, bir mahkemenin yetkili oldu unu ileri sürmelerinin önüne geçece inin alt,n, çizmektedir⁷⁹. Böylece asl,nda TTK md 105/2 ile acente arac,l, ,yla Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkeme tayin edilmiş ine z,mnen i aret edilmektedir. Zira söz konusu görüş , acentenin yerle im yerinin bulunduğu u yer mahkemesinin acentenin müvekkili ad,na yaptı , ya da arac,l,k etti i sözleşmelerden do an uyu mazlı,klar bak,m,ndan yetkili oldu unu herhangi bir yetki kural,na dayanmaks,z,n salt TTK md 105/2 uyar,nca acenteye kar , dava aç,lmaz,yla salsand, , gerekçesine yer vermektedir⁸⁰. Benzer şekilde, TTK md 105/2'nin amac,n,n esas olarak acentenin bulunduğu u yer mahkemesini yetkili k,lmak oldu u doktrinde açıklanm, t,r⁸¹.

2. Medenî Usul Hukuku Doktrinindeki Görüş ler

TTK md 105/2'nin acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi veren düzenlemenin ticaret hukuku doktrinindeki bazı görüş lerce z,mnen savunulan yer itibariyle yetki kural, özelli i gösterip göstermedi i hususu medenî usul hukuku aç,s,ndan ele al,nmal,d,r. Söz konusu hükmün bir özel yetki kural, niteli i ta ,d, ,na ilkin medenî usul hukuku doktrininde bir görüş e rastlanmam, t,r. Zira medenî usul hukuku doktrini özel yetki kuralları, aras,nda TTK md 105/2'ye yer vermemektedir. Bakışla bir deyi le, medenî usul hukukuna ilkin çal, malar,n hiçbirinde acentenin müvekkilini davada temsil etmesine imkân veren bu düzenlemenin yer itibariyle yetkiyi tesis eden bir yetki kural, oldu una ilkin tespit yapılmam, t,r.

Buna kar ,n, medenî usul hukuku doktrinindeki konuya ilkin de erlendirmelerde TTK md 105/2'nin getirdi i düzenlemenin vekil s,fat,yla dava açma ve takip yetkisini yalnızca avukatlara veren Avukatlık Kanunu md 35'nin bir istisnas, oldu una i aret edilmiştir⁸². Bu bak,m,ndan, madde gerekçesinde *öbu tür uyu mazlı,klarda Türk mahkemelerinin yetkili olmas,n,ö* salsama dü üncesi aç, a vurulsa da doktrinde maddenin bu amaçla ç,kar,ld, , kabul görmemiştir. Aksine düzenlemenin avukatlara istisna olarak acentelere davada vekâlet ehliyeti verdi i ifade edilmektedir⁸³.

3. Milletleraras, Özel Hukuk Doktrinindeki Görüş ler

Milletleraras, özel hukuk doktrininde ise TTK md 105/2'nin niteli ine ilkin farklı görüş ler ortaya konmuştur. Bu görüş ler, söz konusu düzenlemenin Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkisini tesis eden bir yetki kural, olup olmad, ,na ilkin tartış, malar özelinde yoğunlaştırmaktadır. Ayr,ca, acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi veren bu düzenlemenin müvekkile Türkiye'de aç,lacak davalar bak,m,ndan taraf ehliyeti ve dava ehliyeti bah etti i yönünde farklı görüş ler mevcuttur.

Bu açıklamalardan hareketle, doktrinde bir görüş , TTK md 105/2'nin acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi veren hükmün, bir yetki kural, tesis etti ini savunmaktadır. Bu bakışlamda doktrinde Nomer, *diç hukukun yetki kuralları,ö* baki , alt,nda ele ald, , TTK md 105/2 ile ilgili olarak, *öarac,l,akta bulundu u ya da yaptı , sözleşmelerden do acak uyu mazlı,klardan dolayı, acentenin müvekkili ad,na açacağı , davalarda ya da kendisine kar , ayn, s,fatla aç,lacak davalarda acentenin bulunduğu u yer mahkemesi yetkilidirö* görüş üyle TTK md 105/2'nin yer itibariyle yetki kural, oldu una i aret etmektedir⁸⁴.

Aksi yöndeki görüş ise, TTK md 105/2'nin yer itibariyle yetkiyi tesis eden bir yetki kural, olmad, , yönündedir. Türk milletleraras, özel hukuk doktrininde konuya ele alan anl,, TTK

⁷⁸ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇA LAR, s.382; ARKAN, s.217; KAYA, s.56-57.

⁷⁹ KAYIHAN, s.195.

⁸⁰ KAYIHAN, s.192.

⁸¹ KAYA, s.59. Mülga TTK baki lam,nda ayn, yönde bir tespit için ayrı,ca bkz. KALPSÜZ, s.2.

⁸² SUNGURTEK N ÖZKAN, Meral: Avukatlık Hukuku, Bar, Yayınlar,, zmir 2006, s.21; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.231; ATALI/ERMENEK/ERDO AN, s.272.

⁸³ ATALI/ERMENEK/ERDO AN, s.272; ER R, s.87; TÜRKEL, s.1108; ALTAY, s.228.

⁸⁴ NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 21.B, Beta Yayınlar,, stanbul 2015, s.457.

md 105/2'nin yer itibariyle yetki kural, olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu görüşe göre, TTK md 105/2'den müvekkile izafeten acenteye karar, Türkiye'de açılacak davalarda yer itibariyle yetkili mahkemeyi tespit etmek mümkün değildir⁸⁵. Buna karşın anlı, TTK md 105/2'nin getirdiği düzenlemenin özellikle yabancı şirketlerin Türkiye'de açılacak davalar bakımından davada taraf olma ehliyetini kabul ettiğini savunmaktadır⁸⁶.

Aynı şekilde doktrinde Ek i de, acentenin müvekkilini davada temsilini düzenleyen mülga TTK md 119 bülam,nda yaptığını, tespitite, söz konusu hükmün yer itibariyle yetkili mahkeme açs,ndan herhangi bir şey söylemediğini ifade etmektedir⁸⁷. Bu bakım,ndan, acentenin müvekkili adına açtığını, ya da müvekkile izafeten acenteye karar, açılan davalar bakım,ndan ikili bir ayrıma gidilerek genel yetki kuralları, dikkate alınmak suretiyle yer itibariyle yetkili mahkemenin tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁸. Buna karşın Ek i, acentenin davada temsil yetkisini kullanmasında imkân veren düzenleme uyarınca acentelerin davada taraf olabildiklerine, başka bir ifadeyle ilgili düzenlemenin konuya yalnızca dava ehliyeti açs,ndan yaklaştığını, na iaret etmektedir⁸⁹.

D. Milletleraras, Özel Hukuk Bülam,nda Değerlendirme ve Görüşümüz

TTK md 105/2'nin ticaret hukuku, medenî usul hukuku ve milletleraras, özel hukuk alanlarında etkileri olacağını, yukarıda ifade etmiştir. Nitekim acenteye müvekkilini davada aktif ve pasif surette temsil yetkisi veren bu düzenlemenin hukukî niteliğine ilişkin söz konusu hukuk alanlarında farklı tespitlere gidilmiştir.

Doktrindeki görüşlerden birini oluşturan TTK md 105/2'nin yer itibariyle yetki kuralı, tayin ettiğine ilişkin görüşe katılmamaktadır. Başka bir ifadeyle TTK md 105/2, Türk mahkemelerinin milletleraras, yetkisini tayin eden bir yetki kuralı, olarak kabul edilemez. Zira söz konusu düzenleme, acenteye müvekkilini davada temsil etme konusunda yetki verme gayesi taşımaktadır. Gerçekten de klasik yetki kuralları, aksine, Türkiye'de merkez veya şubesi bulunmayan yabancı işletmeler adına işlem yapanlara karar, bu işletmelerden doğan uyuşmazlıklarda, hangi yer mahkemesinde dava açılacağını gösteren coğrafî kriter, TTK'da açıkça öngörülmemiştir. Örneğin yerleşim yeri mahkemesi, ifa yeri mahkemesi gibi davanın nerede açılacağına iaret eden bir belirleme TTK md 105/2'de yer almamaktadır. Bu sebeple özünde acenteye davada müvekkilini temsil etme yetkisi bakım,ndan bu düzenlemenin bir yetki kuralı, olarak kabul edilemeyeceğini kanısl,ndayız.

TTK md 105/2 uyarınca acentenin müvekkili adına akdettiğini ya da yapmış,na aracılık ettiğini sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için müvekkili adına dava açması, veya müvekkiline izafeten acenteye karar, dava açılması, ihtimalinde, davanın hangi yer mahkemesinde açılacağı, hususu bu bülamda izaha muhtaçtır. Bu hâlde, eğer dava müvekkil adına acente tarafından açılacaksa ya da uygulamada daha sık karar,laşmış, gibi müvekkile izafeten acenteye karar, açılacaksa, davanın açılacağı, yerin yani yer itibariyle yetkili mahkemenin tespitinde MÖHUK md 40 uyarınca iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları, esas alınarak tespit yapılmalıdır⁹⁰. Buna göre HMK md 6 gereğince genel yetkili mahkeme olan *ö daval, gerçek veya tüzel kişilerin davanın açılması, tarihteki yerleşim yeri mahkemesi* yetkilidir. Dolayısıyla, acente müvekkili adına dava açarsa daval, müterinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili mahkeme kabul edilecektir. Müvekkile izafeten acenteye karar, dava açılması, durumunda ise yine HMK md 6 uyarınca acentenin yerleşim yeri mahkemesi yetkili sayılır⁹¹. Bu anlamda 4721 sayılı, Türk

⁸⁵ ANLI, s.126.

⁸⁶ ANLI, s.124.

⁸⁷ EK, Nurray: Türk Mahkemelerinin Milletleraras, Yetkisi, 2.B, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s.109, 114.

⁸⁸ EK, s.114.

⁸⁹ EK, s.108-109.

⁹⁰ Türk mahkemelerinin milletleraras, yetkisinin tayininde iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları, uygulanması, hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN F GANME E, nci: Milletleraras, Özel Hukuk, 6.B, Vedat Yayınları, İstanbul 2018, s.369 vd; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletleraras, Özel Hukuk, 15.B, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.543 vd; DOĞAN, Vahit: Milletleraras, Özel Hukuk, 5.B, Sava Yayınları, Ankara 2019, s.65 vd; NOMER, s.454 vd.

⁹¹ Aynı yönde bkz. EK, s.114. Doktrinde bir görüş, daval, müvekkilin Türkiye'de yerleşim yeri bulunması, ihtimalinde ona izafeten acentenin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması, HMK md 6'nın gereğince açılması, olarak görmektedir: TEKEL, s.214. Müvekkiline izafeten kendisine karar, dava açılması, durumunda müvekkilinin Türkiye'de yerleşim yeri bulunup bulunmadığını, fark etmeksizin acentenin yerleşim yeri

Medenî Kanunu (TMK) md 51 uyar,nca acente gerçek ki i ise öyerle im yeri mahkemesiö, tüzel ki i ise ökurulu belgesinde gösterilen yerle im yeri mahkemesi, kurulu belgesinde (ana statü) yerle im yeri gösterilmemi se i lerinin yürütüldü ü yer (idare merkezi) mahkemesiö yetkili kabul edilir⁹². Ayr,ca TTK md 105/2 uyar,nca acentenin davada temsil yetkisini kullanabilmesi için uyu mazl, n sözle meden do mas, gerekti inden, ösözle menin ifa edilece i yer mahkemesiö de alternatif olarak HMK md 10 uyar,nca yetkili say,l,r⁹³.

TTK md 105/2'ın Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkisini tayin eden bir yetki kural, özelli i göstermedi ine ili kin görü ümüz dâhilinde, acentenin müvekkilini davada temsiline imkân veren söz konusu düzenlemenin maddî hukuk ba lam,nda ele al,nmas, gerekti i kan,s,nday,z. Zira acentenin müvekkilini temsilen davada yer almas,, onun maddî hukuka özgü konumuyla ilgilidir. Acentenin bu konumunu acente sözleşmesi hükümleri belirler⁹⁴. Gerçekten de acentenin davaya vekâlet ehliyetine sahip olmas, için gerekli artlar, TTK md 102 ve devam, artlara tâbi tutulan maddî hukuk karakterli unsurlard,r. Müvekkil ve acente, aralar,ndaki iç ili kiyi tesis eden acente sözleşmesinde dava açma yetkisinin kullan,l, biçimini serbestçe tayin edebilir⁹⁵. Bu bak,mndan söz konusu yetki çerçevesinde davaya vekâlet ehliyeti kullan,lmakla birlikte, konu usul hukukuna tâbi olarak de il, t,pk, taraf ehliyeti ve dava ehliyetinde oldu u gibi maddî hukuk ba lam,nda ele al,nmal,d,r. Zira acentenin kanundan kaynaklanan davaya vekâlet ehliyetinin yukar,da aç,klan an iki unsuru olan, müvekkili temsil edecek olan ki inin acente olmas, ve acentenin de yaln,zca müvekkili ad,na akdetti i veya arac,l,k etti i sözleşmelerden kaynaklanan uyu mazl,klar bak,m,ndan bu yetkinin kullan,labilmesi, maddî hukuk kaynakl,d,r⁹⁶.

Acenteye müvekkilini davada temsil yetkisi veren bu düzenleme maddî hukuka özgü olmakla birlikte, söz konusu düzenlemenin maddî hukukun hangi konusuna temas etti i izaha muhtaç,r. Bu ba lamda, TTK md 105/2'ın medenî usul hukuku doktrininde de kabul gördü ü üzere⁹⁷ acenteye davada vekâlet ehliyetini kazand,ran bir düzenleme oldu u kan,s,nday,z. Ba ka bir ifadeyle, vekil s,fat,yla dava açma ve takip yetkisini yaln,zca avukatlara veren Avukatlık Kanunu md 35/4'ün bir istisnas, olarak, acente TTK md 105/2'ın verdi i yetkiyle müvekkili ad,na akdetti i ya da arac,l,k etti i sözleşmelerden do an davalarda avukat s,fat,n, haiz olmaks,z,n davada vekâlet ehliyeti kazan,r. Bununla birlikte, yukar,da aç,kland, , üzere, milletleraras, özel hukuk doktrinindeki tespitler daha farklı,d,r. Doktrinde konuyu mülga TTK md 119/3 çerçevesinde ele alan bir görü , acenteye davada temsil yetkisi veren bu düzenlemenin konuya yaln,zca dava ehliyeti aç,s,ndan yakla t, ,n, ifade etmi ; dolay,s,yla acentenin müvekkilini davada temsil etmesini, müvekkile izafeten acenteye kar , aç,lan davalarda müvekkile dava ehliyeti bah edilmesi olarak nitelendirmi tir⁹⁸. Doktrinde yer alan bir ba ka görü ise, acentenin müvekkilini davada temsil etmesinin TTK md 105/2 ile müvekkile taraf ehliyeti tan,nmas,ndan dolayı, mümkün oldu u görü ündedir. Bu görü e göre, TTK md 105/2 ile yabanc, irketlerin Türkiye'de aç,lacak davalar bak,m,ndan davada taraf olma ehliyeti, Türkiye'de acenteleri marifetiyle ticarî faaliyette bulunma vakas,na ba l, olarak kanunen kabul edilmi olup; TTK md 105/2, tüzel ki ilerin davada taraf olma ehliyetini statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi tutan MÖHUK md 9'ün⁹⁹ bir istisnas,n, te kil etmektedir¹⁰⁰.

Bu çerçevede ifade edilmelidir ki, müvekkili ad ve hesab,na akdetti i ya da arac,l,k etti i

mahkemesinin genel yetkili mahkeme olarak kabulü hususunda bizim de kat,ld, ,m,z aksi yönde görü için bkz. KAYIHAN, s.192; NARBAY/UYUMAZ, s.122.

⁹² HMK md 6'ya TTK md 105/2 uyar,nca genel yetkili mahkemenin tespiti noktas,nda istisna getirildi ine ili kin bir tespit için ayr,ca bkz. NARBAY/UYUMAZ, s.121.

⁹³ Ayn, yönde bkz. ANLI, s.127.

⁹⁴ ALTAY, s.226.

⁹⁵ KAYA, s.51.

⁹⁶ ALTAY, s.230.

⁹⁷ ATALI/ERMENEK/ERDO AN, s.272; ER R, s.87; TÜRKEL, s.1108; ALTAY, s.228.

⁹⁸ EK , s.115.

⁹⁹ MÖHUK'un öEhliyetö ba l,kl, 9. maddesine göre, ö(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. (2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir ki i, i lemin yapıld, , ülke hukukuna göre ehil ise yaptı, , hukuki i lemle ba l,d,r. Aile ve miras hukuku ile ba ka bir ülkedeki ta ,nmaçlar üzerindeki aynı haklara ili kin i lemler bu hükmün d, ,ndad,r. (3) Ki inin millî hukukuna göre kazand, , erginlik, vatanda l, ,n,n de i mesi ile sona ermez. (4) Tüzel ki ilerin veya ki i veya mal topluluklar,n,n hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olmas, hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. (5) Statüsü bulunmayan tüzel ki iler ile tüzel ki ili i bulunmayan ki i veya mal topluluklar,n,n ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.ö

¹⁰⁰ ANLI, s.125.

sözle melerden kaynaklı, uyuşmazlıklarda acentenin müvekkilini davada temsili, TTK md 105/2'nin Türkiye'de, yasal yerle im yerine sahip müvekkillere izafeten acenteye karış, açılan davalarda müvekkile taraf ehliyeti veya dava ehliyeti bah etmesinden kaynaklanmamaktadır. öyle ki, daha önce ayrıntılı şekilde açıklanan, üzere¹⁰¹ müvekkil, acentenin aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşme medeni uyuşmazlıkla ilgili bizzat kendisi ya da vekili aracılığıyla açabileceği bir davada nasıl ki taraf ehliyetine sahipse, acentenin müvekkili adına açacağı davada da müvekkil yine taraf ehliyetine sahiptir. Aynı şekilde, müvekkile izafeten acenteye karış, dava açılması, ihtimalinde de müvekkilin taraf ehliyeti vardır. Kaldı ki müvekkilin acente tarafından davada temsil edilmesi, müvekkilin taraf ehliyetine sahip olması, tartışılmaz gündeme gelecektir. Aksi hâlde, taraf ehliyeti olmayan bir müvekkilin acente tarafından temsili mümkün değildir. Bu sebeple, acentenin müvekkili adına dava açabilmesi müvekkilin TTK md 105/2 uyarınca taraf ehliyeti elde etmesinden kaynaklanmaz.

Diğer yandan, müvekkil; acentenin aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşme medeni uyuşmazlık, bizzat kendisi ya da vekili aracılığıyla dava açıp takip etme konusunda nasıl ki dava ehliyetine sahipse, acentenin müvekkili adına açacağı davada da dava ehliyetini muhafaza etmektedir. Zira dava ehliyetine sahip herkes davasını, bizzat açma ve takip hakkına sahip oldu undan, müvekkil davayı, bizzat kendisi de açabileceği gibi, dava müterafından acenteye de ilâh rüdan müvekkiline karış, da açılabilir. Dolayısıyla, müvekkilin dava ehliyeti her iki ihtimalde de vardır. Aksi hâlde, eğer müvekkil dava ehliyetine sahip olmasa idi, acentenin kendisini davada takip etmesi mümkün olmayacak; kanunî temsilcileri tarafından davada takip ettirilebilmesi gündeme gelecekti. Bu sebeple, acentenin müvekkili adına dava açabilmesi, müvekkilin TTK md 105/2 uyarınca dava ehliyeti elde etmesinden kaynaklanmaz.

Bu gerekçelerle, acentenin müvekkilini davada temsil etmesi, müvekkilin TTK md 105/2 uyarınca taraf ehliyeti ve dava ehliyeti elde etmesinden de ilâh, kanundan do an temsil yetkisini kullanması, kapsamında de erlendirilmelidir. Başka bir ifadeyle, TTK md 105/2 ile acenteye tanınan, bir tür ökanunî temsil yetkisi¹⁰². Zira acentenin davada temsil yetkisi, bir kimsenin iradesinden kaynaklanmayıp kanunî bir hükümden do maktadır.¹⁰³ Örneğin tüzel kişilerin kendilerini temsile yetkili organlar aracılığıyla davada temsil edilmesinde olduğu gibi¹⁰⁴, bir anonim şirkette yönetim kurulu veya limited şirkette şirket müdürü kanunî temsilci olarak nasıl ki taraf şafatına, taraf ehliyetine ve dava ehliyetine sahip bir tüzel kişiliği davada temsil ediyorsa, acente de aynı şekilde taraf şafatı, taraf ehliyeti ve dava ehliyetini haiz müvekkilini davada temsil etmektedir. Yargıtayın birçok kararında da bu duruma işaret edilmiştir; acentelerin, kanunun özel bir hükmünden do an temsil yetkisini kullanan durumunda olduğu vurgulanmıştır.¹⁰⁵ Bu doğrultuda, acente kanundan do an temsil yetkisi çerçevesinde davaya vekâlet konusunda yetki almaktadır. Avukatlık Kanunu md 35/4 gereğince davaya vekâlet ehliyeti yalnızca avukatlara tanınmış, olsa da, özel kanun hükümleriyle buna istisna getirildiği ifade edilmiştir. Acente de bu şekilde TTK'dan do an temsil yetkisi bakımından müvekkilini davada temsil etmekte, davaya vekâlet ehliyetini kullanarak vekil şafatıyla hareket etmektedir.

Kanunla Türkiye'de faaliyet gösteren bir acentenin yabancı müvekkili adına Türk mahkemelerinde dava açabilmesine veya kendisine karış, müvekkiline izafeten dava açılabilmesine imkân veren ve bu yetkiyi ortadan kaldıran anlaşmaların hükümsüzlüğüünü öngören TTK md 105/2'nin ikinci cümlesi, kanundan do an temsil yetkisinin kullanılmasını, içeriğince maddî milletlerarası, özel hukuk kuralı niteliğindeki, maktadır. Zira iç hukukta salt yabancı, unsurlu hukukî kişileri düzenlemek üzere öngörölmü bir düzenleme, maddî milletlerarası, özel hukuk kuralı olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁶ Gerçekten de yabancı, unsurlu bir kişiliğinin kısımları veya tamamen do rüdan düzenlenmesi o kural, maddî milletlerarası, özel hukuk

¹⁰¹ Bkz. öMüvekkilin Davada Temsilinde Acentenin Hukukî Konumuö başlıklı, altından yapılan açıklamalar.

¹⁰² Aynı yönde bkz. KAYA, s.53; ALTAY, s.228.

¹⁰³ radî temsil-kanunî temsil ayrımı için ayrıca bkz. AKYOL, Ener: Türk Medenî Hukukunda Temsil, Vedat Yayınları, İstanbul 2009, s.43-44.

¹⁰⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.153.

¹⁰⁵ Acentenin kanunun özel bir hükmünden do an temsil yetkisini kullanan durumunda bulunduğu işaret eden örnek bir Yargıtay kararına bkz. Yargıtay HGK, 14.12.1986 T. ve 84-11-582/135 sayılı karar. İlgili karar için bkz. MORO LU, Erdoğan/KEND GELEN, Abuzer: Notlu-çitihatl, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.145. Aynı yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 14/03/2002 T ve 2002/1320 E, 2002/2317 K. sayılı karar. İlgili karar için bkz. KAYA, s.78.

¹⁰⁶ ANLI/ESEN/ATAMAN F GANME E, s.6.

kural, yapar¹⁰⁷. Ba ka bir deyi le, maddî milletleraras, özel hukuk kurallar,, yabanc, unsurlu uyu mazl,klarda uygulanmak üzere konulmu olup, uyu mazl,klara maddî çözüm getirmektedir¹⁰⁸. Davan,n görüldü ü ülkedeki sosyal veya ekonomik ihtiyaçlar, belirli hukukî ili kiler için özel kurallar,n olu turulmas,n, gerektirebilir¹⁰⁹ ancak bu durum do rudan uygulanan kuralda oldu u gibi devletin temel menfaatlerini koruma amac,na dayanmaz¹¹⁰. Bu aç,klamalar dikkate al,nd, ,nda, TTK md 105/2 gere ince acentenin Türk vatanda ,/tâbiyetli müvekkilini davada temsil etmesi kural olmakla birlikte, acente sözle mesinde bu yetkinin bertaraf edilmesi de imkân dâhilindedir. Ancak yabanc, tacirler ad,na acentelik yapan acenteler bak,m,ndan bu kuraldan sap,lm, , TTK md 105/2'nin ikinci cümlesi çerçevesinde emredici mahiyette özel kural getirilmi tir. Dolay,s,yla, kanun koyucunun yaln,zca yabanc, tacirler ad,na hareket eden acentelerle sözle me yapan mü terileri koruyarak Türkiye'de yetkili mahkeme olmamas, ihtimalinde yurt d, ,na ç,kma külfetinden kurtarma amac,yla getirdi i ve acentenin davada temsil yetkisini ortadan kald,ran anla malar,n hükümsüzlü ünü öngördü ü bu düzenlemenin bir maddî milletleraras, özel hukuk kural, oldu u kanaatindeyiz.

Bu noktada üzerinde durulmas, gereken hususlardan biri de, konunun emredici olarak düzenlenmesinin, ba ka bir ifadeyle TTK md 105/2'nin ikinci cümlesinin acenteye verdi i davada temsil yetkisinin yabanc, tacirler ad,na acentelik yap,lm,as, ihtimalinde bertaraf edilemeyece inin öngörülmesinin, Türk vatanda , mü terileri koruma amac, ta ,yan söz konusu düzenlemeyi do rudan uygulanan kural¹¹¹ olarak nitelendirmeye yeterli olup olmad, ,d,r. Kan,m,zca TTK md 105/2'nin ikinci cümlesinin do rudan uygulanan kural olarak kabulü mümkün de ildir. Zira do rudan uygulanan kurallar, uyu mazl, ,n yabanc, unsurlu olup olmamas,na bak,lmaks,z,n uygulanan, bir devletin ekonomik, siyasî, sosyal alanda takip etti i belirli politikalarla ortaya koydu u menfaatleri temin etme amac,yla kulland, , kurallard,r¹¹². Kamu düzeninden olan ve emredici mahiyetteki bir kural,n hangi durumda do rudan uygulanan kural olarak tespit edilece i kolay olmamakla birlikte, bir iç hukuk kural,n,n düzenledi i konu bak,m,ndan hedefledi i siyaset, korumay, amaçlad, , kamu düzeni ve yarar,, uygulanmamas, hâlinde ortaya ç,kacak sonuçlar, göz önünde bulundurularak, ba ka bir ifadeyle, her somut olay bak,m,ndan kurallar,n özellikleri dikkate al,nmak suretiyle yap,lacak de erlendirmeye bir kural,n do rudan uygulanan kural veya emredici kural olup olmad, ,n,n tespiti ba lam,nda bu belirleme yap,labilecektir¹¹³. Bu cümleden hareketle, TTK md 105/2'nin gerekçesinde de vurgulanan *öyabanc, tacirler ad,na acentenin akdetti i ya da arac,l,k etti i sözle melerle ilgili uyu mazl,klarda Türk mahkemelerinin yetkili olmas,n, ve müvekkil ad,na muamele yapanlarla hukukî ili kilere giren Türk vatanda lar,n,n haklar,n, Türk mahkemelerinde arayabilmelerini sa lamak amac,yla düzenleme getirilmesi* söz konusu hükmün do rudan uygulanan kural olarak kabulüne yeterli de ildir. Düzenlemenin Türk vatanda lar,n,n Türkiye'de dava açmalar,na imkân tan,mas,, Türk vatanda , mü terilerin hak arama hürriyeti bak,m,ndan koruyucu olmakla birlikte; devletin ekonomik, sosyal, hukukî ve siyasî örgütlenmesinin temel unsurlar,n, do rudan ilgilendirmemektedir. Düzenleme ile acenteye kar , dava aç,lm,as,n,n sa lanmas,n,n hedeflenmesi, davada kolayl,k sa lamak ve mü terilerin menfaatlerini koruma amac,na hizmet etmektedir. Bir nevâ hedef, yabanc, müvekkilin bulundu u yerde olmayan mü terilerin Türkiye'de dava açmas,n,n kolayla t,r,lm,as,d,r. Ço u zaman yurt d, ,nda yerle ik olan yabanc, müvekkile Türkiye'de dava aç,lm,as, aç,s,ndan istisnâ hâller d, ,nda yetki kurallar, mü teriye dava açma imkân, vermez. Bu sebeple yetki kurallar, nedeniyle dava açamayan, haklar, sürüncemede kalan ki ilerin bu olumsuz durumunu bertaraf etme dü üncesi düzenlemenin temel gerekçelerindedir. te bu gerekçenin, söz konusu düzenlemenin do rudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesine elveri li olmad, , kan,s,nday,z.

¹⁰⁷ TEK NALP, Gülören/UYANIK, Ayfer: Milletleraras, Özel Hukuk Ba lama Kurallar,, 12.B, Vedat Yay,nc,l,k, stanbul 2016, s.49.

¹⁰⁸ ÇEL KEL/ERDEM, s.14.

¹⁰⁹ ÇEL KEL/ERDEM, s.14.

¹¹⁰ ÖZDEM R KOCASAKAL, Hatice: Do rudan Uygulanan Kurallar ve Sözle meler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 2001, s.26.

¹¹¹ Türk hukukunun do rudan uygulanan kurallar,, MÖHUK md 6'da düzenlenmi tir. Buna göre, *öYetkili yabanc, hukukun uyguland, , durumlarda, düzenleme amac, ve uygulama alan, bak,m,ndan Türk hukukunun do rudan uygulanan kurallar,n,n kapsam,na giren hâllerde o kural uygulan,r.ö*

¹¹² DO AN, s.273-274; ÖZDEM R KOCASAKAL, s.11.

¹¹³ ÇEL KEL/ERDEM, s.155. Bir kural,n do rudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilmesi için gerekli temel özellikler hakk,nda ayr,ca bkz. TAKAVUT, brahim Do an: Milletleraras, Ticari Tahkimde Do rudan Uygulanan Kurallar, On iki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2018, s.33-36.

IV. SONUÇ

Acentelerin müvekkili ad ve hesab,na yapt, , veya arac,l,k etti i sözle melerden do an uyu mazl,klar bak,m,ndan müvekkillerini davada aktif ve pasif surette temsil yetkisi vard,r. Söz konusu hükmün aksinin kararla t,r,lmas,, TTK md 105/20nin ikinci cümlesi uyar,nc a yabanc, tacirler ad,na acentelik yap,lmas, durumunda geçersiz kabul edilmektedir.

Acentenin müvekkilini davada temsil etmesi, onun maddî hukuktan kaynaklanan konumu ile ilgilidir. Zira acenteye müvekkilini davada temsil yetkisinin tan,nmas,, kanun hükmünden do maktad,r. Kanun koyucunun acenteye tan,d, , müvekkilini davada temsil etme yetkisi; s,fat, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, dava takip yetkisi, davaya vekâlet ehliyeti gibi usul hukuku müesseselerinden davaya vekâlet ehliyeti kapsam,nda de erlendirilmelidir. Ba ka bir ifadeyle, kanundan do an temsil yetkisi ba lam,nda acentenin müvekkilini davada temsiline ili kin bu düzenleme, acenteye müvekkilini davada vekil s,fat,yla temsil etmesine imkân tan,maktad,r.

Yabanc, tacirler ad,na acentelik yapan acentelerin akdetti i ya da arac,l,k etti i sözle melerden do acak uyu mazl,klardan dolay, acenteye müvekkilini davada temsil yetkisinin tan,nmas,n,n ve söz konusu temsil yetkisinin taraflarca aksinin kararla t,r,lamayaca ,n,n öngörülmesinin, ticaret hukuku ve medenî usul hukukunda oldu u gibi milletleraras, özel hukuk bak,m,ndan da baz, sonuçlar, vard,r. Zira yabanc, tacir ile acentesi aras,nda akdedilen bir acente sözle mesinin yabanc, unsurlu bir hukukî i lem olarak kanunlar ihtilaf, hukukuna tâbi olaca , aç,kt,r. Böyle bir ihtimalde, yabanc, tacirler ad,na Türkiye'de acentelik yapan acentelerin üçüncü ki ilerle akdetti i ya da arac,l,k etti i sözle melerden do an uyu mazl,klara uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinde aç,lan bir davada Türk kanunlar ihtilaf, kurallar, uyar,nc a tayin edilir.

Yabanc, tacirler ad,na Türkiye'de sözle me akdeden ya da arac,l,k eden acentelerin söz konusu sözle melerden do an uyu mazl,klardan dolay, müvekkili ad,na dava aç,abilmeleri ya da kendilerine kar , ayn, s,fatla dava aç,labilmesini aksi öngörülemezce ekilde hükme ba layan TTK md 105/20nin ikinci cümlesinin hukukî niteli inin tespiti ise doktrinde tart, mal,d,r. Kan,m,zca söz konusu düzenlemenin Türk mahkemelerinin milletleraras, yetkisini tayin eden bir yetki kural, oldu u söylenemez. Zira ad, geçen düzenleme, acenteye müvekkilini davada temsil etme konusunda yetki verme amac, ta ,maktad,r. Acentenin müvekkilini davada temsil etmesi, müvekkilin taraf ehliyeti ve dava ehliyeti elde etmesinden de il, kanundan do an temsil yetkisinin kullan,lmas, kapsam,nda de erlendirilmelidir. Bu sebeple düzenlemenin acenteye davada vekâlet ehliyetini kazand,ran bir hüküm oldu u kan,s,nday,z. Neticede, yabanc, tacirler ad,na acentelik yapan acenteler bak,m,ndan emredici özellik gösteren söz konusu düzenleme, yabanc, tacirlerin Türkiye'deki acenteleriyle sözle me yapan mü terileri koruyarak Türkiye'de yetkili mahkeme olmamas, ihtimalinde yurt d, ,na ç,kma külfetinden kurtarma amac,yla getirilmi olup, maddî milletleraras, özel hukuk kural, niteli i göstermektedir.

KAYNAKÇA

- AKYOL, ener: Türk Medenî Hukukunda Temsil, Vedat Yay,nc,l,k, stanbul 2009.
- ALTAY, S,tk, Anlam: öAcentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesiö, Prof. Dr. F,rat Öztanö Arma an, Ankara 2010.
- ARKAN, Sabih: Ticarî letme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü Yay,nlar,, 18.B, Ankara 2013.
- ATALI, Murat/ERMENEK, brahim/ERDO AN, Ersin: Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2018.
- AYAN, Özge: ö6102 Say,l, Türk Ticaret Kanununun Acentelik K,sm,nda Getirdi i Yeniliklerö, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(2), 2010 (2012), s.79-120.
- AYHAN, R,za/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇA LAR, Hayrettin: Ticarî letme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yay,nlar,, 6.B, Ankara 2013.
- BADR, G. M.: Agency: Unification of Material Law and of Conflict Rules, Recueil Des Cours, Vol.184, Hague 1984, s.12-168.
- CHUAH, J. C. T.: Law of International Trade, Sweet and Maxwell, London 1998.
- ÇA A, Tahir: öAcenteler Aleyhine Sad,r Olan lamlar,n cras,ö, Ticaret Hukuku ve Yarg,tay Kararlar, Sempozyumu, Bildiriler-Tart, malar, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü Yay,nlar,, Ankara 1984, s.1-21.
- ÇEL KEL, Aysel/ERDEM, B. Bahad,r: Milletleraras, Özel Hukuk, 15.B, Beta Yay,nlar,, stanbul 2017.
- DAN AKKAN, Çi dem: öAcentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisiö, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXIV(4), Aral,k 2008, s.219-236.
- DO AN, Vahit: Milletleraras, Özel Hukuk, 5. Bask,, Sava Yay,nevi, Ankara 2019.
- DOMAN Ç, Hayri/ULUSOY, Erol: Ticaret Hukuku Genel Esaslar, 5.B, Ar,kan Yay,nc,l,k, stanbul 2007.
- EK , Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletleraras, Yetkisi, 2.B, Beta Yay,nlar,, stanbul 2000.
- ER R, Evrim: Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, Güncel Yay,nevi, zmir 2007.
- FOX, William F.: International Commercial Agreement, A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes, 2nd Ed, Kluwer Law International, Boston 1992.
- GÜNER, Cemil: Milletleraras, Unsurlu Acente li kisine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yay,nevi, Ankara 2014.
- KALPSÜZ, Turgut: öMüvekkillerine zafeten Acentalara Kar , Dava Aç,lmas, ve Takip Yap,lmas,ö, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XII(1), Haziran 1983, s.1-11.
- KARAYALÇIN, Ya ar: Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giri -Ticarî letme, Ankara 1957.
- KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu erhi, Birinci Kitap Ticarî letme, Yedinci K,s,m Acentelik, Beta Yay,nlar,, stanbul 2013.
- KAYIHAN, aban: Türk Hukukunda Acentelik Sözle mesi, 4. Bask,, Seçkin Yay,nlar,, Ankara 2011.
- KINACIO LU, Naci: Acente ve Acentelik Sözle mesi, Ankara 1963.
- KOSTROMOV, A. V.: International Unification of the Law of Agency, Institute of Comparative Law McGill University, Montreal 1999.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 22.B, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2011.
- MORO LU, Erdo an/KEND GELEN, Abuzer: Notlu- çtihatlı, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Beta Yay,nlar,, stanbul 2004.
- NARBAY, afak/UYUMAZ, Murat: öAcentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisiö, Legal Hukuk Dergisi, 11(121), 2013, s.101-142.
- NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 21. Bask,, Beta Yay,nlar,, stanbul 2015.
- ÖZDEM R KOCASAKAL, Hatice: Do rudan Uygulanan Kurallar ve Sözle meler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 2001.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ders Kitab,, 5.B, Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2017.
- SUNGURTEK N ÖZKAN, Meral: Avukatlı,k Hukuku, Bar, Yay,nlar,, zmir 2006.
- ANLI, Cemal: Uluslararası, Ticari Akitlerin Haz,rılanmas, ve Uyu mazlı,klar,n Çözüm Yollar,, 4.B, Beta Yay,nlar,, stanbul 2011.
- ANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN F GANME E, nci: Milletleraras, Özel Hukuk, 6.B, Vedat Yay,nc,l,k, stanbul 2018.
- TAKAVUT, brahim Do an: Milletleraras, Ticari Tahkimde Do rudan Uygulanan Kurallar, On iki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2018.
- TEK L, Fahiman: Ticarî letme Hukuku, stanbul 1997.
- TEK NALP, Gülören: Acenta Sözle mesine Uygulanan Kanunlar htılâf, Kural,, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü Yay,nlar,, Ankara 1972.
- TEK NALP, Gülören/UYANIK, Ayfer: Milletleraras, Özel Hukuk Ba lama Kurallar,, 12.B, Vedat Yay,nlar,, stanbul 2016.

- TEOMAN, Ömer (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehme/KEND GELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün): Ticarî İletme Hukuku, 2.B, Vedat Kitapç,İ,k, stanbul 2008.
- TOPÇUO LU, Metin: Rekabet Hukuku Aç,s,ndan Acentelik ve Da ,t,m Sözle meleri, Asil Yay,nc,İ,k, Ankara 2006.
- TÜRKEK, Do u Taylan: öMüvekkile zafeten Acenteye Kar , Aç,lan Davalarda Hukuki Dinlenme Hakk,yla Ba lant,İ, Sorunlarö, Haluk Konuralp An,s,na Arma an, Ankara 2009, s.1105-1122.
- ÜÇÜNCÜ, S. Hilal: öAcentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsam,nda De erlendirilmesiö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII(1-2), 2013, s.961-996.
- VERHAGEN, H. L. E.: Agency in Private International Law, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency, Kluwer Law International, Dordrecht/Den Haag 1995.


ELEKTRON K KAYNAKLAR

- <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>
- https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/englisch_hgb.pdf
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>

YA AM HAKKI ÜZER NE DÜ ÜNCELER

THOUGHTS ON RIGHT TO LIFE

Abdurrahman SAYGILI*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.634626>

Makale Bilgi

Gönderilme: 18/10/2019
Kabul: 01/11/2019

Anahtar Kelimeler

*Ya am Hakk,,
Ötanazi,
Kürtaj,
Ölüm Cezas,,
Biyopolitika.*

Özet

Makale ya am hakk,n, farkl, bir bak, aç,s, ile ele almay, amaçlamaktad,r. Modernite hayat,, ölüm üzerinden anlamak yerine ya am üzerinden anlamaya odaklanm, t,r. Ya am hakk,, pozitif iktidar,n beden siyaseti için biçimli bir kaftand,r. Ya am, modernitede bütün toplumsal alan, ku atan temel kavram haline getirilince, hukukun en temel koruma alan, olarak ön plana ç,km, t,r. Beden siyasetini göz önüne almadan ya am hakk,n, anlamak ise kaç,n,lmaz olarak eksik kal,r. Akademik bir disiplin olarak insan haklar,n, ve tabi ki insan haklar, hukukunun en temel ilgi alan, da ya am olmu tur. Ya am hakk,, Avrupa nsan Haklar, Sözle mesiönde (A HS), temel kurucu hak olarak yer al,r. Sözle menin 2. maddesinde düzenlenen hakk,n, sözle menin yürürlü ü giri inden günümüze, içtihatlar dolay,m,yla kapsam, bir hayli geni letilmi tir. çtihatlar,n güçlü etkisiyle sözle menin dura an bir metin olmaktan ç,k,p dinamik bir içerik kazand, , söylenebilir. Yine bu sayede sözle menin yeni ortaya ç,kan durumlara kendisini uyarlad, ,n, söylemek gerekir. Son olarak belirtmek gerekir ki sözle me metinde yer almamakla birlikte, kürtaj, ötanazi gibi birçok konu içtihatlarda tart, ,lm, t,r.

Article Info

Received: 18/10/2019
Accepted: 01/11/2019

Keywords

*Right to Life,
Euthanasia,
Abortion,
Death Penalty,
Biopolitics.*

Abstract

This article aims to grasp right to life from a different perspective. Modernity focuses to understand life through living rather than death. Right to life is perfectly suited for body politics of positive power. When life became a basic concept that encompasses the whole social space in modernity, it has also come to the fore as the most basic protection area of law. Yet, understanding right to life without considering body politics inevitably remains uncomplete. As is well known, life is also considered as primary research area by human rights as a academic discipline and of course human rights law. Right to life is the fundemantal founding right of the European Convention on Human Rights (ECHR). The scope of the right regulated Article 2 of the Convention has been expanded in time by way of the relevant case law and court practices. Under the influence of case law, the Convention has obtained a very dynamic content and has adapted itself to new emergent situations. Finally it should be point out that, although not included in the text of the Convention, many issues such as abortion and euthanasia have been discussed in the human rights case law.



Bu eser [Creative Commons Atif-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD.

 saygili@law.ankara.edu.tr ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5285-3732>

I. G R

Moderniteyle birlikte içinde ya ad, ,m,z dünya, hayat,, ölüm üzerinden anlamak yerine ya am üzerinden anlamaya odaklanm, t,r. Bunun anlam,, modern öncesi dönemlerde ya am ile ölümün kar ,t olmad, ,, aksine iç içe geçti idir. Oysa moderniteyle (tabii ki modern devlet ve hukukla) birlikte, ölüm oyunun d, ,na ç,kar,lm, , sadece ya amaya odakl, bir dünya in a edilmi tir. Bu in a, salt ya am, kendisine esas ald, ,ndan dolay,, ya am, ögüvenli k,lmaö iddias,n, bireylerin zihnine zerk etmi tir. Güvenlik ideolojisi üzerinden korkular, bertaraf edece ine yönelik me rula t,r,c, ön kabul, tarihsel süreç içerisinde büyük aktör olan devleti de dizginlemenin önünü açm, t,r. Devletin faaliyetlerini dizginlemenin ad,; son yüzy,lda, hukuksal belgelere insan haklar, olarak kaydedilmi tir.

nsan haklar, (ve hukuku), pozitif metinlerle ismini daha yüksek sesle duyurunca en temel ilgi alan, ku kusuz ya am olmu tur. Ya am, az önce bahsetti im gibi modernitede bütün toplumsal alan, ku atan kavram haline getirilince, hukukun en temel koruma alan, olarak ön plana ç,km, t,r. Bütün di er haklar,n kurucu kavram, ya am oldu u vakit, özel bir ilgiye mazhar olmu ve kutsall,k halesini ta ,mas,nda da bir beis görülmemi tir. Bu yüzden, insan haklar, belgelerinde ya am hakk, en ba ta zikredilen (sadece zikredilmez elbet, kuruculuk vasf, da hissettirilir) hak olmu tur.

Bu makalede, yazar olarak, üzerine oldukça fazla laf sarf edilmi bir konuyu- ya am hakk,n,- farkl, bir bak, aç,s, ile aç,klamay, deneyece im. Biz hukukçular,n salt pozitif hukuk metinlerine, mahkeme kararlar,na bakarak aç,klamaya al, ,k oldu umuz bir konunun belli noktalar,n,, çok derinlemesine olmasa dahi hukuk d, ,ndaki alanlarla alg,lamaya ve anlatmaya çal, aca ,m. Ya am hakk,ndan bahseden bir yaz, *niçin ölümden ba lamas,n?* sorusunu kendime sordum. Ya am,n ölümü d, lad, , bir tarihsel dönemde, ölümden bahsetmenin kaç,n,lmaz oldu unu dü ünüyorum. nsan haklar, ça ,nda, devletin haklar, ihlal eden en büyük aktör oldu unu ak,lda tutarak, bunun arka plan,n, tespit etmek; ba ka bir deyi le, negatif iktidar yan,nda pozitif iktidar, da incelemeye almak gereklili ine inan,yorum. te tam da bu sebeple, ya am hakk,, pozitif iktidar,n beden siyaseti için biçilmi bir kaftand,r. Beden siyasetine bakmadan ya am hakk,n, anlamak oldukça nak,s kal,r.

Ya am hakk,, Avrupa nsan Haklar, Sözle mesiğnde (A HS), temel kurucu hak olarak yer al,r. Sözle menin 2. maddesinde düzenlenen hakk,n, sözle menin yürürlü ü giri inden günümüze, içtihatlarda kapsam, geni letilmi tir. Sözle menin yürürlü e girdi i dönemde, ölüm cezas,n,n uygulanmas, yasaklanmam, (*kanunun ölüm cezas, öngördü ü bir suç nedeniyle bir mahkemenin verdi i ölüm cezas,n,n infaz, d, ,ndaí*) oldu u halde, u an geldi imiz noktada ölüm cezas,n,n infaz,n, kademeli olarak kald,ran Ek Protokollerini usulüne uygun olarak onaylayan devletler aç,s,ndan; ölüm cezas,n, uygulamak art,k mümkün de ildir. Ölüm cezas,, Sözle me metninde hala bir istisna olarak görülmekle birlikte, Sözle menin içeri i Ek Protokollerle de i tirilmi ve zenginle tirilmi tir. çtihatlar,n da etkisiyle Sözle me dura an bir metin olmaktan ziyade dinamik bir içeri e sahiptir. Bundan dolay,, Sözle menin yeni baz, durumlara kendisini uyarlad, , söylenebilir. Sözle me metninde yer almamakla birlikte, kürtaj, çevresel bozulma, ötanazi gibi birçok konu içtihatlarda tart, ,lm, t,r. Bu makalede, ölüm cezas,, kürtaj ve ötanaziyi, bu konulara ili kin baz, öncü kararlar, esas alarak tart, aca ,m. Bu tart, may, yaparken, salt hukuki bir bak, aç,s,yla de il, ama onunla birlikte arka plan,yla sorunu ortaya koymay, deneyece im. O yüzden ki bu makale, bir deneme niteli ini haizdir.

II. B R HT MAL DAHA VAR; O DA ÖLMEK M DERS N?

Zygmunt Bauman, *Ölümlülük, Ölümsüzlük ve Di er Hayat Stratejileriğnde*, ölümün, etkin öznenin sonu oldu undan ve dolay,s,yla bunun da bütün bir alg,n,n sonu anlam,na gelece inden bahseder.¹ nsan, kendi ölümünden ziyade ba kalar,n,n ölümünden korkar, yani içine dü ece i hiçlik hissinden rahats,z olur ki bu, bo luk hissine kar ,l,k gelir. Ve her ne kadar bu durumu alg,lamak istemese de alg,lamak zorunda kal,r. Oysa söz konusu kendi ölümümüz oldu unda rasyonel insan,n bir korku duymamas, gerekir. Zira Epikürøden beri hâkim olan ölümden korkulmamas,, var oldu umuz sürece olmayacak olmas, ve o geldi inde ise bizim

¹ BAUMAN, Zygmunt: *Ölümlülük, Ölümsüzlük ve Di er Hayat Stratejileri*, 2. Bask,, Çev. Nurgül Demirdöven, Ayr,nt, Yay., stanbul 2012, s. 12.

olmayaca ,m,z, onu deneyimleyece imizö² dü üncesi, insan, rahatlat,c,d,r. Ama bu mant,k ço u kez i lemez; bilen özne bu bilgiyi- ölece i bilgisini- unutamaz, olsa olsa dü ünmebilir ve an,msamayabilir. O halde, insan, nas,l oluyor da dü ünmebiliyor ve an,msamay, ba arabiliyor? Sorunun cevab, basit; di er bütün canl,lardan onu ay,ran bir özellik sayesinde: zira insan (modern olan,), kültürel bir varl,kt,r.³

Kültürel ili kiler a ,n,n içinde yer alan modern insan, ölüm üzerinden bir hayat kurmak yerine ya am, esas alan bir var olma biçimi olu turur kendisine. Modern öncesi dönemin ölümün kurtulu a ula t,r,c, etkisi, di er bir deyi le, bir son olmaktan öte ba lang,çla alg,lanmas,, insan,n içerisinde ya ad, , ili ki ve itaat halini yüzy,llar boyunca etkilemi ; ya am, rasyonellik ötesi bir bak, üzerinden temellen(diril)mi tir.

Oysa modern dünyanın,n yap,sal ko ullar,nda, ölümün unutulmas,; tek gerçeklik olarak maddi dünyanın,n varl, ,n,n alg,lanmas, istenir. Ölüm ilgi alan,na ç,kar,ld, ,nda, odak noktas, ya am haline gelir.

Peki, ya ölüm bir gün öldürmekten vazgeçerse? Hepimiz için zorunlu ve kaç,n,lmaz son olan ölüm, t,rpan,n, köreltirse ne olur?

öErtesi gün hiç kimse ölmedi. Bu olay, ya am,n temel kurallar,na taban tabana z,t oldu undan, insanlar,n ruhlar,na büyük bir huzursuzlu a neden olmu , her aç,dan etkilemi ti, zira dünya tarihinin k,rk ciltlik külliyat,nda göstermelik için bile olsa böylesi bir duruma rastlanm,yordu; bütün gün geçti inde, gündüziyle gecesiyle, sabah,yla ak am,yla, yirmi dört saat boyunca, ne hastal,ktan, ne ölümcül bir kaza sonucunda, ne de sonuna kadar götürülmü bir intihar,n neticesinde hiç bir ekilde hiç kimsenin ölmedi i görülüyor, hiç kelimesi durumu özetliyordu.ö⁴

Bu, Jose Saramago'nun *Ölüm Bir Varm, Bir Yokmu* roman,n,n aç,l, cümleleridir. Ölümsüzlü ün hüküm sürdü ü bir dünyada otoritenin varl, ,n,n hiçbir anlam, kalmayaca ,n, anlatmak aç,s,ndan oldukça etkileyici. Aksinden dü ünülürse, ölümün olmad, , bir dünyada ya aman,n da bir de eri kalmayacak, daha do rusu Hobbes'un zihinlerimize kaz,d, , güvenlik sorunu tamamen ortadan kalkacaktır. Bu da, bütün bir düzenin iflas,n,n ilan,ndan ba ka bir anlama gelmez. Ba ka bir deyi le, modernli in üzerine in a edilen düzenin yerle yeksan olmas,d,r bu. Devletin ve hukukun kayb,.

Oysa devletle hukukun ölümle münasebeti oldukça kadimdir. Bu aç,dan modern öncesi ile modern hukuk konuya oldukça farklı, yakla makla birlikte uzla t,klar, nokta, ölüme duyduklar, ilgidir. Modern hukukta, ceza hukukundan miras hukukuna kadar birçok alan ölümle ilgili kurallara yer verir. Bu yüzden, hukuk, ölüm ile ya am aras,ndaki s,n,r, berrakla t,r,mak ve düzenlemek için u ra ,r.⁵ Çünkü ölümün, dolay,s,yla ya am,n, hukuki tan,m, hukuk dünyas,nda birçok sonuç do uracak, bu da devletin toplumsal düzeni sa lamaktaki tavr,n, belirginle tirecektir. Bu noktada hukuk, t,ptan yard,m almak durumunda kal,r ve t,bb,n ula t, , son veriler , ,nda ölüm denilen t,bbi durumun gerçekle mesi için kalp-solunum yetmezli i ve tam olarak beyin ölümünün⁶ gerçekle mi olmas, gerekir. Bu iki art, ölümü tan,mlayan hukuk diline sirayet ederek, kurallar,n uygulanmas,na etki eder. Lakin toplumsal düzenin içinde hukuk kadar etkili bir düzenek daha bulunur: din. Modern hukukta, kurallar rasyonel iradenin tezahürü oldu undan dinsel etkiden arile tirilmi tir. Ancak yine de bu kadar kesin konu mamak gerekir, zira ötanazi söz konusu oldu unda din hukukla ciddi bir mücadeleye giri mekte ve bu mücadelede eli oldukça güçlü görünmektedir. Komadaki hastalar söz konusu oldu unda durum daha bir çetrefil hal al,r. Y,llarca komada kalan hastalar,n bir gün birden bire uyanmalar,na ili kin istisnai örnekler- vakalar, konuyu içinden ç,k,lmaz bir hale sokar. Ayr,ca komadaki hastalar,n birer bitki olduklar,, hatta ya ayan ölümler biçiminde de erlendirilmeleri; ba ka bir ifadeyle, insan olma kategorisi d, ,na ta ,nmalar, tart, may, büyütür. Hukukun tan,mı,lad, , ki i ile insan aras,nda farklı, a ili kin tart, malar, bildik bir ismin görü lerinin tekrar hat,rlanması,na vesile olmas, aç,s,ndan ilginçtir: Rene Descartes. Kant ile Locke'u da tart, maya dâhil etmek felsefenin açmazlar,na al, ,k olmayan hukukçular,, derin ve tehlikeli sulara sürüklemekten öte bir yarar sa lamaz. Pozitif hukukun, bu tehlikelerden kendisini kurtarmak için k,s,tl, ve hukuki

² Bkz. SAHAKIAN, William S: Felsefe Tarihi, Çev. Aziz Yard,ml,, 3. Bask,, dea Yay., stanbul 1997, s. 51.

³ Ayn, zamanda dinin, modern dönemde dahi kaybolmayan öteki dünya tasavvurunun sa lad, , rahatlat,c, etkiyi de unutmamak lüzum eder.

⁴ SARAMAGO, Jose: *Ölüm Bir Varm, Bir Yokmu*, Çev. Mehmet Necati Kutlu, 5. Bask,, Turkuvaz Kitap Yay., stanbul 2012, s. 11.

⁵ WICKS, Elizabeth: *öThe Legal Definition of Death and the Right to Lifeö, Interdisciplinary Perspectives on Morality and its Timings- When is Death?, Ed. Shane WCorristine, Palgrave Macmillan Pub., London 2017, s. 119.*

⁶ Bu durum, baz, ülkelerde- ABD ile Birle ik Krall,k aras,ndaki fark-, beyin sap,n,n ölümü olarak anla ,lmaktad,r. Bu konu için bkz. WICKS, *öThe Legal ö*, s. 121.

olan bir alandaki teknik tart, malara s, ,nmas, kaç,n,lmazd,r. Hukuki metinlere ve içtihatlarla bak,ld, ,nda, böyle bir tav,r tak,nd, , daha net görülür.

Basit bir ara t,rma yapt, ,m,zda, ya ama, bir hak olarak aç,kça hukuk metinlerinde yer verildi ini görürüz. A HSønin 2/1. maddesi, bu haktan net bir biçimde bahseder: *Herkesin ya ama hakk, yasa taraf,ndan korunur. Yasan,n ölümlü cezas, öngördü ü bir suç nedeniyle bir mahkemenin verdi i ölümlü cezas,n,n infaz, d, ,nda, hiç kimse ya ama hakk,ndan kasten yoksun b,rak,lamaz.* Buna benzer hukuki düzenlemeler, gerek ulusal hukuk metinlerinde gerek uluslararası, belgelerde yer al,r. Ancak hak olarak yer almakla birlikte, ya am,n ne oldu u veya ne zaman ba lay,p sona erdi ini tespit etmek kolay de ildir. Ba ka bir deyi le, konu tart, mal,d,r. Lakin ya am kavram, söz konusu oldu unda, kastedilenin insan ya am, oldu u tart, mas,zd,r.⁷ Hatta u ifadeler, antroposantrik modern hukuk zihniyeti dü ünüldü ünde, kula a tuhaf dahi gelmez:

ö2. madde herkesin ya am hakk,n, güvence alt,n almaktad,r. Buradaki ya am ile insan hayat, kastedilmektedir: bu kavram ne bir hayvan,n ya ama hakk,n, ne de tüzel ki ilerin var olma hakk,n, kapsamaktad,r. Hayvanlar ki i de ildirler ve böylece herkes (toute personne) kavram,na dâhil de ildirler ve bu nedenle Sözle me taraf,ndan hiç korunmamaktad,r.⁸

Hiç ku kusuz, insan haklar, belgelerinin yukar,da zikredilen genel mant, , aç,s,ndan hayvanlar,n korunmas,n, beklemek bo unad,r. Dolay,s,yla, hak kuram, aç,s,ndan sözle me burada bir aç,l,m sa lamaz. Zaten insan ya am,n,n nerede ba lay,p sona erdi i belirlemenin taraf devletlerin takdir yetkisine b,rak,ld, ,, içtihatlar aç,s,ndan konuya bir netlik kazand,r,lamad, , bir hak ba l, ,nda bunu beklemek safdillik olur.

Sözle mede, ya am kavram,n,n do as,n, ve anlam,n, da bulmak mümkün olmaz.⁹ Bununla birlikte, mahkeme, içtihat hukuku sayesinde metnin içinden yer almayan aç,kl, , kapatm, , metni berrakla t,rmaya çal, m, t,r. Öyle ki, Mahkeme kararlar,nda zikredildi i gibi, Avrupa Konseyini olu turan demokratik toplumun bir gereklili i olarak i kence yasa ,yla birlikte ya ama hakk,, sözle menin temel hükmü olarak kabul edilmektedir.

III. B R DAM MAHKÛMUNUN SON GÜNÜ: V. HUGO'YU SELAMLAMAK

Victor Hugo, *Bir dam Mahkûmunun Son Günü* roman,na yazd, , 15 Mart 1832 tarihli önsözde; devrimlerin kökünden sökemedi i tek a ac,n dara ac, oldu unu söyler. Ve der ki: *Gerçekten de toplumu budamak, dallar,n, kopar,p, kellesini uçurmak için gelen devrimlerin insan kan,na doydular,na nadir rastlan,r, ölüm cezas, ellerinden kolayca b,rakmad,klar, bir b,çakt,r.¹⁰ Maunødan yap,lan giyotin'in k,rm,z, b,ça ,na bir isyan,n entelektüel hayk,r, ,d,r bu! Ayn, zamanda, bu hayk,r, ; yeni bir Fransa iddias,nda olan zaman,n devrimcilere bir serzeni ya da geçmi in geride b,rak,lmas, gerekti ine yönelik bir ikaz olarak da okunabilir. Zira Hugo önsözünü bitirirken; *Tanr,lar gidiyor!* dedi. Son olarak ba ka bir ses yükselip hayk,rd,: *Krallar gidiyor!* imdi üçüncü bir sesin yükselmesinin zaman,d,r: *Cellatlar gidiyor!* demesinin anlam, ba ka ne olabilir ki!*

Victor Hugo'nun roman, be haftad,r idam edilmeyi bekleyen bir mahkûmun son gününü anlat,r bizlere. Ba ka bir deyi le, *ölüm koridoru olgusu*nun (death row phenomenon) edebi bir portresidir. 1832'de kaleme al,nan bu romandan çok sonralar,, 1988 Temmuzunda Avrupa nsan Haklar, Komisyonu'na bir ba vuru yap,l,r. 14038/88 say,l, bu ba vuru¹¹ komisyonca kabul edilebilir bulunur. Vaka'n,n önemi, Hugo'nun portresini çizdi i durumun somut bir görünümü olmas,d,r. Cinayet san, , Jens Soering'ın ABD'ye iadesi ile ilgili bu vaka da iade sonucunda Virginia kanunlar, gere ince ölüm cezas,na çarpt,r,lmas, olası, bulundu u için Komisyonun vakay, Mahkeme'ye ta ,m, ve Mahkeme ölüm koridoru olgusunu bu karar,nda dile getirmi tir. Mahkeme'nin hükmüne göre (105. paragraf);

öBa vurucu, Devlet Bakanl, ,n,n kendisini Birle ik Devletlere geri gönderme karar,n,n uygulanmas,n,n bir sonucu olarak maruz kalaca , ko ullar ard arda geldi inde, iade

⁷ KORFF, Douwe: Ya am Hakk,- Avrupa nsan Haklar, Sözle mesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmas,na li kin K,lavuz Kitap, Çev. Özgür Heval Ç,nar/Abdulcelil Kaya, nsan Haklar, El Kitaplar,, No. 8, Avrupa Konseyi, Belçika 2006, s. 8.

⁸ KORFF, s. 8.

⁹ W CKS, Elizabeth: *The Meaning of -Lifeø Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties*, Human Rights Law Review, Vol. 12, Issue: 2, June 2012, s. 201.

¹⁰ HUGO, Victor: *Önsözö, Bir dam Mahkûmunun Son Günü*, Çev. Volkan Yalç,ntoklu, Bankas, Kültür Yay,, stanbul 2016, s. viii.

¹¹ SOERING v. UK, 8/07/1988, No. 14038/88.

edilmesinin Sözle me'nin 3. maddesini ihlal edecek türden a ,r bir muamele olu turaca ,n, ileri sürmü tür. Ba vurucu özellikle, bir ölüm cezas, verildikten sonra yap,lan üst ba vuru ve denetim usullerindeki gecikmeler s,ras,nda, giderek artan bir gerilime ve psikolojik travmaya tabi tutulaca ,n, belirtmi tir. Kendisinin dedi ine göre yarg,ç veya jüri cezay, belirlerken, san, ,n suçun i lendi i tarihteki ya ,n, veya zihinsel durumunu dikkate almak zorunda de ildir; ya ,n, rengi ve milliyeti nedeniyle iddete ve cinsel sald,r,lara u ramay, bekledi i Mecklenburg Cezaevi'ndeki ölüm koridoru'nda, çok a ,r ko ullarda tutulacakt,r ve sürekli olarak kendisini, infaz töreninde infaz edilirken hayal edecektir.ö

Sözle me'ye bak,ld, ,nda, ilk paragraf,n ikinci cümlesinin ölüm cezas,na yer verdi i aç,kça görülür: **öYasan,n ölüm cezas, ile cezaland,rd, , bir suçtan dolayı, hakk,nda mahkemece hükmedilen bu cezan,n infaz edilmesi d, ,nda, hiç kimsenin ya am,na kasten son verilemez.ö**

Ancak sözle menin yürürlü e girdi i esnadaki bu metinde düzenleme, daha sonra Ek Protokol 6 ile bar, zaman,, Ek Protokol 13 ile her hâlükârda kald,r,lm, , dolay,s,yla ölüm cezas, sözle me düzeyinden ç,kar,lm, t,r. Sözle menin yap,s, içinde ya am hakk,n, düzenleyen 2. Maddenin hemen ikinci cümlesinde ya am hakk,n,n mutlak olmad, ,n, vurgulayarak idam (ölüm) cezas,n, bir istisna olarak öngörmü tü. Bu istisna, devletin ölüm cezas,n, infaz,, devletin bireyleri kasten öldürmesi anlam,na gelmekteydi.¹² Mahkemenin içtihatlar,nda ölüm cezas, (Soering v. UK, 14038/88, 8 Temmuz 1988, §101), Avrupa'da geli en standartlar kar ,s,nda mutlak bir hak olarak sözle me kaleme al,nd, ,ndan beri mevcut olan 3. Madde ba lam,nda insanl,k d, , bir ceza niteli inde oldu u yönünde ele tiriye tabi tutulmu tur.¹³ Mahkeme Soering davas,nda bu ele tiriye öyle bir cevap vermi tir:

§102. Elbette, öSözle me, günün ko ullar, , , ,nda yorumlanmas, gereken [...] ya ayan bir belgedirö ve Mahkeme, belirli bir muamele veya cezan,n, Sözle me'nin 3. maddesi bak,m,ndan insanl,kd, , veya a a ,lay,c, olup olmad, ,n, de erlendirirken, öbu alanda Avrupa Konseyine üye devletlerin ceza politikalar,nda geli tirdikleri ve ortakla a kabul ettikleri standartlardan etkilenebilirö [í] Sözle me'ye taraf devletlerde bar, zaman, için ölüm cezas, art,k fiilen kalmam, t,r. Ölüm cezas,n, bar, zaman, suçlar için halen kanunlar,nda sakl, tutan birkaç Sözle meci Devlet, ceza verilmeli olsa bile, bu cezay, bugünlerde uygulamamaktad,r,lar. Uluslararası, Af Örgütü'nün ifadesiyle, öBat, Avrupa hukuk sistemlerinde mevcut artlar için, ölüm cezas,n,n bölgesel adalet standartlar,yla uyumlu olmad, ,na dair z,mni konsensüsö, bar, zaman,nda ölüm cezas,n,n kald,r,lm,as,n, öngören Sözle me'ye 6. Protokol ile yans,t,lm, t,r. Sözle me'ye 6. Protokolün Nisan 1983'te imzaya aç,lm, olmas,, Avrupa Konseyi'nin uygulamas,nda, Konseye Üye Devletlerden herhangi birinin, buna bir itiraz,n,n olmad, ,n, göstermektedir. Bu Protokol, Mart 1985'te yürürlü e girmi ve bugüne kadar Sözle me'ye taraf olan on üç devlet taraf,ndan onaylanm, t,r; ancak bunlar aras,nda Birle ik Krall,k yer almamaktad,r.

aret edilen bu de i ikliklerin, ölüm cezas,n,n kendili inden Sözle me'nin 3. maddesindeki kötü muamele yasa , kapsam,na girmesi sonucunu do urup do urmad, ,, Sözle me'nin yorumuyla ilgili prensiplere dayan,larak belirlenmelidir.

§103. Sözle me bir bütün olarak okunmal, ve bu nedenle Sözle me'nin 3. maddesi, 2. maddesinin hükümleriyle ahenkli bir ekilde yorumlanmal,d,r[í]Bu temelden bak,ld, ,nda, Sözle me'yi olu turanlar,n, Sözle me'nin 3. maddesinde ölüm cezas,na dair genel bir yasak koymak istemi olmad,klar, aç,kt,r; çünkü bu, 2 (1). f,kras,n,n aç,k ifadesini hükümsüz k,lacakt,r.

Daha sonra ulusal ceza politikalar,nda ölüm cezas,n,n genelle tirilerek yasaklanmas, uygulamas,, Sözle meci Devletlerin, 2 (1). f,krada öngörülen istisnay, kald,r,lmak ve 3. maddenin geli tirici yorumu için, metin kapsam,ndaki s,n,rlamay, gidermek konusunda anla t,klar,n, ortaya koyduklar, ekinde anla ,labilir. Ancak daha sonra yap,lm, bir anla ma olan 6. Protokol, 1983 y,l,na kadar hala Sözle meci Devletlerin niyetinin, bar, zaman,nda ölüm cezas,n, kald,r,lmak üzere yeni bir yükümlülük getirmek için, metnin normal yoldan de i tirme yöntemini benimsediklerini ve dahas, bunu her bir devlete böyle bir taahhüdü üstlenme zaman,n, seçme hakk, tan,yan bir seçmeli belgeyle yapmak istediklerini göstermektedir. Bu ko ullarda, Sözle me'nin özel karakterine ra men [í], 3. madde, ölüm cezas,n, genel olarak yasaklam, olarak yorumlanamaz.ö

u halde, söz konusu 6 nolu Protokolün incelenmesi gerekir. 28 Nisan 1983 tarihinde imzaya aç,lan ve 1 Mart 1985'te yürürlü e giren ölüm cezas,n,n kald,r,lm,as,na dair 6 nolu protokol, idam cezas,n, sadece sava ve yak,n sava tehdidi durumlar,nda öngörülen bir durum olarak kabul edilmesini sa lam, ; 1. maddesi bar, zaman,nda ölüm cezas,n,n kald,r,laca ,

¹² DO RU, Osman: Ya ama Hakk,, Anayasa Mahkemesine Bireysel Ba vuru El Kitaplar, Serisi-5, Avrupa Konseyi, Ankara 2018, s. 70.

¹³ Davada bu yönde bir ele tiri yapan Uluslararası, Af Örgütü'nün yaz,l, mütalaas,ndan bahsedilmektedir. Bkz. Soering, §8.

yönünde bir düzenleme getirmi tir. Çekince konulmas, mümkün olmayan (Ek 6 nolu Protokol, m. 4) protokolün, bu ba lamda sözle menin kabul edildi i dönemde dü ünülmeyen uluslararası, bir standard, ortaya koydu u ifade edilebilir.¹⁴ Yine Sözle menin 15. Maddesinden düzenlenen ola anüstü hal durumunda haklar,n s,n,rland,r,lmas, hali, idam cezas,n, bar, zaman,nda kald,ran bu protokol çerçevesinden mümkün de ildir. Doktrinde Protokolün yarg,sal infazlar, yasaklad, , özel olarak vurgulan,r.¹⁵ Zaten Avrupa Konseyi'ne üye birçok ülkede de jure ve de facto uygulanmayan ölüm cezas, bir protokolle tamamen, ba ka bir ifadeyle *de jure* olarak ortadan kald,r,lm, oldu. Rusya hariç üye tüm devletlerin onaylad,klar, Protokol, önemli ancak eksik bir insan haklar, geli imi sergiler. Çünkü bar, zaman, ölüm cezas,n, kald,rnakla birlikte, sava ya da yak,n sava tehdidi zamanlar,n, d, arda b,rakm, t,r. Sava ve yak,n sava tehdidi durumunda uygulanmas, mümkün olan idam cezas,n, tamamen ortadan kald,racak düzenleme için 13 nolu Ek Protokolü beklemek gerekmi tir. Sözle meye taraf k,rk yedi üye devletin sadece üçü- Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya- protokolü onaylamam, t,r.¹⁶

6 nolu Ek Protokol'e daha yak,ndan bak,ld, ,nda; sava ve yak,n sava tehlikesinin içeri inin aç,klanmad, , görülür. Bu sebeple, Kroff taraf,ndan bu kavram,n silahl, çat, ma biçiminde anla ,lmas, gerekti i dile getirilmi tir.¹⁷ Buradan hareketle, iç sava durumunda da ölüm cezas, uygulanamayacaktır. O halde, terörizm durumunu da tart, maya açmak lüzum eder. Bir devlet terörizmle mücadele ba lam,nda, söz konusu mücadeleyi sava ya da yak,n sava olarak de erlendirebilir mi sorusu gündeme gelir. E er terörizmle mücadele bir sava hali olarak kabul edilirse birkaç sorun ortaya ç,kacaktır. İlk sorun, teröristlerle mücadelenin sava durumu olarak kabul edilmesi halinde teröristlerin özne olarak nitelendirilmesi ve kurallar,n bu çerçevede uygulanmas,n, gerekir. İkinci olarak, bu halde ölüm cezas, uygulama alan, bulacaktır. Ba ka bir ifadeyle, terör faaliyetlerin failleri idam cezas,yla cezaland,r,labilecektir.

13 nolu Protokole gelinirse; bu protokolle hiçbir art alt,nda ölüm cezas,n,n uygulanmayaca , kesin bir dille ve tart, maya kapal, olarak ifade edilir. Dolay,s,yla, bir yorumlama sorunu da söz konusu olamaz. Ölüm cezas,n,n tamamen ortadan kald,r,lmas, onun bir daha taraf devletlerce uygulamaya sokulamayaca , anlam,na gelir. E er taraf bir devlet, 13 nolu Protokole ra men ölüm cezas,n, tekrar ihdas ederse, bunun tek bir yolu vard,r o da sözle me düzeninden çekilmektir.¹⁸

Ölüm cezas,yla ilgili ba ka bir nokta da suçlular,n iadesi konusunda ortaya ç,kar. Soering karar,na konu oldu u üzere bir ki inin ölüm cezas,yla kar , kar ,ya kald, , bir devlete iade edilmesi¹⁹ EK Protokollerin kabulünden sonra sözle menin 2. Maddesine ayk,r, hale gelmi tir. Ayr,ca iade, bunun yan,nda 3. Maddeye de ayk,r,l,k te kil edebilecektir. iade edilecek ki i için iade talep eden devlette ölüm cezas,n,n infaz, gerçek bir risk olu turuyorsa iade i lemi gerçeğe tirilmemelidir. iade talep eden devletin iadeyi istedi i devlete mu lak olmayan aç,k bir güvence vermesi ko ulu gerçeğe irse, bu halde sözle meye uygun olarak iade i lemi gerçeğe ebilir. Aksi halde, sözle me ihlal edilmi olur. iade i lemleri (ki inin iadeye itiraz, gibi) belli usuller çerçevesinde yürütüldü ü için sözle menin muhtemel ihlalini önleyecek ve bireylere bir güvence olacak bir mekanizma olarak geçici tedbir usulü ç Tüzük madde 39'da öngörülmü tür.

IV. DO MAMI ÇOCU A MEKTUP

öSenden korkuyorum. Seni hiç yokluktan zorla çekip alan, gövdeme ekleyen rastlant,dan. Seni çok beklediysen de kar ,lamaya asla haz,r olmad,m. Ama kendi kendime hep o kötü soruyu sordum: Ya do mak ho una gitmezse? Ya günün birinde hayk,r,p suçlarsan beni: -Sana kim dedi beni dünyaya getir diye? Neden dünyaya getirdin beni, neden?ö

Oriane Fallaci'nin ünlü roman, Do mam, Çocu a Mektup, etkileyici bir roman olmas,n,n yan,nda hukukun çetrefil bir sorunu gündeme ta ,mas, aç,s,ndan önemlidir: do mam, olan,n haklar, olabilir mi? Bu, elbette, sadece hukukun de il felsefe, din ve eti in de problem alan,na girer. Ama ceninin tam ve sa do mad, , bir halde hukukun bir de er atfetmedi i varl, ,n, ya ama ilk ad,m,na karar verip vermeme noktas,; felsefe, din ve eti in

¹⁴ Guide on Article 2 of the Convention ó Right to life, s. 17.

¹⁵ KORFF, s. 89.

¹⁶ Ermenistan söz konusu protokolü imzalam, olmakla birlikte onaylama usulünü tamamlamam, t,r.

¹⁷ KROFF, s. 90.

¹⁸ Bu yorum için bkz. KROFF, s. 92.

¹⁹ Soering karar,nda sözle me metni esas al,nd, ,nda ölüm cezas,n,n ipso facto 2. Maddeye ayk,r, olmad, , ifade edilmi ti. Bkz. KROFF, s. 92.

problem alan,ndaki tart, malar,n çok ötesindeki bir duruma tekabül eder: gerçek ya ama etki eden bir kararaı

Çocu un ya amas,na izin, t,bbi aç,dan ifade edilirse fetüsün, onu ta ,yan annenin tek ba ,na alması, gereken bir karar oldu unu ileri sürmek sorunu çözmez. Zaten kabul de edilemez. Zira fetüsün varl, ,nda potansiyel bir hak sahibi daha vard,r ki o da babadan bir ba kas, de ildir. Hiç ku ku yok ki, bahsi geçen durum sadece fetüsü meydana getiren bu iki özne üzerinde de dü ünülmemelidir. Hiç do mama tehlikesi olan lakin do du unda birçok aç,dan ilgiye mazhar olacak çocuk da bu karar,n taraflar,ndan birisidir. Fallaciönin roman,nda belirtti i, günün birinde dünyaya getirilmesine dair ibr suçlama yöneltmesi muhtemel olsa da cenine bu imkân,n tan,nmamas,- bir ya am kar ,s,nda suçlanman,n ne kadar de eri ve önemi varsa art,k-nas,l me rula t,r,lacak? Kad,n,n bedeninin tek ömalikiö oldu u mu? Bunun bir özgürlük ve tercih sorunu oldu u mu? Yoksa feminist kuram,n kurgulad, , özgür kad,n profili mi?

Bunlar,n cevab,, gerçek hayatta hukukun sorunsal, oldu u tart, mas,zd,r tart, mas,z olmas,na da, bu hukukun kolayca yapabilece i ve belki de yapması, gereken ey midir?

Sözle menin 2. Maddesinde yer alan herkes sözcü ü do mam, olanlar, da kapsar m,? Hukukun ki i olarak yasall,k tan,d, , tam ve sa do mu olan,n d, ,nda henüz do mam, olan, herkes kavram,na dâhil edilebilir mi?

Mahkemenin bu konuda net bir bak, aç,s,n,n oldu unu söylemek mümkün de ildir. Mahkeme bu konuda çekingen davranmakta ve karar verememektedir. Bu yüzden, her ba vuruyu kendine özgü artlar çerçevesinde de erlendirmekte ebeveynler ile do mam, çocuklar,n haklar,, özgürlükleri ve menfaatlerini dengelemeye çal, maktad,r. Ancak kürtaj konusu r,zaya dayal, kürtaj için geçerlidir; yani annenin ya am hakk,na dayal, bir durum varsa, dolay,s,yla buna izin veren bir yasa mevcutsa bu ya am hakk,na ayk,r, de ildir.²⁰

Doktrinde, kürtajla ilgili ba vurular,n sadece 2. Madde ba lam,nda tart, lamayaca ,, özellikle 8. Madde ve 6 ila 10. Maddelerle birlikte dü ünülmesi gerekti i ileri sürülür.²¹ Kürtaj da t,pk, ötanazi gibi, ,rksal hijyen üzerinden tart, malara konu olmaktadır. Kürtaj,n yasaklanmas,n, savunanlar kadar kürtaj,n bir hak oldu u yönünde görü lerin de var oldu unu söylemek gerekir.²²

V. KARL BINDING/ALFRED HOCHÉ VEYA Ç MDEK DEN Z

Biyopolitika, politikan, bir de i imine i aret eder ve bu de iimde; tür olarak insan,n ya am,n,n iktidar,n düzleminde bilgi vas,tas,yla egemenlik alt,na al,r. Asl,nda politikan,n temel u ra , da hayat olmakla birlikte biyopolitika hayat, tekil bireyler üzerinden de il, onlar, nüfus kategorisine dâhil ederek ölçülebilen ve grupland,r,lan biyolojik özellikler aç,s,ndan de erlendirir.²³ Biyopolitika yirminci yüzy,ldan beri entelektüel çevrede bilinmesine bilinir lakin sadece bu çevreye hapsolmu bir kavram olarak kalmaz. Aksine devleti canl, bir organizma olarak gören nasyonal sosyalist ideolojinin politik eyleminin alt yap,s,n, olu turur. Biyopolitik anlay, ,ndaki tutars,zl,klar bir yana, nasyonal sosyalist ideoloji ,rksal hijyen (saf ,rk yarat,m,) konusunda oldukça belirgin bir yakla ,ma sahiptir. Saf,l,k ideolojisi, toplumun homojenle mesini gerektirdi inden ,rklar aras,nda hiyerar ik bir ili ki kurulmas,n, önerir. Bu anlamda, hayat, de erli ya da de ersiz ekinde kategorilere ay,rarak hiyerar ik ili kiye belirler. Bu kategori, ya amas, gerekenler ile ölmesi gerekenler biçiminde bir formülasyonla da ifade edilebilir. Ölmesi gerekenlerin varl, , bir kez kabul edildi inde, ya amas, gerekenlerin hayatlar, yüksek bir de er niteli i kazanacak ve böylece kötü bir ,rk,n temizlenmesi sa l,kl, olanlar,n olu turdu u bir toplumu var edecektir. Nazi biyopolitik anlay, ,n,n köklerini, birisi hukuk ötekisi t,p profesörü iki bilim insan,n,n dü üncelerinde bulmak mümkündür. Karl Binding ile Alfred Hoche, henüz 1922de, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*ı yazarlar. O dönem için cesur bir giri im olarak görülecek- en az,ndan yazarlar,n iddias,- bu k,sa kitapta Karl Binding öyle der: öYa am,m,n sonunda birço unun sormaktan ürüp imtina etti i bir soruyu sormaya cesaret ediyorum.ö²⁴ Zira zor bir çözümü olan narin bir sorudur sordu u. Bindinge göre, toplumsal ve ahlaki alg,m,z,n bükülmez bir noktas,na temas etti inden dolay,, bu soru yanl, anla ,lmaya da müsaittir. Ve a z,ndaki baklay, ç,kar,r: Bugünün yasalar,na

²⁰ BOSO v. ITALY, 5/9/2002, No. 50490/99.

²¹ KORFF, s. 9.

²² KOÇAKGÖL, Muhammet: öA HMönin Kürtajla İlgili Kararlar,ndaki Etkinlik radesi ve Toplumsal Cinsiyet İli kisiö, Ankara Barosu Dergisi, 2018/3, s. 23235.

²³ LEMKE, Thomas: Biyopolitika, Çev. Utku Özmakas, İleti im Yay., İstanbul 2013.

²⁴ BINDING, Karl / HOCHÉ, Alfred: Allowing the Destruction of Life Unworthy of Life- Its Measure and Form, Trans. Cristana Modak, Suzeteo Enterprises, December 17, 2012, s. 1.

uygun olarak (çaresiz bir durumda te vik edilen) hayat,n me ru bir ekilde yok edilmesi, intiharla m, s,n,rl, kalmal,, yoksa ba kalar,n,n öldürülmesini de içerecek ekilde hangi artlar alt,nda yasal olarak geni letilmelidir? Yani ötanazi dü ünülmeli mi?

Ünlü spanyol yönetmen Alejandro Amenâbarın 2004 yap,m, *çimdeki Deniz* filmi, Avrupa'da hala bir tabu olan ötanazi konusunu çarp,c, biçimde anlat,rken, Nazi dönemindeki ve onun hemen öncesinde hayatlar, hiyerar iye tabi k,lan de ersizlik politikas,n, akla getirir. Bu anlamda ötanazi, de ersiz hayatlar,- sa l,kl, bir toplum yaratmak ad,na- yok etmenin kurnaz bir t,bbi-hukuki yolu olarak ortaya ç,kar. Ya am hakk, ile birlikte dü ünüldü ünde, ötanazinin biyopolitik yönü d, ,nda, hukuken sorunlu bir yap,s, oldu unu belirtmek gerekir.

ÖÖtanazi, ölümcül ve iyile mesi mümkün olmayan bir hastal, , olan ve ac, çeken hastan,n kendi talebi üzerine hekimin bir eylemi veya hareketsiz kalmas, ile hastan,n ölmesine yard,m edilmesi biçiminde²⁵ tan,m lanmaktadır. Pretty v. UK vakas,nda,²⁶ ba vurucunun tedavisi olmayan ve kaslar, etkileyen dejeneratif bir hastal,k olan motor-nöron hastas, oldu u için kocas,n,n yard,m,yla ölme iste ini yetkili makamlara bildirmesi durumu tart, ,lm, t,r. ngiliz hukukunda intihara yard,m suçuna vücut veren bu talebin olumsuz kar ,lanmas, üzerine ba vurucu konuyu A HM'nin önüne getirmi tir. Ba vurucunun talebinin özünde, kendisine ölme hakk,n,n tan,nmas, iste i bulunmaktadır. Ya am hakk,n,n ki inin ya ama devam edip etmemesini de içerdi i dü üncesinin bir tezahürü olan bu ba vuru, Mahkemenin yorumuna göre negatif bir ekilde yorumlanmaya müsait de ildir. Bu anlamda, ya am hakk,n,n yaz,l, ,ndan hareketle ölme hakk, gibi bir hakka ula ,lamaz. Görüldü ü üzere, Mahkeme, hayat, ölüm üzerinden anlamama e ilimindedir. Oysa Lambert v. Fransa karar,nda,²⁷ Mahkeme, ötanazi konusunda ki inin hayat,na son verilmesi karar,n, ya am hakk,n,n ihlali olarak görememektedir.

VI. SONUÇ

Ya am, ölüm üzerinden anlatmaya çal, mak hukuk tekni i aç,s,ndan aç,klamas, kolay olmayan bir yakla ,md,r. Ancak modern hukukun ortaya ç,kt, , modernite, modern öncesinin bütün alg,s,n, de i tirerek ya ama odaklanm, bir yakla ,m, ortaya koydu u için ölümü dikkate almaman,n ideolojik bir yakla ,m oldu unu söylemek gerekir. Devlet bu noktada bir soyutlama olmas,n,n ötesinden canl, bir organizma olarak hayat, egemenli i alt,nda tutar.

Ayr,ca, ya am, hedef alan ve tekil bireylerden ziyade nüfusu bir nevi ya atmaya and içmi olan biyoiktidar; ötanazi, kürtaj gibi bireysel özerkli in hâkim olmas, gereken durumlarda da söz söyleme lüksünü kendisinde görmektedir. Bu iktidar; sa l,kl, toplumlar yaratma itkisiyle- bu toplumlarda hasta olanlar, saf olmayanlar, tehlikeli olanlar,n tasfiyesi elzemdir- her türlü yöntemi icat etmekte mahirdir.

A HM, ya am hakk, ba lam,nda biyoiktidar,n hâkimiyetini kurdu u konularda tart, maya girmekten imtina eder. Kad,n bedeninin özerkli i, do mam, çocu un haklar,n,n olup olmad, ,, intihar ve ötanazi gibi bireye mahsus konularda aç,k bir içtihat ya da bir içtihat birli i görmek mümkün olmaz. Hiç ku ku yok ki, böylesi konular kutsall,k halesine de girdi inden Mahkeme konuyu iç hukuka at,f yaparak çözmeye çal, ,r. Ölüm cezas,n,n birkaç istisna üye devlet d, ,nda Avrupa Konseyine üye olan devletler taraf,ndan kald,r,lmas, ancak yine de kimi zaman tart, maya aç,lmas, negatif iktidar,n sadece pozitif iktidar üzerinden hayatlara müdahale etmedi inin de kan,t,d,r. Dolay,s,yla, negatif ve pozitif iktidar pratikleri, devletlerin birlikte kullanmakta vazgeçemeyece i bir ortakl, ,n tescildir. Ya am hakk,n,n kutsall, , söylemi, gerek laik gerek dini temelli olsun, ya am, gerçek hayattan kopartarak kurgu haline getirmekten ba ka bir i lev görmez.

²⁵ NCEO LU, Sibel: ö nshan Haklar, Bak,m,ndan Ötanaziö, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Say,: Türk Alman T,p Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Say,: 2, Y,l: 2006, s. 292.

²⁶ PRETTY v. THE UNITED KINGDOM, 29/04/2002, No. 2346/02.

²⁷ LAMBERT AND OTHERS v. FRANCE, 05/06/2015, No. 46043/14.


KAYNAKÇA

- BAUMAN, Zygmunt: Ölümlülük, Ölümsüzlük ve di er Hayat Stratejileri, 2. Bask., Çev. Nurgül Demirdöven, Ayr,nt, Yay., stanbul 2012.
- BINDING, Karl/ALFRED Hoche: Allowing the Destruction of Life Unworthy of Life- Its Measure and Form, Trans. Cristana Modak, Suzeteo Enterprises, December 17, 2012.
- DO RU, Osman: Ya ama Hakk., Anayasa Mahkemesine Bireysel Ba vuru El Kitaplar, Serisi- 5, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- Guide on Article 2 of the Convention ö Right to life, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2019.
- HUGO, Victor: öÖnsözö, Bir dam Mahkûmunun Son Günü, Çev. Volkan Yalç,ntoklu, Bankas, Kültür Yay., stanbul 2016.
- NCEO LU, Sibel: önsan Haklar, Bak,m,ndan Ötanaziö, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Say,: Türk Alman T,p Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Say,: 2, Y,l: 2006.
- KOÇAKGÖL, Muhammet: öA HMønin Kürtajla İgili Kararlar,ndaki Etkinlik radesi ve Toplumsal Cinsiyet li kisiö, Ankara Barosu Dergisi, 2018/3.
- KORFF, Douwe, Ya am Hakk,- Avrupa nsan Haklar, Sözle mesiønin 2. Maddesinin Uygulanmas,na li kin K,lavuz Kitap, Çev. Özgür Heval Ç,nar/Abdulcelil Kaya, nsan Haklar, El Kitaplar,, No. 8, Avrupa Konseyi, Belçika 2006.
- LEMKE, Thomas: Biyopolitika, Çev. Utku Özmakas, leti im Yay., stanbul 2013.
- SAHAK AN, William S.: Felsefe Tarihi, Çev. Aziz Yard,ml,, 3. Bask., dea Yay., stanbul 1997.
- SARAMAGO, Jose: Ölüm Bir Varm, Bir Yokmu , Çev. Mehmet Necati Kutlu, 5. Bask., Turkuvaz Kitap Yay., stanbul 2012.
- WICKS, Elizabeth: öThe Legal Definition of Death and the Right to Lifeö, Interdisciplinary Perspectives on Morality and its Timings- When is Death?, Ed. Shane WcCorristine, Palgrave Macmillan Pub., London 2017.
- WICKS, Elizabeth: öThe Meaning of æLifeæ Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treatiesö, Human Rights Law Review, Vol. 12, Issue: 2, June 2012.

ROMA HUKUKUYLA KAR İLA TIRMALI OLARAK TÜRK HUKUKUNDA ART (KO UL, CONDICIO)

CONDITION (CONDICIO) IN TURKISH LAW IN COMPARISON TO ROMAN LAW

Fahri Erdem KA AK*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.625495>

Makale Bilgi

Gönderilme: 27/09/2019
Kabul: 08/11/2019

Anahtar Kelimeler

art,
Geciktirici art,
Bozucu art,
radî art,
Tesadüfî art.

Özet

Türk hukukunun da üyesi oldu u K,ta Avrupas, hukuk sisteminin temelini Roma hukuku olu turmaktad,r. Bu bak,mdan bilhassa borçlar hukuku kurumlar,n,n incelenmesinde Roma hukuku kaynaklar,n,n dikkate al,nmas, gerekir. art kurumu bak,m,ndan da ayn, esas geçerlidir. Nitekim Türk ve Roma hukukunda arta ili kin hükümler aras,nda büyük bir benzerlik vard,r. art kurumu, taraflar,n yapt,klar, hukukî i lemi çe itli ihtimaller çerçevesinde ekillendirmesine imkân tan,r. Bir olgunun art olarak kabul edilebilmesi için belirli unsurlar, ta ,mas, gerekir. art,n gelece e ili kin olmas, ve gerçekle ip gerçekle meyece inin objektif olarak üpheli olmas, elzemdir. Her ne kadar ö retide iradî ó tesadüfî ó karma art, olumlu ó olumsuz art ve gerçekle ebilecek ó gerçekle emeyecek art gibi farklı tasnifler yap,lsa da esas olan geciktirici ó bozucu art ayr,m,d,r. Zira do urduklar, hüküm ve sonuçlar bak,m,ndan an,lan iki art türü aras,nda ciddi farklar mevcuttur. Geciktirici arta ba l, hukukî i lem, art,n gerçekle mesi an,na kadar ask,da hükümsüzdür; ancak art,n gerçekle mesiyle hüküm ve sonuçlar,n, do urur. Bozucu arta ba l, hukukî i lem ise kuruldu u andan itibaren hüküm ve sonuçlar,n, do urur; ancak art gerçekle irse hukukî i lem kesin hükümsüz hâle gelir.

Article Info

Received: 27/09/2019
Accepted: 08/11/2019

Keywords

Condition,
Suspensive Condition,
Resolutive Condition,
Potestative Condition,
Causal Condition.

Abstract

Roman law forms the basis of Continental European legal system of which Turkish law is also a member. In this respect, Roman law sources must be considered while examining the institutions of law of obligations. The same principle is also applied for institution of condition. In fact, there is a great similarity between the provisions on condition in Turkish and Roman law. The institution of condition allows the parties to shape their legal transactions within the framework of various possibilities. A provision must bear certain elements in order to be accepted as a condition. First of all, the condition must indicate a future event and such event must be objectively suspicious whether or not will realise. Although different classifications are made such as potestative ó causal ó mixed condition, positive ó negative condition and realisable ó unrealisable condition, in Turkish legal system the distinction as suspensive ó resolutive condition is the basic one, since there are significant differences between suspensive and resolutive conditions in terms of their effects and consequences. Suspensive conditional legal transaction is provisional ineffective until the condition occurs, but becomes effective and bear legal consequences when the condition occurs. On the other hand, resolutive conditional legal transaction is effective upon the conclusion of the transaction and bears legal consequences; however, if the condition is fulfilled, the legal transaction becomes null and void.



Bu eser [Creative Commons Atif-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Ar . Gör., Hac, Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.

 fahri.kasak@hbv.edu.tr ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4329-1138>.

I. G R

1926 y,1,nda Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu'nun sviçre'den iktibas edilmesiyle birlikte Türk hukuku, slâm hukuku sisteminden ç,karak K,ta Avrupas, hukuk çevresine dâhil olmu tur. K,ta Avrupas, hukuk sisteminin kayna ,n, olu turan Roma hukuku, bu vesileyle Türk pozitif hukuku bak,m,ndan da benzer bir i lev üstlenmi ve Türk özel hukukunun temelini te kil eder hâle gelmi tir. Bu sebeple bilhassa borçlar hukuku kurumlar,n,n de erlendirilmesinde Roma hukukundan yararlanmak elzendir.

TBK m.170-176 hükümlerinde düzenlenen art (ko ul)¹ müessesesi bak,m,ndan da ayn, esas geçerlidir. Hatta Roma hukukundaki art kurumunun², büyük ölçüde ça da düzenlemelerle örtü mesi sebebiyle adeta bu hususta bir zorunluluktan bahsedilebilir³. An,lan sebeple çal, mada, Roma ve Türk hukuku ayr, ba l,klar alt,nda de erlendirilmemi , Türk hukukundaki durum anlat,l,rken sadece yeri geldikçe Roma hukukundaki az say,daki farka dikkat çekilmi tir.

II. HUKUKÎ LEM N UNSURLARI

Hukukî i lem, hukukî sonucun gerçekleşmesi için asgarî bir irade beyan,ndan olu an ve hukuk düzeninin, istenilen hukukî sonuçlar,n gerçekleşmesi için sebebi olarak kabul etti i hukukî olgudur⁴. Pandekt hukukunda geli tirilmi öbu sebeple Roma hukukunda günümüzdeki anlam,yla mevcut olmayanó hukukî i lem kavram,⁵ çe itli unsurlardan olu ur. Bu ba lamda s,kl,kla kurucu unsurlardan, geçerlilik unsurlar,ndan ve tamamlay,c, unsurlardan söz edilmektedir.

A. Kurucu Unsurlar

Hukukî i lemin tan,m,ndan da anla ,laca , üzere her hukukî i lemde irade beyan,, hukukî i lemin kurucu unsuru olarak yer al,r⁶. Bir ba ka ifadeyle, irade beyan, yoksa hukukî i lem de yoktur. Bununla birlikte belirli hâllerde kanun koyucu, hukukî i lemin kurulmas, için ek unsurlar,n varl, ,n, aram, olabilir. Örne in; TMK m.141 vd. hükümlerine göre evlenmenin resmî memur önünde yap,lmas, zorunlulu u, ó üphesiz, evleneceklerin kar ,l,kl, olumlu irade beyanlar,na ek olarakó evlenmenin kurucu unsuru niteli indedir. Benzer ekilde TMK m.315/I hükmü de evlat edinme bak,m,ndan mahkeme karar,n, kurucu unsur seviyesine ç,karm, t,r. Bu husus; hükmün, mahkeme karar,n,n bulunmamas, hâlinde evlat edinme ili kisinin kurulmayaca , eklindeki z,t anlam,ndan ç,kar,labilir. Keza aynî sözleşmelerin kurulmas, bak,m,ndan da taraflar,n birbirine uygun ve kar ,l,kl, irade beyanlar, yeterli de ildir, ayn,

¹ Her ne kadar kanun koyucu TBK'de *öko ulö* kavram,n, kullanm, sa da, hukukumuzda yerle mi olmas, sebebiyle çal, mada *ö artö* kavram, tercih edilmi tir.

² Roma hukukunda art kurumunun önemine ve i levine dair aç,klamalar için bkz. ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd., Cape Town 1990, s.717.

³ KARADEN Z ÇELEB CAN, Özcan: Roma Hukuku, 17. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.244; KASER, Max/KNÜTEL, Rolf: Römisches Privatrecht, 20. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014, § 10 N 1; ZIMMERMANN, s.717; HONSELL, Heinrich: *öLebendiges römisches Rechtö (Lebendiges)*, Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, Wien 2011, s.227; PULA LI, Hasan: arta Ba l, lemler ve Hukukî Sonuçlar,, Day,nlarl, Hukuk Yay,nlar, Ltd. ti., Ankara 1989, s.99-100. Roma hukukunda art kurumuna, ilk olarak klasik hukuk döneminde al,m sat,m sözleşmesinde (*emptio venditio*) rastland, , yönünde bkz. PULA LI, s.100-101; TAH RO LU, Bülent/ERDO MU , Belgin: Roma Hukuku Dersleri, 8. Bas., Der Yay,nlar,, stanbul 2012, s.195. Nitekim D. 18, 2, 2 düzenlemesi de arta ba l, al,m sat,m sözleşmesine ili kindir. Eski hukuk döneminde On ki Levha Kanunlar,nda art kavram,n,n kullan,ld, , yönünde bkz. KASER, Max: Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht (Privatrecht), C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1955, s.219.

⁴ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bask., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2018, s.1194; KARADEN Z ÇELEB CAN, s.188; DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, 2. Bask., Sulhi Garan Matbaas,, stanbul 1959 (Çeviren: UMUR, Ziya), s.69; TAH RO LU/ERDO MU , s.169; UMUR, Ziya: Roma Hukuku Ders Notlar,, 3. Bask., Beta Bas,m Yay,n, stanbul 1999, s.185; KASER/KNÜTEL, § 5 N 1; SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016, N 3.01; KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017, N 3.06.

⁵ KARADEN Z ÇELEB CAN, s.192; KOSCHAKER, Paul/AY TER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giri Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatlar,, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay,nlar,, Ankara 1983, s.53; DI MARZO, s.68-69; TAH RO LU/ERDO MU , s.168; KASER/KNÜTEL, § 5 N 2-3; EREN, s.1194.

⁶ S RMEN, A. Lâle: Türk Özel Hukukunda art, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü, Ankara 1992, s.11.

zamanda sözleşme konusu eyni kar , tarafa teslimi gerekir⁷.

B. Geçerlilik Unsurları,

Hukukî i lemin kurucu unsurları,n,n mevcudiyeti, hukukî i lemin kurulması, sonucunu doğurur. Ancak kurulmuş olan hukukî i lemin geçerli olup olmaması,, kurucu unsurlardan bazıları,ms,z bir meseledir. Bu noktada hukukî i lemin geçerlilik unsurları,ndan söz edilir. Geçerlilik unsurları,, hukukî i lemin geçersiz olmaması, için bulunması, gereken unsurlar ekinde tanımlanabilir. TBK m.27/I hükmünde sayılan emredici hükümlere aykırı, olmama, ahlâka aykırı, olmama ve imkânsız olmama kriterleri,, geçerlilik unsurudur. Bir başka ifadeyle, emredici kanun hükmüne aykırı, hukukî i lemin kurulmuş olmakla birlikte, önkural olarak geçerlilik unsurunu sağlamadığı, için hükümsüz olur. Keza örnekte hukukî i lemin muvazaalı, olmaması,, kanunî olarak tanımlanmış, gerekliliği de bu bağlamda değerlendirilir.

C. Tamamlayıcı Unsurlar

Etkinlik unsurları, olarak da tanımlanan tamamlayıcı unsurlar, hukukî i lemin hüküm ve sonuç doğurmasını sağlayan ilave unsurlardır⁸. Her hukukî i leminde mutlak surette kurucu unsur ve geçerlilik unsuru aranırken tamamlayıcı unsurun varlığı, aranmayabilir⁹. Bu bağlamda tamamlayıcı unsurlar, istisnâî niteliktedir. Tamamlayıcı unsur, hukukî i lemin kurulmuş kurulmaması,n, etkilemeyen; ancak hukukî i lemin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için gerçekleştirilmesi elzem unsur ekinde tanımlanabilir¹⁰. Tamamlayıcı unsurun henüz gerçekleştirilmesi zaman diliminde hukukî i lemin eksikliğinden (noksanlığı, ndan) söz edilir ve tanımlanan unsurun tamamlanmasıyla hukukî i lemin hüküm ve sonuçları,n, tam olarak doğurmasına bağlıdır.

Örnekte; geciktirici olarak tanımlanan gerçekleştirmesi, yasal temsilcinin küçük veya kısıtlı, n, n yaptığı, hukukî i lemlere karşı göstermesi, yetkisiz temsilde temsil edildiği iddia edilen kişinin yapıldığı hukukî i lemin onay vermesi hâlleri tamamlayıcı unsura örnek gösterilmektedir¹¹. Geciktirici olarak tanımlanan iradî olarak hukukî i lemin tarafları, nca kararlarla tanımlanmış, için iradî tamamlayıcı unsurlar arasında değerlendirilir¹².

III. ART KAVRAMI

Hukukî i lemlerin tamamlayıcı unsurları, arasında yer alan art (*condicio*¹³) kurumu; dayanağı,n,, sözleşme ve Türk borçlar hukukuna hâkim olan irade özerkliği inde ve irade özerkliği için sözleşme maddeleri alanındaki görünümü olan sözleşme özgürlüğü içinde bulunmaktadır¹⁴. Bir

⁷ Roma hukukunda *öconsensus + resö* ekinde ifade edilen aynı akitler; tüketim ödünçü (*mutuum*), kullanım ödünçü (*commodatum*), saklama (*depositum*) ve rehin (*pignus*) akitlerini kapsamaktaydı,. Bu husustaki açıklamalar için bkz. ZIMMERMANN, s.153 vd.; HONSELL, Heinrich: Römische Recht (Römisches), 8. Auflage, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg 2015, s.102-103; KASER/KNÜTEL, § 38 N 7, § 39 N 1 vd. Pozitif Türk hukukunda ise aynı (real) sözleşme örneği bulunmamaktadır. TMK m.763/I düzenlemesi uyarınca tanımlanan mülkiyetinin devredilebilmesi için zilyetliğin başka bir tarafa geçirilmesinin kurucu unsur teşkil ettiği yönünde bkz. AK PEK, ebnetim: Ötamamlayıcı, Olgunun Hukukî İlemler Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44(1), 1995, s.277.

⁸ TAH RO LU/ERDOĞMU, s.192; PULALIL, s.144; SRMEN, s.15-16.

⁹ UMUR, s.193.

¹⁰ AK PEK, s.274, 278-279.

¹¹ SRMEN, s.16.

¹² AK PEK, s.284, 287; SRMEN, s.16.

¹³ Roma hukukuna ilişkin eserlerde *öartö* kavramı, sıklıkla *öcondicioö* ile ifade edilmiştir. Bununla birlikte *öretide* hem *öcondicioö* hem de *öconditioö* mefhumları,n, ortak bir şekilde kullanılan çalınmalar da mevcuttur. Örnek olarak bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, s.243 vd. Hatta yazar, sıklıkla *öconditioö* ibaresini tercih etmiştir. Sadece *öconditioö* kavramı,n, kullanılmaması, için bkz. KOSCHAKER/AYTER, s.63.

¹⁴ KRAMER, Ernst A./PROBST, Thomas: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Helbing Lichtenbahn Verlag, Basel 2013, N 530; KOLLER, N 77.25; OKUR, Sinan: ÖRoma, Türk-şvçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Kavram ve Hukuki Sonuçlar, Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2019, s.40. Roma hukukunda, modern hukuklardaki anlamıyla irade serbestisinden ve sözleşme özgürlüğünden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. KASER/KNÜTEL, § 33 N 2; DI MARZO, s.403; UMUR, s.186; KOSCHAKER/AYTER, s.204. Sözleşme özgürlüğünün bulunmaması, bakımından, Roma hukukunda benimsenen akitler sistemine sıklıkla vurgu yapılmaktadır. Roma hukukundaki akitler sistemine ilişkin açıklamalar için bkz. KASER/KNÜTEL, § 33 N 2; ZIMMERMANN, s.508; MEINCKE, Jens Peter: Römische Privatrecht Einführung, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017, s.100; HAUSMANINGER, Herbert/SELB, Walter: Römische Privatrecht, 9. Auflage, Böhlau Verlag, Wien/Köln/Weimar 2001, s.260.

ba ka ifadeyle taraflar, art kurumu vas,tas,yla çe itli ihtimaller çerçevesinde hukukî i lemi ekillendirmek hususunda serbesttir¹⁵.

IV. ARTIN UNSURLARI

art müessesesi, TBK m.170-176 (BK m.149-155) hükümlerinde düzenlenmi tir. An,lan hükümler çerçevesinde art; gelece e ili kin olmal,; gerçekte ip gerçekte meyece i objektif olarak belirsiz olmal,; imkâns,z, hukuka veya ahlâka ayk,r, olmamal, ve fuzulî olmamal,d,r. Bunlar,n yan, s,ra taraflar,n, hukukî i lemi arta ba lamas, da üphesiz gereklidir¹⁶.

A. Gelece e li kin Olmas,

art,n ilk unsuru gelece e ili kin olmas,d,r¹⁷. art,n gelece e yönelik olmas,, TBK m.170/I ve m.173/I hükümlerinde yer alan *öğerçekte ip gerçekte meyece i bilinmeyen bir olguö* ibaresinden anla ,labilmektedir. Roma hukukunda da art,n, *öcondicio in praesens vel in praeteritumö*, yani mevcut duruma veya geçmi e ili kin olmamas, esas, bulunuyordu¹⁸. Hukukî i lemin, hâlihaz,rdaki ana ili kin (*si Maeuius vivit*) veya geçmi teki bir olguya (*si Titius consul fuit*) ba lanm, olmas, hâlinde art söz konusu olmazd,¹⁹. Bu durumda, teknik anlamda bir art te kil etmemekle birlikte, haz,ra veya geçmi e ili kin bir arttan (*condiciones in praesens vel in praeteritum collatae*) bahsedilirdi²⁰. Zira bu ihtimalde, ask,da olma durumu veya daha do ru bir ifadeyle gelece e ili kin bir belirsizlik söz konusu de ildir. Oysaki art,n temel özelli i, belirli bir süre için söz konusu olan ask,da olma (*condicio pendenta*)²¹ hâlidir. Hakikaten bu ihtimalde, gerçekte mesi arta ba lanan olguda yer alan dilek art eki (óse, ósa) mevcut de ildir²². Bu durumu ifade etmek üzere gerçek olmayan art veya gerçekte emeyecek art kavram, kullan,lmaktad,r. Bu ihtimalde, taraflar,n art olarak addetti i olgu ya gerçekte mi tir ve hukukî i lem yap,ld, , andan itibaren geçerlidir ya da gerçekte memi tir ve hukukî i lem yap,ld, , andan itibaren kesin olarak hükümsüzdür²³.

Ayr,ca art,n, hukukî i lemin yap,ld, , anda gerçekte memi olmas, gerekir. Aksi hâlde hukukî i lem, arts,z yap,lm, olur²⁴. Keza gerçekte ece i kesin olan bir olgu söz konusuysa (*si Titius morietur*) hukukî i lem vadeye ba lanm, olur²⁵.

¹⁵ HAUSMANINGER/SELB, s.201-202; HONSELL, Römische, s.28; SOHM, Rudolph: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 13. Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1908, s.243-244; TAH RO LU/ERDO MU , s.192; KOSCHAKER/AY TER, s.63; KRAMER/PROBST, N 530; S RMEN, s.1-2; PULA LI, s.3, 14-15.

¹⁶ KOLLER, N 77.08; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2014, N 3951. Zira aksi hâlde hukukî i lemin kaderi arta ba l, olmayaca ,ndan sadece hukukî i lemin bir hükmünden bahsedilir. Somut olay bak,m,ndan hukukî i lemin arta m, ba land, ,, yoksa sadece hukukî i lemin bir hükmünün mü söz konusu oldu u hiç üphesiz taraflar,n irade beyanlar,n,n yorumu neticesinde ortaya ç,kar. Bu yönde bkz. KOLLER, N 77.08.

¹⁷ KASER, Privatrecht, s.219; KASER/KNÜTEL, § 10 N 1; ZIMMERMANN, s.717, 718; SOHM, s.243; SCHWIND, Fritz: Römische Recht, I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts, Springer Verlag, Wien 1950, s.269; SCHWENZER, N 11.01-11.02; KOLLER, N 77.01-77.02; HAUSMANINGER/SELB, s.201; HONSELL, Römische, s.28; KRAMER/PROBST, N 531; UMUR, s.193; O UZMAN, M.Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 11. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2014, s.492; TAH RO LU/ERDO MU , s.192-193; AK PEK, s.284-285; EREN, s.1194; PULA LI, s.37; SOMER, Pervin: 100 Soru ó 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku, 4. Bas., On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2016, s.17; S RMEN, s.51-52; OKUR, s.62.

¹⁸ ZIMMERMANN, s.718; ERDO MU , Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük, 2. Bask., stanbul Bilgi Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 2008, s.28; TAH RO LU/ERDO MU , s.196; OKUR, s.42.

¹⁹ SCHWIND, s.269; KASER/KNÜTEL, § 10 N 6; DI MARZO, s.77; ZIMMERMANN, s.718; SOMER, s.17; UMUR, s.194; OKUR, s.42. Bu hususa örnek olarak bkz. D. 12, 1, 37; Ins.3, 15, 6.

²⁰ KASER, Privatrecht, s.223; KRAMER/PROBST, N 531; KOLLER, N 77.02; DI MARZO, s.77; PULA LI, s.37; OKUR, s.63. kr . TAH RO LU/ERDO MU , s.196; KOLLER, N 77.03.

²¹ ERDO MU , s.28 (eserde, *öcondicioö* ibaresi yerine ömuhtemelen sehvenó *öcondicioö* yaz,lm, t,r); TAH RO LU/ERDO MU , s.196 (eserde *öcondicio pendetö* ifadesine yer verilmi tir).

²² Roma hukuku bak,m,ndan ayn, husus *ösiö* sözcü ü bak,m,ndan geçerlidir. Bu do rultuda bkz. ZIMMERMANN, s.719.

²³ DI MARZO, s.77. Bu husustaki örnekler için bk. DI MARZO, s.77 dn. 15.

²⁴ DI MARZO, s.77. D. 46, 2, 9, 1 düzenlemesinin *öMevcut olmamas,na imkan olm,yan bir artla stipulatio yapan, arts,z stipulatio yapm, say,l,r.ö* ekindeki çevirisi için bkz. DI MARZO, s.77 dn. 16.

²⁵ DI MARZO, s.77.

B. Gerçekle ip Gerçekle meyece inin Objektif Olarak Belirsiz (üpheli) Olmas,

art,n gerçekle ip gerçekle meyece i objektif olarak belirsiz, yani üpheli olmal,d,r²⁶. Bu husus, TBK m.170/I ve m.173/I hükümlerinde aç,kça ifade edilmiştir. Esasen an,lan özelliği; art,, vadeden ay,ran temel noktayı, tekil eder²⁷. Öyle ki vade (*dies*) de gelece e iliştir; ancak vadenin gerçekle ece i kesindir. Öte yandan, art,n gerçekle ip gerçekle meyece i objektif olarak üphelidir. Objektif belirsizlik; üphe arz eden durumun sadece hukukî i lemin tarafları, için de il, herkes için belirsiz olması,n, gerektirir. Söz konusu objektif belirsizlik, hem art,n gerçekle ip gerçekle meyece ine hem de zaman,na iliştirkin olabilir²⁸. Ancak art,n zaman,n, belli oldu u durumlarda belirsizlik, sadece art,n gerçekle ip gerçekle meyece ine yöneliktir²⁹. Vadede ise tam tersi geçerlidir; vadenin gerçekle ece i kesin olmakla birlikte ne zaman gerçekle ece i belirsiz olabilir³⁰.

Ö retide, belirsiz olma unsurunu izah edebilmek için s,kl,klâ ölüm örneği verilir³¹. Bir hukukî i lem, bir kişinin ölümüne ba lanmış, sa, insanlar ölümlü oldu undan hukukî i lem vadeye ba lanmış, olur³². Ancak hukukî i lem, bir kişinin bir yıl içinde ölmesi ya da ölmemesi olgusuna ba lanmış, sa art,k bir art mevcuttur³³. Zira tüm insanlar,n ölece i kesin olmakla birlikte bir kişinin bir yıl içinde ölece i veya ölmeyece i objektif olarak üphelidir. Özetle; hukukî i lemin hüküm ve sonuç do urması,, gelece e iliştirkin bir olguya ba lanmış, sa, ancak bu olgunun gerçekle ip gerçekle meyece i üpheli de ilse vade söz konusu olur³⁴.

C. imkâns,z, Hukuka veya Ahlâka Ayk,r, Olmamas,

TBK m.176 hükmü, art,n hukuka veya ahlâka ayk,r, olamayacağı,n, düzenlemektedir. Buna ek olarak TBK m.27/I düzenlemesinde zikredilmiş olan imkâns,z,l,k k,statas,n, da buraya eklemek gerekir. Nitekim Roma hukukunda da art,n; imkâns,z, hukuka veya ahlâka ayk,r, olamayacağı, kabul ediliyordu³⁵.

Roma hukukunda art,n objektif olarak imkâns,z olmaması, gerekliliğine *öParma ,m gökyüzüne de erse bana [yüz (on bin sesterts)] verir misin?* ifadesi örnek gösteriliyordu³⁶. Böyle bir durumda hukukî i lemin ba landı, , olgu imkâns,z oldu undan geçerli bir art söz konusu olmaz³⁷. Bu ba lamda, sadece art,n geçersiz olacağı, ve hukukî i lemin mümkün k,sm,n, ayakta kalacağı,, yani hukukî i lemin k,smen hükümsüz olacağı, da ileri sürülemezdi³⁸.

²⁶ KASER, Privatrecht, s.219; ZIMMERMANN, s.717, 718, 723; KASER/KNÜTEL, § 10 N 1; SOHM, s.243; HONSELL, Römisches, s.28; HAUSMANINGER/SELB, s.201, 203; SCHWIND, s.269; DI MARZO, s.77; KOSCHAKER/AY TER, s.63, 64; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3951; SCHWENZER, N 11.01-11.02; KRAMER/PROBST, N 531; UMUR, s.193; TAH RO LU/ERDO MU , s.192-193; PULA LI, s.23-24; SRMEN, s.47 vd.; O UZMAN/ÖZ, s.492; AK PEK, s.284-285; EREN, s.1194; SOMER, s.17; OKUR, s.43, 66. Objektif olarak belirsizlikten kas,t, hiç üphesiz art,n gerçekle ip gerçekle meyece inin sadece tarafları aç,s,ndan de il, herkes bak,m,ndan üpheli olması, anlam,na gelir. Belirsizliğin sübjektif de olabilece i yönünde bkz. KOLLER, N 77.01.

²⁷ SCHWIND, s.271-272; SCHWENZER, N 11.02; KOLLER, N 77.04; KRAMER/PROBST, N 532; KASER, Privatrecht, s.223-224; HONSELL, Römisches, s.28; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3951; O UZMAN/ÖZ, s.494; UMUR, s.196; AK PEK, s.284-285; SOMER, s.18; PULA LI, s.23; KOSCHAKER/AY TER, s.64, 65-66.

²⁸ HONSELL, Römisches, s.28; KOLLER, N 77.05; TAH RO LU/ERDO MU , s.193.

²⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3953; KOLLER, N 77.05; TAH RO LU/ERDO MU , s.193.

³⁰ KOLLER, N 77.05; OKUR, s.59.

³¹ HONSELL, Römisches, s.28; PULA LI, s.70; EREN, s.1193; KOSCHAKER/AY TER, s.64; OKUR, s.42-43, 59-60.

³² HONSELL, Römisches, s.28; PULA LI, s.70; EREN, s.1193; OKUR, s.42-43.

³³ PULA LI, s.70; EREN, s.1193.

³⁴ ZIMMERMANN, s.719.

³⁵ HONSELL, Römisches, s.28-29; DI MARZO, s.78; SCHWENZER, N 11.12; SCHWIND, s.269-270; TAH RO LU/ERDO MU , s.193; O UZMAN/ÖZ, s.502-503; UMUR, s.194; SOMER, s.17; EREN, s.1196; PULA LI, s.79. Hukuka ayk,r,l,k ve ahlâka ayk,r,l,k k,stataslar,n,n, Iustinianus döneminde kabul gördü ü yönünde bkz. DI MARZO, s.78; OKUR, s.44.

³⁶ ZIMMERMANN, s.719: *öSi digito caelum attigero, (centum) dare spondes?*ö kr . Ins.3, 19, 11; UMUR, s.194; DI MARZO, s.78 dn. 18.

³⁷ SCHWIND, s.269.

³⁸ ZIMMERMANN, s.719-720; KASER/KNÜTEL, § 10 N 6-7; KASER, Privatrecht, s.223; KASER, Max: Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht (Verbotsgesetze), Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 1977, s.92-93; MEINCKE, s.105; HONSELL, Römisches, s.28;

Bir ba ka ifadeyle, hukukî i lem kesin hükümsüz (bat,l) olurdu. Benzer ekilde hukuka veya ahlâka ayk,r, kararla t,r,lan art da, hukukî i lemi kesin hükümsüz k,lard,³⁹. Nitekim TBK m.176 düzenlemesinde de ayn, sonuç kabul edilmi tir.

Buna kar ,n Roma hukukunda, ölüme ba l, tasarruflar bak,m,ndan hâkim *favor testamenti* ilkesi gere ince; imkâns,z, hukuka veya ahlâka ayk,r, artlar,n geçersiz kabul edilerek ölüme ba l, tasarrufun geçerlili inin korunmas, gerekti i savunulmaktad,r⁴⁰. Nitekim Gaius; *öKeza bir kimse öparma ,mla gökyüzüne dokunabilirsemö gibi tahakkuku imkâns,z bir art alt,nda stipulatio yapt,rm, ise, stipulatio hükümsüzdür (inutilis). Fakat imkâns,z bir arta ba l, olarak bir mal vasiyet edilmi ise, üstadlar,m,za göre, hiç bir art konmadan b,rak,lm, gibi hareket etmek lâz,md,r; di er mektebin müellifleri ise, mal vasiyetinin de (legatum) stipulatio gibi hükümsüz oldu u kanaatindedirler. Aradaki hüküm fark,na makul bir sebep göstermek de güçtür.ö ekinde durumu izah etmi tir⁴¹.*

TMK m.515/II hükmü ise hukuka veya ahlâka ayk,r, artlar,n, bulundu u ölüme ba l, tasarrufu geçersiz k,laca ,n, düzenlemi tir.Bu konuyla yak,ndan irtibatlı, bir husus da anlams,z ve rahats,z edici artlard,r (*condicio ineptae*)⁴². TMK m.515/III düzenlemesi, ölüme ba l, tasarruflarda yer alan anlams,z ve rahats,z edici artlar,n yok say,laca ,n, düzenlemi tir. u hâlde an,lan artlar olmaks,z,n ölüme ba l, tasarruflar geçerlili ini korur. Sa lararas, hukukî i lemler bak,m,ndan aç,k bir düzenleme bulunmamakta olup ö retide çe itli görüşlere rastlanmaktad,r⁴³.

D. Fuzulî Olmamas,

Yukar,da ele al,nm, üç unsur mevcut olsa da, nadiren art söz konusu olmayabilir. Ayr,ca art,n, fuzulî olmamas, da gerekir. Nitekim Roma hukukunda bu duruma örnek olarak *öTitius mirasç,m olur ve terekemi idare ederse, Maeviusa (on) bin sesters versin.ö* ifadesi gösterilmektedir⁴⁴. An,lan ifadede yer verilen Titius'un terekeyi idare etmesi art, fuzulî (*supervacua*) oldu u için yaz,lmam, say,l,r (*pro non scripta*)⁴⁵. Bir ba ka ifadeyle *öTitius mirasç,m olursa Maeviusa (on) bin sesters versin.ö* denilmesi ile bu ifadenin yukar,da belirtildi daha uzun hâli aras,nda bir fark bulunmamaktad,r⁴⁶. Dolay,s,yla *öTitius'un terekeyi idare etmesiö* fuzulî olmas, nedeniyle art te kil etmez. Ancak bu durum hukukî i lemin geçerlili i üzerinde herhangi bir olumsuz etki do urmaz.

V. ART ÇE TLER

TBK'de art, düzenleyen hükümler incelendi inde; esas olarak geciktirici ve bozucu art,n düzenlendi i görülmektedir. Her ne kadar kanun koyucu, sadece an,lan art çe itlerini öngörmü olsa da ö retide ve uygulamada ilave art türlerinden de söz edilmektedir.

KOSCHAKER/AY TER, s.64; S RMEN, s.115, 122; PULA LI, s.25, 79, 129-133; Ins.3, 19, 11. kr . KOLLER, N 77.33.

³⁹ ZIMMERMANN, s.720-721; MOUSOURAKIS, George: Fundamentals of Roman Private Law, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg 2012, s.196; EREN, s.1196.

⁴⁰ KASER, Verbotsgesetze, s.93, 98; KASER/KNÜTEL, § 10 N 6; MEINCKE, s.105; KASER, Privatrecht, s.223; HONSELL, Römisches, s.29; SCHWIND, s.269; TAH RO LU/ERDO MU , s.193 dn. 136; D. 35, 1, 17, 1. kr . EREN, s.1196.

⁴¹ GAIUS: Institutiones (Borçlar K,sm.), Do an Karde Yay,nlar, A. . Bas,mevi, stanbul 1953 (Çeviren: RADO, Türkân), 3, 98 (s.17).

⁴² ERDO MU , s.28; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3989.

⁴³ Sa lararas, hukukî i lemlerde anlams,z ve rahats,z edici artlar,n geçerli oldu u yönünde bkz. EREN, s.1197; PULA LI, s.139. kr . O UZMAN/ÖZ, s.503-504. Ölüme ba l, tasarruflarda anlams,z ve rahats,z edici art,n yok say,laca ,na ili kin hükmün, sa lararas, hukukî i lemler bak,m,ndan k,yasen uygulanaca , yönünde bkz. KRAMER/PROBST, N 538. Sa lararas, hukukî i lemler bak,m,ndan anlams,z art,n, hukukî i lemi butlanla sakatlayaca , yönündeki görüş için bkz. S RMEN, s.126. Rahats,z edici artlar bak,m,ndan kr . S RMEN, s.127.

⁴⁴ D. 36, 2, 22, 1: *öTitius heres esto. Si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decem dato.ö* An,lan hükmün *öTitius soll mein Erbe sein; wenn Titius meine Verlassenschaft angetreten hat, soll er dem Maevius zehntausend Sesterzien gebenö* ekindeki Almanca çevirisi için bkz. MOKREJS, Caroline: *öIn der Schwebe, Zum Versuch der Kategorisierung der condicio iuris im klassischen römischen Rechtö*, Revue internationale des droits de l'antiquité, 3e Série, Tome LVII, 2010, s.322, <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2010/17.Mokrejs.pdf>, (Eri im Tarihi: 28.10.2018). kr . KASER/KNÜTEL, § 10 N 8.

⁴⁵ ZIMMERMANN, s.719; MOKREJS, s.322.

⁴⁶ MOKREJS, s.322.

A. Geciktirici ó Bozucu art

Türk hukuku geciktirici ó bozucu art ayr,m,n, esas alm, t,r⁴⁷. An,lan ayr,m, arta ba lanan hukukî i lemin hüküm ve sonuç do uraca , an bak,m,ndan belirleyicidir. Taraflar,n yapm, oldu u hukukî i lemin arta ba land, , anla ,lmakla beraber bunun türü aç,kça ifade edilmemi se taraflar,n iradesinin yorumuyla sonuca var,l,r⁴⁸. Tereddüt hâlinde geciktirici art,n varl, , kabul edilmelidir⁴⁹.

1. Geciktirici art

Geciktirici art, TBK m.170-172 (BK m.149-151) hükümlerinde özel olarak düzenlenmi tir. Ayr,ca kanun koyucu, TBK m.174-176 hükümlerinde hem geciktirici hem bozucu art için ortak hükümler getirmi tir.

TBK m.170/I hükmü çerçevesinde, bir sözleşmenin hüküm ifade etmesinin gerçekleşmeyle ilgili bilinmeyen bir olguya ba lanm, olmas, geciktirici art (erteleyici art, talikî art, *condicio suspensiva*) olarak adlandır,l,r⁵⁰. Roma hukukunda günümüzdeki anlam,yla bozucu art kavram, bilinmedi i için, art (*condicio*) denildi inde anla ,lan,n sadece geciktirici art (*condicio suspensiva*) oldu u söylenebilir⁵¹. Corpus Iuris Civilis'te geciktirici art için *Titus consul seçilirse bana be alt,n para (aurei) ödemeye söz veriyor musun?* örne i verilmi tir⁵².

2. Bozucu art

Bozucu art, TBK m.173 (BK m.152) hükmünde özel olarak düzenlenmi tir. Ayr,ca kanun koyucu, TBK m.174-176 hükümleriyle hem geciktirici hem bozucu art için ortak olan bazı esaslar, düzenlemi tir.

TBK m.173/I (BK m.152/I) hükmüne göre bozucu art (infisahî art, *condicio resolutive*), sözleşmenin sona ermesinin ba land, , ve önceden gerçekleşmeyle ilgili bilinmeyen olgudur⁵³. Modern hukuk sistemlerinde bozucu art, özel olarak düzenlenmektedir⁵⁴. Buna kar ,n Roma hukukunda bozucu art, ayr, bir art türü olarak de erlendirilmedi i için hukukî i lemin hüküm ve sonuçlar,n,n sona erdirilmesi geciktirici bir arta ba lanm, olan sona erme anla mas, (fesih veya rücu anla mas,, *pactum adiectum*) eliyle sa lan,rd,⁵⁵.

⁴⁷ SCHWENZER, N 11.05; KOLLER, N 77.09; O UZMAN/ÖZ, s.496, 498; PULA LI, s.57; OKUR, s.71. Bozucu art,n teknik anlamda bir art tekil etmedi i, bu bak,m,ndan an,lan ayr,m,n isabetli olmad, , yönünde bkz. S RMEN, s.54-60. TBK m.174 (Art. 155 OR) hükmünün iradî olmayan arttan bahsederek iradî ó tesadüfî art ayr,m,n, da zikretmi oldu u yönünde bkz. KOLLER, N 77.09.

⁴⁸ SCHWENZER, N 11.06; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3964; O UZMAN/ÖZ, s.498-499; TAH RO LU/ERDO MU , s.195; S RMEN, s.60 vd., 64; OKUR, s.71. artlar,n yorumlanmas,na dair ayr,nt,l, aç,klamalar için bkz. ZIMMERMANN, s.728-731.

⁴⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3964; O UZMAN/ÖZ, s.498-499; OKUR, s.75. BK m.149/II hükmü tereddüt hâlinde geciktirici art,n varl, ,n, kabul etmekten TBK m.170/II hükmünde böyle bir düzenlemenin yer almad, , yönünde bkz. O UZMAN/ÖZ, s.505.

⁵⁰ Benzer tan,mlar için bkz. ZIMMERMANN, s.718; ERDO MU , s.28; PULA LI, s.56-57; KRAMER/PROBST, N 533; TAH RO LU/ERDO MU , s.193; AK PEK, s.284, 286; UMUR, s.194; O UZMAN/ÖZ, s.498; DI MARZO, s.79; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3958; EREN, s.1199; S RMEN, s.53.

⁵¹ KASER, Privatrecht, s.219; KASER/KNÜTEL, § 10 N 2; ZIMMERMANN, s.717-718; SCHWIND, s.270; DI MARZO, s.79; TAH RO LU/ERDO MU , s.194; KOSCHAKER/AY TER, s.65. kr . OKUR, s.45.

⁵² Ins.3, 15, 4: *Si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?*ö kr . ZIMMERMANN, s.718; TAH RO LU/ERDO MU , s.192; UMUR, s.193-194; DI MARZO, s.77.

⁵³ Benzer tan,mlar için bkz. KRAMER/PROBST, N 534; ERDO MU , s.28; UMUR, s.194; EREN, s.1199; AK PEK, s.284, 288; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3960; PULA LI, s.63; DI MARZO, s.79; O UZMAN/ÖZ, s.498; S RMEN, s.54.

⁵⁴ ZIMMERMANN, s.731.

⁵⁵ KASER/KNÜTEL, § 10 N 11; HAUSMANINGER/SELB, s.203; SCHWIND, s.270; TAH RO LU/ERDO MU , s.194; PULA LI, s.100-101, 105-106; ZIMMERMANN, s.731; KASER, Privatrecht, s.221; DI MARZO, s.79; S RMEN, s.54; UMUR, s.194-195. kr . OKUR, s.45. Bu husustaki örnekler için bkz. D. 18, 3, 1; D. 18, 1, 3. D. 18, 1, 3 hükmünün *öMebi be enilmazse al,m sat,m,n muteber olm,yaca , ekinde kay,t konulmu sa bu al,m sat,m artla muallâk de ildir, fakat al,m sat,m art uyar,nca infisah etmektedir.*ö ekindeki tercümesi için bkz. DI MARZO, s.79 dn. 21. Institutiones'in tan,d, , tek bozucu art,n vasi atanmas,na ili kin oldu u (Ins.1, 22, 2) yönünde bkz. MEINCKE, s.105. sviçre hukuku bak,m,ndan bozucu etkinin geciktirici art vas,tas,yla sa land, , örnekler için bkz. KOLLER, N 77.13.

B. radî ó Tesadüfi ó Karma art

Taraflar,n kararla t,rd,klar, art,n gerçekte ip gerçekte memesinin kimin veya neyin iradesine tâbi k,l,nd, ,n, esas alan bu tasnif, Iustinianus hukukuna dayanmaktadır⁵⁶. Bu bak,mdan söz konusu ayr,m,n, geciktirici ó bozucu art ayr,m, gibi pratik aç,dan çok farklı, sonuçlar do urmad, , rahatla söylenebilir.

1. radî art

Hukukî i lemin ba lanm, oldu u art,n, gerçekte ip gerçekte meyece inin taraflardan birinin iradesine tâbi k,l,nd, , hâllerde iradî art (*condicio potestativa, condicio si voluero*) söz konusu olur⁵⁷. Bu yönüyle iradî art, kanunî art (*condicio iuris*) kavram,n,n tam kar ,s,nda yer al,r⁵⁸. radî artta, art,n gerçekte mesinin iradesine ba l, k,l,nd, , taraf, ayn, zamanda art,n gerçekte mesi ile bir yükümlülü ü ifa etmek zorunda kalacaksa bu taraf,n iradî olarak art,n gerçekte mesini engelleyebilece i ifade edilmektedir⁵⁹.

TBK m.249 (BK m.219) hükmü çerçevesinde be enme (tecrübe ve muayene) art,yla sat, hâlinde iradî art mevcuttur⁶⁰. Zira sat, sözle mesinin tam olarak hüküm ve sonuç do urmas, sözle me taraflar,ndan biri olan al,c,n,n iradesine ba l, k,l,nm, t,r.

Olumsuz iradî art,n söz konusu oldu u hâllerde, art,n gerçekte ip gerçekte meyece i genellikle ilgili ki i ölene kadar belli olamaz⁶¹. Örne in; *öAnkaraøya ta ,nmaza Aøya saatimi ba , layaca ,mö* denilmi se Aø,n Ankaraøya ta ,nmamas, olgusu, A hayatta oldukça Aø,n Ankaraøya ta ,nabilmesinin mümkün olmas, nedeniyle objektif üpheden arî hâle gelemes. Bir ba ka deyi le, Aø,n Ankaraøya ta ,nmayaca , Aø,n ölmesiyle anla ,labilir. Bu bak,mdan burada t,pk, bir bozucu art varm, gibi arta ba l, hukukî i lemin icra edilmesi; ancak sonradan arta ayk,r, davran, yerine getirilirse al,nan eyin iade edilmesinin gerekti i ifade edilmektedir⁶².

⁵⁶ KASER/KNÜTEL, § 10 N 4; SCHWIND, s.270; DI MARZO, s.80 dn. 23; TAH RO LU/ERDO MU , s.195; OKUR, s.46. Codex, 6, 51, 1, 7 hükmünün *öBilâkis bir ey ya tesadüfi, ya iradî veya muhtelit bir arta ba lan,rsa, bu artlar,n tahakkuku ya tesadüfe, ya erefli bir kimsenin iradesine veya her ikisine tâbidir.*ö eklindeki tercümesi için bkz. DI MARZO, s.80 dn. 23.

⁵⁷ ZIMMERMANN, s.722; SCHWIND, s.270; KASER, Privatrecht, s.222; HONSELL, Römisches, s.29; MOUSOURAKIS, s.196; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3965; UMUR, s.195; PULA LI, s.39; DI MARZO, s.80; KOLLER, N 77.15; SCHWENZER, N 11.07; O UZMAN/ÖZ, s.497; EREN, s.1197; KRAMER/PROBST, N 535; TAH RO LU/ERDO MU , s.195; ERDO MU , s.28; S RMEN, s.67; OKUR, s.48.

⁵⁸ ERDO MU , s.28. Kanunlarca, yani objektif hukuk kurallar,nca zorunlu kabul edilen olgulara kanunî art (*condicio iuris*) denir. Bu hususta bkz. KASER/KNÜTEL, § 10 N 8; SCHWENZER, N 11.01; SOHM, s.247; MOKREJS, s.315; KOLLER, N 79.11 vd.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4027; O UZMAN/ÖZ, s.491; DI MARZO, s.77; S RMEN, s.84; PULA LI, s.83 (Yazar *ö hukukî artö* kavram,n, da kullanılmaktadır); UMUR, s.194; KOSCHAKER/AY TER, s.64; OKUR, s.43, 58 (Yazar, hem *ökanuni ko ulö* hem *ö hukukî ko ulö* kavramlar,n, kullanm, t,r). Bir hukukî i lemin kanunî artlar,nda bir eksiklik varsa o hukukî i lemin kesin hükümsüz (bat,l) olaca , yönünde bkz. SOHM, s.247. Her ne kadar *ö artö* ibaresini içerse de kanunî art,n gerçek ve teknik anlamda bir art te kil etmedi i yönünde bkz. KASER/KNÜTEL, § 10 N 8. Klasik hukukta hukukî i lemin geçerlilik artlar,n,n *ö hukukî artö* olarak nitelendirilmesinin üpheli oldu u yönünde bkz. KASER, Privatrecht, s.219. Ancak kanunî artlar, zaten o hukukî i lemin geçerli olarak kurulabilmesi için gerekli oldu undan ayr,ca taraflarca art olarak zikredilmesinin fuzulü oldu u yönünde bkz. KASER/KNÜTEL, § 10 N 8; PULA LI, s.83, 86; S RMEN, s.84. Nitekim bu bak,mdan kanunî art,n, gerçek olmayan artlar alt,nda de erlendirilmesi için bkz. S RMEN, s.84. Kanunî arta ili kin örnek için bkz. UMUR, s.194. Yazar,n verdi i örne e göre; sözle me yaparken *öfiil ehliyeti varsaö* gibi bir ibare eklenmesi, kanunî art oldu u ve hukuk düzeni zaten sözle me yapmak isteyen ki ilerinin fiil ehliyetine sahip olmas,n, gerekli k,ld, , için fuzulüdür. Ayr,ca örnek verilebilecek D. 23, 3, 21 hükmünün *öCihaz sebebiyle yap,lan stipulatioøunun içinde u art mündemiç oldu u muhakkakt,r: arkas,ndan evlenme takib ederse.*ö eklindeki çevirisi için bkz. DI MARZO, s.77 dn. 17. Ayr,ca bkz. KOSCHAKER/AY TER, s.64; KASER/KNÜTEL, § 10 N 8. Kanunî art kavram,n,n, Corpus Iuris Civilis'te D. 35, 1, 21 ve D. 21, 1, 43, 10 olmak üzere sadece iki yerde zikredildi i yönünde bkz. MOKREJS, s.317. An,lan düzenlemelere ili kin aç,klamalar için bkz. MOKREJS, s.320.

⁵⁹ ZIMMERMANN, s.722.

⁶⁰ KOLLER, N 77.17.

⁶¹ KASER/KNÜTEL, § 10 N 4. Bu husustaki aç,klamalar ve tart, malar için bkz. KASER, Privatrecht, s.222-223.

⁶² KASER/KNÜTEL, § 10 N 4. Nitekim § 2075 BGB hükmü de benzer bir ekilde bozucu art,n varl, ,n, esas alm, t,r.

2. Tesadüfî art

Hukukî i lemin hüküm ve sonuçlar,n, do urabilmesi, üçüncü bir ki inin iradesine veya do a olaylar, gibi insan iradesinin etki edemedi i bir olguya ba lanm, sa tesadüfî arttan (*condicio causalis*) bahsedilir⁶³.

A ile B; yapt,klar, sat, sözle mesinde, C'nin bir gün içinde pazara gelmemesi hâlinde, A'n, B'den on çuval bu day alaca ,n, kararla t,r,m, larsa üçüncü bir ki i olan C'nin iradesine ba lanm, ve bu sebeple de tesadüfî nitelik ta ,yan bir art söz konusu olur.

A ile B; yapt,klar, sat, sözle mesinde, üç gün içinde kar ya mazsa A'n, B'den on ton buz alaca ,n, kararla t,r,m, larsa sözlemenin hüküm ve sonuç do urmas, bir do a olay,na ba land, , için tesadüfî art mevcuttur.

3. Karma art

Hukukî i lem, hem taraflardan birinin iradesine hem de sözle me d, , üçüncü bir ki inin iradesine ya da bir do a olay,na ba l, k,l,nm, sa karma (muhtelit) art (*condicio mixta*) söz konusu olur⁶⁴.

A; B'nin C ile evlenmesi hâlinde, B'ye bilezik ba , layaca ,n, belirtmi se ba , lama sözle mesi karma artta ba l,d,r⁶⁵. Zira B ile C'nin evlenebilmesi, hem ba , lama sözle mesinin taraf, olan B'nin hem ba , lama sözle mesinin taraf, olmayan ve bu bak,mdan üçüncü bir ki i olan C'nin iradesini gerektirir.

C. Olumlu ó Olumsuz art

Her ne kadar pratik aç,dan bir önemi bulunmasa da, hukukî i lemin ba land, , olgunun gerçekle ip gerçekle memesine göre olumlu (müspet) art ó olumsuz (menfî) art ayr,m, yap,l,r⁶⁶. Bu bak,mdan gerçekle ecek veya gerçekle meyecek olgunun, sonuç itibar,yla olumlu ya da olumsuz bir hadise olmas, belirleyici de ildir⁶⁷. Örne in; *õA üç ay içinde ölürsö* ekinde bir art kararla t,r,l,m, sa burada olumlu art söz konusu olur. A'n, ölmesi hadisesinin naho bir olay olmas, ve ómuhtemelenó yürekten arzu edilen bir ey olmamas, durumu de i tirmez.

1. Olumlu art

Hukukî i lem, olgunun gerçekle mesine ba lanm, sa olumlu (müspet) arttan bahsedilir⁶⁸. art,n ba land, , olgu gerçekle irse art da gerçekle mi olur⁶⁹.

2. Olumsuz art

Taraflar; yapt,klar, hukukî i lemi, kararla t,r,lan olgunun gerçekle ememesi ihtimaline ba lam, larsa olumsuz (menfî) art söz konusu olur⁷⁰. Bu bak,mdan art,n ba land, , olgunun gerçekle memesi veya gerçekle mesinin imkâns,zla mas, hâlinde artta ba lanan hüküm ve sonuçlar do ar⁷¹. mkâns,z olumsuz art,n varl, , hâlinde ise gerçek anlamda bir art bulunmaz,

⁶³ ZIMMERMANN, s.722; ERDO MU , s.27; SCHWIND, s.270; KRAMER/PROBST, N 536; SCHWENZER, N 11.07; PULA LI, s.47; MOUSOURAKIS, s.196; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3967; KOLLER, N 77.15; UMUR, s.195; EREN, s.1198; DI MARZO, s.80; O UZMAN/ÖZ, s.497; S RMEN, s.73; TAH RO LU/ERDO MU , s.195; OKUR, s.49.

⁶⁴ KOLLER, N 77.15; ERDO MU , s.28; TAH RO LU/ERDO MU , s.195; SCHWIND, s.270; MOUSOURAKIS, s.196; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3969; EREN, s.1199; O UZMAN/ÖZ, s.498; DI MARZO, s.80; OKUR, s.49. Bu bak,mdan *õkarma ,k artõ* kavram,n,n kullanmas, için bkz. S RMEN, s.74; PULA LI, s.48.

⁶⁵ DI MARZO, s.80; O UZMAN/ÖZ, s.498.

⁶⁶ HAUSMANINGER/SELB, s.204; SCHWENZER, N 11.08; KOLLER, N 77.10; SCHWIND, s.270; MOUSOURAKIS, s.196; O UZMAN/ÖZ, s.496; DI MARZO, s.79; S RMEN, s.66-67; TAH RO LU/ERDO MU , s.196; EREN, s.1197. Olumlu ó olumsuz art ayr,m,n,n § 696 ABGB hükmünde aç,kça zikredildi i yönünde bkz. KOLLER, N 77.10.

⁶⁷ O UZMAN/ÖZ, s.496. kr . PULA LI, s.39; S RMEN, s.67.

⁶⁸ ZIMMERMANN, s.722; SCHWENZER, N 11.08; SCHWIND, s.271; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3971; PULA LI, s.38-39; EREN, s.1197; O UZMAN/ÖZ, s.496; S RMEN, s.67; OKUR, s.49.

⁶⁹ DI MARZO, s.81.

⁷⁰ ZIMMERMANN, s.722; SCHWIND, s.271; SCHWENZER, N 11.08; PULA LI, s.38-39; O UZMAN/ÖZ, s.496; S RMEN, s.67; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3972; EREN, s.1197; OKUR, s.49.

⁷¹ DI MARZO, s.81.

hukukî i lem hüküm ve sonuçlar,n, yap,ld, , anda do urmaya ba lar⁷².

D. Gerçekle eabilecek ó Gerçekle emeyecek art

Roma hukuku eserlerinde gerçekle eebilecek ve gerçekle emeyecek art ayr,m, da yap,lmaktad,r⁷³. Esasen gerçekle emeyecek art, art,n unsurlar,n, içermedi i için teknik anlamda bir art olarak nitelendirilemez. Zira gerçekle emeyecek art, ya hukukî i lemin yap,ld, , ana ya da yap,lmaz,ndan öncesine ili kin olup gelece e yönelik de ildir.

1. Gerçekle eebilecek art

art,n unsurlar,n, ta ,yan ve bu bak,mdan gelece e ili kin gerçekle ip gerçekle meyece i objektif olarak belirsiz olan bir husus gerçekle eebilecek art olarak tan,mılanmaktadır⁷⁴.

2. Gerçekle emeyecek art

Gerçekle emeyecek veya gerçek olmayan art; gelece e yönelik olmamas, nedeniyle gerçek anlamda bir art te kil etmeyen hâlihaz,r veya geçmi e ili kin artt,r (*condiciones ad praeteritum vel in praesens collata, condicio in praesens vel in praeteritum*)⁷⁵.

Gelece e ili kin bir husus söz konusu olmad, , için taraflar,n kararla t,rm, olduklar, olgu e er hukukî i lem yap,lrken gerçekle mi se hukukî i lemin, yap,ld, , anda arta ba l, olmaks,z,n hüküm ve sonuçlar,n, do uraca , kabul edilmektedir⁷⁶. E er bu olgu mutlaka gerçekle iyorsa hukukî i lem yap,ld, , anda hüküm ve sonuçlar,n, do urur⁷⁷. ayet söz konusu olgu hukukî i lemin yap,ld, , anda gerçekle memi se hukukî i lem kesin hükümsüz olur⁷⁸. Benzer ekilde bu olgunun gerçekle mesi imkâns,z ise hukukî i lem yine kesin hükümsüz olur⁷⁹.

Gerçekle emeyecek art için s,kl,kla sadece gelece e ili kin olmama hâli belirtilmektedir. Ancak ö retide imkâns,z, ahlâka veya hukuka ayk,r, artlar,n da gerçekle emeyecek art te kil etti ini savunan yazarlara rastlanmaktadır⁸⁰.

IV. ARTIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

arta ba lanm, hukukî i lemlerin durumu, zaman bak,m,ndan iki döneme ayr,larak incelenebilir. Ancak öncelikle, geciktirici art ile bozucu art ayr,m,n,n yap,lmaz, elzemdir. Zira an,lan art türleri, farklı, hüküm ve sonuçlar do urur.

A. Geciktirici art,n Hüküm ve Sonuçlar,

1. art,n Gerçekle mesinden Önce

Geciktirici arta ba l, olarak kurulan hukukî i lem, yap,ld, , anda ask,da hükümsüzdür (*Schwebezustand*)⁸¹. Geciktirici art,n henüz gerçekle medi i veya gerçekle meyece inin kesin olarak anla ,lmad, , dönem boyunca hukukî i lemin ask,da hükümsüzlü ü devam eder. Esasen bu durum, art,n ask,da olmas, (*condicio pendente, condicio pendet*) eklinde de ifade

⁷² DI MARZO, s.79 dn. 22. Bu husus, Ins.3, 19, 11 hükmünde net bir ekilde izah edilmi tir.

⁷³ TAH RO LU/ERDO MU , s.196.

⁷⁴ TAH RO LU/ERDO MU , s.196.

⁷⁵ Ins.3, 15, 6; KASER/KNÜTEL, § 10 N 6; HAUSMANINGER/SELB, s.204; KASER, Privatrecht, s.223; HONSELL, Römisches, s.28; SCHWIND, s.269; SCHWENZER, N 11.02; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4029; KRAMER/PROBST, N 531; S RMEN, s.77-78; TAH RO LU/ERDO MU , s.196; ERDO MU , s.28; PULA LI, s.37, 75-76.

⁷⁶ Ins.3, 15, 6; HAUSMANINGER/SELB, s.204; KASER/KNÜTEL, § 10 N 6; KASER, Privatrecht, s.223; HONSELL, Römisches, s.28; TAH RO LU/ERDO MU , s.196; S RMEN, s.79.

⁷⁷ Ins.3, 19, 11; KASER/KNÜTEL, § 10 N 6; S RMEN, s.79; TAH RO LU/ERDO MU , s.196 dn. 141.

⁷⁸ KASER/KNÜTEL, § 10 N 6; TAH RO LU/ERDO MU , s.196; S RMEN, s.79.

⁷⁹ HAUSMANINGER/SELB, s.204; HONSELL, Römisches, s.28; TAH RO LU/ERDO MU , s.196 dn. 141; GAIUS, 3, 98 (s.17).

⁸⁰ KASER/KNÜTEL, § 10 N 6. Sadece imkâns,z artlar bak,m,ndan ayn, yönde bkz. S RMEN, s.82-84.

⁸¹ KASER, Privatrecht, s.220; KASER/KNÜTEL, § 10 N 9; MOKREJS, s.315; HAUSMANINGER/SELB, s.202; SCHWIND, s.270; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3994; SCHWENZER, N 12.01; KRAMER/PROBST, N 533, 539; EREN, s.1200; UMUR, s.194; DI MARZO, s.80; KOSCHAKER/AY TER, s.64-65; PULA LI, s.3-4, 143-144; TAH RO LU/ERDO MU , s.194, 196; OKUR, s.50.

edilebilir⁸².

art,n ask,da oldu u dönem boyunca sözle menin icras, talep edilemez⁸³. Borçlu, art,n gerçekte ti ini sanarak ifay, hataen gerçekte tirmi se bunun iadesini (*condictio indebiti*) talep edebilir⁸⁴. Ancak bu dönemde arta ba l, hak, beklenen hak (*Anwartschaft, Anwartschaftsrecht*) niteli inde olmas, sebebiyle bir ba kas,na devredilebilir ve miras yoluyla intikal edebilir⁸⁵. Keza arta ba l, alacak; yenilenebilir, ibra edilebilir, kefaletle veya rehinle temin edilebilir⁸⁶.

art,n ask,da oldu u dönemde, beklenen bir hak söz konusu oldu undan dürüstlük kural,na ayk,r, bir ekilde art,n gerçekte mesine engel olunamaz⁸⁷. Nitekim TBK m.171/I hükmü, art,n ask,da oldu u dönemde borçlunun, borcun gere i gibi ifas,na engel olabilecek her türlü davran, tan kaç,nmakla yükümlü oldu unu düzenlemi tir. Roma hukukunda klasik dönemde bulunmayan bu esas, sonraki dönemlerde kabul edilmi tir⁸⁸. TBK m.171/II hükmü uyar,nca arta ba l, hakk, tehlikeye dü en alacakl,, t,pk, arta ba l, olmayan haklar,n alacakl,lar, gibi hakk,n, korumak için gerekli tedbirleri alabilir⁸⁹.

Geciktirici art henüz gerçekte meden borcun konusu alacakl,ya teslim edilmi ve alacakl, da bu esnada borcun konusundan yarar elde etmi olabilir. Bu durumda geciktirici art gerçekte irse alacakl,, TBK m.172/I hükmü uyar,nca elde etti i yararlar, korur; ancak art gerçekte mezse TBK m.172/II düzenlemesine göre bunlar, iadeyle yükümlü olur⁹⁰.

2. art,n Gerçekte mesinden veya Gerçekte memesinden Sonra

ayet geciktirici art gerçekte irse (*si extiterit condicio, condicio existit*) veya gerçekte mi say,l,rsa hukukî i lemin tamamlay,c, unsuru ikmal edilmi olur ve hukukî i lem kendili inden tüm hüküm ve sonuçlar,n, do urur⁹¹. art,n gerçekte mesinde menfaati olan taraf, art,n gerçekte ti ini ispat yükü alt,ndad,r⁹².

Klasik Roma hukukuna göre gerçekte en art, etkilerini ileriye etkili bir ekilde (*operation ex nunc*) do urur⁹³. TBK m.170/II ve § 158/I BGB hükümlerinde de ayn, anlay,

⁸² ZIMMERMANN, s.724; HAUSMANINGER/SELB, s.202; DI MARZO, s.80; TAH RO LU/ERDO MU , s.194, 196; UMUR, s.194; ERDO MU , s.28 (eserde, *öcondicioö* ibaresi yerine -muhtemelen sehven- *öcondictioö* yaz,lm, t,r).

⁸³ ZIMMERMANN, s.724; KASER, Privatrecht, s.220; KASER/KNÜTEL, § 10 N 10; MEINCKE, s.105; KOLLER, N 78.19; UMUR, s.195; DI MARZO, s.80; MOUSOURAKIS, s.195; EREN, s.1201; PULA LI, s.3, 146; TAH RO LU/ERDO MU , s.196 dn. 143. D. 20, 1, 13, 5 hükmünün *ö arttan evvel muteber olarak dâva aç,lamaz, demek lâz,md,r, zira henüz hiç bir ey borçlan,lm, de ildir.ö* ekindeki tercümesi için bkz. DI MARZO, s.80.

⁸⁴ ZIMMERMANN, s.724; KASER, Privatrecht, s.220; KASER/KNÜTEL, § 10 N 10; HAUSMANINGER/SELB, s.271; KOLLER, N 78.22; EREN, s.1201; O UZMAN/ÖZ, s.508; TAH RO LU/ERDO MU , s.196 dn. 143. Ancak sonradan art gerçekte irse ifan,n geri istenemeyece i yönünde bkz. HAUSMANINGER/SELB, s.271; TAH RO LU/ERDO MU , s.196 dn. 143; D. 12, 6, 16.

⁸⁵ KASER, Privatrecht, s.220; KASER/KNÜTEL, § 10 N 9; SCHWENZER, N 12.01; MEINCKE, s.105; HONSELL, Römisches, s.29; EREN, s.1201; PULA LI, s.144 vd., 148; TAH RO LU/ERDO MU , s.196; O UZMAN/ÖZ, s.507; Ins., 3, 15, 4; Ins.3, 19, 25.

⁸⁶ KASER/KNÜTEL, § 10 N 10; SCHWENZER, N 12.03; KOLLER, N 78.10; TAH RO LU/ERDO MU , s.196 dn. 143; KASER, Privatrecht, s.220-221; PULA LI, s.148; O UZMAN/ÖZ, s.507; EREN, s.1201; UMUR, s.195.

⁸⁷ HAUSMANINGER/SELB, s.202; KRAMER/PROBST, N 539; HONSELL, Römisches, s.29; KASER, Privatrecht, s.220; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3997; PULA LI, s.195-196; O UZMAN/ÖZ, s.506; EREN, s.1202; S RMEN, s.131, 145 vd.

⁸⁸ KOSCHAKER/AY TER, s.65; OKUR, s.50-51.

⁸⁹ KOLLER, N 78.19; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3998.

⁹⁰ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4001; KOLLER, N 78.28, 78.34.

⁹¹ KARADEN Z ÇELEB CAN, s.252; ZIMMERMANN, s.723; KASER, Privatrecht, s.219; SCHWENZER, N 11.05, 13.01; SOHM, s.243; UMUR, s.194-195; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3992; SCHWIND, s.270; KOLLER, N 77.11; S RMEN, s.130, 171; TAH RO LU/ERDO MU , s.194, 197; OKUR, s.52. kr . DI MARZO, s.80; PULA LI, s.218-219.

⁹² SCHWENZER, N 13.02. kr . OKUR, s.72-73.

⁹³ ZIMMERMANN, s.726; SCHWENZER, N 13.03; SCHWIND, s.271; KOSCHAKER/AY TER, s.65; DI MARZO, s.82; EREN, s.1205; S RMEN, s.53; PULA LI, s.219; OKUR, s.53. kr . TAH RO LU/ERDO MU , s.197-198. Roma hukukunda geciktirici art,n gerçekte mesi hâlinde hukukî i lemin geriye etkili olmas,na, yani hukukî i lemin kuruldu u andan itibaren hüküm ve sonuç do urmas,na dair tart, malar için bkz. ZIMMERMANN, s.726-728; HAUSMANINGER/SELB, s.202-203; HONSELL, Römisches, s.29 dn. 38; UMUR, s.195-196.

kabul görmü tür⁹⁴. üphesiz sözleşme özgürlü ü çerçevesinde taraflar,n, art,n geriye etkili olaca ,n, kararlar t,rnal,ar, mümkündür⁹⁵. Oysaki klasik sonrası, dönemde ve Frans,z hukukunda (Art. 1179 CCF), hukukî i lemin kuruldu u andan itibaren, yani art,n gerçekleştirilme ti i andan geriye etkili olaca , (*operation ex tunc*) kabul edilmektedir⁹⁶.

art gerçekleştirilmezse (*defectus condidonis, condicio deficit*) veya art,n art,k gerçekleştirilmezse kesin olarak anla ,l,rsa, hukukî i lemin etkinlik unsuru tamamlanamad, , için hukukî i lem yapıld, , andan itibaren kesin hükümsüz hâle gelir⁹⁷.

B. Bozucu art,n Hüküm ve Sonuçlar,

1. art,n Gerçekle mesinden Önce

Bozucu arta ba l, olarak yapılan hukukî i lem, ögeciktirici arta ba lanan hukukî i lemin tersineö daha yapıld, , andan itibaren hüküm ve sonuçlar,n, eksiksiz olarak do urur⁹⁸. TBK m.173/II (BK m.152/I) hükmünün z,t anlam,ndan da ayn, sonuca ula ,lmaktad,r. Öte yandan bozucu art,n gerçekle memesi veya gerçekle meyece inin anla ,lmas, hâlinde ise hukukî i lemin, arta ba lanm, olmas, sebebiyle hükümsüz kalma ihtimali art,k sona erer⁹⁹.

2. art,n Gerçekle mesinden veya Gerçekle memesinden Sonra

Bozucu art,n gerçekle mesi hâlinde, hüküm ve sonuçlar,n, do urmakta olan hukukî i lem etkinli ini yitirir ve kesin hükümsüz hâle gelir¹⁰⁰. Bir ba ka anlat,m,la, hukukî i lem hüküm ve sonuçlar,n, do urmay, keser. Buradaki kesin hükümsüzlük, art,n gerçekle mesi an,ndan ileriye etkili (*operation ex nunc*) olur¹⁰¹. Nitekim TBK m.173/III (BK m.152/II) düzenlemesi de ayn, esas, benimsemi tir¹⁰². Bozucu art,n etkisinin kendili inden mi gerçekle ece i, yoksa birtak,m ek i lemlere mi ihtiyaç duydu u tart, mal,d,r¹⁰³. Bir görü e göre her bir taraf, alm, oldu unu iade etme borcu alt,na girer¹⁰⁴. Di er görü e göre ise bozucu art hüküm ve sonuçlar,n, kendili inden do urdu u için ayrı,ca iade veya temlik i lemine ihtiyaç

⁹⁴ O UZMAN/ÖZ, s.505, 513; DI MARZO, s.83 dn. *; TAH RO LU/ERDO MU , s.198 dn. 146; S RMEN, s.171; PULA LI, s.64; OKUR, s.83. TBK m.172/I (BK m.151) uyar,nca istisnaen art,n geriye etkili oldu u yönünde bkz. PULA LI, s.220; EREN, s.1205; S RMEN, s.171; OKUR, s.80.

⁹⁵ SCHWENZER, N 13.04.

⁹⁶ DI MARZO, s.82; KOSCHAKER/AY TER, s.65; PULA LI, s.219; OKUR, s.53. kr . HONSELL, Römisches, s.29. Gerçekle en art hukukî muamelenin ba lang,c,na geri götürülür; art gerçekle tikten sonra hukukî muamele yapıld, , andan itibaren, art yokmu gibi hüküm do urur anlam,na gelen *öcondicio existens ad initium negotii retrotrahiturö* ibaresi için bkz. ERDO MU , s.27.

⁹⁷ KARADEN Z ÇELEB CAN, s.255; ZIMMERMANN, s.723; SCHWENZER, N 13.07; KOSCHAKER/AY TER, s.64; SOHM, s.244-245; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3993; SCHWIND, s.271; TAH RO LU/ERDO MU , s.194, 197; UMUR, s.196; DI MARZO, s.80, 83; EREN, s.1205-1206, 1207; S RMEN, s.130-131; OKUR, s.53-54.

⁹⁸ KASER/KNÜTEL, § 10 N 11; SCHWENZER, N 11.05, 12.01; KOLLER, N 77.11; KRAMER/PROBST, N 540; DI MARZO, s.83; MOUSOURAKIS, s.195; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4005; S RMEN, s.54; PULA LI, s.63, 179, 183; TAH RO LU/ERDO MU , s.194, 198; OKUR, s.51.

⁹⁹ SCHWENZER, N 13.07; EREN, s.1207. kr . KOSCHAKER/AY TER, s.64.

¹⁰⁰ KASER/KNÜTEL, § 10 N 11; KRAMER/PROBST, N 540; KOLLER, N 77.11; TAH RO LU/ERDO MU , s.194, 198; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4005; EREN, s.1204; KOSCHAKER/AY TER, s.64; SCHWENZER, N 11.05, 12.01, 13.01; UMUR, s.194; PULA LI, s.179, 220. Bozucu art,n da t,pk, geciktirici art gibi hukukî i lemin tamamlay,c, unsurlar,ndan oldu u ve hukukî i lemin etkilerini kesmesini sa lad, , yönünde bkz. AK PEK, s.288-289.

¹⁰¹ KRAMER/PROBST, N 540; TAH RO LU/ERDO MU , s.198; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4005; EREN, s.1204, 1206; S RMEN, s.54; PULA LI, s.183-184, 221-222; OKUR, s.85. kr . O UZMAN/ÖZ, s.516. Bozucu art,n, hukukî i lemin kuruldu u andan itibaren etkili olaca , yönündeki aksi görü için bkz. DI MARZO, s.83. Frans,z hukukunda Art. 1183 CCF hükmü çerçevesinde bozucu art,n geriye etkili olaca , yönünde bkz. KRAMER/PROBST, N 540.

¹⁰² AK PEK, s.289.

¹⁰³ Bozucu art,n etkisinin kendili inden gerçekle medi i, bu bak,m,ndan iadeyle yükümlü taraf,n, hukukî i lemin kuruldu u andaki hukukî durumu yeniden tesis etme borcu alt,na girdi i yönünde bkz. DI MARZO, s.83; PULA LI, s.106-107. Al,m sat,m (*emptio vendito*) sözleşme kapsam,nda teslim edilen eyin, kendili inden sat,c,ya geri dönce i yönünde bkz. ZIMMERMANN, s.734.

¹⁰⁴ ZIMMERMANN, s.733-734. Roma hukukundaki durum için bkz. PULA LI, s.106.

duyulmaz¹⁰⁵.

Bozucu art gerçekle mezse veya gerçekle meyece i kesin olarak anla ,l,rsa hukukî i lem hüküm ve sonuçlar,n, do urmaya devam eder. Bu bak,mdan hukukî i lemin hüküm ve sonuçlar,n,n, art sebebiyle kesintiye u ramayaca , netle mi olur¹⁰⁶.

C. Geciktirici ve Bozucu art,n Ortak Hüküm ve Sonuçlar,

TBK m.174 (BK m.153) hükmü; art,n, hukukî i lemin taraflar,ndan birinin bizzat yerine getirmesi gerekli bir davran, olmad, , hâllerde o taraf ölürse mirasç,s,n,n onun yerine geçebilece ini düzenlemi tir. Hükmün z,t anlam,ndan art,n, hukukî i lemin taraflar,ndan birinin bizzat yerine getirmesi gereken bir davran, te kil etmesi (yani bir iradî art,n kararla t,r,lmas, hâlinde) ve o taraf,n ölmesi hâlinde art,k art,n gerçekle mesinin söz konusu olamayaca , anla ,lmaktad,r.

TBK m.175 (BK m.154) hükmü, taraflardan birinin, hukukî i lemin ba lanm, oldu u art,n, dürüstlük kurallar,na ayk,r, olarak gerçekle mesini sa lamas,n, veya gerçekle mesine engel olmas,n, düzenlemi tir¹⁰⁷. Roma hukukunda da ayn, esas geçerliydi ve *öcondicio illicita habetur pro non adiecta*ö ekinde ifade edilirdi¹⁰⁸. Hem Roma hukukunda hem TBK m.175/I hükmü do rultusunda Türk hukukunda, art,n gerçekle memesinde menfaati olan hukukî i lem taraf,, art,n gerçekle mesini dürüstlük kural,na ayk,r, bir ekilde engellerse art gerçekle mi say,l,r¹⁰⁹. Benzer ekilde TBK m.175/II düzenlemesi uyar,nca ayet hukukî i lemin taraf,, art,n gerçekle mesini dürüstlük kural,na ayk,r, bir ekilde sa larsa art gerçekle memi say,l,r. Esasen an,lan hüküm, dürüst davranma ve hakk,n kötüye kullan,lm,sa, yasa ,n,n özel bir görünümünü te kil etmektedir. Bu bak,mdan TBK m.175 hükmüne Kanunöda yer verilmemi olsayd, bile ayn, sonuca TMK m.2 hükmü eliyle ula ,labilirdi.

TBK m.176 (BK m.155) hükmü uyar,nca taraflar,n yapt, , hukukî i lem yasak art içeriyorsa, yani hukukî i lem hukuka veya ahlâka ayk,r, arta ba l, olarak yap,lm, sa, hukukî i lem kesin hükümsüz olur. Buraya ayr,ca art,n imkâns,z olmas, ihtimalini de eklemek gerekir.

VII. ARTA BA LANAMAYAN HUKUKÎ LEMLER

Roma hukuku bak,m,ndan kural, her türlü hukukî i lemin geciktirici arta ba lanabilmesidir¹¹⁰. üphesiz çe itli hukukî i lemler ise arta ba l, olarak yap,lanamazlar. Roma hukukunda *actus legimi* denilen hukukî i lemlerin arta ba lanamayaca , kabul edilmekteydi¹¹¹. Bu ba lamda *mancipatio*, *emancipatio*, *in iure cessio*, *cretio*, miras ortakl, ,n,n kurulmas,, evlenme, *coemptio*, *datio tutoris* ve *acceptilatio* i lemleri de arta ba lanamazd,¹¹². arta ba lanmas, caiz olmayan bir hukukî i lem, buna ra men arta ba lan,rsa hukukî i lem geçersiz olurdu¹¹³. Sadece s,n,rl, say,daki hukukî i lem Roma hukukunda bozucu arta ba lanabilirdi¹¹⁴.

¹⁰⁵ EREN, s.1205-1206; PULA LI, s.221. kr . SCHWENZER, N 13.01; O UZMAN/ÖZ, s.516-517; S RMEN, s.54, 179 vd.

¹⁰⁶ AK PEK, s.289.

¹⁰⁷ § 162/I BGB hükmünün de ayn, do rultuda oldu u yönünde bkz. AK PEK, s.287. sviçre hukukunda sadece art,n gerçekle mi say,lm,sa,na dair Art. 156 OR hükmünün (TBK m.175/I) mevcut oldu u ve öngörülmemi olmas,na ra men art,n gerçekle memi say,lm,sa,na ili kin (t,pk, TBK m.175/II hükmünün öngördü ü) esas,n da uygulanmas,n,n gerekti i yönünde bkz. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4016 vd.

¹⁰⁸ Söz konusu ifadenin, *öyasak bir art muameleye konulmam, say,l,rö* anlam,na geldi i yönünde bkz. ERDO MU , s.27.

¹⁰⁹ SCHWIND, s.271; KASER/KNÜTEL, § 10 N 5; HONSELL, *Römisches*, s.29; KOLLER, N 78.13; DI MARZO, s.82; TAH RO LU/ERDO MU , s.197; KRAMER/PROBST, N 539, 541; SCHWENZER, N 13.05, 13.08; O UZMAN/ÖZ, s.511; PULA LI, s.196; EREN, s.1206-1207; D, 50, 17, 161. Burada art,n gerçekle mesine engelleyen taraf,n bunu kasten mi yapmas, gerekti i yönündeki tart, malar için bkz. KOLLER, N 78.15-78.17.

¹¹⁰ KASER, *Privatrecht*, s.219; TAH RO LU/ERDO MU , s.193; GAIUS, 3, 146 (s.49) (*öZira zaman,m,zda e yan,n arta ba l, olarak sat,labilece inde veya kiralanabilece inde üphe yoktur.ö*).

¹¹¹ HAUSMANINGER/SELB, s.203; KASER, *Privatrecht*, s.219; KASER/KNÜTEL, § 10 N 3; TAH RO LU/ERDO MU , s.193; D, 50, 17, 77. Tüm *actus legitimi*nin *iuris civilis* oldu u; ancak hepsinin bir kanuna dayanmad, , yönünde bkz. KASER, *Privatrecht*, s.219 dn. 3.

¹¹² Tüm bu hâller için bkz. ve kr . D, 50, 17, 77; KASER, *Privatrecht*, s.219-220; HAUSMANINGER/SELB, s.203; TAH RO LU/ERDO MU , s.193; KASER/KNÜTEL, § 10 N 3.

¹¹³ KASER, *Privatrecht*, s.219; KASER/KNÜTEL, § 10 N 3; TAH RO LU/ERDO MU , s.193; D, 50, 17, 77.

¹¹⁴ KASER, *Privatrecht*, s.221. Bozucu arta ba lanabilecek hukukî i lemler için bkz. KASER/KNÜTEL, § 10 N 15; KASER, *Privatrecht*, s.221-222.

Önceden belirli bir süreyle s,n,rland,r,lamayacak ve sona erme tarihi kararla t,r,lamayacak hukukî i lemler bozucu arta ba lanamaz,¹¹⁵.

Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde aç,kça arta ba lanamayaca , düzenlenmemiş tüm hukukî i lemlerin arta ba lanabilmesi mümkündür¹¹⁶. Bu bakımdan hem borçland,r,c, i lemler hem tasarruf i lemleri arta ba lanabilir¹¹⁷. Buna karşın hukukî i lem tekil etmeyen maddî fiil, haksız fiil ve hukukî i lem benzeri fiiller arta ba lanamaz¹¹⁸. arta ba lanamayan bir hukukî i lemin, taraflarca arta ba lanması, hâlinde hukukî i lem geçersiz olur¹¹⁹.

Evlence, evlat edinme, tanzimat, soybaşın düzeltilmesi ve reddi, tescil, terkin, tadil ve erh gibi tapu sicili i lemleri (TBK m.292/II hükmü hariç olmak kaydıyla), mirasın reddi (TMK m.609/II) ve mirasın kabulü, taşınmazlarda mülkiyeti saklı tutma anlaşması, (TBK m.243/II), ipotekli borç senedi ve irat senedi (TMK m.909), mirasın kabulü, poliçe, bono ve çeklere ilişkin i lemler, dönme, fesih, iptal, geri alma, seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılması, yetkisiz temsilde ve sınırlı ehliyetlilerin hukukî i lemlerinde i leme onay verme, takas, alım, geri alım, ön alım hakkı gibi yenilik doğuran hakların kullanılması, vasiyeti yerine getire görevlisinin tayini ve bu tayinin kabulü ya da reddi i lemleri arta ba lanamaz¹²⁰.

VIII. SONUÇ

Özkerlik ilkesi çerçevesinde taraflar, yapmış oldukları hukukî i lemleri arta ba lanabilirler. Bir olgunun art olarak kabul edilebilmesi için gelecekte ilişkin olması, gerçekle ilgili gerçekle meyeceğinin objektif olarak üpheli olması, hukuka veya ahlâka aykırılık ya da imkânsız olmaması, ve fuzulî olmaması gerekir. artı çeyitli tasniflere tâbi tutulabilir; ancak bunlar arasında doğrudan hüküm ve sonuçlar açışından en önemlisi geciktirici ile bozucu artı ayrılmadığı. Nitekim TBK de anlaşılabilir ayrım, esas alınarak, Roma hukukunda ise artı denildiğinde sadece geciktirici artı kastedilirdi ve günümüzdeki anlamıyla bozucu artı kurumu mevcut değildi. Geciktirici artı ba lanması, hukukî i lem, artı gerçekle enine kadar hüküm ve sonuçların, doğurması. artı, gerçekle mesiyile birlikte hukukî i lem tüm hüküm ve sonuçların, doğurur. Bozucu artı ba lanması, hukukî i lemler ise kurulduğunda hüküm ve sonuçların, tam olarak doğurur. Buna karşın bozucu artı, gerçekle mesiyile hukukî i lem hüküm ve sonuçların, doğurmayacak, keser. artı ba lanabilmesi mümkün olmayan hukukî i lemlerin artı ba lanması, hukukî i lemin kesin hükümsüzlüğüne yol açar.

¹¹⁵ KASER/KNÜTEL, § 10 N 14; KASER, *Privatrecht*, s.221-222.

¹¹⁶ KRAMER/PROBST, N 537; KOLLER, N 77.25; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3975; O UZMAN/ÖZ, s.499; EREN, s.1195; S RMEN, s.99.

¹¹⁷ KOLLER, N 77.26 vd.; EREN, s.1195; OKUR, s.57. Esasen borçland,r,c, i lemler bakımından anlaşılabilir ilkenin daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu yönünde bkz. KOLLER, N 77.26, 77.28. Taşınmaz satım sözleşmesinin geciktirici artı ba lanabileceği; ancak bozucu artı ba lanamayacağı yönünde bkz. OKUR, s.58. Taşınmaz satım sözleşmesinin Art. 217/I OR hükmü çerçevesinde artı ba lanabileceği yönünde bkz. KOLLER, N 77.26; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3980. Bozucu artı aynı etkiye sahip olmaması nedeniyle taşınmaz satım sözleşmesinin bozucu artı ba lanabileceği yönünde bkz. KOLLER, N 77.26. Geciktirici artı ba lanması, yapılıp, taşınmaz satım sözleşmesinde, TBK m.243/I (Art. 217/I OR) hükmü uyarınca ve tapu sicilinin aleniyet ilkesi sebebiyle ancak artı, gerçekle mesinden sonra tescilin yapılabilmesi yönünde bkz. KOLLER, N 77.27. Zira tapu sicilini inceleyen üçüncü kişiler, taşınmazın malikini o artı, gerçekle ilgili gerçekle mediyi takip etmek zorunda olmaksızın doğrudan örenebilmesi gerekir. Yazarın göre bozucu artı ba lanması, taşınmaz satım sözleşmelerinde ise TBK m.243/I (Art. 217/I OR) hükmü kapsamında uygulanamayacağı için doğrudan alım, adlandırma tescil yapılmadığı. Bozucu artı gerçekle irse satım, yeni malikten ahsî bir taleple iadeyi ister. Yazar, bu durumun, tapu sicilinin aleniyet ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmektedir. Başka, lama sözleşmesinde bağlanana, bağlayandan önce ölmesi hâlinde taşınmazın bağlayana dönmesi TBK m.292/I (Art. 247/I OR) hükmü uyarınca kararlaştırılabilir. TBK m.292/II hükmü uyarınca dönme koşulu tapu siciline erh verilebilir. Bu husustaki açıklamalar için bkz. KOLLER, N 77.27.

¹¹⁸ EREN, s.1195.

¹¹⁹ O UZMAN/ÖZ, s.502; S RMEN, s.115. Bozucu artı ilişkin olasılıklar için bkz. O UZMAN/ÖZ, s.502.

¹²⁰ Tüm bu hâller için bkz. ve karşı. PULA LI, s.119-127; S RMEN, s.99-115; KOLLER, N 77.28-77.29; EREN, s.1195-1196; O UZMAN/ÖZ, s.499-501; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3977 vd.; SCHWENZER, N 11.10-11.11; KRAMER/PROBST, N 537; OKUR, s.60. Ticaret hukukuna ilişkin hâller için bkz. PULA LI, s.123-124. Fesih hakkındaki tartışmalar için bkz. PULA LI, s.122-123.


KAYNAKÇA

- AK PEK, ebnem: õTamamlay,c, Olgunun Hukukî leme Etkisiõ, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44(1), 1995, s.269-291.
- DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, 2. Bask., Sulhi Garan Matbaas,, stanbul 1959 (Çeviren: UMUR, Ziya).
- ERDO MU , Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük, 2. Bask., stanbul Bilgi Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 2008.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bask., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2018.
- GAIUS: Institutiones (Borçlar K,sm,), Do an Karde Yay,nlar, A. . Bas,mevi, stanbul 1953 (Çeviren: RADO, Türkân).
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2014.
- HAUSMANINGER, Herbert/SELB, Walter: Römisches Privatrecht, 9. Auflage, Böhlau Verlag, Wien/Köln/Weimar 2001.
- HONSELL, Heinrich: õLebendiges römisches Rechtõ, Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, Wien 2011, s.225-235.
- HONSELL, Heinrich: Römisches Recht, 8. Auflage, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg 2015.
- KARADEN Z ÇELEB CAN, Özcan: Roma Hukuku, 17. Bas,, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- KASER, Max: Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, C.H. Beckõsche Verlagsbuchhandlung, München 1955.
- KASER, Max: Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 1977.
- KASER, Max/KNÜTEL, Rolf: Römisches Privatrecht, 20. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014.
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- KOSCHAKER, Paul/AY TER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giri Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatlar,, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay,nlar,, Ankara 1983.
- KRAMER, Ernst A./PROBST, Thomas: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Helbing Lichtenbahn Verlag, Basel 2013.
- MEINCKE, Jens Peter: Römisches Privatrecht Einführung, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017.
- MOKREJS, Caroline: õIn der Schwebe, Zum Versuch der Kategorisierung der *condicio iuris* im klassischen römischen Rechtõ, Revue internationale des droits de l'antiquité, 3e Série, Tome LVII, 2010, s.315-330, <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2010/17.Mokrejs.pdf>, (Eri im Tarihi: 28.10.2018)
- MOUSOURAKIS, George: Fundamentals of Roman Private Law, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg 2012.
- O UZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 11. Bas,, Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2014.
- OKUR, Sinan: õRoma, Türk- sviçre ve Avrupa Sözle me Hukukunda Ko ul (art) Kavram, ve Hukuki Sonuçlar, Üzerine Kar ,la t,rnal, Bir ncelemeõ, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2019, s.31-101.
- PULA LI, Hasan: arta Ba l, lemler ve Hukukî Sonuçlar,, Day,nlarl, Hukuk Yay,nlar, Ltd. ti., Ankara 1989.
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
- SCHWIND, Fritz: Römisches Recht, I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes, Springer Verlag, Wien 1950.
- S RMEN, A. Lâle: Türk Özel Hukukunda art, Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü, Ankara 1992.
- SOHM, Rudolph: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 13. Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1908.
- SOMER, Pervin: 100 Soru ó 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku, 4. Bas,, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2016.
- TAH RO LU, Bülent/ERDO MU , Belgin: Roma Hukuku Dersleri, 8. Bas,, Der Yay,nlar,, stanbul 2012.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku Ders Notlar,, 3. Bask,, Beta Bas,m Yay,n, stanbul 1999.
- ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd., Cape Town 1990.

POTE N KALDIRILMASI DAVASI

AN ACTION FOR THE ABOLITION OF THE HYPOTHEC

Mehmet AKÇAAL*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.634946>

Makale Bilgi

Gönderilme: 19/10/2019
Kabul: 16/11/2019

Anahtar Kelimeler

*pote in Kald,r,lmas,,
pote in Fekki,
Düzeltilme,
Tapu Sicilini
Düzeltilme Davas,,
Yolsuz Tescil.*

Özet

Tapu kütü üne tescil edilmi durumdaki ipotek hakk, geçersiz olabilir. Böyle bir durumda, ta ,nmaz maliki bunun düzeltilmesini ad,na yolsuz tescil bulunan rehinli alacakl,dan talep edebilir. Rehinli alacakl, buna yana mad, , takdirde, yolsuz tescil yüzünden aynı hakk, zedelenen malik için geriye kalan yegâne çözüm yolu mahkemeye ba vurmakt,r. Nitekim, uygulamada bu maksatla aç,lan pek çok dava mevcuttur. Bunun için, ipote in kald,r,lmas, davas,, ipote in fekki davas, gibi çe itli isimler kullan,lmaktad,r. te, çal, man,n konusu, uygulamadaki önemine binaen bahse konu davad,r. Bu kapsamda, öncelikle ipotek hakk, ve bunun sona erme sebepleri incelenmi tir. Çal, man,n devam,nda ise, ipote in kald,r,lmas, kavram,ndan ne anla ,lmas, gerekti i tespit edilmi tir. Daha sonra ise, ipote in kald,r,lmas, davas, kavram,ndan ne anla ,lmas, gerekti i belirlenmi tir. Yine, ipote in kald,r,lmas, davas,,n,n hukukî niteli i, benzer müesseselerle mukayesesi, artlar, ile davac, ve daval, olmak üzere taraflar, hakk,nda aç,klamada bulunulmu tur. Bahse konu davada hangi mahkemenin yetkili ve görevli bulundu u, ispat yükünün kime dü tü ü, aç,labilece i sürenin ne oldu u ve nihayet hükmün etkisi de belirlenmi tir.

Article Info

Received: 27/05/2019
Accepted: 28/10/2019

Keywords

*Abolition of the
Hypothec,
Correction of the
Hypothec,
Correction,
Action for the
Correction,
Unwarranted Entries.*

Abstract

The right to mortgage registered in the land registry may be invalid. In such a case, the owner of the immovable may request the correction of this from the pledged creditor with corrupt registration. If the creditor fails to do so, the only remaining remedy for the owner whose property rights have been damaged by corrupt registration is to apply to the court. In this context, the right to hypothec and the reasons for its termination have been examined. In the continuation of the study, it was determined what the concept of abolishing the hypothec should be understood. Then, the concept of the abolition of the hypothec, its legal nature, comparison with similar institutions, conditions and parties were explained. In the aforementioned case, which court has authority and duty, to whom the burden of proof falls, how long it can be sued and finally the effect of the judgment have been determined.



Bu eser [Creative Commons Atif-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Ö r. Üyesi., Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk ABD.

 mehmetakcaal@hotmail.com ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4329-1138>.

I. G R

potek, alacak ödenmedi i takdirde hak sahibine rehin konusu ta ,nmaz, satt,rarak bedelinden alaca ,n, elde etme yetkisi veren bir tür ta ,nmaz rehnidir¹. potekli borç senedi ve irat senedinden farklı olarak, ipote in görevi ta ,nmaz,n de erini tedavül ettirmek de ildir. pote in görevi sadece bir alaca , güvence alt,na almakt,r². Bundan dolayı,, ipotek ferâ nitelikte bir ta ,nmaz rehnidir³. Ba ka bir deyi le, ipote in varl ,,, halen mevcut veya ileride do mas, beklenen bir alaca ,n varl , ,na ba l,d,r⁴.

pote in ikinci özelli i, tedavüle elveri li olmad , , için k,yetli evrak niteli indeki senetlere ba lanamamas,d,r. Tapu memurunun talep üzerine alacakl,ya ipote i göstermek üzere verdi i ipotek belgesi ise, sadece ipote in kuruldu una ili kin bir delil olup, k,yetli evrak de ildir (TMK. m.882/II)⁵.

pote in üçüncü özelli i gere ince, malik, ba kas,n,n borcu için kendi ta ,nmaz, üzerinde ipotek kurabilir (TMK. m.881/II). Bununla beraber, böyle bir durumda rehinli alacakl, alaca ,n,n tamam,n, sat, bedelinden elde edemezse, kalan alacak için sadece as,l borçlusuna kar , takipte bulunabilir⁶.

potek, kayna ,na göre iradî ve kanunî olmak üzere iki türdür. radî ipotek hakk,n,n kurulmas,, geçerli bir hukukî sebebe dayanarak malikin tescil talebinde bulunmas,na ve tapu memurunun da tescil i lemini gerçekle tirmesine ba l,d,r⁷.

Kanunî ipotek hakk,n,n kurulmas, bak,m,ndan da ikili bir ay,r,m yap,lmal,d,r. Tescile ba l, olmayan kanunî ipotek hakk,, öngörülen artlar,n gerçekle mesiyle birlikte kendili inden do ar (TMK. m.892)⁸. Bunun için, tescilin yap,lmas, aranmaz. Tescile ba l, kanunî ipotek haklar,nda ise tescil kurucudur⁹. Dolay,s,yla, burada yetkili ki inin tescil talebinde bulunmas, ve

¹14. HD. T. 9.10.2012, E. 2012/7985 K. 2012/11412 (KB BB.); 14. HD. T. 7.6.2011, E. 2011/5719 K. 2011/7411 (KB BB.); PRÜTT NG, Hanns: Sachenrecht, 36. Auf., München 2017, s.277; BERK , akir: Aynî Haklar, Ankara 1965, s.137; SAYMEN, Ferit H./ ELB R, Halit K.: Türk E ya Hukuku Dersleri, stanbul 1963, s.570; DURAL, Mustafa: E ya Hukuku Dersleri, stanbul 1981, s.142; AK PEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut: E ya Hukuku, stanbul 2009, s.786; ERTA , eref: E ya Hukuku, 10. Bask., zmir 2012, s.552; ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret: E ya Hukuku, 8. Bask., Ankara 2019, s.556; AYBAY, Ayd,n/ HATEM , Hüseyin: E ya Hukuku, 3. Bask., stanbul 2012, s.285; S RMEN, A. Lâle: E ya Hukuku, 7. Bask., Ankara 2019, s.642; HELVACI, lhan: Türk Medenî Kanununa Göre Sözle meden Do an potek Hakk,, stanbul 2008, s.4-5; ACAR, Faruk: Rehin Hukukunda Ta ,nmaz Kavram, ve Özellikle Belirlilik lkesi (Belirlilik), Ankara 2008, s.57; TUNÇ YÜCEL, Müjgan: Banka Alacaklar,n,n pote in Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, stanbul 2010, s.41; DÖRTGÖZ, Gürsel: Bankac,l,k ve Tapu Sicili Yönünden potek, Ankara 2010, s.239.

²SCHMID, Jörg/ HURLIMANN-KAUP, Bettina: Sachenrecht, 2. Auf., Zürich-Basel-Genf 2003, s.325; ACAR, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri (Rehin), stanbul 2015, s.65-66; KUNTALP, Erden: öMedenî Kanun Hükümleri Aç,s,ndan potekli Borç Senediö, Teori ve Uygulama Aç,s,ndan potekli Borç Senetleri Sempozyumu, Ankara 21 Haziran 1984, s.6; GÜRSOY, Kemal T./ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk E ya Hukuku, Ankara 1978, s.1032; AK PEK/ AKINTÜRK, s.786; 14. HD. T. 5.5.1999, E. 1999/2761 K. 1999/3370 (KB BB.).

³PALANDT, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 65. Auf., München 2006, s.1506; HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auf., Basel 2003, s.1677. Bunun kar ,l, , olarak öAkzessorietätsprinzip (ferâlik ilkesi)ö deymi için bkz. HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie/ GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/ ROBERTO, Vito: Sachenrecht, 5. Auf., Bern 2017, s.378.

⁴14. HD. T. 5.5.1999, E. 1999/2761 K. 1999/3370 ö Ancak (ipotek) teminat alt,na ald , alacak mevcutsa hüküm ifade ederî ö (KB BB.); ÇET NER, Bilgehan: Ta ,nmaz Teminat,, stanbul 2015, s.99; NOMER, Halûk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: E ya Hukuku, C.2, Rehin Hukuku, stanbul 2016, s.42-43; AK PEK/ AKINTÜRK, s.786; KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANET , Selim: S,n,r,l, Aynî Haklar, 2. Bask., stanbul 1982-1983, s.376-377; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.1032; AK PEK/ AKINTÜRK, s.786-787; BURCUO LU, Haluk: Hukukçu Gözüyle Banka Uygulamas,nda potekle lgili Önemli Sorunlar, stanbul 1991, s.11 vd.; EROL, Kemal: ö potek Kavram, ve Özellikleri İö, YD., C.7, S.1-4, 1981, s.319 vd.

⁵NOMER, Halûk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: E ya Hukuku, 7. Bask., stanbul 2019, s.351; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.1034; AK PEK/ AKINTÜRK, s.787.

⁶TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHM D, Jörg/ RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002, s.1004; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.1035; AK PEK/ AKINTÜRK, s.787-788.

⁷ERMAN, Walter/ WENZEL, Frank: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auf., Köln 2011, s.3558; SCHMID/ HURLIMANN-KAUP, s.329; AK PEK/ AKINTÜRK, s.792; 14. HD. T. 9.10.2012, E. 2012/7985 K. 2012/11412 (KB BB.); 14. HD. T. 7.6.2011, E. 2011/5719 K. 2011/7411 (KB BB.).

⁸Tescile ba l, olmayan kanunî ipotek haklar, için bkz. TMK. m.865/III, m.867/II, C.2 ve m.876. Ayr,ca bkz. SCHMID/ HURLIMANN-KAUP, s.329; AK PEK/ AKINTÜRK, s.792.

⁹Tecile tabî olmayan kanunî ipotek haklar,n,n görünüm ekileri TMK. m.893 hükmünde s,n,r,l,y,c, olmamak üzere düzenlenmi tir. Ayr,nt,l, bilgi için bkz. SCHMID/ HURLIMANN-KAUP, s.329; AK PEK/ AKINTÜRK, s.792 vd.

tapu memurunun tescil i lemini yapmas, artt.r. Belirtilmelidir ki, kanunî ipoteklerin kald,r,lmas,n,n talep edilmesi de mümkündür¹⁰. Ancak, uygulamada daha ziyade iradî ipoteklere ili kin kald,rma talepleri bahse konu olmaktadır. te, yolsuz ipote in tashihi, özellikle de buna yönelik dava uygulamadaki öneminden dolayı, çal,man,n inceleme konusudur.

II. POTE N SONA ERME SEBEPLER

Ta ,nmaz rehninin sona erme sebepleri (TMK. m.858), ipote in sona ermesi bak,m,ndan da geçerlidir. Dolay,s,yla, ipotek, her eyden önce bahse konu hakk,n terkin edilmesi halinde sona erer. Terkin, kural olarak ipotek hakk,na sahip olan (rehinli) alacakl,n,n yaz,l, terkin talebi (terkine muvafakat beyan,) üzerine tapu memuru taraf,ndan gerçekte tirilir (TMK. m.1014). Bunun için, ta ,nmaz malikinin r,zas, aranmaz. Rehinli alacakl,n,n geçerli yaz,l, talebine istinaden yap,lan terkin kurucu niteliktedir. Gerçekten de, terkinle birlikte ipotek hakk, hem eklî hem de maddî bak,m,ndan sona erer¹¹.

Terkin için ayr,ca bir hukukî sebebin varl, , aranmaz. Bununla beraber, rehinli alacakl, bak,m,ndan terkine muvafakat beyan,nda bulunma borcu do uran bir hukukî sebebin bulunmas, da mümkündür. Sözle me veya vasiyetname böyle bir hukukî sebebe misal olu turabilir. Rehinli alacakl, böyle bir hukukî sebepten do an terkine muvafakat borcunun varl, ,na ra men, yaz,l, terkin talebinde bulunmaktan kaç,nabilir. Bu takdirde, ta ,nmaz maliki mahkemeden terkin yönünde karar vermesini talep edebilir. Bu durumda, verilecek karar,n hukukî niteli i ise tart, mal,d,r. Bir görü e göre, bu bir eda hükmü niteli indedir. Ba ka bir deyi le, hüküm, alacakl,n,n irade aç,klamas,n,n yerine geçer. Ta ,nmaz maliki buna dayanarak tapu memurundan terkin talebi talep edebilir¹². kinci görü e göre ise, bu durumda, mahkemenin karar, kurucu niteliktedir¹³.

Terkinin hukukî sebebi veya terkine muvafakat beyan, herhangi bir sebeple geçersizse, tapu memurunun ipote i terkin etmi olmas, bahse konu hakk, sona erdirmez. Aksine, bu takdirde yolsuz terkin bahse konu olur. Dolay,s,yla, rehinli alacakl,, tapu sicilini düzeltme davas, aç,abilir (TMK. m.1025). Bu sayede, rehinli alacakl,, rehin hakk,n,n tekrardan tescilini sa layabilir. yiniyetli üçüncü ki iler tapu sicilinin do rulu una güvenerek bu s,rada hak kazanmalar,ndan do an istisnalar ise sakl,d,r (TMK. m.1023, m.1025/II). Meselâ, ipotek yolsuz terkin edildi i s,rada ta ,nmaz,n mülkiyeti üçüncü bir ki iye devredilmi olsun. Bu durumda, yeni malik, terkinin yolsuz oldu unu bilmez veya bilmesi gerekmezse, ta ,nmaz,n mülkiyetini ipotekten kurtulmu olarak kazan,r; ipotek de sona ermi olur¹⁴.

TMK. m.858 gere ince, ipotek, ta ,nmaz,n tamamen yok olmas, halinde sicil d, , ortadan kalkar¹⁵. Hatta, bu durum ta ,nmaz üzerindeki bütün aynî haklar,n sona ermesine yol açar. Dolay,s,yla, böyle bir durumda sonradan yap,lan terkin aç,klay,c,d,r. Zira, ta ,nmaz,n tamamen yok olmas,ya birlikte tapu kütü ündeki tescil hem maddî hem de eklî bak,m,ndan hukukî de erini kaybeder. Böyle bir tescile güvenin korunmas,ndan (TMK. m.1023) bahsedilemez. Tamamen yok olma halinde, alacak hakk, ise varl, ,n, korur. Gerçekten de, ta ,nmaz,n tamamen yok olmas,ndan dolayı, bir haks,z fiil tazminat, veya sigorta tazminat, al,n,rsa, bahse konu tazminat ikame de er olarak güvence kapsam,na dâhil olur (TMK. m.861, m.879). Ta ,nmaz tamamen oldu u gibi k,s,men de yok olabilir. Bu takdirde ise, ipotek hakk, sona ermez; kalan k,s,m üzerinde varl, ,n, devam ettirir¹⁶.

TMK. m.858/II hükmü, kamula t,rma halinde ta ,nmaz rehninin sona erip ermeyece i hususunda özel kanun hükümlerini sakl, tutmu tur. Buna göre, kamula t,rma durumunda,

¹⁰14. HD. T. 8.4.2011, E. 2011/3037 K. 2011/4678 (KB BB.).

¹¹O UZMAN, M.Kemal/ SEL Ç , Özer/ OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 21. Bask., stanbul 2018, s.919 vd.; ESENER/ GÜVEN, s.568; S RMEN, s.607; HELVACI, s.404 vd.

¹²O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.921.

¹³KÖPRÜLÜ/ KANET , s.347; ESENER/ GÜVEN, s.569.

¹⁴EREN, Fikret/ BA PINAR, Veysel: Toprak Hukuku, 5. Bask., Ankara 2017, s.250; O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.921; S RMEN, s.607.

¹⁵ACAR, Rehin, s.201, HELVACI, s.408; ÇETNER, s.270; 14. HD. T. 22.12.1975, E. 1975/5567 K. 1975/5911 öi Daval, E.E.nin bu payla ilgili tapu kayd,n,n iptaline ve davac, ad,na tesciline zmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin í say, ile karar verilmi ve bu karar kesinle mi tir. Bu durumda, daval,ya ait pay kalmad, ,ndan ta ,nmaz malda ipotek alaca , dayanaks,z hale gelmekle terkinin gerekmektedir ö (KB BB.).

¹⁶W ELAND, C.: Kanunu Medenîde Aynî Haklar, C.2, (Çev. Karafak,, . Hakk.), Ankara 1946, s.570; SAYMEN/ ELB R, s.530; KÖPRÜLÜ/ KANET , s.347; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.988; S RMEN, s.608; HELVACI, s.408.

ta ,nmaz üzerindeki bütün aynî haklar, dolay,s,yla ipotek hakk, da sona erer (KK. m.25). Ancak, ipotek hakk,, kamula t,rma bedeline geçer (TMK. m.798/II). Dolay,s,yla, idarenin alacakl,lar,n izni haricinde malike ödeme yapmas, mümkün de ildir. Bunun yerine, kamula t,rma bedelinin, alacakl,lar ad,na tevdi edilmesi gerekir¹⁷.

pote in sona erme sebepleri, sadece TMK. m.858 hükmünde say,lan hallerden ibaret de ildir. Meselâ, feragat, güvence alt,na al,nm, durumdaki alaca ,n sona ermesi ve sürenin dolmas, da ipote i sona erdirebilir. Ancak, bahse konu sona erme sebepleri, ipote i do rudan do ruya sona erdirmez. Aksine, böyle bir durumda tescil maddî de erini kaybeder. Bununla beraber, sicildeki kay,t bulundukça, ipotek eklî bak,mdan tapu kütü ündeki varl, ,n, devam ettirir. Dolay,s,yla, malik taraf,ndan ayn, rehin derecelerinde yeni bir rehin hakk, kurulamaz. Böyle durumlarda terkin düzeltici bir fonksiyona sahiptir¹⁸.

lk olarak, rehinli alacakl, vasiyetname gibi tek tarafl, bir hukukî i lem yaparak ipotek hakk,ndan feragat edebilir. Böyle bir feragat daha ziyade mevcut alacak için ba ka bir güvence gösterilmesi halinde bahse konu olur. potek hakk,ndan feragat edilmesini konu alan bir sözleşme, bunun ortadan kald,r,lmas,na yönelik ki isel bir borç do urur. Yani, feragata yönelik sözleşmenin yapıl,m, olmas,, tek ba ,na ipote i ortadan kald,r,maz. Bunun için, ayr,ca alacakl,n,n muvafakatiyle ipote in tapu sicilinden terkin edilmesi de gerekir¹⁹.

Alaca ,n herhangi bir sebeple sona ermi olmas, da, ipotek hakk,n,n kendili inden ortadan kalkmas,na yol açar. Meselâ, ifa, ibra, yenileme, alacakl, ve borçlu s,fat,n,n birlesmesi, ifa imkân,s,zl, , ile takas bak,m,ndan durum böyledir (TBK. m.131 vd.). Bu takdirde ipotek hakk, maddî hukuk bak,m,ndan sona ermi olmakla beraber, tapu kütü ünde eklî olarak varl, ,n, devam ettirir²⁰. TMK. m.883 gere ince, alacak sona erince, ipotekli ta ,nmaz,n maliki alacakl,dan ipote i terkin ettirmesini isteyebilir. Bu takdirde, alacakl,n,n talepte bulunmaktan kaç,nmas, halinde, malik tapu sicilini düzeltme davas, açabilir (TMK. m.1025)²¹. Bahse konu dava sonucunda verilen karar, tespit edici (aç,klay,c,) niteliktedir.

pote in süreli kurulmas,na imkân tan,yan aç,k bir hüküm hâlen 4721 say,l, Türk Medenî Kanunu'nda bulunmamaktad,r. Hâkim görü e göre ise, rehin hakk, süre ile s,n,r,lanabilir²². Bununla beraber, ipote in geçerli bir ekilde kurulmas, için süreli olmas, zorunlu de ildir; aksine, ipotek süresiz de kurulabilir. Belirli bir süre için kuruldu u takdirde sürenin dolmas,n,n ipotek üzerindeki etkisinin ne olaca , hususu tart, mal,d,r. Bir görü e göre, sürenin dolmas, kendili inden ipotek hakk,n, da ortadan kald,r,r²³. Böylece, ipotek hakk, öngörülen sürenin geçmesiyle birlikte maddî ve eklî bak,mdan sona erer. Ayn, görü e göre, ta ,nmaz maliki tek tarafl, talebiyle rehlin terkinini sa layabilir (TMK. m.796/II)²⁴. Di er bir görü e göre, sürenin dolmas, kendili inden ipote i sona erdirmez. Bu konuda malik, alacakl,dan ipote in terkinini isteyebilir (TMK. m.858/I). Alacakl,n,n terkin talebinde bulunmamas, halinde, malik onun aleyhine ifa davas, açar ve mahkemenin verece i kararla ipote in terkinini sa lanabilir²⁵. Yarg,tayça göre de, ipotek süresinin sona ermesi, ipote in terkinini için tek ba ,na yeterli de ildir. Bunun için ayr,ca belirlenen süre içinde rehinli alacakl,n,n hakk, ya do mam, ya da sona ermi olmal,d,r²⁶.

¹⁷W ELAND, s.570; SAYMEN/ ELB R, s.530; KÖPRÜLÜ/ KANET , s.347; GÜR SOY/ EREN/ CANSEL, s.988; ESENER/ GÜVEN, s.569; S RMEN, s.608; ACAR, Rehin, s.204-205; HELVACI, s.408.

¹⁸O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.922; HELVACI, s.409 vd.

¹⁹TENEKEC , Cüneyt: pote in Kald,r,lmas, ve potekte S,ra Sistemi, Ankara 2018, s.25.

²⁰ERMAN, Hasan: E ya Hukuku Dersleri, 6. Bask., stanbul 2016, s.170; ACAR, Rehin, s.209 vd.; S RMEN, s.607. eklî olarak tapu kütü ünde varl, ,n, devam ettiren böyle bir ipotek hakk,n,n iyiniyetli üçüncü ki i taraf,ndan kazan,l,p kazan,lamayaca , hususu ise tart, mal,d,r. Ayr,nt,l, bilgi için bkz. GÜR SOY/ EREN/ CANSEL, s.986.

²¹KÖPRÜLÜ/ KANET , s.345; ERMAN, s.170; S RMEN, s.607.

²²ACAR, Rehin, s.205.

²³HELVACI, s.409.

²⁴KÖPRÜLÜ/ KANET , s.347; GÜR SOY/ EREN/ CANSEL, s.988; ESENER/ GÜVEN, s.570. Bu konuda sürenin dolmas,ndan önce ve sonra do an alacaklar bak,m,ndan ikili bir ay,r,m yapıl,mas, gerekti i görü ü için bkz. AKKAYA, Tolga: ö cra Hukuku Ba lam,nda Süreli potekö, TAAD., Y. 4, S.12, Ocak 2013, s.167.

²⁵ÇET NER, s.265.

²⁶19. HD. T. 24.11.2000, E. 5576 K. 8067 öf Dava konusu ipotek, alt, ay süreli olarak verilmi se de ipote in fekki için bu sürede davac, irketin borcunun olmamas, gerekir. Bu nedenle mahkemece davac, irketin daval,ya ipotek süresi içinde borcu bulunup bulunmad, ,n,n tespiti yönünden uzman bilirki i arac,l, , ile inceleme yapt,r,l,p al,nacak rapor do rultusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yaz,l, ekilde hüküm kurulmas, isabetsizdir (ö KB BB.).

Mevcut durum bu olmakla beraber, 7181 sayılı, ve 4/7/2019 tarihli Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un²⁷ 19. maddesi gereğince, TMK. m.883 hükmüne ikinci fıkranın eklenmesi öngörülmektedir. Buna göre, ipotek süreli olarak kurulmuş, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerinde K. m.150/c hükmünde belirtilen rehlin konulmaması halinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğüne terkin edilir. Böylece, mevcut düzenlemeden farklı olarak, ipotek süreli olarak kurulabileceği açıkça düzenlenmektedir. Ayrıca, bahse konu hüküm sayesinde, doktrindeki tartışma, bakımından ilk görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. Ancak, belirtilmelidir ki, değişiklikli Tapu Kanunu m.28 gereğince, yeni hüküm 01/01/2020 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Nihayet, alacak ödenmediği için taşınmazın paraya çevrilmesi ve elde edilen meblağın rehinli alacaklılara dağıtılması, dağın bir sona erme sebebidir. Tescilsiz, doğrudan doğruya kanundan doğan rehinler ise kurulu sebebi ortadan kalktığına sona erer²⁸.

III. TERM NOLOJİ , İPOTEKİN KALDIRILMASI KAVRAMI

İpotek kaldırılması için doktrinde²⁹ ve uygulamada³⁰ ipotek fıkki deyimini sıkı sıkıya kullanılmaktadır. Aynı anlamda olmak üzere kullanılan diğer bir deyim tapu kaydındaki ipotek fıkki³¹. Fık kelime olarak, bozma, feshetme, kesme, ayırma ve koparma anlamlarına gelmektedir³².

İpotek kaldırılması deyiminde geçen kaldırma ifadesi isabetli değildir. Kaldırma diye bir tapu sicili işlemi bahse konu değildir. Buradaki kaldırma deyiminin tapu sicili işlemlerinden tekniği karışık, düğümlenebilir. Ancak, deyim kendisi gibi, bu yaklaşımda doğru olmaz. Zira, bundan maksat tescil edilmiş, ancak geçersiz durumdaki ipotek hakkının düzeltilmesidir. Demek ki, ipotek kaldırılması, geçersiz veya geçerli olmakla beraber sona ermiş bulunan ipotek hakkına ilişkin tapu kütüğüne düzeltilmesini ifade eder. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, ipotek kaldırılması için her şeyden önce yolsuz bir tescilin varlığı aranır. İpotek hakkının yolsuz tescilli bağlanıp, gerçeğe ebileceği gibi, bunun sonradan ortaya çıkması da mümkündür. Her iki ihtimalde de ipotek kaldırılması, bahse konu olur.

IV. İPOTEKİN KALDIRILMASI DAVASI

A. Kavram ve Hukukî Niteliği

İpotek kaldırılması talebiyle açılan davaya uygulamada ipotek kaldırılması davası³³, ipotek fıkki davası³⁴ ve tapu kaydındaki ipotek fıkki davası³⁵ denilmektedir. Yine, ipotek rehlinin kaldırılması istemine ilişkin dava deyimini tercih edilmektedir³⁶. Bunların haricinde, doktrinde³⁷ ipotek iptali davası, deyimini de kullanılmaktadır. İpotek kaldırılması davasından maksat, yolsuz durumdaki ipotek hakkına ilişkin tescilin düzeltilmesine yönelik davadır.

Bir görüşe göre, ipotek kaldırılması davası, tapu sicilini düzeltme davasının icra ve iflâs hukukundaki görünümünden ibarettir³⁸. Kanaatimizce de, bahse konu dava, hukukî niteliği itibarıyla tapu sicilini düzeltme davasıdır (TMK. m.1025)³⁹. Bu davaya doktrinde tashihi davası, tapu kaydının tashihi (düzeltilmesi) davası, tapu kaydının iptali davası, ve tapu iptal davası da

²⁷RG. T. 10.07.2019 S.30827.

²⁸GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.987.

²⁹TENEKECİ, s.31.

³⁰19. HD. T. 7.11.2018, E. 2018/3091 K. 2018/5559 (KB BB.); 19. HD. T. 8.4.2011, E. 2011/3037 K. 2011/4678 (KB BB.).

³¹14. HD. T. 5.5.1999, E. 1999/2761 K. 1999/3370 (KB BB.).

³²<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 08.08.2019).

³³2. HD. T. 12.1.2015, E. 2014/25689 K. 2015/55 (KB BB.); 19. HD. T. 16.5.2012, E. 2012/5088 K. 2012/8221 (KB BB.).

³⁴14. HD. T. 22.12.1975, E. 1975/5567 K. 1975/5911 (KB BB.); 14. HD. T. 27.5.1988, E. 1988/2452 K. 1988/4077 (KB BB.); 14. HD. T. 27.10.1987, E. 1987/5376 K. 1987/7668 (KB BB.).

³⁵14. HD. T. 5.5.1999, E. 1999/2761 K. 1999/3370 (KB BB.).

³⁶14. HD. T. 6.10.2008, E. 2008/10087 K. 2008/11028 (KB BB.). Burada geçen reh deyimini de isabetli değildir. Zira, ipotek bakımından reh deyimini, tescil, terkin gibi aynı hakka ilişkin sicil işlemleri bahse konu olabilir.

³⁷ÖZBAY, brahim: İpotek iptali Davası, (K. m.150, C.3) Üzerine Bir inceleme, EÜHFD., C.11, S.3-4, 2007, s.407.

³⁸ÇETNER, s.329; ÖZBAY, s.411.

³⁹ÜSTÜNDAĞ, Saim: Tapu Kütüğüne Tashihi Davası, İstanbul 1959, s.38; KURT, Ekrem: Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004, s.31 vd.

denmektedir⁴⁰. Ancak, uygulamada⁴¹ daha ziyade tapu iptal ve tescil davas, deyimi tercih edilmektedir. pote in kald,r,lmas, davas,ndaki iddia da, esas itibariyle tescilin gerçek hak durumuna uygun dümedi ine ili kindir. Ba ka bir deyi le, böyle bir davada tescilin geçersizli i, daha do rusu yolsuz oldu u ileri sürülmektedir.

Tapu sicilini düzeltme davas,⁴² gibi, ipote in kald,r,lmas, davas, da aynî nitelik ta ,r⁴³. Aynî davadan maksat, konusu aynî hak olan davalard,r⁴⁴. Gerçekten de, rehin veren ipote in kald,r,lmas, davas,nda mülkiyet hakk,na dayanarak yolsuz tescil edilmi durumdaki ipote in tashihine ili kin talepte bulunmaktad,r.

Doktrindeki hâkim görü gere ince, tapu sicilini düzeltme davas,, mahkemeden istenen hukukî koruman,n çe idine göre bir tür tespit davas,d,r (HMK. m.106)⁴⁵. Yani, mahkemenin hükmü tescilin yolsuz oldu unu tespit eder. Davac, da bu karara dayanarak yolsuz tescili düzelttirebilir. Uygulamada ise, böyle bir davada genellikle yolsuz kayd,n iptaline karar verilmektedir⁴⁶. Tapu sicilini düzeltme davas,nda yolsuz tescil edilmi durumdaki bir aynî hakk,n asl,nda var olmad, ,n,n tespiti talep edilmektedir. Bu ihtimalde, tapu sicilini düzeltme davas,, ayn, zamanda menfî tespit davas, niteli indedir⁴⁷. Ayn, esaslar, ipote in kald,r,lmas, davas, bak,m,ndan da geçerlidir. Yani, ipote in kald,r,lmas, davas, da hukukî niteli i itibariyle menfî tespit davas,d,r⁴⁸. Bunun dayana , ise, K. m.150, C.3 hükmüdür. Bahse konu hükme göre, ipote in kald,r,lmas, davas,nda K. m.72 hükmü k,yasen uygulan,r. K. m.72 hükmü ise, menfî tespit davas,na ili kindir⁴⁹. Hatta, bir görü e göre, ipote in kald,r,lmas, (iptali) davas,, takip hukukuna özgü olan menfî tespit davas,n,n (K. m.72) rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipler bak,m,ndan öngörülen özel bir görünümünden ibarettir⁵⁰.

B. Benzer Kavramlarla Kar ,la t,r,lmas,

1. potekten Kurtarma

pote in kald,r,lmas,n,n aksine, ipotekten kurtarma (TMK. m.885-886) halinde geçerli bir ipotek hakk,n,n varl, , aranmaktad,r. Üstelik, ipotekten kurtarmadan maksat, ipotekli ta ,nmaz,n el de i tirmesi halinde yeni malikin belirli artlar alt,nda ta ,nmaz, rehinden kurtarmas,d,r. Yeni malikin ta ,nmaz, tek tarafl, olarak rehinden kurtarmas, için ilk olarak onun alacak için ki isel (ahsî) sorumlulu unun bulunmamas, aran,r. kinci olarak, ta ,nmaz üzerindeki ipotek hakk,, yeni malik taraf,ndan mülkiyet hakk, kazan,ld, , s,rada mevcut bulunmal,d,r. Zira, kendi ta ,nmaz, üzerinde ipotek hakk, kuran malik ipotekten kurtarma imkân,na sahip de ildir⁵¹. Üçüncü olarak, ipotek haklar,n,n toplam tutar,, ta ,nmaz,n de erinden fazla olmal,d,r. Dördüncü art ise, icra takibine ba lanmam, olmas,, daha do rusu henüz rehinin paraya çevrilmesinin talep edilmemi olmas,d,r. Nihayet, ipotekten kurtarma hakk,n,n kullan,lmas, için, malik taraf,ndan bu öneri alacakl,lara alt, ay önceden yaz,l, olarak

⁴⁰ÜNAL, Mehmet/ BA PINAR, Veysel: ekli E ya Hukuku, 9. Bask., Ankara 2017, s.379-380.

⁴¹14. HD. T. 9.3.2006, E. 2006/11987 K. 2006/13881 (KB BB.).

⁴²CANSEL, Erol: Tapu Siciline timat Prensibi, Ankara 1964, s.93; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s.50; ÜSTÜNDA , s.30; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.303; AK PEK/ AKINTÜRK, s.352; RE SO LU, Safa: Türk E ya Hukuku, C.1, Giri ó Zilyedlik ve Tapu Sicili (E ya), 7. Bask., Ankara 1984, s.192; ÜNAL/ BA PINAR, s.382.

⁴³ÖZBAY, s.409; MUSTAFAO LU, Hüsrev: cra- flas Hukukunda Rehin ve Rehinin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip, Yay,mılanmam, Yüksek Lisans Tezi, stanbul 2001, s.71.

⁴⁴KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku (Usul), 24. Bask., Ankara 2013, s.267.

⁴⁵REY, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bd. 1, 3. Auf., Bern 2007, s.514; HOMBERGER, A.: Aynî Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili, (Çev. Suat Bertan), Ankara 1950, s.429; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.313; AK PEK/ AKINTÜRK, s.352. Di er bir görü e göre ise, tapu sicilini düzeltme davas,, hukukî niteli i itibariyle bir eda davas,d,r (TEK NAY, Selâhattin/ AKMAN, Sermet/ BURCUO LU, Hâluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay E ya Hukuku, 5. Bask., stanbul 1989, s.416-417).

⁴⁶O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.263; ÜNAL/ BA PINAR, s.383.

⁴⁷Yolsuz terkin edilen bir aynî hakk,n var oldu unun belirlenmesi için aç,ld, , takdirde ise, tapu sicilini düzeltme davas, müspet tespit davas, niteli indedir (ÜSTÜNDA , s.39).

⁴⁸14. HD. T. 27.10.1987, E. 1987/5376 K. 1987/7668 (KB BB.); MU UL, Timuçin: Teorik ve Uygulamal, cra ve flâs Hukuku I, stanbul 2001, s.380; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, O uz/ ÖZEKES: Muhammet, cra ve flâs Hukuku, 3. Bask., Ankara 2005, s.296; KURU, Baki: cra ve flâs Hukukunda Menfî Tespit Davas, ve stirdat Davas,, Ankara 2003, s.15; ÖZBAY, s.408.

⁴⁹ÖZBAY, s.408.

⁵⁰ÖZBAY, s.410.

⁵¹GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.1023; O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.958.

bildirilmelidir (TMK. m.885/I-II)⁵².

2. K. m.153 Gere ince potek Kayd,n,n Terkini

K. m.153 hükmü, ipotek alacakl,s,n,n gaip olmas,na ve borcu almaktan kaç,nmas,na ili kindir. Buna doktrinde⁵³ ipote in kald,r,lmas, da denir; ancak, kar, ,kl, a yol açmamak için burada K. m.153 gere ince ipotek kayd,n,n terkinini deyimini kullan,lm, t,r⁵⁴. Buna göre, ipotekle güvence alt,na al,nm, ve vadesi gelmi bir alaca ,n alacakl,s, gaip olur veya yerle im yeri bilinmez ya da borcu almaktan ve ipote i terkin etmekten kaç,n,rsa, borçlu taraf,ndan borç icra dairesine yat,r,r,larak ipotek kald,r,r,labilir⁵⁵. Bunun için, icra dairesi on be gün içinde icra dairesine gelerek ipote i terkin ettirip paray, almas,n, alacakl,ya usulüne uygun olarak tebli eder. Buna ra men alacakl, öngörülen sürede gelmez veya gelip de geçerli bir mazeret bildirmeksizin ipote i terkin etmekten ve paray, almaktan kaç,n,rsa, icra dairesi taraf,ndan dosya icra mahkemesine verilir. cra mahkemesi de verilen paran,n alacakl, ad,na saklanmas,na ve ipote in terkinine karar verir. Bu karar tapu dairesine tebli edilerek ipotekli ta ,nmaz,n siciline i lenir (K. m.153/I)⁵⁶.

pote in kald,r,lmas,ndan farklı olarak, ipotekten kurtarmada oldu u gibi burada da ipotek geçerlidir. Ancak, alacakl,n,n gaipli i veya temerrüdü (TBK. m.106 vd.) dolay,s,yla borç ifa edilememekte; dolay,s,yla da ipotek terkin edilememektedir.

C. artlar,

1. Genel Olarak

pote in kald,r,lmas, davas,n,n aç,lmas, için ipotek hakk,n,n yolsuz tescil edilmi olmas, yeterlidir. Bu bak,mdan, hukukî sebebi bulunmayan, geçersiz bir hukukî sebebe dayanan veya usulüne göre yap,lmayan her türlü tescil yolsuzdur (TMK. m.1024/II). Tescil ba tan itibaren yolsuz olabilece i gibi, sonradan da geçersiz hale gelebilir. Meselâ, tescile dayanak olu turan idarî i lem, idarî yarg, taraf,ndan iptal edilirse yolsuz tescil bahse konu olur⁵⁷.

2. pote in Kald,r,lmas,n, Gerektiren Haller

a. Güvence Alt,na Al,nan Alaca ,n Geçersiz Olmas,

potek geçersiz bir alacak için kurulamaz. Alaca ,n geçersizli i çe itli ekollerde ortaya ç,kabilir. Meselâ, ipotek taraf,ndan güvence alt,na al,nan alacak kanuna ayk,r,l,k sebebiyle geçersiz olabilir. Yine, alaca ,n ahlâka ayk,r, olmas, da ipote in geçersizli ine yol açar. Keza, ba lang,çtaki objektif kusursuz ifa imkâns,zl, , da güvence alt,na al,nan alaca , do uran sözleşmenin kesin hükümsüzlü üne yol açar (TBK. m.26). Ayn, ekilde, hukukî i lem ehliyetinin bulunmamas,, alaca , do uran borç ili kisinin muvazaal, olmas, ve ki ilik haklar,na ayk,r,l,k olu turmas, halinde de alacak geçersizdir⁵⁸.

Güvence alt,na al,nan alacak geçersiz oldu u takdirde, buna istinaden tescil edilen ipotek de yolsuz tescil niteli indedir. Böyle bir yolsuz tescilin ise düzeltilmesi talep edilebilir (TMK. m.1025)⁵⁹.

b. Güvence Alt,na Al,nan Alaca ,n Sona Ermesi

Alaca ,n sona ermesi halinde ipotek hakk, da kendili inden ortadan kalkar (TBK. m.131/I). Meselâ, ifa, ibra, yenileme, alacakl, ve borçlu s,fat,n,n birleşmesi, ifa imkâns,zl, , ile takas bak,m,ndan durum böyledir (TBK. m.131 vd.). Böyle bir durumda ipotek tapu kütü ünden terkin edilinceye kadar sadece eklî nitelik arz eder. Alacak sona erince ipotekli

⁵²Yeni malikin önerisi alacakl,lar taraf,ndan kabul edilebilece i gibi, bunun aksi de mümkündür (TMK. m.885/III, 886/III). Ayr,nt,l, bilgi için bkz. O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.959-960.

⁵³ÖZBAY, s.412.

⁵⁴Nitekim, ayn, anlamda olmak üzere ipotek kayd,n,n terkinini deyimini için bkz. UYAR, Talih: cra Hukukunda Ta ,nmaz Rehni Kavram,, Manisa Barosu Dergisi, Y. 2007, S.101, s.13; 11. HD. T. 17.2.1984, E. 314 K. 823 (UYAR, Talih: cra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Bask., Manisa 1992, s.487).

⁵⁵12. HD. T. 21.11.2006, E. 2006/18963 K. 2006/21722 öi K. m.153teki ko ullar,n olu mas, halinde ipotek borçlusuna ipote in çözülmesi için cra dairesine do rudan ba vurabilir ö (KB BB.).

⁵⁶KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: cra ve flâs Hukuku (cra), 27. Bask., Ankara 2013, s.435.

⁵⁷O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.260 vd.

⁵⁸GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.1032 vd.; ÖZBAY, s.414-415.

⁵⁹KÖPRÜLÜ/ KANET, s.376-377; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.1034; AY TER, Nu in: E ya Hukuku, 3. Bask., Ankara 1987, s.178; ESENER/ GÜVEN, s.558; DURAL, s.143; BURCUO LU, s.11 vd.; EROL, s.319 vd.

ta ,nmaz maliki, rehinli alacaklı,dan terkine muvafakat etmesini talep edebilir (TMK. m.883)⁶⁰. Bunun üzerine, alacaklı, ipote in terkinine raz, oldu unu tapu memura beyan ederek tapu kütü ünde eklî olarak bulunan ipote i sildirebilir. Alacaklı,n,n bahse konu terkin talebinde kaç,nmas, durumunda ise, malik tapu sicilini düzeltme davası, açabilir (TMK. m.1025). Böylece, salt eklî nitelikteki ipote in tapu kütü ünden terkin edilmesi sa lanm, olur⁶¹.

Borcun ifa edilmesi sebebiyle aç,lan ipote in kald,r,lmas, davası,nda rehin verenin rehinli alacaklı,ya kar , borcunun bulunup bulunmad, ,, yani kald,r,ma talebinin artlar,n,n gerçekte ip gerçekte medi i hususu belirlenmelidir⁶². Yarg,tayға göre, bu maksatla bilirki iden de yararlan,labilir⁶³. Borç geç⁶⁴ de olsa tamamen ifa edilmi se, daha do rusu güvence alt,na al,nan alacak tam olarak tatmin edilmi se, ipote in kald,r,lmas,na karar verilmelidir⁶⁵. Meselâ, uygulamada in aat teminat ipote i denilen rehne konu borç (alacak) ipotek akit tablosunda öngörülen süre içinde yüklenici taraf,ndan ifa edilirse, ipote in kald,r,lmas, için bu sürenin dolması, gerekmez⁶⁶.

K,smî ifa bak,m,ndan, Yüksek Mahkeme'nin birbirinden farklı kararları, mevcuttur. Bunlardan bazı,lar,na göre, borcun k,smen ifası, halinde, yine ayn, ölçüde ipote in kald,r,lmas,na hükmedilmektedir⁶⁷. Baz, kararlarda ise, ipote in kald,r,lmas, talebinin reddedilmesi gerekti i; ancak, k,smî ödemenin dü ünceler sütununa i lenmesi gerekti i belirtilmektedir⁶⁸.

potek, güvence miktar,n,n belirleni tarz,na göre, anapara ipote i (sabit ipotek; kesin borç ipote i) ve üst s,n,r ipote i (azamî mebla ipote i, maksimal ipotek) diye ikiye ayr,l,r. Anapara ipote inde, güvence alt,na al,nan gerçek alacak miktar, tapu kütü üne tescil edilir. Anapara ipote inde, tapuda yaz,l, miktar,n üstüne ç,ksalar bile, takip giderleri ve faiz gibi yan alacaklar da güvence kapsam,ndadır⁶⁹.

⁶⁰14. HD. T. 7.11.1975, E. 1975/4617 K. 1975/4930 öf MK. md.798 (TMK. m.883)e göre, alacak ödenmedikçe, ipotek kayd,n,n terkinini istenemez ö (KB BB.).

⁶¹RE SO LU, Seza: Medeni Kanun Aç,s,ndan potek lemleri ve Uygulamada Ortaya Ç,kan Sorunlar (potek), Ankara 1978, s.7; AK PEK/ AKINTÜRK, s.786.

⁶²14. HD. T. 22.11.1999, E. 1999/7640 K. 1999/8295 (KB BB.).

⁶³23. HD. T. 9.7.2012, E. 2012/2115 K. 2012/4724 öf pote in kald,r,lmas,nda ipotekte belirtilen borç miktar,n,n ödenip ödenmedi i hususu önem ta ,maktad,r. Bu durumda, mahkemece konusunda uzman bir bilirki i seçilerek taraflar,n iddia ve savunmalar,yla sundu u deliller üzerinde inceleme yap,larak, davac,n,n daval,ya borcunun bulunup bulunmad, ,, ipote in kald,r,lma ko ullar,n,n olu up olu mad, , konusunda bilirki iden denetime elveri li rapor al,n,p sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle karar verilmesi do ru görülmemi tir ö (KB BB.).

⁶⁴ pote in geç kald,r,ld, , gerekçesiyle maddî tazminat talep edilebilmesi için ta ,nmaz malikinin bundan dolayı, bir zarara u ramas, gerekti ine ili kin ise bkz. 19. HD. T. 13.7.2007, E. 2007/1024 K. 2007/7464 (KB BB.).

⁶⁵14. HD. T. 14.2.2007, E. 2007/143 K. 2007/1330 (KB BB.); 15. HD. T. 12.2.1974, E. 1974/26 K. 1974/111 öf Arsa pay, kar ,l, ,nda kat yap,m, sözleşmesi uyar,nca üstenci, edimini yerine getirip kararla t,r,lan daireleri i sahibine teslim etti ine göre, tapuda üzerine geçirilen paya konmu ipote in çizimine karar verilmek gerekir ö (KB BB.); 19. HD. T. 11.2.2005, E. 2004/13431 K. 2005/1115 (KB BB.); 14. HD. T. 9.10.2012, E. 2012/7985 K. 2012/11412 öf potek bedelinin ödenmesi halinde ipote in kald,r,lmas,na karar verilebilir ö (KB BB.); 14. HD. T. 6.10.2008, E. 2008/10087 K. 2008/11028 (KB BB.); 12. HD. T. 11.12.1987, E. 1987/554 K. 1987/12907 (KB BB.); 15. HD. T. 28.3.2008, E. 2006/7085 K. 2008/1986 öf Davac, G. G,da Ltd. ti. taraf,ndan teslim al,nan arap ve etiket bedelleri ödendi ine göre, Dilara Demet K'nin ta ,nmaz, üzerine konulan ipote in de kald,r,lmas, gerekir ö (KB BB.).

⁶⁶15. HD. T. 29.5.1984, E. 1984/1340 K. 1984/1840 öf Arsa sahibi daval,n,n yükleniciye ait hisse üzerindeki ipote in fekkine yana mamas, sözleşme hükümleri ile objektif iyiniyet kuralları,na ayk,r,d,r. Mahkemece yüklenici taraf,ndan aç,lan as,l dava nedeniyle tapuda davac, yüklenici ad,na kay,tl, hisse üzerindeki mevcut ipote in fekkine í karar vermek gerekir ö (KB BB.).

⁶⁷15. HD. T. 12.2.1974, E. 1974/26 K. 1974/111 öf Noksan i ler, eserin maksada uygun kullan,lmas,na ve kabulüne engel olmad, ,ndan, ipote in, bu noksan i lerin paras, d, ,nda kalan bölümünün serbest b,rak,lmas, gerekir ö (KB BB.).

⁶⁸14. HD. T. 21.10.2009, E. 2009/10370 K. 2009/11327 öf Borçlu anapara ipotek miktar,ndan bir k,sm,n, ödemi veya depo etmi se yine de davan,n reddi gerekir ise de, "ço un içinde az da vard,r" kural, uyar,nca Tapu Sicil Tüzü ünün 31/son maddesi hükmüne göre ipotek bedelinden ödenen bölümün kütü ün dü ünceler sütununda gösterilmesi gerekir ö (KB BB.); 14. HD. T. 30.6.2014, E. 2014/8613 K. 2014/8789 (KB BB.); 14. HD. T. 10.12.2012, E. 2012/12901 K. 2012/14273 (KB BB.).

⁶⁹GÜLEKL, Ye im: pote in Ta ,nmaz ve Alacak Aç,s,ndan Kapsam,, stanbul 1992, s.80 vd.; KARAHACIO LU, Ali Haydar/ DO RUSÖZ, Edip/ ALTIN, Mehmet: Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996, s.152 vd.; 12. HD. T. 1.3.2017, E. 2016/12227 K. 2017/3025 (KB BB.); 12. HD. T. 21.11.2006, E. 2006/18963 K. 2006/21722 (KB BB.); 12. HD. T. 23.3.2007, E. 2007/2755 K. 2007/5619 (KB BB.); 14. HD. T. 1.12.2008, E. 2008/17832 K. 2008/21351 öf Somut olayda incelenen 20.11.1958 tarih ve 7361 yevmiye no.lu ipotek akit tablosu içeri ine göre; ipote in, 4.121.TL için tesis edildi i anla ,lmaktad,rí TMK. m.875æ göre kesin borç ipote i, anapara yan,nda, gecikme

Üst s,n,r ipote inde alacak miktar,na ili kin kesin bir belirleme bahse konu de ildir. Bunun yerine, ta ,nmaz,n sa layaca , azamî güvence miktar, tapu kütü ünde gösterilir. Dolay,s,yla, üst s,n,r ipote i daha ziyade henüz kesinle memi , gerçek miktar, zamanla ortaya ç,kacak alacaklar için ba vurulur. Üst s,n,r ipote inde, alaca ,n gerçek miktar, tapu kütü ünde yaz,l, olan miktardan fazla ise, artan k,s,m güvenceden yararlanamaz⁷⁰. Yan alacaklar bak,m,ndan da ayn, durum geçerlidir. Bununla beraber, miktar, a an k,s,m bak,m,ndan genel anlamda haciz veya iflâs yoluyla takip yap,labilir.

potek bizzat malikin borcu gibi, ba kas,n,n borcu için de kurulmu olabilir. pote in ba kas,n,n borcu için kurulmas, durumunda, malik taraf,ndan borcun ödenmi olmas, ise ipote in sona ermesine yol açmaz. Aksine, böyle bir durumda malik rehinli alacakl,ya halef olur; dolay,s,yla da ipotek ona geçer (TMK. m.884/II; TBK. m.127/I, b. 1). Bu takdirde, malik bizzat terkin talebinde bulunarak ipote i sona erdirebilir⁷¹.

c. potek Sözle mesinin Geçersiz Olmas,

radî ipote in kurulmas,nda aranan artlar, alacak var olmak art,yla, geçerli bir hukukî sebebin bulunmas, ile malikin talebine istinaden tapu memuru taraf,ndan tescilin yap,lmas,d,r. Burada hukukî sebep, kural olarak ipotek sözle mesidir. potek sözle mesinin geçerlili i, resmî ekilde yap,lm, olmas,na ba l,d,r (TMK. m.856/II). Sözle mede as,l alacak haricinde öngörüldü ü takdirde faiz oran,n,n da yer almas, ve tapu kütü üne tescil edilmesi gerekir. Tapu K. m.26 gere ince, resmî ekil, tapu memuru taraf,ndan gerçekle tirilir. Noterler taraf,ndan ise bahse konu sözle me yap,lamaz. Aksi takdirde, ipotek sözle mesi kesin hükümsüzdür (TBK. m.12/II, c. 2). ekle ayk,r, bir sözle meye istinaden yap,lan tescil de ipotek hakk,n,n kazan,lmas,n, sa lamaz. Ta ,nmaz maliki mahkemedan tapu sicilinin düzeltilmesini talep edebilir (TMK. m.1025)⁷².

potek sözle mesi yan,lma, aldatma veya korkutma ya da a ,r, yararlanmadan dolay, iptal edilmi olabilir. Bu takdirde de, tescil yolsuz hale gelir ve ipote in düzeltilmesi talep edilebilir. Nitekim, Yarg,tayâ göre, irade bozuklu u yüzünden ipote in geçersiz olmas, halinde ipote in kald,r,lmas, davas, aç,labilir⁷³.

potek sözle mesi, alaca a güvence sa layan ta ,nmaz,n maliki ile alacakl, aras,nda yap,l,r. Bunun için, her eyden önce taraflar,n ay,rt etme gücüne sahip olmas, gerekir. Aksi takdirde, meselâ, malik ipotek sözle mesinin ay,rt etme gücünün yoklu u sebebiyle geçersiz oldu unu belirterek sicil düzeltilmesini talep edebilir⁷⁴.

Ana ve baba kendi borçlar, için çocu a ait ta ,nmaz üzerinde ipotek kurmak isteyebilirler. Bu takdirde, ipote in kurulmas, mahkeme taraf,ndan belirlenen kayy,m,n kat,lmas,na ve hâkimin onay,na ba l,d,r (TMK. m.345)⁷⁵, Vesayet alt,ndaki ki ilerin ipotek kurmas, için ise, vasi taraf,ndan temsil edilmesi ve i leme vesayet makam, taraf,ndan izin verilmesi gereklidir (TMK. m.462/, b. 1). Vesayet makam,n,n izni al,nmaks,z,n ipotek kurulursa da, yolsuz tescil bahse konu olur ve bunun düzeltilmesi talep edilebilir⁷⁶.

d. Malikin Ta ,nmaz Üzerinde Tasarruf Yetkisinin Bulunmamas, veya Tasarruf Yetkisinin K,s,tlanmas,

Malikin ta ,nmaz üzerinde ipotek kurabilmesi için tasarruf yetkisine sahip olmas, gerekir. Tasarruf yetkisine sahip olmayan kimselerin ipotek kurmaya yönelik talepleri ise, tapu memuru taraf,ndan reddedilmelidir. Aksi takdirde, tapu kütü üne tescil edilmesine ra men ipotek hakk, do maz. Böyle bir ipote in tapu sicilinden silinmesi istenebilir. Meselâ, sahte vekâletnameyle ipotek kurulmas, halinde durum böyledir⁷⁷. Ayn, ekilde, sahte mirasç,l,k belgesi ile malikin

faizini de güvence alt,na al,r. Alacakl,, ipote in fekki için anaparan,n d, ,nda takip masraflar,n, ve geçen günlerin faizlerini de isteyebilir. Bu durumda talep tarihine kadar anapara ve eklentilerinin ödenmesi halinde ipote in kald,r,lmas,na karar verilebilir ö (KB BB.).

⁷⁰GÜLEKL , s.95-96; 19. HD. T. 4.6.2012, E. 2012/5727 K. 2012/9431 (KB BB.).

⁷¹O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.969; AK PEK/ AKINTÜRK, s.787 vd.

⁷²CANSEL, s.28.

⁷³D. T. 20.1.1969, E. 1036 K. 949 (ÖZBAY, 423).

⁷⁴ÖZBAY, s.423.

⁷⁵RE SO LU, potek, 20; ENER, Yavuz Selim: Türk Hukukunda potek ve Uygulamas,, 3. Bask,, stanbul 2010, s.80.

⁷⁶ÖZBAY, s.423.

⁷⁷RE SO LU, potek, s.15.

ta ,nmaz, üzerinde ipotek kuruldu u takdirde de, ipote in kald,r,lmas, talep edilebilir⁷⁸.

TMK. m.194/I gere ince, e lerden biri, di er e in aç,k r,zas, bulunmad,kça, aile konutu üzerindeki haklar, s,n,rlayamaz⁷⁹. Dolay,s,yla, aile konutunun maliki olan e taraf,ndan yap,lan s,n,rl, aynî hakk,n kurulmas,na yönelik tasarruf i lemleri, di er e in aç,k r,zas, al,nmazsa geçersizdir. Hâkim görü gere ince, bahse konu hüküm ipotek hakk,n, da kapsar⁸⁰. Keza, Yarg,tay da ayn, görü tedir⁸¹. Bu sebeple, aile konutu üzerinde ipotek kurulmas,, di er e in aç,k r,zas,n,n al,nmas,na ba l,d,r⁸². Yani, ta ,nmaz ipote in kuruldu u tarih itibariyle aile konutu niteli inde ise, bu durumda di er e in aç,k r,zas, al,nmal,d,r⁸³. Aksi takdirde, yap,lan tescil yolsuzdur. Böyle bir durumda, malik olmayan e ipote in kald,r,lmas,na yönelik olarak dava açabilir⁸⁴. Nitekim, Yarg,tayın bir karar,nda bu talep bankan,n basiretli i adam, gibi hareket etme yükümlülü ünün (TTK. m.18/II) varl, ,ndan hareketle kabul edilmi tir⁸⁵.

Yarg,lama devam ederken ipotek veren e in ölmesi muhtemeldir. Böyle bir durumda, evlilik birli i ölümle sona erer; dolay,s,yla da, TMK. m.194 hükmü uygulanamaz⁸⁶.

Ailenin ekonomik varl, ,n,n korunmas, veya evlilik birli inden do an malî bir yükümlülü ün yerine getirilmesi gerektirdi i takdirde, e lerden birinin talebi üzerine di er e in baz, malvarl, , de erleriyle ilgili tasarruf yetkisi hâkim karar,yla k,s,tlanabilir (TMK. m.199). Böylece, hâkim belirleyece i malvarl, , de erleriyle ilgili i lemlerinin ancak talepte bulunan e in r,zas,yla yap,lmaz,na karar verebilir. Buna ra men, di er e in r,zas, bulunmaks,z,n ipotek kurulmu sa, bu takdirde tescil yolsuz niteliktedir ve ipote in kald,r,lmas, için dava aç,labilir. Bahse konu dava, aç,k r,zas, al,nmayan e taraf,ndan rehinli alacakl, aleyhine aç,l,r⁸⁷.

Tasarruf yetkisinin k,s,tland, , di er bir hal, edinilmi mallara kat,lma rejiminde e lerin birlikte payl, mülkiyete sahip olduklar, maldaki paya ili kindir (TMK. m.223/II). Buna göre, kural olarak e lerden biri di erinin r,zas, olmaks,z,n payl, mülkiyet konusu maldaki pay, üzerinde tasarrufta bulunamaz. Meselâ, di er e in r,zas, al,nmaks,z,n payl, mülkiyete konu olan maldaki pay üzerinde ipotek verilemez. Aksi takdirde, r,zas, al,nmayan e düzeltme talep edip,

⁷⁸ÖZBAY, s.424 vd.

⁷⁹Buradaki k,s,tlanan,n hukukî niteli i tart, mal,d,r. Bir görü e göre, bu bir fiil ehliyeti k,s,tlamaz,d,r (ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bask., Ankara 2004, s.206; SEROZAN, Rona: Aile Konutu erhine De i ik Bir Yakla ,m, Ali Naim nanø Arma an, Ankara 2009, s.593). Nitekim, bahse konu hükmün fiil ehliyetine bir s,n,rlama getirdi ine yönelik bkz. HGK. T. 15.4.2015, E. 2013/2-2056 K. 2015/1201 (KARABA BULUT, Nil: öAile Konutu Üzerinde potek Tesisiö, Medeni Hukuk Alan,ndaki Güncel Yarg,tay Kararlar,n,n De erlendirilmesi Sempozyumu, E ya Hukuku C.1, stanbul 2017, s.79); 2. HD. T. 26.2.2018, E. 2018/1075 K. 2018/2651 (KB BB.). Di er bir görü e göre ise, burada e lere birlikte karar verme hakk, tan,nmaktad,r (ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu ve Mal Rejimleri E in Yasal Miras Pay, (Aile), 4. Bask., Ankara 2014, s.42-43). Dolay,s,yla, buradaki hükmün s,n,rl, ehliyetsizin kanunî temsilcisinin r,zas,na benzer bir etkisi bahse konudur (İPKA, ükran: Aile Konutu le lgili lemlerde Di er E in R,zas, (TMK. m.194), 2. Bask., stanbul 2004, s.149-150). Hâkim görü e göre, bu düzenlemedeki k,s,tlama, hukukî niteli i itibariyle bir tasarruf yetkisinin s,n,rlanmas, eklindedir (GÜMÜ , M.Alper: Evlili in Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, stanbul 2008, s.82; KARABA BULUT, 72). Ayr,ca bkz. YAKUPPUR, Sendi: Tapu Küttü üne Güven İkesi, stanbul 2016, s.82 vd.

⁸⁰AKINTÜRK, Turgut/ ATE KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.2, 13. Bask., stanbul 2011, s.122; KILIÇO LU, Ahmet: Türk Medeni Kanununda Di er E in R,zas,na Ba l, Hukuksal lemler ve Yasal Al,m Hakk,, Ankara 2002, s.18 vd.; DO AN, Murat: öMedeni Kanunun Getirdi i Yeni Bir Müessese: Aile Konutuö (Konut), AÜEHFD., C.6, S.1-4, 2002, s.290; ÖZTAN, s.207.

⁸¹2. HD. T. 26.2.2018, E. 2018/1075 K. 2018/2651 ö Her ne kadar ipotek do rudan do ruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakk,n, engellemiyorsa da, hak sahibi e in kötü niyetli ve muvazaal, i lemleri ile aile konutunun elden ç,kar,lma tehlikesi sebebiyle ipotek i lemne di er e in aç,k r,zas, artt,rí ö (KB BB.).

⁸²2. HD. T. 19.4.2013, E. 2012/18298 K. 2013/11121 ö Davac,, ipotek i lemi s,ras,nda, daval, bankan,n, dava konusu ta ,nmaz,n aile konutu oldu unu ve kendisinin ipotek i lemne r,zas,n,n bulunmad, ,n, bildi ini ispatlayamam, t,r. Aç,klanan bu nedenle, davan,n reddine karar verilmesi gerekirí ö (KB BB.).

⁸³2. HD. T. 26.2.2018, E. 2018/1075 K. 2018/2651 (KB BB.).

⁸⁴ÖZBAY, s.429.

⁸⁵2. HD. T. 24.3.2009, E. 2009/1911 K. 2009/5425 ö Basiretli bir biçimde davran,p ta ,nmaz,n aile konutu olarak kullan,ld, ,n, eksperleri marifetiyle yapt,klar, inceleme s,ras,nda görmeleri nedeniyle bu konutta oturduklar,n, bildi i davac, e in r,zas,n, da almalar, gerekir. Davac, e in muvafakati olmaks,z,n daval, e taraf,ndan di er daval, banka lehine tesis edilen ipote in kald,r,lmas,na karar verilmelidirí ö (KB BB.).

⁸⁶2. HD. T. 11.4.2011, E. 2010/17326 K. 2011/6399 ö Dava, aile konutu olmas, sebebiyle ipote in kald,r,lmas,na ili kin olup TMK. m.194ø dayanmaktad,r. Toplanan delillerden ipotek veren daval,n,n 15.8.2009 tarihinde, yarg,lama devam ederken öldü ü anla ,lmaktad,r. Evlilik birli i ölümle sona erdi inden, TMK. m.194ün uygulanma olana , kalmam, t,r. Davan,n konusuz kalmas, sebebiyle karar verilmesine yer olmad, ,na hükmedilmesi gerekirken, yaz,l, ekilde davan,n reddine karar verilmesi do ru de ildirí ö (KB BB.).

⁸⁷2. HD. T. 26.2.2018, E. 2018/1075 K. 2018/2651 (KB BB.); ÖZBAY, s.427 vd.

geçersiz olan böyle bir ipote in tapu kütü ünden silinmesini sa layabilir⁸⁸.

Mirasb,rakan taraf,ndan vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanm, olmas, (TMK. m.550 vd.) da mirasç,lar,n tereke mallar, üzerindeki tasarruf yetkilerini k,s,tlayabilir. Ayn, ekilde, terekenin resmen yönetilmesi (TMK. m.592 vd.), resmî defterinin tutulmas, (TMK. m.619 vd.) ve resmî tasfiyesinin yap,lmas, (TMK. m.632 vd.) hallerinde de mirasç,lar,n tereke mallar, üzerindeki tasarruf yetkileri k,s,tlanmaktadır⁸⁹. Buna ayk,r, olarak terekeye dahil bir ta ,nmaz üzerinde ipotek kurulmas, durumunda da tapu sicilinin düzeltilmesi talep edilebilir.

D. Taraflar,

1. Davac,

pote in kald,r,lmas, davas,nda davac, maddî durum ile eklî durum aras,nda uygunsuzluk bulunan ki i, daha do rusu gerçek hak sahibidir. Bu da yolsuz tescil yüzünden zarara u rama tehlikesiyle kar ,la an maliktir. Davac, malik dava devam ederken öldü ü takdirde, say,lar, birden fazla ise davaya bütün mirasç,lar,n kat,l,m,n,n sa lanmas, gerekir⁹⁰.

potekli ta ,nmaz,n devredilmesi halinde, borç kural olarak kendili inden yeni malike geçmez; as,l borçlunun ahsî sorumlulu u devam eder (TMK. m.888/I). Yeni malikin sorumlulu u ise, aynî nitelikte olup, ta ,nmaz,n de eriyle s,n,rl,d,r⁹¹. Dolay,s,yla, ipotekli ta ,nmaz devredildi i takdirde, davac, art,k yeni malik olur; eski malikin dava açma hakk, yoktur⁹².

Ta ,nmaz maliki ile borçlunun ayn, ki i olmas, halinde davac,n,n belirlenmesi mesele te kil etmez. Önem arz eden husus, ta ,nmaz maliki ile borçlu farklı ki iler oldu u takdirde, davac,n,n belirlenmesidir. Zira, ipote e konu ta ,nmaz malikin borçlu haricinde üçüncü bir ki i olmas, da mümkündür (TMK. m.881/II). Bu takdirde, bahse konu dava ta ,nmaz,n maliki konumundaki üçüncü ki i taraf,ndan aç,labilir. Acaba, borçlu olmakla beraber rehin veren konumunda bulunmayan ki i bu davay, açabilir mi? Teorik olarak tutarlı olan görü gere ince, ipote in kald,r,lmas, davas,n,n malik taraf,ndan aç,lmas, gerekir. Zira, bahse konu dava aynî bir dava niteli indedir. Bununla birlikte, doktrine göre ipote in kald,r,lmas,nda borçlunun da korunmaya de er menfaati bulunmaktadır; dolay,s,yla ona da bu imkân tan,nmal,d,r. Hatta, borçlu dava açma hakk,n, malikle birlikte kullanabilece i gibi, tek ba ,na da böyle bir talepte bulunabilir⁹³. Keza, Yarg,tayçâ göre de malik olmayan borçlu ipote in kald,r,lmas, davas,n, açma hakk,na sahiptir⁹⁴.

Payl, mülkiyete tâbi ta ,nmaz,n tamam, üzerinde bulunan geçersiz ipotek hakk,na ili kin olarak ipote in kald,r,lmas, davas, her bir payda taraf,ndan aç,labilir. Zira, bahse konu dava, e yan,n tamam,na ait olup, bölünemeyen talep niteli indedir. Dolay,s,yla, payda lardan biri taraf,ndan aç,lan dava kazan,l,rsa, sonuçtan di er payda lar da dolaylı ekilde yararlan,rlar (TMK. m.693/III)⁹⁵.

⁸⁸ÖZBAY, s.432.

⁸⁹DO AN, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin K,s,tlamas,n,n erhi (erh), Ankara 2004, s.28.

⁹⁰1. HD. T. 14.2.2013, E. 2012/14020 K. 2013/1992 (YKD., C.40, S.3, 2014, s.474-475); 19. HD. T. 4.6.2012, E. 2012/5727 K. 2012/9431 (KB BB.).

⁹¹VEL DEDEO LU, H.fz, Veldet: Türk Medenî Hukuku, 3. Bask., stanbul 1963, s.778; SAYMEN/ ELB R, s.575; AYBAY/ HATEM , s.287; KÖPRÜLÜ/ KANET , s.385.

⁹²14. HD. T. 6.10.2008, E. 2008/10087 K. 2008/11028 öf Yeni malik de bu borç ile yükümlüdürü . Yeni malik olan davac, da önceki malik gibi ipotek borcundan sorumlu olaca ,ndan ipote in kald,r,lmas, için taraflar,n öngördükleri sözleşme ko ulu yerine getirilmeksizin yeni malikin sözleşme artlar,n, bilmedi i kabul edilerek davan,n yaz,l, ekilde hükme ba lanmas, do ru olmam, t,rí ö (KB BB.); 19. HD. T. 25.10.2017, E. 2016/13396 K. 2017/7264 (KB BB.); 14. HD. T. 29.5.2009, E. 2009/4729 K. 2009/6582 (KB BB.); 14. HD. T. 9.10.1997, E. 1997/5944 K. 1997/6670 öf Nizal, parseli üzerindeki tüm takyidatlar, ile birlikte ba kas,na satan eski malikin, sat, i leminden sonra tapudaki ipote in fekki için dava açmaya hakk, yokturü ö (KB BB.). Aksi yönde karar için bkz. 14. HD. T. 5.4.1996, E. 1996/1928 K. 1996/2414 öf Hem borçlunun, hem de ipotek bulunan gayrimenkulün yeni sahibinin ipote in fekkini ayr, ayr, isteyebileceklerine ve davac, borçlunun bu hakk,n, kullanarak dava açmas,nda menfaati bulunmas,na binaen davan,n kabulünde bir usulsüzlük görülmemi tirü ö (KB BB.).

⁹³PEHL VANLI, Gündüz: Aç,klamal, cra ve flâs Kanunu, C.1, Ankara 1998, s.1101; UYAR, Rehin, s.217; MUSTAFAO LU, s.71.

⁹⁴D. T. 23.2.1965, E. 14522 K. 994 (OLGAÇ, Senai: cra- flas, C.2, Maddeler 106-371, Ankara 1978, s.1266, dpn. 2).

⁹⁵GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.419; KURT, s.110.

2. Daval,

pote in kald,r,Imas, davas,nda daval,, gerçek hak sahibi olmad, , halde tapuda hak sahibi görünen ki idir; yani rehinli alacakl,d,r⁹⁶. Bu bak,mdan, alacakl,n,n iyiniyetli olup olmamas, önemli de ildir⁹⁷. Daval, öldü  takdirde, bahse konu dava miras,lar, aleyhine a,l,r veya srdrlr⁹⁸.

Lehine yolsuz olarak rehin tescil edilmi ki iden hakk, devralan üçüncü ki i aleyhine de ipote in kald,r,Imas, davas, a,labilir (TMK. m.1024). Bunun için, üçüncü ki inin kötüniyetli olmas, gerekir⁹⁹. Devralan iyiniyetli ise, art,k ona kar , ipote in kald,r,Imas, davas, a,lamaz (TMK. m.1023)¹⁰⁰.

Daval, rehinli alacakl, oldu una göre, ba ka bir kimse aleyhine ipote in kald,r,Imas, davas, a,lamaz. Meselâ, tapu sicil müdürlü ne kar , bahse konu talep ileri sürülemez. Aksi takdirde, dava husumet yoklu undan dolay, esastan reddedilir¹⁰¹.

E. Yetkili ve Görevli Mahkeme

1. Yetkili Mahkeme

pote in kald,r,Imas, davas,, ta ,nmaz,n ayn,na ili kin oldu u için, yetkili mahkeme ta ,nmaz,n bulundu u yer mahkemesidir (HMK. m.12/I)¹⁰². Bu dava birden fazla ta ,nmaza ili kinse, ta ,nmazlardan birinin bulundu u yerde de a,labilir (HMK. m.12/III)¹⁰³. Burada kesin yetki bahse konudur; aksi kararla t,r,lamaz. Üstelik, bu husus mahkeme taraf,ndan reen dikkate al,n,r¹⁰⁴.

Baz, hallerde özel yetki kurallar, bahse konu olabilir. Meselâ, ipotek sözle mesinin korkutulularak düzenlendi i iddias, haks,z fiil niteli indedir. Böyle bir durumda ise, haks,z fiilin,

⁹⁶W ELAND, s.940-941; HOMBERGER, s.436-437; AK PEK/ AKINTÜRK, s.351; ÜSTÜNDA , s.95; TEK NAY/ AKMAN/ BURCUO LU/ ALTOP, s.421; RE SO LU, E ya, s.191; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.310; O UZMAN/ SEL  / OKTAY-ÖZDEM R, s.262; HATEM , Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: E ya Hukuku, stanbul 1991, s.465; HGK. T. 6.11.2018, E. 2017/14-2219 K. 2018/1590 f Gerçekte de söz konusu davada nal,m hakk,na dayal, tapu iptali ve tescil davas,nda ta ,nmaz üzerindeki ipotek kald,r,larak ipotek bedelinden daha az olan nal,m bedeli üzerine kayd,r,Imas,na karar verilmi tir. Mahkemenin bu karar,ndan ipotek alacakl,s,n,n haklar,n,n da etkilendi i a,kt,r. Bu hâlde, bahsi geçen karara kar , hukuki haklar, zarar gören ki ilerin temyiz yoluna ba vurabilece inin kabulü gerekece inden ipotek lehtar, olan irketin yarg,laman,n yenilenmesi talebi olarak adland,rd, , talebinin usul ekonomisi ilkesinin gere i olarak mahkemenin karar,n,n temyiz istemi olarak kabul edilerek de erlendirilmesi i gerekirö  (KB BB.).

⁹⁷Ancak, Yarg,taya göre, aile konutu bak,m,ndan alacakl,n,n iyiniyetli olmas, aran,r. Bkz. 2. HD. T. 18.9.2013, E. 2013/16119 K. 2013/21194 f potek tesisine dair i lemden önce ta ,nmaz,n tapu kt nde "aile konutu" oldu una dair bir erh bulunmamaktad,r. Bu durumda daval, bankan,n ipote e dair kazan,m, iyi niyetli ise korunur  (KB BB.).

⁹⁸TEK NAY/ AKMAN/ BURCUO LU/ ALTOP, s.421; O UZMAN/ SEL  / OKTAY-ÖZDEM R, s.262; ESENER/ GÜVEN, s.170; 14. HD. T. 27.3.2019, E. 2016/16552 K. 2019/2800  potek alacakl,s,n,n davadan önce vefat etti i anla ,lm, olup ölmü ki iye ,kar,lan tebligat da bir hüküm ifade etmeyece inden ipotek alacakl,s,na usulüne uygun bir tebligat,n varl, ,ndan söz edilemez. Mahkemece, ipotek alacakl,s, davadan önce vefat etti inden, miras,lar,na dava dilekçesi tebli i ile taraf te kilu sa land,ktan sonra bir karar verilmesi gerekirö  (KB BB.). Daval, dernek olup, tüzel ki ili i sona ermi se (münfesih olmu sa), davaya Hazine'nin kat,l,m,n,n sa lanmas, gerekti i hakk,nda bkz. 14. HD. T. 1.3.200, E. 2001/845 K. 2001/1333 (KB BB.).

⁹⁹HGK. T. 19.6.2015, E. 2015/2-528 K. 2015/1713 f Muvafakat belgesindeki imzan,n r,zas, gereken davac, e e ait olup olmad, ,n, ara t,r,madan aile konutu üzerine ipotek tesis ettiren ipotek alacakl,s, banka ile halefiyet yoluyla ödedi i tutar oran,nda alacakla birlikte rehin haklar,na sahip olan kefilin TMK. m.1023.öte düzenlenen tapuya güven ilkesinden yararlanmas, mümkün de ildirö  (KB BB.).

¹⁰⁰14. HD. T. 5.5.1999, E. 1999/2761 K. 1999/3370 f Alacak mevcut de ilse kayda güvenerek ipote in kazan,Imas, mümkün de ildirö  (KB BB.); O UZMAN/ SEL  / OKTAY-ÖZDEM R, s.262; AK PEK/ AKINTÜRK, s.351.

¹⁰¹14. HD. T. 7.6.2011, E. 2011/5719 K. 2011/7411 f pote in kald,r,Imas, istemli davalar,n ipotek alacakl,s,na kar , a,Imas, gerekti inden, daval, tapu sicil müdürlü  hakk,ndaki davan,n husumet sebebiyle reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi do ru görülmemi , karar,n bu sebeple bozulmas, gerekmi tir  (KB BB.); 14. HD. T. 27.5.1988, E. 1988/2452 K. 1988/4077 f Hazine'nin gerçek ki iler ve banka ile ilgili ipotek iptali davas,nda has,m olmas, d nlemez  (KB BB.).

¹⁰²14. HD. T. 12.12.1996, E. 7998 K. 8228 f Bunun ayn teminat ile güvence alt,na al,nmas, ise mülkiyetin gayri bir ayn hak ili kisi oldu undan, HUMK.n 13. maddesi uyar,nca ipote in fekkiyle ilgili davalar,n gayrimenkln bulundu u yer mahkemesinde a,Imas, gerekir... (YKD., C.23, S.5, 1997, s.737-738); BERBERO LU YEN PINAR, Filiz: potek Fekki Davalar,, stanbul 2019, s.23.

¹⁰³1. HD. T. 13.10.1998, E. 1998/8958 K. 1998/10882 (YKD., C.25, S.6, 1999, s.763-764).

¹⁰⁴BERBERO LU YEN PINAR, s.23; 1. HD. T. 6.5.1993, E. 1993/2541 K. 1993/6058 (YKD., C.19, S.10, 1993, s.1477).

yani korkutman,n gerçeikle ti i veya zarar,n meydana geldi i ya da gelme ihtimalinin bulundu u yer veyahut da zarar görenin yerle im yeri mahkemesi de yetkilidir (HMK. m.16)¹⁰⁵.

2. Görevli Mahkeme

pote in kald,r,lmas,, malvarl , haklar,na ili kin bir davan,n konusudur. Bu itibarla, 1086 say,l, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, görevli mahkeme dava konusu eyin, daha do rusu borçlunun borçlu olmad ,n, iddia etti i miktara (alacak miktar,na) göre belirlenirdi (HUMK. m.2/I)¹⁰⁶. Nitekim, Yarg,tay taraf,ndan da ayn, sonuç kabul edilmekteydi¹⁰⁷. Ancak, 6100 say,l, Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁰⁸nda, para s,n,r,na ili kin ikili ayr,m kald,r,lm, t,r. Dolay,s,yla, görevli mahkeme, kural itibariyle dava konusu eyin (müddeabihin) de eri ne olursa olsun art,k asliye hukuk mahkemesidir (HMK. m.2)¹⁰⁸.

pote in kald,r,lmas, davas,ndaki görevli mahkeme baz, hallerde taraflar aras,ndaki ili kinin niteli inden hareketle de i iklik gösterebilir. Meselâ, aile konutu niteli indeki ta ,nmaz,n üzerine konulan ipote in kald,r,lmas,na yönelik davada durum böyledir. Böyle bir ihtimalde, TMK. m.194 hükmünden kaynaklanan bir uyu mazl,k mevcuttur ve aile mahkemesi görevlidir (AMKGYUK. m.4)¹⁰⁹. Aile mahkemesi kurulamayan yerlerde bu Kanun kapsam,na giren dava ve i lere Hâkimler ve Savc,lar Kurulu¹¹⁰nun belirledi i asliye hukuk mahkemesi taraf,ndan bak,l,r (AMKGYUK. m.2).

Taraflar aras,ndaki ili kinin temelinde tüketici i lemi bulunmaktaysa, davada tüketici mahkemesi görevlidir (TKHK. m.73/I)¹¹⁰. Uyu mazl,k ticarî dava niteli inde ise, görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir (TTK. m.4/I)¹¹¹. pote in kald,r,lmas, davas, icra mahkemesinde ise aç,lamaz¹¹².

F. spat

pote in kald,r,lmas, davas,nda ispat yükü, kural olarak davac,ya aittir¹¹³. Bu kapsamda, davac,n,n ipote e ili kin tescilin yolsuz oldu unu ispat etmesi gerekir. Meselâ, ifa sonucunda alaca ,n sona erdi i iddia edilirse bu hususun ispat edilmesi gerekir. Ta ,nmaz malikinin ödeme iddias,n, kural olarak yaz,l, (kesin) delille ispatlamas, gerekir¹¹⁴.

Üçüncü ki i durumundaki yeni hak kazanan aleyhine dava aç,ld, , takdirde, onun kötüniyetli oldu u ispat edilmelidir (TMK. m.1024/III)¹¹⁵. Zira, iyiniyetin varl , , esas olup¹¹⁶ (TMK. m.3/I), hak karinelerinden de daval, yararlan,r (TMK. m.992/I). Kötüniyet ise, her türlü delille ispat edilebilir. Üstelik, somut olay,n özelliklerinden davac,n,n kötüniyetli oldu u

¹⁰⁵ÖZBAY, s.436. Ayr,ca bkz. MU UL, s.387; KURU, s.74.

¹⁰⁶ÖZBAY, s.434.

¹⁰⁷14. HD. T. 3.11.1997, E. 1997/7557 K. 1997/7658 öf pote in kald,r,lmas, (fekki) davas,nda görevli mahkeme davan,n de erine göre belirlenir. Davan,n de erini ise, sözle mede ve ipotek akit tablosunda yaz,l, de er te kil ederí ö (KB BB.).

¹⁰⁸14. HD. T. 15.3.2013, E. 2013/1735 K. 2013/3857 öf Dava, 6100 say,l, HMK'n,n yürürlü e girdi i 01.10.2011 tarihinden sonra aç,ld, ,ndan asliye hukuk mahkemesi görevlidirí ö (KB BB.).

¹⁰⁹2. HD. T. 15.2.2010, E. 2009/12124 K. 2010/2589 öf Dava aile konutu olan ta ,nmaz,n daval, ad,na tescilli oldu u dönemde konulan ipote in fekkine ili kin olup, (TMK. m.194) 05.10.2004 tarihinde aç,lm, t,rí Gerçeikle en bu durum kar ,s,nda görevsizlik karan verilmesi gerekirken i in esas,n,n incelenmesi usul ve yasaya ayk,r, bulunmu turí ö (KB BB.).

¹¹⁰13. HD. T. 14.3.2013, E. 2012/27602 K. 2013/6294 öf Taraflar aras,ndaki ipote in kald,r,lmas, davas,nda; davac,n,n halefi oldu u daval, A. ile daval, banka aras,nda da tüketici kredisi sözle mesinden do an kefillik ili kisi mevcut oldu una göre, uyu mazl ,n tüketici kredisi sözle mesinden kaynakland, , ve davaya bakmaya tüketici mahkemelerinin görevli oldu unun kabulü gerekirí ö (KB BB.).

¹¹¹19. HD. T. 27.9.2017, E. 2016/11572 K. 2017/6347 öf Uyu mazl,k genel kredi sözle mesinden kaynaklanmakta olup TTK. 4. maddesi uyar,ncan ticarî dava mahiyetindedirí ö (TENEKEC , s.33).

¹¹²TENEKEC , 32.

¹¹³14. HD. T. 27.10.1987, E. 1987/5376 K. 1987/7668 öf Ayn, ibranamenin 2. maddesinde, Bahri'nin Mustafa'ya verdi i sat, vaadi ile ilgili borçlar,n, ödemi oldu undan Bahri'nin verdi i sat, vaatlerinin iptal edildi i bildirilmi tir. Bu hususun sat, sözle mesi ile çeli ti i dikkati çekmemi ve bu belgenin davac, bak,m,ndan beyyine ba lang,c, te kil edece i ve tan,k dinletebilece i dü ünülmemi tirí ö (KB BB.).

¹¹⁴14. HD. T. 30.6.2014, E. 2014/8613 K. 2014/8789 (KB BB.).

¹¹⁵HOMBERGER, s.440; AK PEK/ AKINTÜRK, s.353; AY TER, s.68.

¹¹⁶AKKANAT, Halil: Türk Medeni Hukukunda yiniyetin Korunmas,, stanbul 2010, s.53; 2. HD. T. 10.12.2014, E. 2014/25979 K. 2014/25332 öf Lehine ipotek tesis edilen bankan,n, iyiniyetli olmad ,n, kan,tlama yükümlülü ü bunu iddia edene dü er (TMK. m.6). Dosya içerisindeki belgelerden lehine ipotek tesis edilen bankan,n iyi niyetli olmad, , hususunun kan,tlanamad, , tapuya güven ilkesini esas alan TMK. m.1023 ko ullar,n,n i lem taraf, olan daval, banka lehine gerçeikle ti i anla ,lmaktad,r. Gerçeikle en bu durum kar ,s,nda, davan,n reddi gerekirken, yaz,l, ekilde kabulüne karar verilmesi do ru görülmemi tir...ö (KB BB.).

anla ,l,rsa, hâkim taraf,ndan da bu durumun reşen dikkate al,nmas, gerekir¹¹⁷.

spat yükü, kural itibariyle davac,da olmakla birlikte daval, da baz, savunma imkânlar,na sahiptir. Meselâ, davac,n,n ipotek kurulmas,na yönelik muvafakatnamesi mahkemeye delil olarak sunulabilir¹¹⁸. Ayn, ekilde, daval, iptal edilebilir bir ipotek sözleşmesi bakım,ndan bir y,ll,k hak dü ürücü iptal süresinin geçti ini ileri sürebilir (TBK. m.39). Yine, aç,lan davan,n hakk,n kötüye kullan,m, ekinde oldu u (TMK. m.2/II) hususuna da bir savunma yolu olarak ba vurulabilir¹¹⁹. Keza, talep olmaks,z,n yap,lan bir tescilin düzeltilmesi talebi kar ,s,nda tescil yükümlülü üne de dayan,labilir. Meselâ, yükümlü malikin talebi olmaks,z,n tescil edilmi rehin hakk,n,n düzeltilmesi için aç,lan davada durum böyledir. Bu takdirde, daval, rehinli alacakl,, malikin aralar,ndaki sözleşme uyar,nca zaten rehin hakk,n, kurmak zorunda oldu unu ileri sürebilir¹²⁰. Daval,, ipotek hakk,n, zamana ,m, (TMK. m.712-713) sonucunda kazanm, bulundu unu ise ileri süremez. Zira, rehinle güvence alt,na al,nan alacak zamana ,m, yoluyla kazan,lamaz¹²¹.

G. Süre

pote in kald,r,lmas, davas, aynî hakka dayal, olarak aç,l,r ve zamana ,m,na u ramaz. Kanunda öngörülen istisnalar haricinde, hak dü ürücü süre de bulunmamaktad,r. pote in kald,r,lmas, davas,, kural olarak her zaman aç,labilir. yiniyetle aynî hak kazan,lan (TMK. m.1023) ve hakk,n kötüye kullan,ld, , hallerde ise, ipote in kald,r,lmas, davas, aç,lamaz¹²².

H. Hükümün Etkisi

pote in kald,r,lmas, davas, kazan,l,rsa, sicildeki kayd,n gerçe e uygun dü medi i belirlenmi olur. Dolay,s,yla, mahkemenin karar, kurucu de il, aç,klay,c, niteliktedir¹²³. Davac,, mahkemenin karar,na dayanarak tapu kütü ünü düzeltirebilir. Bunun için mahkeme taraf,ndan ayr,ca talimat verilmesi gerekmez¹²⁴.

pote in kald,r,lmas, karar,, aynî hak sahipli ini etkilemez. Bununla birlikte, gerçek hak durumuna uygun dü meyen tescil düzeltme sayesinde gerçek hak durumuna uygun hale gelir. Ancak, dava sonucunda gerçekte tirilen düzeltmeye ra men, bu esnada geçen sürede iyiniyetle aynî hak kazanm, olan ki ilerin kazan,m,lar, korunur¹²⁵. Dava aç,l,rken geçici tescil erhinin yapt,r,lm, olmas, (TMK. m.1011) ise böyle bir ihtimali engeller.

pote in kald,r,lmas, davas,, alacakl, lehine de sonuçlanm, olabilir. Bunun sonucu ise, ipote e ili kin tescilin yolsuz olmad, ,n,n, yani geçerli bir tescilin varl, ,n,n tespit edilmesidir¹²⁶.

IV. SONUÇ

pote in kald,r,lmas, deyimini ile anlat,l,mak istenen yolsuz tescil edilmi durumdaki ipotek hakk,n,n düzeltilmesidir. Bu itibarla, ipote in kald,r,lmas, için aranan tek art, ipotek hakk,n,n tapu kütü üne yolsuz tescil edilmi olmas,d,r. Tescilin önceden veya sonradan yolsuz duruma gelmesi aras,nda bu anlamda herhangi bir fark yoktur. Meselâ, güvence alt,na al,nan alaca ,n geçersiz olmas, gibi, sona ermesi durumunda da yolsuz tescil mevcuttur. Her iki halde de tapu sicili i lemlerinden düzeltmenin (tashihin) varl, , gerekir.

pote e ili kin yolsuz tescilin düzeltilmesi, rehinli alacakl,n,n muvafakati ile gerçekte ebilir. Bu yoksa, ipote in kald,r,lmas, (fekki) davas,n,n aç,l,mas, gerekir. Bahsedilen dava, hukukî niteli i itibariyle tapu sicilini düzeltme davas,d,r; ayn, zamanda da menfî tespit davas,n,n bir görünümüdür.

¹¹⁷1. HD. T. 23.5.1989, E. 1989/2370 K. 1989/6436 (YKD., C.16, S.10, 1990, s.1443-1444); 8. HD. T. 15.11.1993, E. 1993/8639 K. 1993/11586 (YKD., C.20, S.4, 1994, s.577 vd.).

¹¹⁸2. HD. T. 12.1.2015, E. 2014/25689 K. 2015/55 (KB BB.).

¹¹⁹GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.312.

¹²⁰W ELAND, s.941.

¹²¹KÖPRÜLÜ/ KANET , s.300; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.984; O UZMAN/ SEL Ç / OKTAY-ÖZDEM R, s.919. Aksi görü için ise bkz. HATEM / SEROZAN/ ARPACI, s.672, 728-729.

¹²²TEK NAY/ AKMAN/ BURCUO LU/ ALTOP, s.422; W ELAND, s.942.

¹²³1. HD. T. 12.2.1993, E. 1993/1407 K. 1993/1598 (YKD., C.19, S.4, 1993, s.510 vd.).

¹²⁴AY TER, s.69; ÜSTÜNDA , s.131-132; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.313; AK PEK/ AKINTÜRK, s.353-354.

¹²⁵W ELAND, s.942.

¹²⁶ÖZBAY, s.446.

pote in kald,r,lmas, davas, ilk olarak ipotekten kurtarma müessesesinden farklıdır. Zira, ikinci halde geçerli bir ipotek hakkı, varlığına ihtiyaç vardır. Yine, inceleme konusu davanın aksine, K. m.153 gereğince ipotek kaydının terkinin için ipotek alacakları, gaip olması, veya borcu almaktan kaçınması, gerekmektedir.

Davacı, kural olarak taşınmazın maliki; davalı ise, rehinli alacaktır. Taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesi, esas itibarıyla yetkili ve görevlidir. Ancak, aile konutu misalinde olduğu gibi, bazı hallerde görevli mahkeme aile mahkemesi vb. ekinde de işlevi gösterebilir.

pote in kald,r,lmas, davası, aynı bir dava olduğu için herhangi bir hak düşümü veya zamana sınırlaması yoktur. Nihayet, böyle bir davada mahkemenin karar, kurucu de il, açıklayıcı, niteliktedir. Zira, bu sayede, sicildeki kaydın gerçeğe uygun dümesi belirlenmektedir.

KAYNAKÇA


- ACAR, Faruk: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı, ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008. (Kısaltılmış, : ACAR, Belirlilik).
- ACAR, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015 (Kısaltılmış, : ACAR, Rehin).
- ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu ve Mal Rejimleri Ekin Yasal Miras Payı, 4. Baskı, Ankara 2014 (Kısaltılmış, : ACAR, Aile).
- AKINTÜRK, Turgut/ATE KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.2, 13. Baskı, İstanbul 2011.
- AK PEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut: Eya Hukuku, İstanbul 2009.
- AKKANAT, Halil: Türk Medeni Hukukunda Yıniyetin Korunması, İstanbul 2010.
- AKKAYA, Tolga: Öncera Hukuku Balamında Süreli İpotek, TAAD., Y. 4, S.12, Ocak 2013, s.161-184.
- AYBAY, Aydın/HATEM, Hüseyin: Eya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- AYTER, Nuri: Eya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1987.
- BERBEROĞLU YENİ PİNAR, Filiz: İpotek Fekki Davaları, İstanbul 2019.
- BERK, Akif: Aynı Haklar, Ankara 1965.
- BURCUOĞLU, Haluk: Hukukçu Gözüyle Banka Uygulamasında İpotekle İlgili Önemli Sorunlar, İstanbul 1991.
- CANSEL, Erol: Tapu Sicilinde İmtat Prensibi, Ankara 1964.
- ÇETİNER, Bilgehan: Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015.
- DOĞAN, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısaltılması, Ankara 2004 (Kısaltılmış, : DOĞAN, İrh).
- DOĞAN, Murat: İMedeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, AÜEHFD., C.6, S.1-4, 2002, s.285-300 (Kısaltılmış, : DOĞAN, Konut).
- DÖRTGÖZ, Gürsel: Bankacılık ve Tapu Sicili Yönünden İpotek, Ankara 2010.
- DURAL, Mustafa: Eya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.
- EREN, Fikret/BA PİNAR, Veysel: Toprak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- ERMAN, Hasan: Eya Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- ERMAN, Walter/WENZEL, Frank: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auf., Köln 2011.
- EROL, Kemal: İpotek Kavramı, ve Özellikleri İö, YD., C.7, S.1-4, 1981, s.315-324.
- ERTA, İref: Eya Hukuku, 10. Baskı, İzmir 2012.
- ESENER, Turhan/Güven, Kudret: Eya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019.
- GÜLEKLİ, Yeşim: İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, İstanbul 1992.
- GÜMÜŞ, M. Alper: Evliliğinin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TM m.185 -281), İstanbul 2008.
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eya Hukuku, Ankara 1978.
- HATEM, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Eya Hukuku, İstanbul 1991.
- HELVACI, İhan: Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşme İmedeni İpotek Hakkı, İstanbul 2008.
- HOMBERGER, A.: Aynı Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili, (Çev. Suat Bertan), Ankara 1950.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auf., Basel 2003.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie/GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/ROBERTO, Vito: Sachenrecht, 5. Auf., Bern 2017.
- KARABAMBULUT, Nil: İAile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi, İMedeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararları, İDeğerlendirilmesi Sempozyumu, Eya Hukuku C.1, İstanbul 2017, s.59- 83.
- KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/DOĞAN RUSÖZ, Edip/ALTIN, Mehmet: Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996.

- KILIÇO LU, Ahmet: Türk Medeni Kanununda Di er E in R,zas,na Ba l, Hukuksal lemler ve Yasal Al,m Hakk,, Ankara 2002.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANET , Selim: S,n,r,l, Aynî Haklar, 2. Bask,, stanbul 1982-1983.
- KUNTALP, Erden: öMedenî Kanun Hükümleri Aç,s,ndan potekli Borç Senediö, Teori ve Uygulama Aç,s,ndan potekli Borç Senetleri Sempozyumu, Ankara 21 Haziran 1984, s.5-17.
- KURT, Ekrem: Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, stanbul 2004.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 24. Bask,, Ankara 2013 (K,salt,lm, ,: KURU/ARSLAN/YILMAZ, Usul).
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: cra ve flâs Hukuku, 27. Bask,, Ankara 2013 (K,salt,lm, ,: KURU/ARSLAN/YILMAZ, cra).
- KURU, Baki: cra ve flâs Hukukunda Menfî Tespit Davas, ve stirdat Davas,, Ankara 2003.
- MUSTAFAO LU, Hüsrev: cra- flas Hukukunda Rehin ve Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip, Yay,mılanmam, Yüksek Lisans Tezi, stanbul 2001.
- MU UL, Timuçin: Teorik ve Uygulamal, cra ve flâs Hukuku I, stanbul 2001.
- NOMER, Halûk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: E ya Hukuku, C.2, Rehin Hukuku, stanbul 2016 (K,salt,lm, ,: NOMER/ERGÜNE, Rehin).
- NOMER, Halûk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: E ya Hukuku, 7. Bask,, stanbul 2019 (K,salt,lm, ,: NOMER/ERGÜNE, E ya).
- OLGAÇ, Senai: cra- flas, C.2, Maddeler (106-371), Ankara 1978.
- O UZMAN, M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 21. Bask,, stanbul 2018.
- ÖZBAY, brahim: öpote in ptali Davas, (K. m.150, C.3) Üzerine Bir ncelemeö, EÜHFD., C.11, S.3-4, 2007, s.403-451.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bask,, Ankara 2004.
- PALANDT, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 65. Auf., München 2006.
- PEHL VANLI, Gündüz: Aç,klamal, cra ve flâs Kanunu, C.1, Ankara 1998.
- PRUTTING, Hanns: Sachenrecht, 36. Auf., München 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: cra ve flâs Hukuku, 3. Bask,, Ankara 2005.
- RE SO LU, Safa: Türk E ya Hukuku, C.1, Giri ó Zilyedlik ve Tapu Sicili, 7. Bask,, Ankara 1984 (K,salt,lm, ,: RE SO LU, E ya).
- RE SO LU, Seza: Medeni Kanun Aç,s,ndan potek lemleri ve Uygulamada Ortaya Ç,kan Sorunlar, Ankara 1978 (K,salt,lm, ,: RE SO LU, potek).
- RE SO LU, Seza: öSermaye Piyasas, Aç,s,ndan potekli Borç Senetleriö, Teori ve Uygulama Aç,s,ndan potekli Borç Senetleri Sempozyumu, Ankara 21 Haziran 1984, s.23-35 (K,salt,lm, ,: RE SO LU, Senet).
- REY, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bd. 1, 3. Auf., Bern 2007.
- SCHMID, Jörg/HURLIMANN-KAUP, Bettina: Sachenrecht, 2. Auf., Zürich-Basel-Genf 2003.
- SAYMEN, Ferit H./ELB R, Halit K. : Türk E ya Hukuku Dersleri, stanbul 1963.
- SEROZAN, Rona: öAile Konutu erhine De i ik Bir Yakla ,mö, Ali Naim nanøa Arma an, Ankara 2009, s.591-594.
- S RMEN, A. Lâle: E ya Hukuku, 7. Bask,, Ankara 2019.
- ENER, Yavuz Selim: Türk Hukukunda potek ve Uygulamas,, 3. Bask,, stanbul 2010.
- IPKA, ükran: Aile Konutu le lgili lemlerde Di er E in R,zas, (TMK. m.194), 2. Bask,, stanbul 2004.
- TEK NAY, Selâhattin/AKMAN, Sermet/BURCUO LU, Hâluk/ALTOP, Atilla: Tekinay E ya Hukuku, 5. Bask,, stanbul 1989.
- TENEKEC , Cüneyt: pote in Kald,r,ımas, ve potekte S,ra Sistemi, Ankara 2018.
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan: Banka Alacaklar,n,n pote in Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, stanbul 2010.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHM D, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002.
- ÜNAL, Mehmet/BA PINAR, Veysel: eklî E ya Hukuku, 9. Bask,, Ankara 2017.
- ÜSTÜNDA , Saim: Tapu Kütü ünün Tashihi Davas,, stanbul 1959.
- VEL DEDEO LU, H,fz, Veldet: Türk Medenî Hukuku, 3. Bask,, stanbul 1963.
- W ELAND, C.: Aynî Haklar, K,s,m II, (Çev. Karafak,, . Hakk.), Ankara 1949.
- YAKUPPUR, Sendi: Tapu Kütü üne Güven lkesi, stanbul 2016.

CUMHURBA KANLI İ KARARNAMESİNİN NORMLAR HİYERARŞISINDAKİ YERİ

THE PLACE OF PRESIDENTIAL DECREE IN THE HIERARCHY OF NORMS

Yeliz ANLI ATAY*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.566598>

Makale Bilgi

Gönderilme: 16/05/2019
Kabul: 18/11/2019

Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanı Kanunu,
Kararnamesi,
Normlar Hiyerarşisi,
Asli Düzenleme
Yetkisi,
Münhasır Yetki,
Çatışma Kuralları.

Article Info

Received: 16/05/2019
Accepted: 19/11/2019

Keywords

Presidential Decree,
Hierarchy of Norms,
Primary Regulatory
Power,
Exclusive Power,
Conflicts Rules.

Özet

Makalede 2018 yılında yürürlüğe giren Anayasa değişiklikleri ile Anayasada yerini almış bulunan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yeri inceleme konusu yapılmaktadır. Anayasal hükümler ile yürütme organına asli düzenleme yetkisi ve Anayasada açıkça düzenlenen bazı konuların yürütmeye münhasır yetki tanınması, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yerini belirleyecek olan kanun ile ilişkisizdir. Kelsen'in kavramlaştırdığı esas ilke, normlar arasındaki üstünlük sıralamasında bir normun üst norm olarak kabulü için alt normun konulma usulünü ve/veya içeriğini belirlemesi gerekir. İlgili hükümler esas ilke, kanun bir üst norm olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ortaya konulma usulünü ve/veya içeriğini belirlememektedir. Asli düzenleme yetkisinin aracılığıyla Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi dayanağından doğrudan Anayasadan alarak düzenlediği konuya ilişkin ilk kural koymakta ve bu nedenle kanundan bağımsız olarak maddi bakıldığında bir kural ilkesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buna karşın, Anayasanın 104/17. maddesinde yer alan kurallar, kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi arasında bir üstünlük ilişkisi kuran kurallar olarak değil, çatışma kuralları olarak nitelendirilebilir. Bu saptamalar sonucunda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin normlar hiyerarşisinde kanuna eşit bir norm olarak yer aldığı, sonucuna ulaşılmıştır.

Abstract

This article investigates the place of presidential decree in the hierarchy of norms, which has inserted into the Constitution by amendments that came into force in 2018. With the constitutional amendments, the executive body has been granted primary regulatory power and exclusive power on the matters that are explicitly regulated by the Constitution. What will determine the place of presidential decree in the hierarchy of norms is its relation with law. According to Kelsen's conceptualization of a hierarchical structure of norms, the recognition of a norm as superior requires the determination of the enforcement procedure and/or the content of sub-norm. Considering the relevant provisions, law does not specify the enforcement procedure and/or the content of presidential decree as superior norm. By deriving directly from the Constitution, presidential decree, as an instrument of primary regulatory power, first handedly enforces a norm regarding the matter it regulates and thus, it comes out substantively in the form of a norm act independent of law. On the other hand, the rules contained in Article 104/17 of the Constitution can be defined as conflicts rules, not as rules establishing a superior-subordinate relationship between law and presidential decree. Therefore, it can be concluded that presidential decree ranks as a norm equivalent to law in the hierarchy of norms.



Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Ö. r. Üyesi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Fakültesi ABD.

 ysanli@ybu.edu.tr  <https://orcid.org/0000-0003-4329-1138>

I. G R

Kural koyma ve düzenleme kamu hukuku ö retisinde genel olarak ayn, anlamda kullanılır. Her ikisi ile de bir konuya ili kin genel, soyut ve sürekli nitelikte kural (norm) koyma faaliyeti anla ,r.¹ Bununla birlikte, düzenleme sözcü ü, mevcut olan,n derlenip toplanmas,, bir araya getirilmesi ekinde bir kar ,l, a da denk dü tü ünden, kural koyma sözcü ünün, devletin bir konuya ya da alana ili kin genel, soyut ve sürekli nitelikte norm koyma faaliyetini anlatmas, bak,m,ndan daha elveri li bir içerik ta ,d, , görü ü de ileri sürülmektedir.² Buna kar ,l,k, Türk idare hukukunda, idarenin genel, soyut ve sürekli norm koyma yetkisi ve faaliyetinin, ödünleme yetkisi ve düzenleme faaliyetiö ve bu yetkinin kullan,m, sonucu ortaya ç,kan i lemlerin de ödünleyici i lemlerö olarak yerle ik bir kullan,m,n,n oldu u saptanabilir. Devletin normatif faaliyeti, yasama organ, taraf,ndan kanunlarla ve yürütme organ, ve idare taraf,ndan düzenleyici nitelikteki idari i lemlerle yerine getirildi inden, idare hukukunda düzenleme yetkisi ve düzenleyici i lemler ile yasama organ, taraf,ndan yasama i lemi ile (kanunla) yap,lan ödünlemeö de il, yürütme organ, ve idari organ ve makamlarca yap,lan ödünlemeö anla ,r.³ darenin düzenleme yetkisini kullanmas,n,n sonucu olarak, ögenel, nesnel, birel olmayan, tükenmez kural-i lemler niteli indeö idari i lemler ortaya ç,kar.⁴

Devletin i lemlerini, bu i lemlerin hukuk düzeninde meydana getirdikleri sonuca göre s,n,fland,ran maddi ölçüte göre, genel, soyut ve sürekli olma nitelikleri ile ortaya ç,kan düzenleyici i lemler, yasama organ, taraf,ndan yap,lan yasama i lemi ile (kanun) ayn, nitelikleri ta ,d, , için birer idari i lem de il, yasama i lemidirler.⁵ Buna göre, hukuk düzeninde do urduklar, sonuca göre devlet i lemleri üç türe ayr,lmakta; genel, ki ilik d, , ve soyut bir kural içeren ve objektif hukukta yeni bir kural koyan, mevcut bir kuralda de i iklik yapan ya da mevcut bir kural, kald,ran i lemler kural i lemler (kaide tasarruf); kural i lemlerin belirli bir ki i ya da olaya uygulanmas, ile ortaya ç,kan i lemler art i lemler ve ki ileri özel, somut ve hukuk dünyas,nda daha önce mevcut olmayan bir hukuki durum içine sokan i lemler subjektif (öznel) i lemler olarak adland,r,lmaktad,r.⁶ Bu nedenle genel, soyut ve herkes için geçerli nitelikte kural koyan i lemler, devletin hangi organ, taraf,ndan yap,l,rsa yap,ls,n yasama i levinin bir parças, ya da maddi anlamda yasama i lemi say,lmaktad,r.⁷ Yasama i levi genel, soyut ve sürekli nitelikte kural koyma, yürütme i levi ise soyut kurallar, somut ki i ya da durumlara uygulama olarak birbirinden ayr,ld, , için idarenin maddi anlamda yasama i lemi niteli inde olan düzenleyici i lem yapmas,, hukuk düzeninde ancak istisnai bir durum olarak ve bir anayasal düzenlemenin varl, , halinde kendine yer bulabilir.⁸

¹ Duranö göre, düzenleme kavram,, hüküm, kural, kaide anlam,nda kullan,ld, , gibi, yasama, tanzim, tertip etme anlamlar,nda da kullan,lmaktad,r. DURAN, Lütfi: ödünleme Yetkisi Özerk Say,labilir mi?ö (Düzenleme Yetkisi), dare Hukuku ve ilimleri Dergisi, Y.4, S.1-3, 1983, s.34. Kelsen ekolünde ise önörmö, emir verme, izin verme ve yetkilendirme ekindeki içeri i ile sadece genel, soyut ve ki ilik d, , i lemlerin de il, birel i lem ve sözle melerin içeri ini de (anlam,) ifade eder. GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giri : Hukuk Normlar,n,n Geçerlili i ve Yorumu Sorunu (Hukukun Genel Teorisine Giri), US-A Yay,nc,l,k, Ankara 1998, s.40, 109. Kelsenö göre, hukukun yarat,lm, ve hukukun uygulanmas, aras,nda kurulan kar ,tl,k görecelidir; çünkü hukuki eylemlerin büyük k,sm, hem bir hukuk yaratma, hem de bir hukuk uygulamas, niteli inde dir. KELSEN, Hans: Saf Hukuk Kuram,: Hukuk Kuram,n,n Sorunlar,na Giri , (Çev. Ertu rul Uzun), Nora Kitap, stanbul 2016, s.87. Alman hukukunu esas alarak konuyu aç,klayan Aky,lmaz ise düzenleme kavram,n, öhukuki ba lay,c,l, , olan bir tespit; belirli bir ki iye yönelik hukuki sonuç do urmaya yönelik irade beyan, ya da birbirini tamamlayan irade beyanlar,ö olarak tan,m,lamakta ve idarenin kamu gücü kullanarak, tek yanl, irade aç,klamas,yla yapt, , kamusal düzenlemenin genel-soyut-ki ilik d, , olabilece i gibi özel-somut-ki isel bir düzenleme de olabilece ini ifade etmektedir. AKYILMAZ, Bahtiyar: dari Usul lkeleri I , ,nda dari lemin Yap,l, Usulü, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2000, s.37, 40. Biz, konunun bu boyutuna i aret etmekle yetinerek, düzenleme, kural ya da normu tikel de il genel nitelikte olan i lemler ile s,n,rl, olarak kullanaca ,z.

² KARAHANÖ ULLARI, Onur: darenin Hukukla Kavranmas,: Yasall,k ve dari lemler (Yarg. Kararlar,na Dayal, Bir nceleme), Güncelle tirilmi 3. Bas,, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.168.

³ DURAN, Düzenleme Yetkisi, s.34.

⁴ DURAN, Düzenleme Yetkisi, s.34.

⁵ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa De i ikliklerine Göre Gözden Geçirilmi 17. Bas,m, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2017, s.195.

⁶ ONAR, S,dd,k Sami: dare Hukukunun Umumi Esaslar,, Hak Kitabevi, stanbul 1967, s.339-340.

⁷ ÖZTÜRK, Burak: Frans,z ve Türk Hukukunda darenin Düzenleme Yetkisinin Kapsam,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2009, s.77.

⁸ ÖZTÜRK, s.78. Bu yakla ,m,n Türk hukukunda en net ifadesi Lütfi Duranö'n görü lerinden izlenebilir: öTürk Anayasa sisteminde ve kamu hukukunda, Devlet yetkileri ve i lemleri, esas itibariyle bunlar, kullanan ve yapanlar,n s,fat,na, yani organik ve uzvi ölçüte göre de il, konular,na, içeriklerine ve etkilerine, yani maddi ölçüte göre nitelenir

Devletin fonksiyonlar, ve i lemlerinin maddi ölçüt uyar, nca içeriklerine göre ayr, m, yerine, i lemlerin bunlar, yapan organa ve yap, l, ekilerine göre belirlenebilece ini kabul eden organik ölçüt, maddi ölçütün yasama i lemi ve idarenin düzenleyici i lemlerini içyap, lar, bak, m, ndan birle tirdi i yerde, bu iki i lem türünü birbirinden ayr, r, r. Yasama organ, n, n kanun ad, alt, nda ve kanun ekinde yaptı, , her i lem kanundur ve kanun gücüne sahiptir.⁹ Yürütme ve idarenin yaptı, , bir i lem ise içeri i kanunla ayn, olsa bile, kanun de ildir ve kanun gücünü de ta ,maz.¹⁰ Ayr, ma temel olu turan ölçüt, i lemler aras, ndaki hiyerar i fark, d, r.¹¹ Hiyerar i fark,, kanunun üstünlü ü ve idarenin kanuna tabi olmas, anlay, ,na dayan, r.¹² dare, kanuni dayanak olmaks, z, n faaliyette bulunamayaca , gibi, kanuna uygun bir ekilde kanunu uygulama yükümlülü ü alt, nda, r. Bu halde, yasama organ, ve yürütme aras, nda, bu iki organ, n yerine getirdikleri fonksiyonlar aras, nda ve fonksiyonlar, n yerine getirilmesinin sonucu olarak ortaya ç, kan i lemler aras, nda bir e itsizlik ili kisi ve hiyerar i fark, vard, r ve bu farklı, k, fonksiyon ve i lemlerin birbirinden ayr, lmas, nda kullan, lan bir ölçüt olarak ortaya ç, kmaktadır. Bu yaz, n, n konusu, organik ölçüt taraf, ndan yap, lan ayr, m, n dayand, , öncüllerin tersine, Anayasa da yürütmeye asli (ilk elden) kural koyma yetkisinin tan, nd, , ve düzenleme alan, ndaki konular bak, m, ndan yürütmeye mahfuz bir alan yarat, ld, , bir sistemde, yasama i lemi (kanun) ile yürütmenin bir i lemi olarak cumhurba kanl, , kararnamesi aras, ndaki hiyerar ik ili kinin niteli idir.

21 Ocak 2017 tarih ve 6771 say, l, Anayasa De iikli i Kanununun (RG: 11.02.2017/29976) ilgili hükümlerinin 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlü e girmesi ile birlikte, 1982 Anayasas, nda yeni bir i lem türü olarak öcumhurba kanl, , kararnamesi öne yer verilmi tir. 1982 Anayasas, n, n de i iklik öncesi mülga 107. maddesinde öCumhurba kanl, , Genel Sekreterli inin kurulu u, te kilat ve çal, ma esaslar,, personel atama i lemleri Cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenir ö hükmü nedeniyle öcumhurba kanl, , kararnamesi ö terimi, Anayasa da ilk kez yer al, yor olmasa da de i iklik sonras, düzenlemelerde yer ald, , biçimiyle öncekinden farklı, ve yeni bir i lem türü ortaya ç, km, bulunmakta, r.

Anayasan, n cumhurba kanl, , kararnamesi ile ilgili hükümleri üç gruba ayr, labilir: İki, cumhurba kanl, , kararnamesinin özellikle yetki unsuru ve konu bak, m, ndan kapsam, n, n düzenlendi i 104. maddedir. 104/17 öye göre, öCumhurba kan,, yürütme yetkisine ili kin konularda Cumhurba kanl, , kararnamesi ç, karabilir. Anayasan, n ikinci k, sm, n, n birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, ki i haklar, ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurba kanl, , kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhas, ran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurba kanl, , kararnamesi ç, kar, lamaz. Kanunda aç, kça düzenlenen konularda Cumhurba kanl, , kararnamesi ç, kar, lamaz. Cumhurba kanl, , kararnamesi ile kanunlarda farklı, hükümler bulunmas, halinde, kanun hükümleri uygulan, r. Türkiye Büyük Millet Meclisinin ayn, konuda kanun ç, karmas, durumunda, Cumhurba kanl, , kararnamesi hükümsüz hale gelir. ö

İkinci grupta yer alan hükümler, belirli konular, n cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenece ini içeren hükümlerdir. Bunlar;

104/9: öÜst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunlar, n atanmalar, na ili kin usul ve esaslar, Cumhurba kanl, , kararnamesiyle düzenler. ö

106/11: öBakanl, klar, n kurulmas,, kald, r, lmas,, görevleri ve yetkileri, te kilat yap, s, ile merkez ve ta ra te kilatlar, n, n kurulmas, Cumhurba kanl, , kararnamesiyle düzenlenir. ö

108/4: öDevlet Denetleme Kurulunun i leyi i, üyelerinin görev süresi ve di er özlük i leri, Cumhurba kanl, , kararnamesiyle düzenlenir. ö

118/6: öMilli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterli inin te kilat, ve görevleri Cumhurba kanl, , kararnamesiyle düzenlenir. ö

ve ayr, l, r. Bu itibarla yasama yetkisi, genel olarak yalnız, kanun yapma anlam, na gelmeyip, tüm kural koyma gücünü kapsar. ö DURAN, Lütfi: dare Hukuku Ders Notlar,, ÜHF Yay, nlar,, stanbul 1982, s.388. Bu nedenle, Duran, idarenin düzenleyici i lemlerinin, ilgili Anayasal hükümler uyar, nca kullan, lan öayr, k ve özel bir yetkinin sonucu olarak ö ele al, nabilece ini ifade etmektedir. DURAN, dare Hukuku, s.390.

⁹ ÖZBUDUN, s.196.

¹⁰ ÖZBUDUN, s.196.

¹¹ ÖZBUDUN, s.197; GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin, Bursa 2019, s.619.

¹² ÖZBUDUN, s.197; ÖZTÜRK, s.94.

123/3: öKamu tüzelki ili i, kanunla veya Cumhuriyet Kanunu, kararnamesiyle kurulur.ö

Son olarak üçüncü grup, ola anüstü hallerde cumhurbaşkanı kanunu, kararnamesi ç,kar,labilece ini düzenleyen Anayasada, ola anüstü hal yönetimine ili kin 119. maddesinin 6. f,kras,d,r. Buna göre, öOla anüstü hallerde Cumhuriyet Kanunu, ola anüstü halin gerekli k,ld, , konularda, 104 üncü maddenin onyedinci f,kras,n,n ikinci cümlesinde belirtilen s,n,rlamalara tabi olmaks,z,n Cumhuriyet Kanunu, kararnamesi ç,karabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yay,mlan,r, ayn, gün Meclis onay,na sunulur.ö Anayasada, n 119. maddesinde, ola anüstü halin gerekli k,ld, , konularda ç,kar,lacak olan cumhurbaşkanı kanunu, kararnamelerinin 104. maddede yer alan s,n,rlamalara ba l, olmayaca ,n,n düzenlenmi olmas,, kararnamelerin aç,k olarak kanun hükmünde olaca ,n,n belirtilmi olmas, ve Anayasa yarg,s,n,n denetim kapsam, d, ,nda b,rak,lmas, (Anayasa, m.148/1) kar ,s,nda ola anüstü hallerde ç,kar,lacak cumhurbaşkanı kanunu, kararnameleri, di erlerinden ayr, bir hukuki rejime tabi k,l,nmaktad,r. Bu yaz,da özel olarak belirtilmedi i sürece, cumhurbaşkanı kanunu, kararnamesi ile ola an dönemde ç,kar,lan cumhurbaşkanı kanunu, kararnamesi kastedilecektir.

II. CUMHURBA KANLI I KARARNAMES : ASL (ÖZERK) KURAL KOYMA YETK S

Düzenleme (kural koyma) yetkisinin asli nitelikte olmas,, bir konuya ili kin araya herhangi bir i lem girmeksizin do rudan do ruya, kural koyabilme yetkisi anlam,na gelir.¹³ darenin, asli (özerk, muhtar) düzenleme yetkisine sahip olmas, ise idari makam ve organlar,n, bir konuyu, önceden kanunla düzenlenmi olma art, aranmaks,z,n, ilk elden kural koyarak düzenleyebilme yetkisine sahip olmas,d,r.¹⁴ Böylesi bir durumda, idare taraf,ndan kullan,lan yetki, bir kanunun uygulanmas, niteli inde olmay,p, kanunun olmad, , durumda kullan,lan asli nitelikte bir yetkidir.

Özerk düzenleme yetkisi, Anayasada yasama ve yürütme organ, taraf,ndan düzenlenebilecek olan konu alanlar,n,n belirlenmi olmas,n, gerektirir.¹⁵ Bu belirleme, yasama ya da yürütme alan,na giren konular say,larak ve bunlar d, ,nda kalanlar,n di erinin alan,na girdi i belirtilerek ya da her iki alan,n konular,n,n genel olarak tan,mlanmas, veya liste usulü gösterilmesi yoluyla yap,labilir.¹⁶ Örne in, 1958 Frans,z Anayasas, ile idareye tan,nd, , kabul edilen özerk düzenleme yetkisine temel olu turan Anayasal düzenlemeler ile genel ilkeleri ya da kurallar, kanunla belirlenmesi gereken konular say,lmakta (m.34) ve Anayasada, n 37. maddesinde, bu konular d, ,nda kalan konular,n idare taraf,ndan düzenlenece i hükme ba lanmaktad,r.¹⁷

2017 Anayasa de i ikliklerine kadar, 1982 Anayasas,n,n konuya ili kin temel ilkesi, asli kural koyma yetkisinin yasama organ,na ait bir yetki olmas, (yasama yetkisinin aslili i) ve bu ilkenin do rudan sonucu olarak, idarenin sahip oldu u düzenleme yetkisinin türev (ba l,) niteli idir. De i iklik öncesinde, Anayasada, n 107. maddesinde yer alan Cumhuriyet Kanunu, Genel Sekreterli ine ili kin cumhurbaşkanı kanunu, kararnamesi ç,kar,lmas,n, öngören düzenleme (öCumhurbaşkanı kanunu, Genel Sekreterli inin kurulu u, te kilat ve çal, ma esaslar,, personel atama i lemleri Cumhuriyet Kanunu, kararnamesi ile düzenlenir) ile ola anüstü halin gerekli k,ld, , konularda kanun hükmünde kararname ç,karma yetkisi tan,yan 121. maddenin 3. f,kras,, idareye kanun dayana , olmadan kullan,lacak bir asli (özerk) düzenleme yetkisi tan,makta ise de bu düzenlemeler konu bak,m,ndan s,n,rl, ve istisnai nitelikte düzenlemeler olarak de erlendirilmi tir.¹⁸

¹³ ÖZBUDUN, s.211.

¹⁴ DURAN, Düzenleme Yetkisi, s.35.

¹⁵ DURAN, Düzenleme Yetkisi, s.35.

¹⁶ DURAN, Düzenleme Yetkisi, s.35.

¹⁷ ÖZTÜRK, s.112-113. Yazara göre, özerk düzenleme yetkisinin idareye bu ekilde tan,nmas,na ek olarak, yasama organ,n,n düzenleyece i konular,n liste usulü say,l,p, kalan konular,n düzenlenmesinin yürütme organ,na b,rak,lmas,n,n ba ka bir sonucu, devletin normatif faaliyeti bak,m,ndan genel yetkili organ,n,n yürütme organ, olarak belirlenmi olmas,d,r.

¹⁸ Ö retide genel de erlendirme bu ekilde olmakla birlikte, Duran, cumhurbaşkanı kanunu, kararnamesinin öí tam ve gerçek anlam, ilef ö özerk düzenleme yetkisinin bir ifadesi olarak görülemeyece ini, çünkü bu kararnamenin cumhurbaşkanı kanunu, n,n iç yap,s, ve i leyi i ile ilgili kurallar içermekte olup bireyler ve topluluklar üzerinde etkili ve geçerli olamayaca ,n, belirtmektedir. DURAN, Düzenleme Yetkisi, s.40.

1982 Anayasası,na eklenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilgili Anayasa hükümleri uyarınca, düzenleyecek i konu alanlar, bakımdan ilk kategoriyi, 104/17. madde kapsamında yürütme yetkisine ili kin konulardaö ç,kar,labilecek olan kararnameler olu turmaktadır. kinci kategori, Anayasanın 104/9, 106/son, 108/son, 118/son ve 123/3. maddeleri uyarınca, s,ras,yla, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ili kin usul ve esaslarö, öBakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, tekilat yapısı ile merkez ve tara tekilatların kurulması, öDevlet Denetleme Kurulunun i leyi i, üyelerinin görev süresi ve di er özlük i lerio, öMilli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterli inin tekilat, ve görevleriö ve ökamu tüzelki ili i kurulmasıö konularında ç,kar,lacak cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Gerek yürütme yetkisine ili kin konularda ç,kar,lacak olanlar, gerekse yukarıda belirtilen konularda ç,kar,lacak olan cumhurbaşkanlığı kararnameleri asli düzenleme yetkisinin somut görünümüdür. Bu kararnameler ile yürütmeye, kanuni bir dayanak olmaksızın düzenledi i konu alanına ili kin genel ve soyut norm koyma ve ilk elden düzenleme yapma yetkisi verilmektedir. Nitekim konuya ili kin Anayasa ve idare hukuku yazınında da genel olarak, cumhurbaşkanlığı kararnameleri asli düzenleme yetkisinin görünümü olarak de erlendirilmektedir.¹⁹

Herhangi bir konu alanında, kanuni dayanak olmaksızın genel, soyut ve gayri, ahsı nitelikte kural koyma faaliyeti anlamına gelen asli düzenleme yetkisinin yürütme organına da tanınması, devletin kural koyma (normatif) faaliyeti bakımından sonucu, asli kural koyma yetkisinin yasama organının tekelinden ç,kar,larak,²⁰ yasama organ, ve yürütme organ, arasında payla tırılmasıdır.²¹ Özerk düzenleme yetkisinin varlığı, durumunda, genel olarak, yürütmenin asli düzenleme yetkisi, yasama yetkisi ile e düzeyde bir yetki olarak ortaya ç,kmaktadır.²² Gerçekten, yürütmenin düzenleme yetkisi, herhangi bir kanun dayanağı olmadan ilk elden kural koyma yetkisini içermekte ise yasama organının Anayasaya aykırı olmamak üzere bir konuya ili kin ilk elden kural koymas, ile yürütme organının yine Anayasaya aykırı olmamak üzere bir konuya ili kin ilk elden kural koymas, arasında herhangi bir farklılık yoktur.

Yasama ve yürütme organ, arasındaki yetki paylaşımına ili kin anayasal kurallar, yürütmeye tanınan asli kural koyma yetkisinin ayrı zamanda münhasır bir yetki olup olmadığı, sorusuna verilecek yanıt çerçevesinde de erlendirilecektir.

III. YÜRÜTMENİN MÜNHASİR YETKİ ALANI

Yasama yetkisinin genel olması, konu bakımından yasama yetkisinin sınırlanmamasına, yani Anayasaya aykırı olmamak şartı ile her konunun kanunla düzenlenebilmesini ifade eder.²³ Yasama yetkisinin genelliği, ayrı zamanda, yürütme organına bırakılmı, mahfuz bir alan olmadığı, anlatılır.²⁴ Mahfuz alanda, yürütme organ, yetkili, yasama organ, ise yetkisizdir.²⁵

Anayasanın 104/17. maddesi uyarınca yürütme yetkisine ili kin konulardaö ç,kar,lacak

¹⁹ ARDIÇO LU, M. Artuk: öCumhurbaşkanlığı Kararnamesio, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, 2017, s.50; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.921; ÖZBUDUN, s.205, 251; ÜLGEN, Özen: öCumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleriö, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s.6; SÖYLER, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin, Ankara 2018, s.78. Buna karşılık, Anayasanın 104. maddesinden hareketle, yürütmeye yasal dayanak olmaksızın doğrudan, genel ve asli bir düzenleme yetkisi tanınmış oldu unun söylenemeyeceği, 104. madde ile yürütmeye bırakılan alanın çok dar ve sınırlı oldu u ve kanunla bir yetkilendirme gerektiği eklinde bir görüş de mevcuttur. Bu görüş için bkz., YILDIRIM, Turan: öCumhurbaşkanlığı Kararnameleriö, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara tırmalar, Dergisi, C.23, S.2., 2017, s.25.

²⁰ ARDIÇO LU, s.37.

²¹ KARAHAN O ULLARI, Onur: öKanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, (Bir Öneri: Birlikte Yasama)ö, (Kanun Hükmünde Kararnamenin), Amme dairesi Dergisi, C.31, S.2., 1998, s.60; KARAHAN O ULLARI, Onur: öCumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği: Yasamsıö (Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin), <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²² ÖZTÜRK, s.152. Bu belirlemeyi 1958 Fransız Anayasası, başlangıcında ifade eden Öztürk'e göre, Fransız hukukunda özerk düzenleme yetkisi bu yönde bir özlenim do urmaktaö ise de özerk düzenleme yetkisinin alanının korunmasına ili kin mekanizmalar uygulamada bu sonucu do rulamamaktadır. Gerek özerk düzenleme yetkisinin alanına müdahale eden kanunların Anayasa Konseyi tarafından anayasa uygunluk denetimine tabi tutulamayacağı, yönündeki Konsey içtihadı, gerek özerk düzenleyici i lemlerin di er idari i lemler gibi idari yargı denetime tabi tutularak ayrı hukuki rejime baş lı olması, nedeniyle, özerk düzenleme yetkisinin kanunlara aykırı olarak kullanılmayacağı, sonucuna varılmaktadır. ÖZTÜRK, s.153.

²³ ÖZBUDUN, s.205.

²⁴ ÖZBUDUN, s.211.

²⁵ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.915.

olan cumhurba kanl, , kararnameleri ile 104/9, 106/son, 108/son, 118/son maddeleri uyar, nca ç, kar, lacak cumhurba kanl, , kararnameleri aras, nda, düzenlenme yetkisinin asli olup olmamas, yönünden bir farkl, l, k yoktur. Buna kar, l, k, her iki grup kararname aras, nda, yürütmeye münhas, r bir yetki tan, n, p tan, nmad, , yönünden bir ayr, m yapmak mümkündür. Di er yandan, 123. maddenin 3. f, kras,, aç, kça kamu tüzel ki ili i kurulmas, n, kanun veya cumhurba kanl, , kararnamesine b, rakt, , için bu ayr, m içinde yer almaz.

Doktrinde, Anayasan, n 104/9, 106/son, 108/son, 118/son maddelerinde s, ralanen konularda, TBMM'nin kural koyamayaca ,, bu düzenlemeler ile yürütme organ, n, n düzenleme yetkisini kullanaca , mahfuz bir alan, n yarat, lm, oldu u görü ünün yan, s, ra;²⁶ bu alanlarda TBMM'nin söz konusu konu alanlar, n, kanunla düzenleme yetkisinin devam etti i görü ü de ileri sürülmektedir.²⁷ Ard, ço luçna göre, cumhurba kanl, , kararnameleri ile düzenlenmesi öngörülen alanlar, yasama organ, na kapatan bir Anayasa normu olmad, , gibi, ayn, konuda kanun ç, kar, lmas, durumunda da cumhurba kanl, , kararnamesinin hükümsüz hale gelece i düzenlemesine yer verilmi olmas, kar, s, nda, yürütme organ, na mahfuz bir alan, n tan, nm, oldu u sonucuna ula, lamaz. Gündayæ göre, Anayasaçda kararname ç, karma yetkisinin münhas, r bir yetki oldu unun belirtilmemi olmas,; idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenece ini öngören 123. maddesinde bir de i iklik yap, lmam, olmas, ve 104/17øde yer alan düzenlemeler nedeniyle yürütmenin yetkisi münhas, r bir yetki niteli inde de ildir. Tanör ve Yüzba , o lu, söz konusu dört maddede yer alan konular, n münhas, ran cumhurba kanl, , kararnamesiyle düzenlenece ine ili kin bir hüküm olmad, , ve kanunla düzenleme yasa , bulunmad, , gerekçeleri ile yasama yetkisinin genelli i ilkesi uyar, nca bu konularda yasal düzenleme yap, labilece ini ifade etmektedirler. Özbudun ise Anayasa metninde aç, k bir cevap, olmayan bu konunun, somut bir uyu mazl, k durumunda Anayasa Mahkemesi taraf, ndan karara ba lanaca , n, ifade etmektedir.²⁸

Anayasan, n 104. maddesinin 17. f, kras, na göre cumhurba kan, yürütme yetkisine ili kin konularda cumhurba kan, kararnamesi ç, kar, labilir. Bu durumda yürütme yetkisine ili kin konularda kararname ile düzenleme yap, lmas, ba l, yetki niteli inde de ildir. lemin sebep ve konu unsurlar, bak, m, ndan cumhurba kan, n, n takdir yetkisini kullanaca , bir alan vard, r. Cumhurba kan, yürütme yetkisi içinde yer alan bir konuyu kararname ile düzenleyip düzenlememe konusunda bir de erlendirme yapma yetkisine sahip oldu u gibi, düzenleyece i konular, dayand, raca , nedenler bak, m, ndan da bir de erlendirme yapma yetkisine sahiptir.

lgili yaz, nda, öi yürütme yetkisine ili kin konularí ö ibaresi, ös, n, rlar, belirsizí çok geni bir alan, kapsarö²⁹ ve ötart, mal, ö³⁰ nitelikte de erlendirilmektedir. Bir yönüyle yürütme yetkisine ili kin konular, yasama ve yarg, yetkisi alan, nda yer alan konular, kapsam, d, , nda b, rak, rken³¹, di er yönüyle bu alan, n s, n, rlar, na ili kin, 104. maddenin devam, nda baz, düzenlemeler yer almaktad, r: lk olarak, Anayasan, n ikinci k, sm, n, n birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, ki i haklar, ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurba kanl, , kararnamesiyle düzenlenemez.³² kinci olarak, Anayasada münhas, ran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurba kanl, , kararnamesi ç, kar, lamaz. Üçüncü olarak, Kanunda aç, kça düzenlenen konularda Cumhurba kanl, ,

²⁶ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.752; ÜLGEN, s.17; YILDIRIM, s.27.

²⁷ ARDIÇO LU, s.37-38, 44; GÜNDAY, Metin: dare Hukuku, maj, Ankara 2017, s.659; TANÖR, Bülent-YÜZBA IO LU Necmi: 1982 Anayasas, na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, stanbul 2018, s.438.

²⁸ ÖZBUDUN, s.251.

²⁹ ÖZBUDUN, s.251.

³⁰ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.923.

³¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.923; ÜLGEN, s.27.

³² Buna kar, l, k, sosyal ve ekonomik haklar, cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenebilir. Fakat, sosyal ve ekonomik haklar alan, nda yap, lacak s, n, rlama da ancak kanunla olabilir. Temel hak ve özgürlüklerin s, n, rlanmas, n, n hukuki rejimini düzenleyen, Anayasaçn, n 13. maddesi uyar, nca, sosyal ve ekonomik haklar, cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenebilir fakat s, n, rland, r, lamaz. ARDIÇO LU, s.41; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.926; ÜLGEN, 228 numaral, dipnot; Di er yandan, bu kapsamda yer alan baz, haklara ili kin düzenlemelerde yer alan kanun ko ulu da geçerlili ini devam ettirmektedir (Örn. 54/3: öGrev ve lokavt, n yasaklanabilece i veya ertelenebilece i haller ve i yerleri kanunla düzenlenir). Sosyal ve ekonomik haklar alan, nda kalsa bile, kanun ko ulunun arand, , konularda cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenleme yap, lamaz. ARDIÇO LU, s.39-40; GÜNDAY, s.658. Bu alanlar, münhas, r kanun alan, ndad, r. Yani, yasama yetkisinin alan, ndad, r; bu nedenle bu konular, n 104/17ønin gerektirdi i ekilde öyürütme yetkisine ili kin konularí ö içinde de erlendirilmesi olanakl, de ildir.

kararnamesi ç, kar, lamaz. Nihayet, Cumhurba kanl, , kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunmas, halinde, kanun hükümleri uygulanacak ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin ayn, konuda kanun ç, karmas, durumunda, Cumhurba kanl, , kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Bu hükümler sözel bir yorum ile yürütme yetkisine ili kin konularda ç, kar, lacak olan kararnamelere münhas, r yetkinin kullan, laca , bir alan aç, lmad, , anlam, na gelmektedir. Ayn, sonuç, 123. maddenin 3. f, kras, nda yer alan ö kamu tüzel ki ili i, kanunla veya cumhurba kanl, , kararnamesi ile kurulurö düzenlemesi ve ola anüstü hallerde ç, kar, labilecek cumhurba kanl, , kararnameleri için de geçerlidir. TBMM, her iki konuyu da kanunla düzenleyebilir. Bu halde, yürütme yetkisine ili kin konular -104/17øde say, lan ve yürütmenin kural koyamayaca , alanlar sakl, kalmak üzere- yasama organ, ve yürütme organ, n, n kural koyma yetkisini kullanaca , ortak aland, r.

Buna kar, l, k, Anayasan, n 104/9, 106/son, 108/son, 118/son maddelerinde yer alan düzenlemeler ile cumhurba kanl, , kararnamelerine mahfuz bir alan aç, lmaktad, r. Bu maddelerde say, lan konu alanlar, , TBMMønin kanunla kural koyma yetkisine kapat, lm, t, r. 106/sonøda yer alan ö Bakanl, klar, n kurulmas, , kald, r, lmas, , görevleri ve yetkileri, te kilat yap, s, ile merkez ve ta ra te kilatlar, n, n kurulmas, ö, 108/sonøda yer alan ö Devlet Denetleme Kurulunun i leyi i, üyelerinin görev süresi ve di er özlük i leri ö ve 118/sonøda yer alan ö Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterli için te kilat, ve görevleri cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenirö hükümleri, konular, bak, m, ndan idarenin kurulu una ili kin hükümlerdir; bu düzenlemeler, 123. maddenin ilk f, kras, nda yer alan, ö dare kurulu ve görevleriyle, ... kanunla düzenlenirö hükmünün Anayasal istisnalar, olarak görülebilir.³³ 104/9øda yer alan üst kademe yöneticilerinin atanmalar, na ili kin usul ve esaslar, n cumhurba kanl, , kararnamesine b, rak, lm, olmas, ise memurlar, n ve di er kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmalar, , görev ve yetkileri, haklar, ve yükümlülükleri, ayl, k ödemeleri ve di er özlük i lerinin kanunla düzenlenece ini öngören Anayasan, n 128. maddenin ikinci f, kras, n, n istisnas, n, olu turmaktad, r.

Hakk, nda hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda yürütmenin asli, ilk elden düzenleme yapma yetkisine sahip k, l, nmas, n, n ve baz, konular bak, m, ndan da yürütme organ, na münhas, r yetki tan, nmas, n, n, yasama yetkisinin devredilmezli i ilkesi bak, m, ndan de erlendirilmesi gerekir. Yasama yetkisinin devredilmezli i ilkesi, 1924 Anayasas, ndan bu yana, 1961 ve 1982 Anayasalar, nda da yer alan bir ilkedir. Bu ilkenin devredilemeyece ini öngördü ü yetki, yürütme organ, n, n genel, soyut, objektif ve ki ilik d, , hukuk kural, koyma yetkisine sahip olmas, nedeniyle genel olarak kural koyma yetkisi de ildir.³⁴ Kamu hukukunda, yürütmenin kural koyma yetkisini, ö yürütme fonksiyonuö ve ö idare i leviö; ö taktır yetkisiö ya da ö düzenli idare ilkesiönden kaynaklanan genel bir yetki niteli inde de erlendiren yakla , mlar oldu u gibi, ö ayr, k ve özel bir yetkiö niteli inde de erlendiren görü ler de ileri sürülmü ; düzenleme yetkisinin dayana , na ili kin ileri sürülen bu görü ler, yetkinin kapsam, na ve özellikle ads, z düzenleyici i lemlere ili kin ula , lan hukuki sonuçlar bak, m, ndan farklı, la may, beraberinde getirmi se de düzenleme yetkisinin yasama yetkisine ba l, , türev niteli i genel olarak kabul edilmi tir. Yasama yetkisinin devredilmezli i ilkesi bak, m, ndan Özbudunün ifadesiyle, ö Bu madde ile yasaklanm, olan ey, her eyden önce, kanun ad, alt, nda veya bu ad, ta , masa bile kanunla e de erde ya da kanun gücüne sahip hukuki i lemler yapma yetkisinin devredilmesidirö.³⁵ Bu noktada 1971 y, l, nda yap, lan Anayasa de i ikli i ile kanun hükmünde kararnamelerin hukuk düzeninde yerini almas, , yasama yetkisinin devredilmezli i ilkesi ile ilgili tart, malar, beraberinde getirmi ; TBMMønin ç, karaca , yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna kanuna e de erde hukuki güce sahip olan KHK ç, karma yetkisi verilebilece inin öngörülmesi, KHKønin yasama yetkisinin devredilmezli i ilkesinin bir istisnas, oldu u görü ünün ileri sürülmesine esas olu turmu tur.³⁶ Anayasa Mahkemesi ise 1985 y, l, nda verdi i bir kararda

³³ Bu ekilde bir istisna olarak düzenlenmedi i için cumhurba kanl, , te kilat, n, n 1 say, l, Cumhurba kanl, , Te kilat, Hakk, nda Cumhurba kanl, , Kararnamesi ile düzenlenmi olmas, Anayasaya ayk, r, d, r. Ö retideki, cumhurba kanl, , idari te kilat, ve kamu kurumlar, cumhurba kanl, , kararnamelerinin mahfuz alan, nda bulunmad, , için, bu konular, n kanunla ya da cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenebilece i (GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.936) ya da 104. maddenin 17. f, kras, çerçevesinde ö kanunda düzenlenmedi i takdirde i cumhurba kanl, , idari te kilat, n, n cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenebilece i (ÜLGEN, s.37) eklindeki görü lere kat, lm, yoruz. AY m.123/1 münhas, r kanun alan, d, r. stisna hükmü olmad, , sürece idarenin kurulu u TBMM taraf, ndan kanunla kural koyulacak alanda yer al, r.

³⁴ ÖZBUDUN, s.213.

³⁵ ÖZBUDUN, s.213.

³⁶ ÖZBUDUN, s.212; GÖZLER, s.631. Kar, , görü için Bkz., TEZ Ç, Erdo an: Anayasa Hukuku, 9. Bas., Beta, stanbul 2004, s.31.

Bakanlar Kuruluna KHK ç,karma yetkisinin verilmesini yasama yetkisinin devri niteli inde de erlendirirken,³⁷ daha sonraki kararlar,nda, aksi görü ü kabul etmi tir.³⁸ Di er yandan, Mahkeme, Anayasan,n 73. ve 167. maddelerinde yetki devri öngörüldü ünden bu halleri yasama yetkisinin devredilmezli i ilkesinin istisnalar, niteli inde de erlendirmi tir.³⁹

Cumhurba kanl, , kararnamesine ili kin hükümler ile yürütmeye asli kural koyma yetkisinin tan,nm, olmas,, devletin kural koyma yetkisinin yasama organ, ve yürütme organ, aras,nda payla ,m, anlam,na gelmekte⁴⁰ ve kanun hükümlerini de i tirme ya da ortadan kald,rma ekinde bir hukuki gücü içermemekle birlikte ilk elden ve do rudan düzenleme yapan bir yürütme i lemi ortaya ç,kmaktad,r. Meclisin yürütme organ,na kendi yerine geçerek yasama yetkisini kullanmas, konusunda yetki devretmesi durumu⁴¹ söz konusu de ildir. Cumhurba kanl, , kararnameleri, do rudan ilgili Anayasa hükümleri uyar,nca ç,kar,lmaktad,r. Cumhurba kanl, , kararnamelerinin, mevcut kanun hükümlerini yürürlükten kald,rma ya da kanun hükümlerini de i tirme ekinde bir hukuki etkisi olmamakla birlikte, do rudan ilgili Anayasa hükümlerine dayan,larak yürütmenin bir alan, ilk elden düzenlemesi söz konusudur. Ba ka bir ifadeyle cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenen konular, zaten, yasama organ,n,n düzenleme alan,nda yer alan konular olmad, ,ndan (m.104/9, m.106/11, m.108/4, m.118/6) ya da yasama organ, ile birlikte düzenleyebilece i ortak konu alanlar, içinde oldu undan (m.104/17, m.123/3), yasama yetkisinin devri kapsam,nda da yer almaz. Bununla birlikte, kararnameye ili kin hükümlerin, Anayasan,n devredilmezlik ilkesini düzenleyen 7. maddesinin anayasal istisnalar, olarak de erlendirildi i görü ü⁴² de mevcuttur.

Yürütmenin asli kural koyma yetkisini kullanaca , konular,n bir k,sm, son derece genel bir ekinde (öyürütme yetkisine ili kin konularö) belirlenmi tir. Fakat bu alanda bir yandan yasama organ,n,n da kural koyabilecek olmas,, di er yandan ki i haklar, ve siyasi haklar, anayasada münhas,ran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ve kanunlarda aç,kça düzenlenen konular,n yürütme organ,n,n kural koyma yetkisine kapal, olmas, gerekçeleri ile yürütme organ,n,n kural koyma yetkisinin geçerli olaca , alan,n son derece s,n,rl, oldu u sonucuna varmak olanakl, de ildir. Aksine, ki i haklar, ve siyasi haklar, anayasada münhas,ran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ve kanunlarda aç,kça düzenlenen konular alan,na girmek ko ulu ile yürütme organ,, yürütmeye ili kin konularda kural koyma yetkisine sahip k,l,nm, t,r. Ayn, ekinde, yürütme organ,n,n münhas,r yetki sahibi k,l,nd, , ve sayma yoluyla belirlenen di er konular bak,m,ndan da (öüst kademe kamu yöneticilerinin atanmalar,na ili kin usul ve esaslarö, öBakanl,klar,n kurulmas,, kald,r,lmas,, görevleri ve yetkileri, te kilat yap,s, ile merkez ve ta ra te kilatlar,n,n kurulmas,ö, öDevlet Denetleme Kurulunun i leyi i, üyelerinin görev süresi ve di er özlük i leriö, öMilli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterli inin te kilat, ve görevleriö) bu konular ekli olarak sayma yoluna gidildi i için devletin kural koyma yetkisi bak,m,ndan yürütme organ,n,n kural koyma yetkisinin dar bir alan, kapsad, ,n, ifade etmek mümkün de ildir. Özellikle münhas,r yetkinin kullan,laca , konular bak,m,ndan, kural koyma yetkisinin payla ,m,na ili kin teknikten öte, düzenlenecek konular,n önem ve içeri i belirleyicidir. Merkezi idarenin ana yap,s,n, olu turan bakanl,klar,n kurulmas,, kald,r,lmas,, görevleri ve yetkileri, te kilat yap,s, ile merkez ve ta ra te kilatlar,n,n kurulmas,, cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenecektir. Özellikle, kamu hizmetinin kurulmas, konusunda, cumhurba kanl, , kararnamesi yan,nda kanunla da kurulabilecek olan kamu tüzel ki ili i kurulmas, d, ,nda, TBMM'nin yetkisi kalmam, t,r. Ba ka bir örnekle Devlet Denetleme Kurulu'nun görev ve yetkilerine ili kin Anayasan,n 108. maddesinde yap,lan de i iklik ile öidari soru turmaö yetkisine sahip k,l,nan Kurul, ilgili cumhurba kanl, , kararnamesinde de son derece önemli yetkiler ile donat,lm, t,r.⁴³ Bu nedenle doktrinde 104/17'de yer alan s,n,rlamalardan yola ç,k,larak, asl,nda, cumhurba kanl, , kararnamelerine oldukça s,n,rl, bir alanda düzenleme yetkisi tan,nm, oldu u ekinde ileri sürülen görü e⁴⁴ kat,lmak mümkün de ildir.

³⁷ E.1984/6, K.1985/1, k.t.11.1.1985, RG: 17.06.1985-18787.

³⁸ Bu yöndeki bir karar için Bkz., E.1988/62, K.1990/3, k.t.6.2.1990, RG: RG: 12.10.1990-20663.

³⁹ E.1984/14, E.1985/7, k.t.13.06.1985, RG: 24.08.1985-18852.

⁴⁰ KARAHAN O ULLARI, Cumhurba kanl, , Kararnamelerinin, s.2.

⁴¹ KARAHAN O ULLARI, Kanun Hükümünde Kararnamenin, s.58.

⁴² Bu yönde bir görü için Bkz., SÖYLER, s.80.

⁴³ 5 say,l, Devlet Denetleme Kurulu Hakk,nda Cumhurba kanl, , Kararnamesi, RG: 15.7.2018/30479.

⁴⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.930; ÜLGEN, s.33; YILDIRIM, s.24.

IV. CUMHURBAKANLIĞI KARARNAMESİNİN NORMATİF YERİ VE KANUNUN ALTINDA YER ALDIĞI GÖRÜŞLER

Cumhurbaşkanı, kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin örnekte yer alan ilk görüş, yürütmenin düzenleyici bir işlemi olarak cumhurbaşkanı, kararnamesinin kanun gücünde olmadıkça, ve normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer aldığı, ekindeki görüştür.⁴⁵

Cumhurbaşkanı, kararnamesinin normları denetleyen bakımdan kanunun altında yer aldığı, görüşünün hukuki dayanakları, Anayasanın 104/17. maddesinde yer alan kurallardır. Buna göre, sahip olduğu genel yetki uyarınca, TBMM cumhurbaşkanı, kararnamesi ile düzenlenmiş bir konuda kanun çıkararak, cumhurbaşkanı, kararnamesinin hükümsüz hale gelmesi sonucuna yol açabileceği gibi, kararname ile kanunlar arasında farklı hükümler bulunması durumunda da kanun hükümlerinin uygulanacak olması, kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanunun altında konumlandırılması, gerekçelerini oluşturmaktadır.⁴⁶ Diğer yandan, Anayasanın 119. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen hallerde çıkarılacak cumhurbaşkanı, kararnamelerinin kanun hükmünde olacağı belirtilmiş olması, da bu sonucu doğrulayan bir düzenleme olarak anılmaktadır.⁴⁷ Cumhurbaşkanı, kararnamelerinin KHK'lar aksine, yürürlükteki kanun hükümlerini denetim ve kaldırma gücüne sahip olmaması, bu sonucu destekleyen diğer bir argümandır.⁴⁸ Gözler'e göre, cumhurbaşkanı, kararnameleri kanuna dayanmak zorunda olmamakla beraber, kanuna aykırı olamazlar.⁴⁹ Buna göre, cumhurbaşkanı, kararnamesi ile kanunlar arasında farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanacak olması, ve TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarılması durumunda, cumhurbaşkanı, kararnamesinin hükümsüz hale gelecek olması, nedeniyle, cumhurbaşkanı, kararnameleri ile kanuna uygun, kanunun çizdiği sınırlar içinde düzenleme yapmalıdır.⁵⁰ Bunun istisnası ise öngörülen hallerde çıkarılan cumhurbaşkanı, kararnameleridir.⁵¹

Cumhurbaşkanı, kararnamesinin normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alan bir düzenleyici işlem olarak kabul edilebilmesi için kanun ve cumhurbaşkanı, kararnamesi arasında kanuna dayanma ve kanuna uygun olma ekinde bir ilişkinin kurulabilmesi gerekir. Örneğin, Anayasanın 104. maddesinin 18. fıkrasında göre cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak amacıyla yönetmelikler çıkarabilir. Söz konusu işlem, yönetmeliktir, düzenleyici işlemdir ve normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alır. Aynı ekinde, Anayasanın 124. maddesi uyarınca, görev alan, ilgilendiren kanun ve cumhurbaşkanı, kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere cumhurbaşkanı, yönetmelik çıkarabilir. Türev nitelikte bir işlemdir. Cumhurbaşkanı, kararnamesinin asli düzenleme yetkisinin aracı olarak değerlendirilmesi, zaten bir kanun dayanak kılınarak çıkarılmaları, seçeneğindedir, ancak, bu halde, cumhurbaşkanı, kararnamesinin kanuna uygun olarak kullanılması, gerekli değildir.

104. maddenin 17. fıkrasında göre, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ile kanunda açıkça düzenlenen konularda cumhurbaşkanı, kararnamesi çıkarılamaz. Yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında olup, (temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenleme saklı kalmak üzere) bu sınırlar dışında kalan konularda cumhurbaşkanı, kararnamesi çıkarılabilir. Ne Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş, ne de kanunda açıkça düzenlenmiş fakat yürütme yetkisine ilişkin olan bir konuda çıkarılmaması, bir cumhurbaşkanı, kararnamesi söz konusu olduğunda iki olasılık öngörülmektedir: İki, Cumhurbaşkanı, kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümlerinin uygulanacak olması; ikincisi ise TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarılması durumunda, Cumhurbaşkanı, kararnamesinin hükümsüz hale gelecek olmasıdır. Bir yandan,

⁴⁵ ARDIÇOĞLU, s.49; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.914, 944; GÜNDAY, s.659; ÖZBUDUN, s.250; YILDIRIM, s.23.

⁴⁶ GÜNDAY, s.659.

⁴⁷ GÜNDAY, s.659.

⁴⁸ ÖZBUDUN, s.250-251. Bu yönüyle ve çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacı, kapsamı, ilkelerini, kullanma süresini ve birden fazla kararname çıkarılmaması, içermek zorunda olan bir yetki kanununa dayanmak zorunda olmaları; Resmi Gazete'de yayımlanmaları, gün TBMM'ye sunulmaları, ve TBMM'nin de aynı kabul, red ve denetim yetkilerine sahip olması, nedeniyle, olağan dönemde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler ile cumhurbaşkanı, kararnamesi birbirinden tamamen farklı iki ayrı işlemdir.

⁴⁹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.913.

⁵⁰ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.914.

⁵¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.914.

bu düzenlemeler, yukarıda da yer verildiği gibi, 104/17 uyarınca yürütme yetkisine ili kin olarak çıkarılacak cumhurbaşkanlığı, kararnamelelerinin hiyerarşik olarak kanunun altında yer alan düzenleyici bir ilim oldu u görüşüne esas oluturabilir. Doktrinde de cumhurbaşkanlığı, kararnamesinin kanunun altında yer alan düzenleyici bir ilim oldu u görüşü, bu hükümlerden yola çıkılarak ileri sürülmektedir. Fakat bu görüşün kendi içinde tutarlı, olabilmesi için 104/9, 106/11, 108/son, 118/6'de yer alan düzenlemelerdeki yetkinin münhasır yetki niteli inde kabul edilmemesi gerekir. Nitekim bu görüşü savunan yazarlar, n bir kışmı, bu sonuçla tutarlı bir ekilde, anılan maddelerde yer alan yetkiyi münhasır bir yetki olarak görmemekte⁵² ya da en azından münhasır yetki tanınmadı, konusunun Anayasada cevap, olmadı, ifade ederek, Anayasa Mahkemesi kararını belirleyici olacağını, vurgulamaktadır.⁵³

Oysa, 104/9, 106/11, 108/4, 118/6. maddelerinde yürütmeye münhasır yetki tanındı, kabul edildi inde, yasama organının kural koyma yetkisi, bu maddelerde düzenlenen konu alanları bakımından sınırlandırılmı oldu u için ve bu konular TBMM tarafından kanunla düzenlenemeyecek konular oldu undan, yasama organı ve yürütme organı kural koyma yetkisini ayrı konu alanlarında birbirleriyle bağlantı olmayacak bir ekilde kullanı hale gelmektedirler. Nitekim Gözler, anılan maddelerde yürütmeye mahfuz alan açıldı, görüşü kabul edilecek olursa, 104/17'de yer alan hükümler ile ömahfuz alan tezini ba da tutmanın oldukça güçö oldu unu vurgulayarak, *öcumhurbaşkanlığı, kararnamelerinin bir mahfuz alanı var ise, o alanda kanunlar, n de il, Cumhurbaşkanlığı, kararnamelerinin dedi i olur. Belli bir konuda kanun ile Cumhurbaşkanlığı, kararnamesi çatı, yor ise, bu konu, hangisinin alan, na giriyorsa, bu çatı, madan o galip çıkar. Mahfuz alanda yer alan bir konuda Cumhurbaşkanlığı, kararnamesinin hükmü kanun hükümlerinden a a , de ildirö sonucuna ula maktadır.*⁵⁴ Bununla birlikte, 104/17'de ökanunda açkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı, kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı, kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanı eklinde yer alan kurallar, nedeniyle ve sonuç olarak, kararnamelerin kanun altında yer aldı, ifade etmektedir.

Kanunla, 104/9, 106/11, 108/4, 118/6. maddelerinde yürütmeye münhasır yetki tanındı, kabul edildi inde, bu konu alanlarında çıkarılacak cumhurbaşkanlığı, kararnamelerinin kanuna e de er ilimler oldu u sonucuna varmak gerekir. Bu halde, aynı sonuç, 104/17 uyarınca öyürütme yetkisine ili kin konularda çıkarılacak cumhurbaşkanlığı, kararnameleri için de geçerli midir ya da 104/17'de yer alan kuralların anlamı nedir? Bu soruya, cumhurbaşkanlığı, kararnamesinin kanuna e de er bir ilim oldu u görüşü ba lı, altında yanıt arayacaktır.

V. CUMHURBA KANLI I KARARNAMESİNİN KANUNA E DE ER B R LEM OLARAK KABUL EDİLMESİNİN DAYANAKLARI

A. Asli Düzenleme Yetkisinin Normlar Hiyerarşisi Bakımından Sonucu

darenin asli düzenleme yetkisinin yasama yetkisi ile aynı düzeyde kabulü, asli düzenleme yetkisinin kullanıldı, ilimlerin de kanunlarla arasından hiyerarşik bir iliki olmaksızın tam tersine kanunlarla e de er nitelikte ilimler olacağını, sonucunu⁵⁵ beraberinde getirir. Nitekim Özbudun, yasama yetkisinin devredilmezli ilkesi ile kanun adı altında veya bu adı taşıması bile kanunla e de erde ya da kanun gücüne sahip hukuki ilimler yapabilme yetkisinin devrinin yasaklandı, ve bir düzenleyici ilim ile mevcut kanun hükümleri de i tirebiliyor ya da yürürlükten kaldırılıyorsa bu ilimin kanun niteli inde ve gücünde olacağını, vurguladıktan sonra, *öBir düzenleyici ilim, mevcut kanun hükümlerini de i tirmemek ve ortadan kaldırılmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda asli, yani ilke elden ya da do rudan düzenleme yapıyorsa, böyle bir ilimin de, yukarıda açkılan idarenin türevselli ilkesi gereince, kanun niteli inde sayılmaması, gerekirö sonucunu ifade etmektedir.⁵⁶ Ülgen ise, Özbudun'un bu de erlendirmesinden hareketle olan dönem cumhurbaşkanlığı, kararnamelerinin kanun hükmünde olmamakla beraber asli yetki kullanılması bakımından kanuna e de er ilimler niteli inde kabul edilebileceğini ifade etmekle birlikte, bunu, cumhurbaşkanlığı, kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesine*

⁵² ARDIÇO LU, s.38-38; GÜNDAY, s.659.

⁵³ ÖZBUDUN, s.251.

⁵⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.933.

⁵⁵ ÖZTÜRK, s.152.

⁵⁶ ÖZBUDUN, s.213.

b,rak,lm, olmas,n,n gerekçesi ba lam,nda vurgulamaktad,r.⁵⁷ Bu kapsamda de erlendirilebilecek bir di er görü e göre ise cumhurba kanl , kararnameleri ile do rudan Anayasa'dan yetki al,narak düzenleme yap,labilmesi sonucu, yasama yetkisi, TBMM ve Cumhurba kan, aras,nda payla ,lm, olmakta⁵⁸ ve cumhurba kan, kanun gücünde düzenleme yapabilmektedir.⁵⁹ Fakat bu görü e göre de hukuki niteli i ökanun gücündeö olan cumhurba kanl , kararnamelerinin normlar hiyerar isindeki yeri, kanunun alt düzeyidir.⁶⁰

Ne var ki idarenin asli düzenleme yetkisine sahip olmas,n,n, yetkinin münhas,r nitelikte olmas,n, da zorunlu olarak beraberinde getirmedi ini gördük. Acaba, idarenin asli düzenleme yetkisinin yasama yetkisi ile e düzeyde ve her iki yetkinin somut görünümüleri olarak ortaya ç,kacak i lemlerin de norm de eri bak,m,ndan e de er i lemler olarak kabulü için idarenin asli düzenleme yetkisinin ayn, zamanda münhas,r bir yetki mi olmas, gerekir? Ba ka bir ifadeyle, 104/17 uyar,nca yürütme yetkisine ili kin konularda ç,kar,lacak cumhurba kanl , kararnameleri de asli düzenleme yetkisi kullan,larak ç,kar,lmalar, nedeniyle kanuna e de er nitelikte i lemler olarak görülebilir mi? E er, 104/17'de kanun ve cumhurba kanl , kararnameleri aras,ndaki ili kiye ili kin do rudan hükümler bulunmasa idi, böyle bir ç,kar,mda kolayl,kla bulunulabilirdi. Bu durumda konu farkl, aç,lardan tart, maya aç,labilir.

lk olarak, e er mahfuz alan görü ü kabul edilecek olursa, cumhurba kanl , kararnamelerinin norm de eri bak,m,ndan iki ayr, görü ileri sürülebilir: Birinci görü , 104/17'de düzenlenen cumhurba kanl , kararnamesi ile 104/9, 106/11, 108/son, 118/6'de düzenlenen cumhurba kanl , kararnamelerinin, norm de eri bak,m,ndan, ola an dönemde ç,kar,lan cumhurba kanl , kararnamelerinin iki ayr, alt türünü olu turduklar, eklinde olabilir. İki, norm de eri bak,m,ndan kanunun alt,nda yer al,rken, ikinci grupta yer alan cumhurba kanl , kararnameleri, yani münhas,r yetkinin kullan,m, sonucu ortaya ç,kanlar, kanuna e de erde i lemlerdir. Doktrinde ileri sürülen görü ler aras,nda, Ülgen, ola an dönem-ola anüstü dönem fark,n,n yan, s,ra, yürütmeye mahfuz bir düzenleme yetkisi veren hükümler nedeniyle, asli nitelikteki cumhurba kanl , kararnameleri aras,nda hukuki rejim fark, oldu unu vurgulamakta⁶¹, 104/17'de yer alan her bir s,n,rlamay,, münhas,r yetkinin kullan,ld, , kararnameler bak,m,ndan ayr, ayr, de erlendirerek, münhas,ran cumhurba kanl , kararnamesiyle düzenlenmesini öngörülen konular,n kanunla düzenlenmesi ve kanun ile cumhurba kanl , kararnamesi aras,nda bir çat, ma olmas, halinde bu çat, man,n kanuna üstünlük verilerek çözümlenmesinin olanakl, olmad, ,n, ifade etmektedir.⁶² Yazar taraf,ndan aç,kça ifade edilmemi olsa da ula ,lan bu sonuç, dolayl, olarak, 104/17 uyar,nca ç,kar,lan cumhurba kanl , kararnamelerinin kanun alt, düzeyde, münhas,r yetki kapsam,nda olanlar,n ise kanunla e de er nitelikte de erlendirilmesi sonucunu do urmaktad,r.

B. 104/17'de Yer Alan Kurallar,n Çat, ma Kurallar, Olarak De erlendirilmesi

Cumhurba kanl , kararnamelerinin norm de eri bak,m,ndan ileri sürülen ikinci görü , cumhurba kanl , kararnamesinin normlar hiyerar isinde kanuna e de er nitelikte bir i lem oldu u eklindedir. Ö retide, Karahano ullah,, cumhurba kanl , kararnamelerini öyasa benzeriö ya da öyasams,ö olarak adland,rmakta (*quasi satatute*) ve kararnameler ile yasa ile e kural koyma yetkisinin kullan,ld, ,n, ifade etmektedir.⁶³ Buna göre, 104/17'de öngörülen s,n,rlamalar, öbir güç s,n,rlamas, de il, konu ya da alan s,n,rlamas,d,rö:⁶⁴ Gerek yürütme yetkisine ili kin ç,kar,lan cumhurba kanl , kararnameleri, gerek ola anüstü hal döneminde ç,kar,lan cumhurba kanl , kararnameleri, gerekse mahfuz alanlarda ç,kar,lan cumhurba kanl , kararnameleri ile ilk elden, asli kural koyma yetkisi kullan,lmakta ve bu alanda kararnameler, normlar hiyerar isinde kanuna e de erde bir i lem olarak yer almaktad,r.

Bu durumda, 104/17'de yer alan ve yukar,da yer verildi i üzere, cumhurba kanl , kararnamelerinin kanun alt,nda yer ald, , görü üne dayanak olu turan kurallar,n, normlar hiyerar isinde e de er nitelikte olan iki i lem aras,nda, ortaya ç,kmas, muhtemel çat, ma

⁵⁷ ÜLGEN, s.7.

⁵⁸ SÖYLER, s.80.

⁵⁹ SÖYLER, s.79.

⁶⁰ SÖYLER; s.164.

⁶¹ ÜLGEN, s.5.

⁶² ÜLGEN, s.20.

⁶³ KARAHANO ULLARI, Cumhurba kanl , Kararnamelerinin, s.1.

⁶⁴ KARAHANO ULLARI, Cumhurba kanl , Kararnamelerinin, s.2.

durumunu ortadan kaldırmaya yönelik usuli hükümler olarak de erlendirilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Kanunun açkça düzenledi i konularda cumhurbaşkanı, kararnamesi çıkarılmayacak, kanun ile cumhurbaşkanı, kararnamesi hükümleri arasında farklılık olması halinde kanun hükümleri uygulanacak ve TBMM tarafından aynı konuda kanun çıkarılmaması durumunda cumhurbaşkanı, kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Bu kuralların birer çatma kuralı olarak de erlendirilmesi, zaten norm de eri e it iki kural oldu unu varsayar. 104/17'de öykünl kö yerine, öfarklı kö sözcü ü kullanılmakla, ancak e düzey normlar arasında söz konusu olabilecek bir çatman ortadan kaldırılmamasına ili kin kurallar konulmaktadır.⁶⁵ Kanun ve cumhurbaşkanı, kararnamesi hükümleri arasında farklılık olması durumunda, cumhurbaşkanı, kararnamesi yürürlükte kalmaya devam edecek fakat kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu uygulama, idare tarafından yapılabilece i gibi mahkemeler tarafından da yapılabılır.

Kamu hukukunda, benzer bir konu Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında 2004 yılında eklenen *öUsulüne göre yürürlü e konulmu temel hak ve özgürlüklere ili kin milletlerarası antla malarla kanunlar, aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çkabilece k uyu mazlıklarda milletlerarası andla ma hükümleri esas alınır* hükmü nedeniyle gündeme gelmiştir. Uluslararası antla maların normlar hiyerarisindeki yerine ili kin ileri sürülen görüşlere⁶⁶ ek olarak, 2004 yılında getirilen düzenleme nedeniyle, bu kez temel hak ve özgürlüklere ili kin uluslararası antla maların normlar hiyerarisi içindeki konumu farklı görüşlere konu olmuştur. Bu görüşler arasında, Aybay tarafından ileri sürülen görüşe göre, 90. maddeye eklenen tümce, maddi bir hukuk kuralı de il, öyasa çatması ö kuralıdır.⁶⁷ Yasa çatması, kuralların ni levi, öi uyu mazlı, n çözüme ba lanması, için, i in özüne uygulanacak ömaddi hukuk kuralının belirlenmesini sağlamaktadır. Aynı konuya ili kin olarak yan yana var olan kurallar arasında, uygun seçimin yapılmaması, ve böylece belirlenmi olan kuralın uygulanması, sa lanır. Örneğin, bir davaya bakmakta olan mahkeme, çözüme ulaşmak için aynı konuya ili kin farklı düzenlemeler getirmi iki kuraldan hangisini uygulaması gerektiğini, yasa çatması, kurallar, uyarınca belirler.⁶⁸

Aynı sonuç, cumhurbaşkanı, kararnamelerine ili kin olarak 104/17'de yer alan kuralları bakımından kabul edilebilir. 104/17'de yer alan kurallar, kanun ve cumhurbaşkanı, kararnamesi ile düzenlenecek alanların ayrımlı; yürütme alanına ili kin olan ve ödi er sınırlamaları ile birlikte- kanunlar ile açkça düzenlenmemiş olan konularda yürütmenin genel düzenleme yapma yetkisi ile donatılmaması, ve buna rağmen kurallar arasında öfarklı kö ortaya çıkmaması durumunda da kanun hükmünün uygulanacak olmasıdır. Bu halde, normlar arasında çatma halinde uygulanacak olan normu düzenleyen bir çatma kuralının varlığı, normlar arasında hiyerarisi oldu u görüşünün de dardır, rakmaktadır. Diğer yandan, cumhurbaşkanı, kararnamesinin normlar hiyerarisinde kanuna e de er olması, n ko ulu, kanunu de i tirebilme ya da yürürlükten kaldırabilme gücüne sahip olması, de ildir. Başka bir ifadeyle, Cumhurbaşkanı, kararnamesi ile kanunun de i tirilememesi ya da yürürlükten kaldırılmaması, normlar hiyerarisinde kanunun altında oldu u görüşünü tek başına destekleyecek bir argüman de ildir; bu, cumhurbaşkanı, kararnamesinin, ku kusuz ekli anlamda kanun olmadı, için kanunlar, yürürlükten kaldırılması ya da de i tirme gücünü içermeyi anlamına gelir.

VI. DE ERLENDİRME VE SONUÇ

Biçimsel geçerlilik anlayışı, (normativist pozitivizm) bakımından,⁶⁹ bir norm geçerliliğini başka bir normdan alır. Bu normlar, birbirleri ile e it düzeyde de il, hiyerarisi bir ili ki içindedirler. Bir normun geçerliliğini ald, , norm o norma göre üst norm; geçerlilik alan norm ise geçerlilik ald, , norma göre alt norm niteliindedir.⁷⁰

Üst norm, alt normun yaratılması, süreci ve yaratılacak normun içeriğini olmak üzere iki

⁶⁵ KARAHAN OULLARI, Cumhurbaşkanı, Kararnamelerinin, s.3.

⁶⁶ Bunun için bkz., AYBAY, Rona: öUluslararası, Antla maların Türk Hukukundaki Yeri ö, Türkiye Barolar Birli i Dergisi, S.70, 2017, s.197-198.

⁶⁷ AYBAY, s.206.

⁶⁸ AYBAY, s.206.

⁶⁹ GÖZLER, Hukukun Genel Teorisine Giriş, s.73.

⁷⁰ GÖZLER, Hukukun Genel Teorisine Giriş s.75.

temel unsuru içerir:⁷¹ *öHukukun dinamik karakteri uyar,nca, bir norm belli bir eilde, yani ba ka bir normun belirledi i biçimde yarat,ld, , için ve böyle yarat,ld, , müddetçe geçerlidir ve bu di er norm, ilk normun geçerlili ini temsil eder. Ba ka bir normun yarat,lmas,n, belirleyen norm ile bu belirlemeye uygun olarak yarat,lm, olan norm aras,ndaki ili ki üst düzey ve alt düzey norm düzenlerini resmetmek suretiyle görselle tirilebilir. Norm yaratmay, belirleyen norm üst düzey, bu belirlemeye uygun biçimde yarat,lan norm ise alt düzey normdur. Öyleyse hukuk düzeni ayn, düzeydeki, yan yana duran hukuk normlar,n,n olu turdu u bir sistem de ildir; bilakis farkl, katmanlardaki hukuk normlar,n,n hiyerar ik düzenlendi i bir sistemdirö.⁷²*

Üst norm, alt normun yap,l, usulünü ya da içeri ini düzenler. Üst norm bu iki unsurun her ikisini içerebilece i gibi, yaln,z birini de içerebilir. Bu durumda, her normun yarat,lma usulü, ba ka bir norm (üst norm) taraf,ndan düzenlenmekte ve/veya üst norm alt normun içeri ini de göstermektedir.⁷³ Örne in, anayasa hem kanunlar,n yap,lma usullerini, hem de ço u zaman olumsuz biçimde olmakla beraber kanunlar,n içeri ini de gösterir.⁷⁴ Cumhurba kanl, , kararnamesinin içeri i, asli düzenleme yetkisinin görünümü olmas, nedeniyle, kanunlar taraf,ndan de il, do rudan anayasa hükümlerince belirlenmektedir. Cumhurba kanl, , kararnamesi, düzenleyici i lemlerin tersine, kanunun uygulanmas, de il, Anayasan,n uygulanmas, ba lam,nda yer almaktad,r. Kanun ve cumhurba kanl, , kararnamesinin geçerliliklerini ald,klar, üst norm Anayasaö,r.

Yasama yetkisinin aslili i ve genelli i ilkeleri uyar,nca Anayasada düzenlenmemi bir konunun kanunla düzenlenmesi olanakl,d,r. Bu çerçevede, kanunla cumhurba kanl, , kararnamesinin yap,l, usulü belirlenebilir mi? Kanunlar,n cumhurba kanl, , kararnamesinin yarat,lma usulünü belirleyebilir oldu u görü ü tart, mal,d,r. Doktrinde, yasama organ,n,n, yasama yetkisinin aslili i ve genelli i ilkeleri kapsam,nda cumhurba kanl, , kararnamesinin ç,kar,lma usulüne ili kin birtak,m düzenlemelerde bulunabilece i görü ü ileri sürülse de⁷⁵ usul, bir idari faaliyetin hangi makam taraf,ndan hangi biçimde yap,laca ,na ili kin kurallar⁷⁶ olup usuli düzenlemeler, i lemin yetki unsuru ile de ilgili oldu undan⁷⁷ cumhurba kanl, , kararnamesi bak,m,ndan bu yönde yap,lacak düzenlemeler kanunun de il, anayasal hükümlerin konusu olabilir. Bununla birlikte, usul kapsam,nda olup, yetki unsuru d, ,nda kalan ekle ili kin baz, kurallar,n kanunla düzenlenebilir oldu u kabul edilecek olsa bile, cumhurba kanl, , kararnamesinin Resmi Gazeteöde yay,m,, yürürlü e giri i ve yürürlü e giri zaman, gibi asli ekil kurallar, do rudan Anayasaöda düzenlendi inden, kanuna konu olu turabilecek olanlar,n, tali nitelikte olan ekil kurallar, olaca , dü ünülebilir.

Doktrinde, cumhurba kanl, , kararnamesinin kanuna uygun olmak zorunda oldu u ekindeki görü e esas olan ve 104/17öde yer alan kurallar, kanun ve cumhurba kanl, , kararnamesi aras,nda önormatif bir üstünlükö de il, usule ili kin, çat, ma halinde uygulaman,n hangi kurallar esas al,narak yap,laca , yönünde hükümler olarak de erlendirilebilir. Çat, ma kurallar,, hukuki rejime ili kin hükümler de ildir.⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, cumhurba kanl, , kararnamesinin anayasaya uygunluk denetimini gerçekle tirirken kanunu ölçü norm olarak almayacakt,r; Anayasaya uygunluk denetimi yapacakt,r. Yürütme alan,na ili kin olmak ko ulu ile Anayasada münhas,ran kanunla düzenlenmesi gereken konular ile kanunlarda aç,kça düzenlenen konular d, ,nda kalan konular,n hem kanun hem de cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenebilmesi mümkün oldu una göre, farkl, hükümler bulunmas, halinde kanun

⁷¹ KELSEN, s.78.

⁷² KELSEN, s.79.

⁷³ KEYMAN, Selahattin: Hukuka Giri ve Metodoloji, Doruk Kitap ve Yay,nevi, Ankara 1981, s.43; TURHAN, Mehmet: öHans Kelsenö Göre Anayasa Kavram,, Anayasan,n Fonksiyonu ve Anayasa Yarg,s,ö, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Nisan 2018, s.204.

⁷⁴ KEYMAN, s.43.

⁷⁵ ÜLGEN, s.37.

⁷⁶ BALTA, Tahsin Bekir: dare Hukukuna Giri , TODA E, Ankara 1968/1970, s.266. Nitekim idari i lemler bak,m,ndan öusulö i lemin yetki ve ekil unsuruna, öesasö ise neden, konu ve amaç unsurlar,na i aret eder. GÜNDAY, s.152. Aky,lmaz ise, Türk idare hukukunda idari usul kavram,n,n iki farkl, anlamda kullan,ld, ,n, ve ilk anlam,nda öyetki ve ekil unsuruönun; ikinci anlam,nda ise idari i lemin içeri ine yönelik iradenin olu umuna ili kin i lerin kastedildi ini ifade etmektedir. AKYILMAZ, s.66.

⁷⁷ Ülgen taraf,ndan verilen ve bir kanun ile cumhurba kanl, , kararnamesinin Dan, tayö'n görü üne sunulmas, yönünde bir düzenlemenin yap,labilece i ekindeki örnek, tam da yetki unsuru ile ba lant,l, niteliktedir.

⁷⁸ GÜLGEÇ, Yahya Berkol: Normlar Hiyerar isi: Türk, Alman ve ngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural i lemlerin ve Mahkeme Kararlar,n,n Hiyerar ik Gücü, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2016, s.165.

hükümlerinin uygulanacak olmas,, kanun ve cumhurba kanl, , kararnamesi aras,nda bir uygunluk ve ayk,r, olmama ili kisinin kuruldu u anlam,na gelmemektedir. Çünkü her ikisi ile de asli kural koyma yetkisinin kullan,m, söz konusudur. 104/4øde yer alan öCumhurba kanl, , kararnamesi ile kanunlarda farkl, hükümler bulunmas, halinde, kanun hükümleri uygulan,rö hükmü, her iki normun da ayn, anda geçerli olaca ,n, fakat hükümleri aras,nda farkl,l,k bulunmas, halinde kanun hükümlerinin uygulanaca ,n, ifade etmektedir.

Di er yandan, öTürkiye Büyük Millet Meclisinin ayn, konuda kanun ç,karmas, durumunda, Cumhurba kanl, , kararnamesi hükümsüz hale gelirö düzenlemesi, cumhurba kanl, , kararnamesinin normlar hiyerar isinde kanunun alt,nda yer ald, , görü üne dayanak olu turmas, bak,m,ndan tek ba ,na yeterli bir hüküm de ildir. Çünkü bir normun geçerlili i sadece üst konumdaki bir norm taraf,ndan de il, kendisine e it bir norm taraf,ndan da kaybettirilebilir.⁷⁹ Nitekim bu hüküm, e it bir norm olarak ösonraki kanunöün, önceki ökanunöü geçersiz k,lmas, olarak da de erlendirilebilir. Kanun ve cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenecek konu alanlar, aras,nda bir ayr,ma gidildi inden, 104/17øde yer alan kurallar, yürütme yetkisine ili kin konularda ç,kar,lan cumhurba kanl, , kararnamesi ile kanun aras,nda çat, ma olmamas,na yöneliktir. Öyle ki, Anayasada münhas,ran kanunla düzenlenmesi gereken konular ile kanunla aç,kça düzenlenen konularda cumhurba kanl, , kararnamesi ç,kar,lmamal,; cumhurba kanl, , kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun ç,kar,lmas, durumunda ilki hükümsüz hale gelmeli ve farkl, hükümler olmas, durumunda da kanun hükümleri uygulanmal,d,r. Çat, an iki norm söz konusu oldu unda uygulamada hangisinin esas al,naca ,, uygulanan normun üstünlü ünü göstermeye yetmez.⁸⁰ Bu nedenle TBMM taraf,ndan ayn, konuda kanun ç,kar,lmas, durumunda CBKø,n hükümsüz hale gelecek olmas, e it normlardan sonrakinin öncekini kald,rmas, kapsam,nda da dü ünülebilir.

Kanun hükümlerinden farkl, hükümler içeren bir cumhurba kanl, , kararnamesi, iptal yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilir mi? Cumhurba kanl, , kararnamesi ile kanunlar,n farkl, hükümler içermesi, bir Anayasaya ayk,r,l,k nedeni de ildir. 104/17øde aç,kça cumhurba kanl, , kararnamesi ile kanunlarda farkl, hükümler bulunmas, halinde, kanun hükümleri uygulan,r denilmektedir. Kanunun aç,kça düzenledi i ya da Anayasada münhas,r kanun alan, olarak kabul edilen bir konuda cumhurba kanl, , kararnamesi ç,kar,lmas, durumunda cumhurba kanl, , kararnamesi iptal veya itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilir. Fakat kanun ve cumhurba kanl, , hükümleri aras,nda farkl,l,k olmas, durumunda cumhurba kanl, , kararnamesi yürürlükte kalmaya devam eder; ancak kanun hükmü uygulan,r. Tüm idari makamlar ve yarg, organlar, kanun hükümlerini uygulamakla yükümlüdürler. Bu halde, farkl, hükümler içermesi durumunda cumhurba kanl, , kararnamesinin uygulanmayacak olmas,, cumhurba kanl, , kararnamesinin geçerlili i ile ilgili de il, uygulanabilirlik ko ulu ile ilgilidir. Geçerlilik ya da geçersizlik sonucu, normlar aras,ndaki hiyerar ik ili kkiye göre belirlenir. Farkl, hükümler içeren kanun, cumhurba kanl, , kararnamesini geçersiz k,lmamakta, ancak somut uyu mazl,k ya da olay bak,m,ndan kanun hükümlerini uygulanabilir k,lmaktadır.

Sonuç olarak, cumhurba kanl, , kararnamesi, normlar hiyerar isinde kanuna e de er bir i lem olarak yer almaktadır. Hukuki de eri bak,m,ndan kanun ve cumhurba kanl, , kararnamesi birbirine e ittir. Cumhurba kanl, , kararnamesi, kanun hükümlerinin uygulanmas, ba lam,nda yer almad, ,ndan düzenleyici i lem niteli inde olmad, , gibi, bir kanuna da uygun olmak durumunda de ildir. Kanundan ba ,ms,z olarak, fakat maddi aç,dan t,pk, bir kanun gibi ortaya ç,kan kural i lem niteli indedir. Cumhurba kan,nda cisimle en yürütme, cumhurba kanl, , kararnamesi ile ilk elden ve Anayasada aç,kça düzenlenen baz, konu alanlar, bak,m,ndan münhas,ran kural koyma yetkisine sahip k,l,nm, t,r. Bu bak,m,ndan, yürütmeye, genel nitelikte olmamakla beraber, yasama organ,na e it bir kural koyma yetkisinin verilmi oldu u sonucuna var,labilir.

⁷⁹ GÜLGEÇ, s.117.

⁸⁰ GÜLGEÇ, s.67.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar: dari Usul lkeleri I , ,nda dari lemin Yap,l, Usulü, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2000.
- ARDIÇO LU, M. Artuk: öCumhurba kanl, , Kararnamesiö, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, 2017, s.21-51.
- AYBAY, Rona: öUluslararası, Antla malar,n Türk Hukukundaki Yeriö, Türkiye Barolar Birli i Dergisi, S.70, 2017, s.187-213.
- BALTA, Tahsin Bekir: dare Hukukuna Giri , TODA E, Ankara 1968/1970.
- DURAN, Lütfi: öDüzenleme Yetkisi Özerk Say,labilir mi?ö (Düzenleme Yetkisi), dare Hukuku ve limleri Dergisi, Y.4, S.1-3, 1983, s.33-42.
- DURAN, Lütfi: dare Hukuku Ders Notlar, (dare Hukuku), ÜHF Yay,nlar,, stanbul 1982.
- GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giri : Hukuk Normlar,n,n Geçerlili i ve Yorumu Sorunu (Hukukun Genel Teorisine Giri), US-A Yay,nc,l,k, Ankara 1998.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin, Bursa 2019.
- GÜLGEÇ, Yahya Berkol: Normlar Hiyerar isi: Türk, Alman ve ngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural lemlerin ve Mahkeme Kararlar,n,n Hiyerar ik Gücü, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2016.
- GÜNDAY, Metin: dare Hukuku, maj, Ankara 2017.
- KARAHAN O ULLARI, Onur: öCumhurba kanl, , Kararnamelerinin Niteli i: Yasams,ö (Cumhurba kanl, , Kararnamelerinin), <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>.
- KARAHAN O ULLARI, Onur: öKanun Hükmünde Kararnamenin Niteli i, (Bir Öneri: Birlikte Yasama)ö, (Kanun Hükmünde Kararnamenin), Amme daresi Dergisi, C.31, S.2., 1998, s.41-62.
- KARAHAN O ULLARI, Onur: derenin Hukukla Kavranmas,,: Yasall,k ve dari lemler (Yarg, Kararlar,na Dayal, Bir nceleme), Güncelle tirilmi 3. Bas,, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KELSEN, Hans: Saf Hukuk Kuram,,: Hukuk Kuram,n,n Sorunlar,na Giri , (Çev. Ertu rul Uzun), Nora Kitap, stanbul 2016.
- KEYMAN, Selahattin: Hukuka Giri ve Metodoloji, Doruk Kitap ve Yay,nevi, Ankara 1981.
- ONAR, S,dd,k Sami: dare Hukukunun Umumi Esaslar,, Hak Kitabevi, stanbul 1967.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa De i ikliklerine Göre Gözden Geçirilmi 17. Bas,m, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Burak: Frans,z ve Türk Hukukunda derenin Düzenleme Yetkisinin Kapsam,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2009.
- SÖYLER, Yasin: Yeni Ba kanl,k Sisteminde Cumhurba kanl, , Kararnamesi, Seçkin, Ankara 2018.
- TANÖR, Bülent-YÜZBA IO LU Necmi: 1982 Anayasas,na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, stanbul 2018.
- TEZ Ç, Erdo an: Anayasa Hukuku, 9. Bas,, Beta, stanbul 2004.
- TURHAN, Mehmet: öHans Kelsenæ Göre Anayasa Kavram,, Anayasan,n Fonksiyonu ve Anayasa Yarg,s,ö, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Nisan 2018, s.203-226.
- ÜLGEN, Özen: öCumhurba kanl, , Kararnamelerinin Niteli i ve Türleriö, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s.3-39.
- YILDIRIM, Turan: öCumhurba kanl, , Kararnameleriö, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara t,rmalar, Dergisi, C.23, S.2., 2017, s.13-28.


Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, E.1984/14, K.1985/7, k.t.13.06.1985, RG: 24.08.1985-18852.
- Anayasa Mahkemesi, E.1984/6, K.1985/1, k.t.11.1.1985, RG: 17.06.1985-18787.
- Anayasa Mahkemesi, E.1988/62, K.1990/3, k.t.6.2.1990, RG: 12.10.1990-20663.

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM ELVERİLİLİK KAVRAMI VE TAHAKİM AYNINA İLİKİN UYU MAZLİK LARIN TAHKİMİ GÖRÜLMESİ

THE CONCEPT OF ARBITRABILITY IN TURKISH LAW AND ARBITRATION FOR THE
DISPUTES ARISING OUT OF IMMOVABLE PROPERTIES

Süleyman YILMAZ* & Gökçe Filiz ÇAVU O LU**

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.630553>

Makale Bilgi

Gönderilme: 07/10/2019
Kabul: 26/11/2019

Anahtar Kelimeler

Tahkim,
Tahkime Elveri lilik,
Tahkim Aynına İlikin Uyu

Article Info

Received:
07/10/2019 Accepted:
26/11/2019

Keywords

Arbitration,
Arbitrability,
Immovable Property.

Özet

Tahkim, tarihinin bilinen en eski yargılama yollarından birisi tahkimdir. Eskiden beri olan bu yargılama sistemi modern hukukta da önemini korumaktadır. Tahkim taraflar arasında do mu veya do abilecek uyu mazlıkların devlet yargısından, hakem kurulu adında taraflarca seçilen özel ki i veya ki ilerde çözümlenmesidir. Tahkim sonucunda alınan karar kesin hükümdür. Bu sebeple tahkime gidilebilmesi için geçerli bir tahkim sözleşmesi gereklidir. Geçerli bir tahkim sözleşmesi olabilmesi için belli bazı unsurların sözleşme mede bulunması gerekmektedir. Tahkim sözleşmesinin geçerliliği için gerekli unsurlardan birisi de tahkime elverilili bir konunun bulunmasıdır. Her hukuk sistemi tahkime elverililik kavramını, farklı de erlendirmiştir. Türk hukuku ise taraf iradesine dayanmayan ve tahkim aynına ilik uyu mazlıkların tahkime elverilili olmadık nı, kabul etmiştir. Bu çalışmada öncelikle tahkimin ne anlama geldiği ve tahkim sözleşmesinin unsurları ele alınmaktadır. Ardından Türk Hukukundaki tahkime elverililik kavramı açıklanmaktadır. Bu açıklamalardan sonra gelişmiş ülkelerdeki tahkime elverililik kavramı incelenmektedir. Son olarak, tahkim aynına ilik uyu mazlıkların tahkimde görülmesinin Türk Hukuku açısından sonuçları, ve tahkim aynına ilik uyu mazlıkların tahkimde görülebilmesi gerektiğinin nedenleri üzerinde durulmaktadır.

Abstract

Arbitration is one of the oldest known ways of trial in human history. This judicial system, which has been in existence for a long time, is still important in modern law. Arbitration is the resolution of disputes that may arise between the parties or may arise by a special person or persons selected by the parties in the name of arbitration board, except for the state judiciary. The decision taken as a result of the arbitration is final. A valid arbitration agreement is required for arbitration. In order to be a valid arbitration agreement, certain elements must be included in the agreement. One of the necessary elements for the validity of the arbitration agreement is the existence of an arbitrable matter. Each legal system has evaluated the concept of arbitrability appropriately. Turkish law, on the other hand, accepted that the disputes related to the same immovable property which are not based on the will of the parties are not suitable for arbitration. In this study, first of all, the meaning of arbitration and the elements of the arbitration agreement are discussed. Then, the concept of arbitrability in Turkish Law is explained. After these explanations, the concept of arbitrability in developed countries is examined. Finally, the results of the Turkish Law in terms of the arbitration of disputes regarding the same immovable property and the reasons why disputes related to the same immovable property should be seen in the arbitration are emphasized.



Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisans](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD. svilmaz@law.ankara.edu.tr

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7779-0528>

** Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi. filizcavusoglu@hotmail.com

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6753-6032>

I. G R

Rekabetin olmad, , alanlar, belirlerken rekabet hukukçular, yarg,da rekabetin olmayaca ,n, ifade etmi lerdir. Ancak bu söylem mülkiyet temelli modern dünyada art,k önemini kaybetmi tir. Zira tahkim bir nevi yarg,da rekabettir. Zira dünya tahkim yarg,lamas, alan,nda bir rekabet içindedir. Dünyada u an ICC, American Arbitration Association, London Court of International Arbitration Center gibi pek çok tahkim merkezi bulunmaktadır. Bu tahkim yarg,lama merkezlerinin gerek tarife gerek sayg,nl,k gerek daha iyi adaleti sa lamas, gibi konularda birbirleriyle rekabet içinde olduklar, bir gerçektir. Her bir tahkim merkezi farklı avantajlar sunarak taraflar,n uyu mazl,klar,n,n bünyesinde çözüme kavu mas,n, istemektedir.

Pek çok geli mi ÷lkede tahkime gidilmesi, tahkimin ekonomiye olan katkı,s,n, ve ki i özgürlükleri nazara al,narak kolayla t,r,lm, t,r. Bunun sonucu olarak tahkim sözleşmesinin konusu olabilecek konulara geni bir yelpazeden bak,lmas, tercih edilmi tir. Di er bir ifade ile geli mi ÷lkelerde tahkim yanl,s, bir tutum sergilenerek tahkimde görülebilecek konular,n çe itlendirildi i gör÷lmektedir. Ceza ve vergi hukuku gibi konular kamu düzeninden say,larak tahkimde görülemeyece i kanaatine var,lm, olmakla birlikte; ancak özel hukuktan do an ço u uyu mazl, ,n kamu düzenini ihlal etmemesi art,yla tahkimde görülebilece i sonucuna var,lm, t,r.

Özel hukuk karakterli olan ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar ise geli mi ÷lkelerde tahkimde görülebilmektedir. Ancak hukukumuzda ta ,nmaz ayn,n,n tahkimde görülemeyece ini düzenlemi tir. Bu da stanbul Tahkim Merkezi gibi tahkim merkezlerimizin di er uluslararası tahkim merkezleri ile rekabetini etkilemektedir. Söz konusu düzenleme sadece rekabeti etkilememekte; ayn, zamanda bireylerin mülkiyet hakk,n, da k,s,tlar niteliktedir.

Bu çal, mada s,ras,yla önce tahkim sözleşmesinin tan,m,, hukukî niteli i, unsurlar, üzerinde durulmaktadır. Daha sonra, e ya üzerindeki aynî haklardan do an uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesinin mümkün olup olmad, , sorunu ele al,nmaktadır. Son olarak, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n neden tahkimde görülmesi gerekti i konusu incelenmektedir.

II. TAHK M SÖZLE MES

A. Tan,m,

Tahkim ifadesi üst kavram olarak kullan,lan bir usulî süreçtir¹. Taraflar,n aralar,nda imzalam, olduklar, sözleşme do an uyu mazl,klar,n devlet mahkemeleri yerine tahkimde hakem kurulu huzurunda çözüme kavu mas,n, istedikleri yönündeki iradelerini yaz,l, bir biçimde beyan etmeleri sonucu tahkim sözleşme meleri ortaya ç,kar². Di er bir ifade ile tahkim, tahkim sözleşmesi ile hayat bulur ve tahkim sözleşmelerinde taraflar devlet mahkemelerinin yetkisini kald,rarak uyu mazl, ,n,n hakemlerce kesin ve ba lay,c, olarak çözümlenmesi noktas,nda anla ,rlar³. Böylece hakemler tahkim sözleşmesi bulunmas, durumunda uyu mazl, , bakabilirler⁴. Yarg,tay ise bir karar,nda tahkimi öyle tan,m,lm, t,r: *ÖTahkim bir sözleşme olup, taraflar,n aralar,nda ç,km, ya da ç,kacak olan bir uyu mazl, ,n çözümünü bir veya birkaç ki iye b,rakmak hususunda anla malar,d,r. Bir ba ka tan,ma göre tahkim sözleşmesi, uyu mazl,klar,n çözümünde, taraflar,n devlet yarg,s, yerine hakem denilen özel ki ileri yetkili k,lmalar,d,rö⁵.HMK m.412de ise ÖTahkim sözleşmesi, taraflar,n, sözleşme veya sözleşme d, , bir hukuki ili kiden do mu veya do abilecek uyu mazl,klar,n tamam, veya bir k,sm,n,n çözümünün hakem veya hakem kuruluna b,rak,lmas, hususunda yapt,klar, anla mad,rö ekinde tan,m,lanm, t,r.*

¹ NOMER, Ergin/EK , Nuray/ÖZTEK N-GELGEL, Günseli: Milletleraras, tahkim Hukuku, 5.B. Beta Yay,nlar,, stanbul 2016, s.1.

² ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M.Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esaslar,, 7.B., Beta Yay,nlar,, stanbul 2009, s.596; CEBE, Mehmet Sinan: Mal Sat,m Sözleşmesi ve Tahkim, 1.B., Ankara 2018, s.443; REDFERN/HUNTER:Redfern and Hunter on International Arbitration, B.6,KluwerLaw International, 2015, s.74.

³ BORN, Gary:International Arbitration: Law and Practice,2.B.,KluwerLaw,London 2015, s.45; AKINCI,Z YA: Milletleraras, Tahkim,4.B., Vedat Kitapç,1,k, stanbul 2016, s.3; EK , NURAY: Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, 1.B., stanbul 2013, s.95; BERGER, Klaus Peter: Private Dispute Resolution in International Business, 2.B., KluwerLaw, Netherland 2009, s.301.

⁴ WEBTER, Thomas H./BÜHLER, Michael W. : Handbook of ICC Arbitration, 3.B.,Sweet&Maxwell, London 2014, s.49-50.

⁵ 9. HD., E.2014/22697, K.2014/26896, T.17.9.2014.

Taraflar, bir sözle meden do an uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesi için ayr, bir sözle me yapabilecekleri gibi, devlet mahkemelerinin yetkisini kaldırma ve tahkime gitme yönündeki iradelerini ana sözle meye bir hüküm koyarak da belirtebilirler⁶. Ana sözle me bir in a sözle mesi, eser sözle mesi ya da bir marka lisans sözle mesi olabilir. Di er bir anlatımla taraflar, söz konusu ana sözle meden do an uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesini ana sözle meye koyduklar, tahkim klozu ile talep edebilirler. Dolay,s,yla tahkime gitme yönündeki iradenin nerede beyan edildi ine göre, tahkim sözle mesi ve tahkim klozu kavramlar, ortaya ç,km, t,r. Taraflar ana sözle meden do an uyu mazl,klar,n hakem kurulu huzurunda çözüme kavu aca ,n, ana sözle me içinde bir hükümde aç,klarsa buna doktrinde tahkim klozu denmektedir⁷. Taraflar aralar,nda imzalam, olduklar, bir sözle meden do an uyu mazl, ,n hakem kurulunda görülmesine ayr, bir sözle me yaparak aç,klamalar, durumunda ise tahkim sözle mesi kavram, gündeme gelir.

Tahkim soncu hakemlerin vermi oldu u karar, mahkemenin vermi oldu u karar hükmündedir⁸. Taraflar aç,s,ndan ba lay,c,d,r⁹. Bu nedenle tahkim sözle mesi taraflar,n, aralar,nda ç,kacak uyu mazl,klar için kesin ve ba lay,c, bir karar,n hakemler taraf,ndan alınmas, yönünde anla mas,d,r¹⁰.

Taraflar tahkim sözle mesinde veya tahkim klozunda as,lda ayn, eyi ifade edeler; tahkim iradesi. Bir tahkim sözle mesinde veya tahkim klozunda taraflar tahkim yeri, esasa uygulanacak hukuk, usule uygulanacak hukuk, hakem say,s,, kurumsal tahkime yönelik iradeyi detayl,ca haz,rlayabilirler¹¹. Görüldü ü üzere, tahkim sözle mesi ve tahkim klozunu birbirinden ay,ran tek unsur yap,lm, olduklar, yerdir. Bu sebeple tahkim sözle mesi için gerekli olan geçerlilik artlar, tahkim klozu içinde geçerlidir.

B. Tahkim Sözle mesinin Hukukî Niteli i

Tahkim sözle mesinin hukukî niteli ini aç,klayan dört görü bulunmaktad,r. Bunlar; maddi hukuk sözle mesi oldu una yönelik görü , usul hukuku sözle mesi oldu una yönelik görü , karma nitelikte bir sözle me oldu una yönelik görü ve ba ,ms,z bir sözle me oldu una ili kin görü tür.

1. Maddi Hukuk Sözle mesi Oldu una Yönelik Görü

Tahkim sözle melerinin hukukî niteli i ilk kez Frans,z doktrininde tart, ,lm, t,r. Ünlü Frans,z hukukçusu Merlin de Douai 1812øde temyiz mahkemesi huzurunda ilk kez tahkim sözle melerinin sözle mesel nitelikte oldu u görü ünü gündeme getirmi tir. Merlin'ın görü üne göre tahkim anla mas,, taraflar,n hakem kararlar,n, kabul edecekleri yönünde yapt,klar, bir sözle me olup, borçlar hukuku sözle mesinden fark,s,zd,r¹². Frans,z Yüksek Mahkemesi ise Merlin 'ın görü üne benzer bir görü ü kabul etmi tir. Bu görü e göre, hakem kararlar,na tahkim sözle mesinin sözle mesellik vasf, sirayet etti i için, tahkim sözle mesi maddi hukuk sözle mesidir¹³.

Tahkim sözle mesinin bir maddi hukuk sözle mesi olabilece ini savunanlara göre, tahkim sözle mesi, kurulu u an,nda maddi hukuk sözle mesi ekinde yap,lmaktad,r ve maddi hukuk sözle mesi için aranan artlara tabidir¹⁴. Zira tahkim sözle mesi de özel hukuk

⁶ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TA PINAR-AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, B.3., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2017, s.783; AKINCI, s.97; BORN, s.45; ANLI, CEMAL/ESEN, EMRE/ATAMAN- F GANME E, NC : Milletleraras, Özel Hukuk, 6.B., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2018, s.613; 9. HD., E.2016/21367, K.2017/14609, T.2.10.2017.

⁷ AKINCI, s.97.

⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.609.

⁹ BA ARAN, Halil Rahman: Uluslararası, Tahkim, 1.B., XII Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2014, s.37.

¹⁰ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786; MERKIN, Robert/FLANNERY, Louis: Arbitration Act 1996, 5.B., Informalaw From Routledge, Londra 2014, s.26.

¹¹ MOSES, Margaret L.: The Princip lesand Practice of International Commercial Arbitration, 2.B., Newyork 2012, s.45.

¹² SAMUEL, Adam: Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study Of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., And West German Law,Schulthess, Zurich 1989, s.333 vd.; YENER-KESKIN, Cansu: Milletleraras, Tahkim Anla mas,n,n Kurulmas, ve Etkisi, B.1., On iki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017, s.18.

¹³ YENER-KESKIN,s.19; Yarg,tayøda bir karar,nda Tahkim Sözle mesinin Borçlar Kanundaki Vekalet Sözle mesine Benzer oldu unu belirtmi tir; 15. HD., E.1989/1023, K.1989/2841,T.15.6.1989.

¹⁴ LHAN, Hüseyin Af in: Tahkim Sözle mesinin Geçerlili i, 1.B., Adalet Yay,nevi, Ankara 2016, s.9.

sözle meleri gibi kar ,l,kl, birbirine uygun irade beyanlar, ile kurulan bir borçlar hukuku sözleşme sözleşmesidir¹⁵. Tahkim sözleşmesinin hükümlerine veya iptaline borçlar hukuku uygulanmaktadır. Dolayısıyla Tahkim sözleşmesi bir maddi hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Tahkimin özünü oluşturan irade serbestisi bir borçlar hukuku kavramıdır¹⁶.

Türk Hukukunda ise Yargıtay 15. ve 23. Hukuk Dairelerinin¹⁷ içtihatlarına göre 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde başlatılan tahkim sözleşmesi ya da tahkim artışı, içeren sözleşme, hukuki nitelik bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi niteliindedir. Bu sözleşmenin varlığı, geçerliliği ve maddi hukuk kurallarına göre belirlenebilir¹⁸.

2. Usul Hukuku Sözleşme Olduğuna Yönelik Görüş

Tahkim sözleşmesinin bir maddi hukuk sözleşmesi olmayıp, usul hukuku sözleşmesi olduğu da ilk kez Fransa'da ileri sürülmüştür. Tahkim, devlet yargılaması, aslında tahkim sözleşmesi ile tarafların aralarında çekişme veya çekişme, muhtemel uyuşmazlıklar, hakemler huzuruna taşınmasıdır. Bu da usulî bir prosedür olarak nitelendirilebilir.

Bu görüşü savunan yazarlar irade serbestisi kavramının sadece özel hukuka has bir kavram olmayıp tüm hukuk teorisinde olduğu gibi savunarak maddi hukuk sözleşmesi olamayacağını belirtirler¹⁹. Ayrıca doktrinde Alangoya'ya göre tahkim sözleşmesinin sözleşme karakteri onun bir maddi hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmesine neden olmayacaktır²⁰. Alangoya'ya göre, tahkim bir yargıdır ve tahkim sözleşmesi de bir usul hukuku sözleşmesidir²¹. Yargıtay da bir kararında bu ifadeyi kullanmış, tır: *Öİ Bu hâliyle tahkim sözleşmesinin, bir maddi hukuk sözleşmesi gibi mevcut olmayan bir hakkı, yaratan veya mevcut bir hakkı ortadan kaldıran etkisi bulunmamaktadır. Tahkim sözleşmesi ile bir alacak hakkı, ya da yenilik doğuran hak oluşturulmamaktadır. Bu özelliği itibarıyla sözleşmenin maddi hukuk karakterli olduğu unu söylemek mümkün değildir*²².

Tahkimin usul kanunlarında düzenlenmesinin onun bir usul hukuku sözleşmesi olması sonucunu doğurduğu da düşünülmektedir²³. Yargıtay'da vermiş olduğu bazı kararlarda bu görüşü benimsediği görülmektedir²⁴.

3. Karma Nitelikte Bir Sözleşme Olduğuna Yönelik Görüş

Tahkim sözleşmesinin karma nitelikte bir sözleşme olduğu ileri sürülen görüş, bu sözleşmenin niteliğinin sadece usul sözleşmesi ve maddi hukuk sözleşmesi olduğu yönündeki açıklamaların sözleşme meydanı tanımakla yetersiz kaldığı, gerekçesiyle oluşturulmuştur²⁵. Bu görüşe göre tahkim sözleşmesi, hem maddi hukuk hem de usul hukuku sözleşmesinin özelliklerine sahip karma nitelikte bir sözleşmedir²⁶.

Tahkim sözleşmesinin yapılması, taraf iradesine dayanması, onun bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu göstermektedir. Keza tahkim oldukça esnek ve taraflara çok geniş bir serbesti sağlayan bir kurumdur²⁷. Ancak hakemlerin vermiş olduğu karara, mahkeme kararı, yüklenen anlam yüklenmesi için tahkim sözleşmesi usul hukuku sözleşmesi niteliğindedir²⁸.

¹⁵ YENER-KESKİN, s.20.

¹⁶ AYDEMİR R, Fatih: Tahkim Sözleşmesinin Kaynakları, Tanımı, Hukuki Niteliği ve Yapılış Türleri, B.İ., Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.67-68.

¹⁷ Bkz. 15.HD., E.2014/5988, K.2015/1011, T.26.02.2015; 15. HD., E.2013/160, K.2013/3346; 23. HD., E.2013/4664, K.2014/1720, T.07.03.2014.

¹⁸ BBGK., E.2016/2, K.2018/4, T.13.04.2018.

¹⁹ AYDEMİR R, s.69.

²⁰ ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.52-63.

²¹ ALANGOYA, s.63-81.

²² BBGK., E.2016/2, K.2018/4, T.13.04.2018.

²³ AYDEMİR R, s.71; LHAN, s.10.

²⁴ HGK, E.2011/19-735, K.2012/93, T.22.2.2012; BBGK., E.2016/2, K.2018/4, T.13.04.2018.

²⁵ AYDEMİR R, s.76; LHAN, s.11.

²⁶ AYDEMİR R, s.76; LHAN, s.11.

²⁷ AKINCI, Ziya: Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BAT DER 1996, C. XVIII, S.4,1, s.95.

²⁸ AYDEMİR R, s.77; LHAN, s.11.

4. Tahkim Sözle mesinin Ba ,ms,z Bir Sözle me Oldu una li kin Görü

Modern doktrinde tahkim sözle mesinin niteli ine ili kin bir dördüncü görü daha bulunmaktad.r. Bu görü tahkimin amac,na ve kullan,m amac,na bakmaktad,r²⁹. Bu görü e göre, tahkimin niteli i, milletleraras, toplumun ihtiyaçlar,n, kar ,lamakt,r³⁰. Bu sebeple tahkim sözle mesinin ekonomik amaçlar, çerçevesinde de erlendirilmelidir.

Bize göre tahkimin ba ,ms,z bir yap,s,n,n oldu u kabul edilmelidir. Zira tahkimde taraflar bir borçlar hukuku sözle mesi yaparak devlet yarg,s,na gitmek yerine ba ,ms,z bir yarg, usulü olan tahkime gitmek istedikleri yönündeki iradelerini ortaya koyarlar³¹. Burada taraflar,n amac, ise, ekonomik menfaatlerine en k,sa ve en güvenilir yoldan eri mektir. Bu sebeple tahkim sözle mesi amac,yla birlikte yorumlanmal,d,r. Yani tahkim sözle mesi ne sadece maddi hukuk sözle mesi olarak ne de usul hukuku sözle mesi olarak nitelendirilebilir. Tahkim sözle mesi nitelendirilirken sözle menin kurulma amac, da de erlendirilmelidir. Zira tahkim, ekonomik ihtiyaçlara cevap vermesi amac,yla hukukumuzda bulunmaktad,r³². Bu sebeple tahkim ve tahkimin konusunu olu turan konu ekonomik aç,dan da ele al,nmal,d,r. Ekonomik gerçeklerin de erlendirilmemesi suretiyle inkâr edilmesi kabul edilebilir de ildir. Bu yüzden biz, tahkimin ekonomik de erinin yükseltilmesi ve tahkim yanl,s, olunmas, gerekti i kanaatindeyiz.

C. Geçerli Bir Tahkim Sözle mesinde Bulunmas, Gereken Unsurlar

1.Genel Olarak

Bir tahkim sözle mesinin geçerli olabilmesi için genel ve özel artlar, sa l,yor olmas, gerekmektedir. Bu artlar,n kimisi kanundan do arken kimisi doktrin taraf,ndan aranmaktad,r.

2.Aranan Genel artlar

Tahkim sözle mesi de borçlar hukuku anlam,nda bir sözle meyi ifade etti i için her eyden önce, bir sözle menin geçerlili ini etkileyen olumsuz genel unsurlar,n bulunmamas, gerekmektedir. Ayr,ca sözle menin geçerli olabilmesi için olumlu geçerlilik artlar, da yer almal,d,r.

Bir sözle menin kurulabilmesi için öncelikle taraflar,n kar ,l,kl, ve birbirine uygun irade beyanlar,n,n olmas, gerekmektedir³³. Söz konusu sözle menin içeri inin de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, ki ilik haklar,na ayk,r, bulunmamas, ve konusunun da imkân,s,z olmamas, gerekmektedir. Örne in, bir tahkim sözle mesi kara para aklamak amac,yla yap,l,yorsa sözle me hukuka ayk,r, oldu u için geçersizdir. Ayr,ca tahkim sözle mesinin de geçerli olabilmesi için t,pk, di er sözle meler gibi muvazaal, olmamas,, irade sakatl, , hallerinin bulunmamas,³⁴ gerekmektedir.

Bir sözle menin geçerli olabilmesi için aranan bir di er genel unsur ehliyettir. Taraflar,n tahkim anla mas, yapabilme ehliyeti aç,s,ndan NewYork Sözle mesi m.5ø göre, anla may, akdeden taraflar,n haklar,nda tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olmamalar, gerekir³⁵. Tahkim hukukunda ehliyet konusunda asl,nda çok sorun ç,kmad, , görülmektedir. Zira sözle meyi yapanlar zaten ticaret hayat,nda yer alan ehil taraflard,r.

3.Aranan Özel artlar

a. Genel Olarak

Tahkim sözle mesi, kendine has baz, artlar, bar,nd,ran özel bir sözle medir. Bu sebeple, di er sözle melerden farklı olarak sözle menin geçerlili i için özel artlar aran,r. Söz konusu bu özel artlar,n baz,s, kanundan, baz,s, ise doktrinden kaynaklanmaktad,r. Di er bir ifade

²⁹ AYDEM R, s.77.

³⁰ AYDEM R, s.78.

³¹ EK , s.95; YE ENG L, Rasih: Tahkim, stanbul 1974, s.115.

³² HAMIDA, Walid Ben/CLAY, Thomas: L'argent dans l'arbitrage, 2013, s.15.

³³ EREN,Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay,nevi, 16.B., Ankara 2013, s.229; KOCAYUSUFLA AO LU, Necip: Borçlar Hukuku, Filiz Kitapevi, 7.B., stanbul 2017, s.130; KILIÇO LU, Ahmet: Borçlar Hukuku, Turhan Kitapevi, 21.B., Ankara 2017, s.231; 19. HD., E.2012/3057, K.2012/8736, T.24.05.2012.

³⁴ LHAN, s.196.

³⁵ Bkz. Newyork Sözle mesi m.5.

ile,tahkim anla mas,n,n geçerli olabilmesi için; uluslararası, sözleşmeler³⁶ ve mevzuat³⁷ uyarınca, doktrin³⁸ ve içtihatlar³⁹ vurgulandı, , üzere hem genel artlar,n hem de özel artlar,n mevcut olmas, gerekmektedir. Tahkim sözleşmesinin özel artlar,n,, ekil, tahkim iradesi, belirli bir konu ve tahkime elveri lilik ekinde saymak mümkündür. A a ,da s,ras,yla bu artlar aç,klanmaktadır.

b. ekil

Tahkim sözleşmelerinin geçerlili i yaz,l, ekil art,n,n varl ,na ba lanm, t,r. Nitekim HMK bu husus HMK m.412/3öte aç,kça düzenlenmi tir.

New York Sözleşmesinin 2.maddesinde tahkim sözleşmelerinin yaz,l, olmas, gerekti i öngörülmü tür. MTK'da da aç,kça öTahkim anla mas, yaz,l, ekilde yap,l,rö denmi tir.

Görüldü ü üzere, Türk Hukukunda tahkim sözleşmeleri yaz,l, ekil art,na tabi k,l,nm, t,r⁴⁰. Yaz,l, bir sözleşme meden kast,n ne oldu u ise üzerinde durulmas, gereken bir di er konudur. Yarg,tay baz, kararlar,nda, tahkim sözleşmesinin yaz,l, olmas, art,n,n yan,nda bir de taraflarca imzalanm, olmas,n, aramaktadır,⁴¹. Yarg,tay baz, kararlar,nda ise yaz,l,l,k art,n, yeterli bulmaktadır,⁴².

1961 tarihli Avrupa Cenevre Konvansiyonunda ve UNCITRAL Model Kanununda tahkim anla malar,n,n yaz,l, ekilde yap,l,mas, gerekti ini öngörmü tür⁴³.

Tahkim yanl,s, ülkelerdeki e ilim, tahkim sözleşmesinin yaz,l, olmas,n,n yeterli say,l,mas, yönündedir. Söz konusu ülkeler, tahkim sözleşmelerinin e-posta yoluyla yap,l,mas, durumunda da sözleşmenin yaz,l,l,k art,n, sa lad, , ve imza art,n,n da aranmas,n,n anlams,z oldu u kanaatindedirler⁴⁴. sviçre Federal Mahkemesi de *Compagnie de Navigation et Transport SA v. Mediterranean Shipping Company* davas,nda, modern ça da imzalanm, bir tahkim sözleşmesinin taraflarca sunulmas,n,n beklenmesinin do ru olmayaca ; ticari hayat, kolayla t,r,rmak ad,na yaz,l, bir tahkim sözleşmesinin yeterli olaca ,n, belirtmi tir⁴⁵.

c. Tahkim iradesi

Geçerli bir tahkim art, ya da anla mas,ndan söz edebilmek için taraflar,n tahkime yönelik iradeleri, sözleşme meden kar, ,kl, a yer vermeyecek biçimde aç,k ve kesin olarak belirtilmelidir⁴⁶. Kural olarak bir uyu mazl, ,n çözümlenmesi görevi ve yetkili mahkemelere ait oldu undan tahkim iradesinin aç,k ve kesin olmamas, halinde tahkim art, ya da anla mas, geçersiz olmaktadır,⁴⁷. Yarg,tay içtihatlar,na göre uyu mazl,klar,n kural olarak devlet yarg,s, taraf,ndan karara ba lanmas, as,ld,r⁴⁸. Kanun baz, uyu mazl,klar,n ise istisnai olarak tahkimde çözümlenebilece ini kabul etmi tir⁴⁹. Tahkim istisnai nitelikte olmas, sebebiyle uyu mazl, ,n hakem kurulu önünde çözülebilmesi için, taraflar,n tahkime gidilmesi yönündeki iradelerinin

³⁶ Bkz. New York Sözleşmesi m.2/1-2.

³⁷ Bkz. HMK m.412 ve MTK m.4.

³⁸ AYDEMİR, s.145-174; AKINCI, s.98; GÖKYAYLA, Cemile: öMilletleraras, Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkimö, U ur Alacakaptanö Arma an, 2008, s.161 vd.

³⁹ 15. HD., E.2017/1523, K.2017/3532, T.23.10.2017; 23. HD., E.2014/8621, K.2015/8094, T.14.12.2015; 11. HD., E.2015/1687, K.2015/6696, T.11.05.2015.

⁴⁰ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.601; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.785; EK , s.101; YE ENG L, s.123; NOMER/EK /ÖZTEK N-GELGEL; s.23; ANLI/ESEN/ATAMAN- F GANME E, s.654 vd.

⁴¹ 19. HD., E.1999/7119, K.2000/1342, T.24.02.2000.

⁴² 11. HD., E.2012/6961, K.2013/7612, T.18.4.2013.

⁴³ ESEN, Emre: Uluslararası, Ticari Tahkimde Tahkim Anla malar,n,n ekli, MHB, S.1-2, 2008, s.82; Bkz. UNCITRAL Model kanunu (1985) m.7/2; MOSES, s.25.

⁴⁴ ESEN, Emre: Uluslararası, Ticari Tahkimde Tahkim Anla malar,n,n ekli, s.69-70.

⁴⁵ ESEN, Uluslararası, Ticari Tahkimde Tahkim Anla malar,n,n ekli, s.69- 70.

⁴⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.602; GA LLARD, Emmanuel/SAVAGE, John: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, KluwerLaw International, 1999, s.197; EK , s.99.

⁴⁷ ANLI, Cemal: Hukuki Mütalaalar,m,l.B., Vedat Kitapç,l,k, Ankara 2016, s.823; AKINCI, s.366; KARADA , zzet: Ulusal (ç) Tahkim, B.1, Adalet Yay,nevi, Ankara 2013, s.68; 15. HD., E.2015/2198, K.2015/2758, T.22.05.2015; 15. HD., E.2016/4735, K.2017/259, T.23.1.2017.

⁴⁸ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.782; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 6.B., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2018, s.583.

⁴⁹ ANLI, s.823.

aç,k ve net bir ekilde beyan edilmi olmas, gerekir⁵⁰. Taraf iradesinin aç,k ve kesin olmas, ifadesi ise, Yarg,tayøn da belirtti i üzere, hangi uyu mazl, ,n tahkimde görülece inin ve hangi tahkim kurumunun yetkili oldu unun tereddütte yol açmayacak ekilde belirli olmas, anlam,na gelmektedir⁵¹. Taraf iradesini aç,k ve kesin olarak yans,tmayan kay,tlar ise geçersizdir⁵². Görüldü ü üzere, tahkim sözleşmelerinde iradenin z,mni olmas, kabul edilmemi tir. Yani tahkime yönelik bir iradenin yan,nda bu iradenin aç,k ve kesin olmas, da aranmaktadır⁵³.

Yarg,tay emsal bir karar,nda⁵⁴ gerçekte mevcut olmayan ve gerçekte mevcut olan bir tahkim kurumuna fonetik olarak benzeyen bir tahkim kurumunun tahkim sözleşmesinde kararlar t,r,lmaz, durumunda kayd,n geçersiz oldu u tespit edilmi tir. Yani tahkim iradelerinin hiçbir üpheye yer vermeyecek ekilde kesin olmas, gerekir⁵⁵.Tahkim iradesinin aç,k ve kesin olmad, , gerekçesiyle Türk Hukukunda asimetrik⁵⁶ ve patolojik tahkim kay,tlar, geçersiz oldu u kabul edilmektedir⁵⁷.

d. Belirli Bir Konu

Tahkim sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin konusunun belirli veya belirlenebilir olmas, şart, aranmaktadır. Nitekim HMK 412'de tahkim sözleşmesi *ö... taraflar,n, sözleşme veya sözleşme d, , bir hukuki ili kiden do mu veya doabilecek uyu mazl,klar,n tamam,..* ö eklinde tanımlanarak bu şart aç,k bir ekilde ortaya konulmu tur. Tanımdan da anlaşılacağı üzere tahkim sadece belirli veya belirlenebilir bir konu üzerinde yapılabilir⁵⁸. Örneğin, taraflar, aralarında imzalam, oldukları sözleşmede öi bu sözleşmeden doğan ve sözleşme ile ilgili bütün uyu mazl,klar tahkimde görülecektir ö eklinde bir ibare eklemeleri durumunda tahkimin konusu belirlenebilir nitelikte oldu u için tahkim sözleşmesi geçerlidir⁵⁹.

e. Tahkime Elveri lilik

Bir tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşme konusunun da tahkime elveri li bir konu olmas, gerekir⁶⁰. Tahkime elveri lilik, bir uyu mazl, ,n konusunun tahkimde görülüp görülemeyece i ya da bir konunun tahkimde görülme imkân,n,n k,s,tlanmas, olarak anlaşılır⁶¹. Bir konu tahkime elveri li ise taraflar tahkime gitme yönünde irade beyan edebilirler. Ancak bir konu tahkime elveri li de ilse, taraflar uyu mazl, ,n tahkimde görülmesini istese bile, söz konusu uyu mazl,k tahkimde görülemez⁶². Tahkimde, tahkime elveri li olmayan bir konu ile

⁵⁰ ANLI, s.823; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.583; 13. HD., E.2006/521, K.2006/5446, T.12.04.2006; 15. HD., E.1992/3004, K.1992/3710, T.08.07.1992.

⁵¹ AYDEMİR, s.161; DOĞAN,VAH T: Milletleraras, Özel Hukuk, B.4, Savaş Yay,nevi, Ankara 2017, s.134; 3. HD., E.2014/12342, K.2015/6885, T.27.04.2015.

⁵² AKINCI, s.98; YE LİRMAK, Ali/ES N, smail: Arbitration in Turkey, KluwerLaw International BV, Netherlands 2015, s.47; ERTABAK, Ünal: Tahkim Sözleşmesi ile İlgili Hükümler, 2.B., Legal Yay,nc,İ,k, İstanbul 2009, s.47; 9.HD.,E.2013/1773, K., 2013/6664, T.25.02.2013.

⁵³ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.782; EKİNCİ, Nuray: HMK'da Tahkim, 2.B., Beta Yay,nc,İ,k, İstanbul 2019, s.99; YE ENGİL, s.541: Bkz. 8.3.1965 tarihli Neuchatel Kanton Mahkemesi Kararı.

⁵⁴ ANLI, s.823; 9. HD.,E.99/3348, K.99/4304, T.21.06.1999; *öDavada taraflar Ta kent Ticaret ve sanayi Odası, Tahkim Mahkemesi veya Cenevre Tahkim Merkezi çözümlenece i kararla t,r,lm, ancak iki kurumda gerçekte bulunmad, , için kay,t geçersiz say,lm, t,r.ö*

⁵⁵ ERTABAK, s.48; 15. HD., E.2008/5659 K.2009/1024 T.26.02.2009; İstanbul BAM, 15. HD., E.2018/1448, K.2018/1097, T.12.9.2018; İstanbul BAM, 15. HD., E.2018/1740, K.2018/1330, T.18.10.2018; İstanbul BAM, 17. HD., E.2018/2055, K.2018/1878, T.8.11.2018: *ö... taraflar,n tahkim iradelerinin üpheye ve kar, ,kl, a yer vermeyecek ekilde aç,k ve kesin olmas, gerekirö.*

⁵⁶ Aksi görüşü için bkz. ESEN, Emre: Taraflar,n Sadece Birine Müracaat Hakk, Tan,yan Tahkim Anlaşmalar,n ve Özellikle K,y, Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yard,ım Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim Şart,n,n Geçerliliği, KÜHFD, IX(2), 2010, s.151-156.

⁵⁷ Dünyada asimetrik tahkim kay,tlar,n,n geçersiz oldu una ili kin bkz. DRAGUIEV, Deyan: Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability, Journal of International Arbitration, 31, 2014, s.20.

⁵⁸ AKINCI, s.111; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.602; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786.

⁵⁹ AKINCI, s.111; AYDEMİR, s.148 vd.; YE LİRMAK/ES N, s.39.

⁶⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.585; AYDEMİR, s.218; HUYSAL, Burak: Milletleraras, Ticari Tahkimde Tahkime Elveri lilik, I.B., Vedat Kitapç,İ,k, İstanbul 2010, s.12-13; EKİNCİ, s.73.

⁶¹ MISTELIS, Loukas A./BREKOUKAKIS,Stavros: Arbitrability International and Comparative Perspectives, Netherland 2009, s.121 vd; ERDEM, Ercüment: Milletleraras, Ticaret Hukuku, I.B., On iki Levha yay,nc,İ,k, İstanbul 2017, s.541.

⁶² ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.785.

ilgili hakemlerce bir karar alınsa bile bu karar ba lay,c, de ildir ve icra edilemez⁶³.

Tahkim iradesi sadece taraflar,n iradeleriyle etki edebilecekleri konular üzerinde olu turulabilir⁶⁴. Taraf iradesini a an konular tahkime elveri li de ildir. Mesela cezai uyu mazl,klar ve aile hukuku kökenli uyu mazl,klar tahkime elveri li de ildir.

Türk Borçlar Kanununun sözleşme özgürlü ü ilkesini düzenleyen 26. maddesi *öTaraflar, bir sözleşmenin içeri ini kanunda öngörülen s,n,rlar içinde özgürce belirleyebilirler* hükmüne yer vermiştir. Ayr,ca TBK m.27'de *öKanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, ki ilik haklar,na ayk,r, veya konusu imkâns,z olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür* denmektedir. Tahkim sözleşmesi de bir sözleşme oldu u için kanunun izin vermedi i konular, kapsayacak ekilde kaleme alınmaz. Al,nmas, durumunda TBK m.27 uyar,nca kesin hükümsüzdür. Bu hükümlere paralel olarak Newyork Sözleşmesinde⁶⁵, UNITRAL Model Kanununda⁶⁶ ve Avrupa Konvansiyonunda⁶⁷ tahkime elveri li olmayan bir konuda tahkime gidilmesi tan,ma ve tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir.

Tahkime elverisi bir konuda verilen hakem karar,n,n iptali de gündeme gelir. Bu sebeple tahkime elverisi bir konu üzerinde tahkime gitme iradesi belirtilmesi ve hakemlerin elverisi konuya bakması, sadece zaman ve masraf kayb,d,r⁶⁸.

III. TAHKİM HUKUKUNDA E YA ÜZERİNDEKİ AYNÎ HAKLARDAN DO AN UYU MAZLIKLARIN TAHKİMDE GÖRÜLMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI

A. Tahkimde Elveri lilik Kavramı,

1. Genel Olarak

Tahkim sözleşmesinin konusu tahkime elveri li tahkim sonucu icras, kabil bir karar alınmaz⁶⁹. Türk Hukukunda tahkime elveri lilik, objektif tahkime elveri lilik ve subjektif tahkime elveri lilik olmak üzere iki grup halinde ele alınmaktadır.

2. Subjektif Tahkime Elveri lilik

Subjektif tahkime elveri lilik, gerçek veya tüzel bir kişinin tahkim anlaşması, yap,p yapamayacağına, ifade eder⁷⁰. Diğer bir ifade ile subjektif tahkime elveri lilik, tahkim yargılamasına taraf olabilme ehliyetini gösterir⁷¹.

3. Objektif Tahkime Elveri lilik

Bir konunun tahkimde görülmesi objektif olarak mümkün de ilse objektif tahkime elveri lilik söz konusudur⁷². Bir konunun tahkime elveri li olup olmadı ğı, kanunda açıkça düzenlenmemiş ve kanunun tahkimde görülemeyeceğini söylüyorsa o konu objektif olarak tahkime elveri li de ildir⁷³.

Türk Hukukunda tahkime elverisi ayn,ndan kaynaklı uyu mazl,klar, bazı durumlarda i ç i ile i veren arasındaki uyu mazl,klar, aile ve miras hukuku karakterli uyu mazl,klar,n tahkime objektif olarak elveri li olmadı ğı, benimsenmiştir⁷⁴.

⁶³ AYDEMİR, s.220-221.

⁶⁴ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.599; LHAN, s.236-237; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786; CEBE, s.451.

⁶⁵ Newyork Sözleşmesi m.5.

⁶⁶ Model Law m.36.

⁶⁷ European Convention m.6.

⁶⁸ AKINCI, Ziya: Milletleraras, Ticari Uyu mazl,klar,n Alternatif Çözüm Yolları, BAT DER, XVIII(4), s.109.

⁶⁹ AYDEMİR, s.219-220.

⁷⁰ HUYSAL, s.18; AYDEMİR, s.251.

⁷¹ AYDEMİR, s.251; EKİNCİ, s.73.

⁷² HUYSAL, s.15; AYDEMİR, s.222.

⁷³ HUYSAL, s.15; PAKSOY, Serdar/SARIALIOĞLU, Simel: The Guide to Construction Arbitration, Turkey, 2.B., London 2018, s.285-286.

⁷⁴ LHAN, s.234-243; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.785.

B. Türk Hukukunda Ta ,nmaaz Ayn,na li kin Uyu mazl,klar,n Tahkimde Görölüp Görölmece i

1. Ta ,nmaaz Ayn, Kavram,

Türk Hukukunda e yalar, ta ,n,r ve ta ,nmaaz olarak iki gruba ayr,lmaktad,r⁷⁵. Türk Hukukunda yer de i tiremeyen e yalar ta maz kabul edilirken yer de i tirebilen objeler ta ,n,r kabul edilmektedir⁷⁶.Nitekim TMK m.704øte arazinin, tapu kütü ünde ayr, sayfaya kaydedilen ba ,ms,z ve sürekli haklar,n, kat mülkiyeti kütü üne kay,tl, ba ,ms,z bölümlerin ta ,nmaaz,n konusunu olu turduklar, düzenlenmi tir. Ancak baz, durumlarda bir e ya yer de i tirebilme kapasitesine sahip olsa dahi ta ,nmaaz hükümlerinin uygulanaca ,na kanun hükmedebilir⁷⁷.

Aynî hak ise, e ya üzerinde kurulan, e ya üzerinde do rudan do ruya hakimiyet yetkisi veren ve herkese kar , ileri süröllebilen haklard,r⁷⁸. Dolay,s,yla mülkiyet ve s,n,rl, aynî haklar,n hepsi aynî hakt,r. Ta ,nmaaz ayn, kavram,n,n da ta ,nmaaz statüsünde olan de erlerin mülkiyetine ili kin veya üzerlerinde kurulan s,n,rl, aynî haklara ili kin oldu u aç,kt,r. Dolay,s,yla yolsuz tescilin düzeltilmesi, tescile zorlama gibi davalar ta ,nmaaz,n ayn,n, ili kin davalard,r.

Ta ,nmaaz,n ayn,na ili kin sözle meler ise sadece tapuda düzenlenebilir. Resmi ekil art, bulunmaktad,r. Nitekim kanunkoyucu ta ,nmaazlar,n ekonomik de erini nazara alarak ta ,nmaazlar üzerindeki aynî haklar,n aleniyeti için zilyetli i yeterli bulmam, ve tapu sicili denilen yapay bir aleniyet arac,n, öngörmü tür⁷⁹.

2.Ta ,nmaazAyn,n,nTahkimde Görölüp Görölmece ine li kin Düzenleme

HMKø,n tahkime elveri lilik ba l, , alt,ndaki 408. maddesinde *øTa ,nmaaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki taraf,n iradelerine tabi olmayan i lerden kaynaklanan uyu mazl,klar tahkime elveri li de ildirø* denilerek tahkime elveri lilik müessesesi düzenlenmi tir. Yarg,tay da kanunun aç,k hükmü uyar,nca ta ,nmaaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar, tahkime elveri siz olarak nitelendirmekte⁸⁰ ve vermi oldu u birçok karar,nda tapu kay,tlar,nda yap,lacak de i ikliklerin tahkim karar, ile de il, ancak taraflar,n r,zas, veya mahkeme karar, ile mümkün olaca ,n, belirtmektedir⁸¹. Ayr,ca, Yarg,tay ta ,nmaaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n ta ,nmaaz,n bulundu u yer mahkemesinde görölmece i ve bu durum kamu düzeniyle ilgili oldu undan hakemlerce bu tür davalara bak,lamayaca ,n, savunmaktad,r⁸².

Aç,kland, , üzere Türk hukukunda ta ,nmaazlar,n ayn,na ili kin taleplerin tahkimde görölmesi mümkün de ildir. Örne in, bir eser sözle mesinden do an para borcu tahkimde görölabilirken ayn, sözle meden do an ta ,nmaaz,n tesciline veya tahliyesine ili kin talepler tahkimde görölmez⁸³.

Yarg,tayøn kira bedelinin tespitine ili kin uyu mazl,klarda da tahkim yoluna gidilmeyece ine de karar verdi i görölmece i⁸⁴. Ancak Yarg,tayøn bu uygulamas, söz konusu kanun metnini a an nitelikte bir uygulamad,r ve isabetsizdir. Zira kira bedeli tespiti davalar,nda taraflar kira bedeli üzerinde özgürce tasarruf edebilirler⁸⁵. Ayr,ca kira bedeli tespiti bir alacak hakk,d,r ve taraflar,n özgür iradesine tabidir. Bu durumda Ta ,nmaaz,n ayn, ile ilgi olmayan kira bedelinin tespitine ili kin uyu mazl, ,n tahkimde görölmesini engellemek kabul edilebilir

⁷⁵ O UZMAN,M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 19.B., Filiz Kitapevi, stanbul 2016, s.10-11; S RMEN, Lale: E ya Hukuku, 4.B., Yetkin Yay,nc,l,k, Ankara 2016, s.11.

⁷⁶O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEM R, s.10; S RMEN, s.11; AYAN, Mehmet: E ya Hukuku ó I: (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 13.B., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2016, s.42.

⁷⁷ O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEM R, s.10.

⁷⁸ O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEM R, s.4.

⁷⁹ S RMEN, s.307.

⁸⁰ HUYSAL, s.213; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.586.

⁸¹*øTaraflar,n uyu mazl,klar, ayni hakka da ili kin oldu undan, ta ,nmaaz,n tapuda mülkiyet nakli ancak r,zaen veya mahkeme ilam, ile olabilece inden, kanunun kamu yarar, amac, ile getirdi i kurula ayk,r, olan bu konuda tahkim yarg,lamas,n,n cereyan, olanaks,zd,r.ø Bkz. 15.HD, E.4321, K.4067, 23.09.2002; Y.15.HD, E.3919, K.1044, 18.3.1986; 14. HD., E.6387, K.6813, 7.10.2003; ayn, yönde: Y.15.HD, E.3612, K.3775, 8.10.1998.*

⁸² 15.HD, E.2007/2680, K.2007/4137, T.18.06.2007.

⁸³ EK , s.76-77; ERDEM, s.542.

⁸⁴ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786.; ERDEM, s.542.

⁸⁵ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786.

de ildir⁸⁶.

3.Ta ,nmaaz Ayn,n,nTahkimde Görülmesinin Mümkün Oldu unu Savunan Görü

Ta ,nmaaz ayn, ile ilgili uyu mazl, ,n tahkime elveri li oldu unun doktrin⁸⁷ taraf,ndan ve Yarg,tay,ın eski kanun döneminde verdi i kararlar,nda⁸⁸ kabul edildi i de görülmektedir.

HUMK,ın 518. Maddesinde *öYaln,z iki taraf,n arzular,na tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmezö* denilmekteydi. Bu ta ,nmaaz ayn,n,n tahkimde görülp görülemeyece i konusunda bir duraksama ya anmas,na ve görü ayr,l,klar,n,n bulunmas,na neden olmaktayd,. Zira ta ,nmaaz ayn,na ili kin uyu mazl, ,n tahkimde görülemeyece i aç,kça hüküm alt,na al,nmam, t,.

Yarg,tay taraf,ndan ta ,nmaaz ayn,n,n kamu düzeninden say,lmas, gerekti i bu sebeple tahkime elveri siz oldu u savunulmaktad,r⁸⁹. Kamu düzeni kavram, ise, tan,m,lanm, belirli bir kavram de ildir. Zira Yarg,tay,da bir karar,nda *öTürk hukukunun temel de erleri, Türk genel adap ve ahlâk anlay, ,, Türk Kanunlar,n,n dayand, , temel adalet duygusu ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletleraras, alanda geçerli ortak ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallar, medeni topluluklar,n mü tereken benimsedikleri ahlâk ilkeleri ve adalet anlay, ,n,n ifadesi olan hukuk normlar,, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri, millî hukukumuzdaki kamu düzeninin dayana ,n, olu turmaktad,rö* diyerek kamu düzenini tan,m,lam, t,r⁹⁰. Bu tan,m uyar,nca, kamu düzeni, taraflar,n uymak zorunda olduklar, kamu ve özel hukuktan do an ve taraflar,n üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar,n bütünü olarak anla ,lmas, gerekti i kan,s,nday,z. Ancak ta ,nmaaz ayn, üzerinde taraflar,n mülkiyet hakk,na dayanarak diledikleri gibi tasarruf edebilmeleri de kabul edilmi bir kurald,r⁹¹. Taraflar,n üzerinde serbestçe devir yapabildi i ta ,nmaazlar,n kamu düzeni gerekçesi ile tahkim huzuruna ta ,namayaca ,n,n dü ünülmesi, kamu düzeni kavram, ile ba da mamaktad,r. Üstelik Türk hukukunda taraflar,n serbest olarak tasarrufta bulunabilece i, di er bir anlat,m,la üzerinde sulh olunabilen ve davan,n kabulünün mümkün bulundu u konular tahkime elveri li kabul edilmektedir⁹². Bu sebeple ta ,nmaaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n da tahkimde görülebilmesi gerekmektedir.

HMK yürürlü e girmeden önceki dönemde, ta ,nmaazlar,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece ini savunan yazarlar da olmu tur. Öncelikle Alangoaya, kanunda ta ,nmaaz ayn,na ait uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesine ili kin bir s,n,rlama bulunmad, , için bu tür uyu mazl,klar,n tahkime elveri li oldu unu savunmu tur⁹³. Kuru ise, taraflar,n ta ,nmaazlar, üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakk, oldu una göre tahkime gitme haklar,n,n da olmas, gerekti ini belirtmi tir⁹⁴.

Ta ,nmaazlar ekonomik aç,dan hep ta ,n,rlara oranla k,yometli bulunmu tur. Bu inançla da kanunkoyucu ekonomik de eri yüksek olan ta ,nmaazlar,n kaderinin sadece devlet yarg,lamas,na tabi olmas, gerekti i kanaatine varm, t,r. Oysa modern dünyada art,k ta ,n,r ve ta ,nmaaz aras,ndaki de er ayr,m, azalm, t,r; hatta baz, ta ,n,rlar ta ,nmaazlardan daha de erli hale gelmi tir. Bu yüzden tahkime elveri lilik hususunda ta ,n,r ve ta ,nmaaz ayr,m, yap,lmas,n, gerektirecek gerekçe ortadan kalkm, t,r.

⁸⁶ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786.

⁸⁷ HUYSAL, s.269-280; ALANGOYA; s.36,84; Hakemler uyu mazl,k taraflar,n,n vekilidir. E ya hukukunda ki isel vekil arac,l, yla ta ,nmaaz üzerinde tasarrufta bulunulabilece ine göre, hakem karar, sonucunda ta ,nmaaz ayn,na ili kin haklar,n el de i tirmesinde bir sak,nca görülmemelidir. Bkz. ÖMERO LU, Ekin: rade Serbestisi Prensibi, I.B., Adalet Yay,nevi, Ankara 2017, s.237-238.

⁸⁸ 15. HD., E.1979/1195, K.1979/1330, T.31.05.1979.

⁸⁹ 15.HD., E.2008/2705, K.2008/4439, 1.7.2008: *öKamu düzenine ili kin hususlarda hakeme gidilemez.*; 15.HD, E.1798, K.5976, 13.10.2004; Y.15.HD, E.4306, K.5480, 13.12.1990.

⁹⁰ 18. HD., E.2013/16914, K.2014/5145, T.20.3.2014.

⁹¹ S RMEN, s.239.

⁹² YE LIRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayat,n ve Yat,r,m Ortam,n,n yile tirilmesi için Uyu mazl,klar,n Etkin Çözümünde Do rudan Görü me, Arabuluculuk, Hakem-Bilirki ilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, B.1, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2011, s.84.

⁹³ ALANGOYA, s.84; HUYSAL, s.269.

⁹⁴ HUYSAL, s.269.

C. Kar ,la t,rnal, Hukuk Kapsam,nda Tahkime Elveri lilik

1. Genel Olarak

Uluslararası, uygulamada, varl,ksal de eri olan ta ,nma,z,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i görü ünün hâkim oldu unu görülmektedir⁹⁵. Zira tahkim sözleşmesi, hukukî niteli i itibariyle toplumun ekonomik ihtiyaçlar,na cevap vermeyi amaçlar. Bu nedenle geli mi ülkelerde, tahkim yanl,s, bir tutum sergilendi i ve ta ,nma,z,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n da tahkimde görüldü ü gözlemlenmektedir.

Çal ,mam,z,n bu k,s,mda dünya piyasas,nda üretici ve sat,c, konumunda faaliyetlerde bulunan firmalar,n faaliyet gösterdi i ülkelerde yer alan tahkime elveri lili e ili kin düzenlemeler ele al,nacaktır. Bu ülkelerin hepsinde farklı, elveri lilik düzenlemesi olsa da hepsinin tahkime kar , liberal bir bak , aç,lar, oldu u a ikârd,r⁹⁶.

1. sviçre Hukuku

Milletleraras, Özel Hukuka Dair Federal Kanun⁹⁷ün 177. maddesinde *öI. Malvarl , hukukuna ili kin her talep bir tahkimin konusunu olu turabilir. 2. Taraflardan birinin bir devlet, devletin hâkim oldu u bir te ebbüs veya devletçe kontrol edilen bir kurulu olmas, halinde bu taraf, tahkimdeki taraf ehliyetini veya tahkim anla mas,n,n konusunu olu turan ihtilaf,n tahkim edilebilirli ini kendi hukukuna dayanarak tart, ma konusu yapamaz*⁹⁷denilerek sviçre hukukundaki tahkime elveri lilik müessesesi düzenlenmiştir⁹⁸. Görüldü ü üzere sviçre⁹⁸de ekonomik de eri olan bütün malvarl , , de erleri tahkimde görülebilmektedir. Zira, malvarl , , de eri olan her uyu mazl , ,n kamu veya özel hukuktan do up do mad, ,na bak,lmaks,z,n hatta tenfiz edilip edilmeyece ine dahi bak,lmaks,z,n tahkimde görülebilece i kabul edilmiştir⁹⁹. Bu sebeple sviçre tahkim konusunda en özgürlükçü ülke olarak de erlendirilmektedir¹⁰⁰.

sviçre hukukunda tahkime elveri lilik konusundaki tek k,s,tlama kamu düzenidir¹⁰¹. Bir uyu mazl , ,n konusu kamu düzenine ili kin ise tahkimde görülememektedir. Örnekle ifade etmek gerekirse, bo anma gibi kamu düzenini yak,ndan ilgilendiren uyu mazl,klar tahkimde görülememektedir. Buna kar ,n sviçre hukukunda ta ,nma,z,n ayn, gibi finansal de eri olan uyu mazl,klar tahkimde görülebilmektedir¹⁰². Ta ,nma,z,n ayn, bir malvarl , , de eridir ve sviçre Federal Mahkemesi taraf,ndan kamu düzeninden kabul edilmemektedir¹⁰³.

Miras hukukundan do an uyu mazl,klar, mirasç,lar,n bir sözleşme bir tahkim maddesi koymas, sonucu tahkime gidilebilir ve terekede yer alan mülkiyet bölü türülebilir denilerek miras hukuku uyu mazl,klar,n,n dahi tahkimde görülebilece ini kabul etmiştir¹⁰⁴. Ayr,ca, sviçre hukukunda vasiyetnamede yer alan taleplerin murisin iradesi ile uyumlu olmas, durumunda tahkimde görülebilece i de kabul edilmiştir¹⁰⁵. Bununla birlikte, resmi makamlar,n mirastaki malvarl , , ile ilgili yapt,klar, örne in, mülkün mühürlenmesi, envanter veya ihtilaf takibinin tahkimde görülmeye müsün de ildir¹⁰⁶.

⁹⁵ REDFERN/HUNTER, s.586; ÖMERO LU, s.226-233; sviçre için bkz. sviçre Federal Milletleraras, Özel Hukuk Kanunu m.177; Fransa için Bkz. Code çivil des Français m.2059; talya için Bkz. talyan Medeni Kanunu m.806.

⁹⁶HUYSAL, s.32.

⁹⁷ BUZ, Vedat: Milletleraras, Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG) (Tahkime li kin Hükümler), Batider, C. XVII, S.2, 1993, s.23.

⁹⁸ ZUBERBÜHLER,Tobias/MULLER,Klaus/HABEGGER,Philipp: Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Kluwer Law International, Zurich/Berne 2005, s.391; IPRG m.177.

⁹⁹ ÖMERO LU, s.227; HUYSAL, 35; B RSEL, Mahmut T.: Milletler Aras, Ticari Tahkim ve Türkiye, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 1980, s.108-109: öTürk Hukukunda ise uygulanacak hukukun kamu düzeninin hakemlerce de erlendirilmesi gerekti ini savunanlar bulunmaktad,r. Bkz. 13. HD., E.2013/16287 K.2016/5292 T.23.2.2016.

¹⁰⁰ ÖMERO LU, s.226-227.

¹⁰¹ ÖMERO LU, s.227; HUYSAL, s.36; sviçre Federal Mahkemesi de 5 May,s 1976 tarihli bir karar,nda (TribunalFederal 102 Ia 574-583) ayn, ilkeyi benimsemi tir.

¹⁰²ARROYO, Manuel: Arbitration in Switzerland: ThePractitioner's Guide, 2.B., KluwerLaw International, Zurich 2018, s.61-62; ÖMERO LU, s.227.

¹⁰³ ARROYO, s.62.

¹⁰⁴ ARROYO, s.64-65.

¹⁰⁵ ARROYO, s.64-65.

¹⁰⁶ ARROYO, s.64-65.

2. Alman Hukuku

Alman hukukunda da sviçre hukukuna benzer bir düzenlemeye yer verildi i görölmektedir. Zira ZPO m.1030da malvarl,ksal de eri olan her uyu mazl, ,n tahkimde görölebilece i kabul edilmi tir¹⁰⁷.

Alman hukukunda tahkime elveri lilikle ilgili düzenlemelerden, ta ,nmaz ay,na ili kin uyu mazl,klar,n da tahkimde görölebilece i sonucu ç,kmaktad,r¹⁰⁸. Ayr,ca Münih Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi de 10.09.2013 tarihinde vermi oldu u bir karar, bu sonucu do rular niteliktedir. Zira söz konusu kararda mahkeme, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkime elveri li oldu una hükmetmi tir¹⁰⁹.

Alman hukukunda ekonomik de eri olan eylerin tahkimde görölebilece i kabul edilmi tir¹¹⁰. Bunun tek istisnas, kamu düzenidir. Sonuç olarak görüldü ü üzere, Alman hukuku ta ,nmaz ayn,ndan kaynaklanan uyu mazl,klar, kamu düzeninden saymamaktad,r.

3. Frans,z Hukuku

Ekonomik olarak geli mi ve kendisine özgü ticari tahkim düzenlemeleri olan Fransa, tahkim yanl,s, tutumuyla öne ç,kan bir di er ülkedir. Fransa ICC tahkimin merkezine ev sahipli i yaparak dünyada tahkim hukukunda önemli bir yere ve söz hakk,na sahiptir.

Fransa her ne kadar tahkim hukukunda dikkat çeken bir ülke olsa da, Fransaada tahkime ili kin ayr, bir kanuna yer verilmemi tir¹¹¹. Bunun yerine tahkim, medeni kanunda düzenlenmi tir.

Frans,z Medeni Kanununa göre, bir uyu mazl, ,n tahkime elveri li olabilmesi için onun irade serbestisine tabi olmas, ve kamu düzenini ihlal etmemesi gerekmektedir¹¹². Nitekim Frans,z Medeni Kanunu m.2059da taraflar,n serbest iradesine dayanan uyu mazl,klar,n tahkimde görölebilece i düzenlenirken; m.2060da¹¹³, tahkimde gidebilecek uyu mazl,klar,n sadece kamu düzeni sebebiyle s,n,rland,rabilece i belirtilmi tir.

Frans,z Medeni Kanunun 2060. maddesinde an,lan kamu düzeni ifadesinin nas,l yorumlanmas, gerekti i de Frans,z doktrininde tart, ,lm, t,r. Zira kamu düzeni kavram, lafzî olarak yorumland, ,nda bütün konularla ili ki kurulabilecek bir kavramd,r. Bu da tahkimde görülecek konular,n k,s,tlanmas, anlam,na gelmektedir¹¹⁴. Bu sebeple Frans,z hukukçular ad, geçen kanundaki maddeyi dar yorumlamay, tercih etmi lerdir¹¹⁵. Hatta Frans,z mahkemeleri ticari tahkimde, kamu düzeni ifadesini kullanmak yerine, milletleraras, kamu düzeni ifadesini kullanmaya ba layarak, kamu düzeni kavram,n,n tahkim üzerindeki etkisini azaltm, lard,r¹¹⁶.

Frans,z hukukunda, tahkime elveri li konular belirlenirken, kanunlar itilaf, kurallar,na herhangi bir at,fta bulunulmam, t,r. Görüldü ü üzere Frans,z hukukunda, bir konun tahkimde görülememesi için konunun milletleraras, kamu düzenini ihlal etmesi gerekmektedir. Frans,z mahkemelerinin bu içtihad,yla, sviçre Milletleraras, Özel Hukuk Kanununun m.177de yer alan tahkime elveri lilik hükmünden de öteye gittikleri görölmektedir.

4. Anglo-Amerikan Hukuku

ngiliz hukukunda, *Kompetenz- Kompetenz*¹¹⁷ kural, uyar,nca, tahkime elveri lilik

¹⁰⁷ ÖMERO LU,s.228; ZPO m.1030.

¹⁰⁸ MISTELIS/BREKOULAKIS, s.174.

¹⁰⁹ ÖMERO LU, s.228.

¹¹⁰ BÖCKSTIEGEL, Karl-He,nz/KRÖLL, Stefan Michael/NACIMIENTO, Patricia: Arbitraiton In Germany, 2.B., Netherland 2015, s.98.

¹¹¹ HUYSAL, s.46.

¹¹² HUYSAL, s.46.

¹¹³ ROUCHE, Jean/POINTON, Gerald H./DELVOLVÉ, Jean-Louis: French ArbitrationLawandPractice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration, 2.B., Kluwer Law International 2009, s.291-292; French Civil Code m.2060.

¹¹⁴ HUYSAL, s.47.

¹¹⁵ HUYSAL, s.48.

¹¹⁶ HUYSAL, s.48.

¹¹⁷ Kompetenz-Kompetenz kural,na göre hakemlerin yetkileri hakk,nda kendilerinin karar vermesi söz konusudur. Hakemler bu konuda özgür ve özerk, tahkim anla mas, tahkime elveri li mi, taraflar,n iradesi net mi bakarlar ve bunu yaparken herhangi bir mahkemedenden izin almazlar. Bkz. LHAN, s.17.

konusunun hakem heyeti taraf,ndan belirlenebilece i kabul edilmi tir¹¹⁸. ngiliz yarg,s, ise, bir konunun tahkime elveri li olup olmad, ,n, anlamak için baz, kriterler geli tirmi tir. Bir anla maya taraf olan,n mahkeme i lemlerine ba lamas, ve di er taraf,n tahkime gitmek istedi i yani tam anlam,yla bir tahkim iradesinin olmad, , uyu mazl,klar tahkime elveri sizidir. Hakemlerin yetki eksikli i ya ad, , durumlarda da tahkime elveri sizlik bulunur. Bir tahkim s,ras,nda, bir taraf,n, tahkim mahkemesinin asli yarg, yetkisine ili kin bir soruyu belirlemek için mahkemelere ba vurdu u; bir karar verildikten sonra, bir taraf,n, tahkim mahkemesinin hakl, yarg, yetkisine sahip olmad, , gerekçesiyle karar, bir kenara koymak için mahkemelere ba vurdu u ve tahkim art, sözle meye koyulduktan sonra, taraflardan birinin tahkim yerine devlet yarg,lamas,na gitti i durumlarda tahkime elveri sizlik söz konusudur¹¹⁹.

ngiliz Yarg,s, ve doktrine bak,ld, ,nda, yaln,zca ngiliz ceza mahkemesinin, ngiltere ve Galler'de i lenen bir suçtan dolayı, bir ki iyi dinleyebilece i ve taraflar,n ceza mahkemesinin yarg, yetkisini geçersiz k,lmay, kabul edemeyece i ve tahkime gidilemeyece i kabul edilmi tir¹²⁰. Ayr,ca ki ilerin yasal statüsü veya çocuklar,n bak,m, veya ebeveynli i gibi baz, aile meselelerinin, ngiliz aile mahkemelerinin münhas,r yarg, yetkisine tabi oldu u ve tahkim yarg,lamas,nda görülemeyece i kabul edilmi tir¹²¹. Baz, rekabet hukuku uyu mazl,klar,n,n da tahkime elveri siz oldu u görülmektedir¹²².

ngiliz hukuku, ço u ulusal yasada oldu u gibi, baz, meselelerin, sadece mahkemeler taraf,ndan do ru bir ekilde belirlenebilecekleri bir öneme sahip oldu u dü ünülerek tahkime bulmam, t,r¹²³. Y,llar geçtikçe, ngiliz hukukunda tahkime elveri li olarak de erlendirilmeyen meseleler daralt,lm, , taraflar,n anla mazl,klar,n nas,l çözülmesi gerekti ine karar verme hakk,n, tan,ma ve destekleme noktas,na gelinmi tir¹²⁴. ngiliz Tahkim Kanunu taraflar,n üzerinde tasarruf hakk,n,n bulundu u uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i, ancak bir uyu mazl, ,n kamu düzenini etkilemesi durumunda tahkimde görülemeyece i düzenlenmi tir¹²⁵.

Bir di er *Common Law* ülkesi olan Amerika'da ise tahkime yönelik liberal bir tutum sergilenmektedir. Federal Tahkim Kanununda sadece gemi insanlar,n,n aras,nda kon imento gibi konulardan ç,kan uyu mazl,klar,n, demir yolu ve eyaletlerde ya ayan i çilerin taraf olduklar, sözle melerde tahkimin mümkün olamayaca , düzenlenmi tir¹²⁶. Görüldü ü üzere, Amerikan hukukunda ta ,nmaz ayn,n,n tahkime elveri siz oldu unu düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Yukar,da belirtildi i üzere, ngiliz ve Amerikan hukuklar,nda da ta ,nmaz ayn,n,n tahkimde görülüp görülemeyece ine ili kin aç,k bir kanun bulunmamaktadır. Ancak ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i kabul edilmi tir¹²⁷.

5. Rus Hukuku

Rusya, UNCITRAL Model Kanununu benimsemi ülkelerden biridir¹²⁸. Rus hukukçular,, dünyada ekonomik menfaatin a ,r bast, , uyu mazl,klar,n tahkime elveri li oldu u; ekonomik menfaatlerin a ,r basmad, , uyu mazl,klar,n ise, tahkime elveri siz oldu una yönelik bir söylemin aç,kça bulunmamas,na ra men, tahkime elveri lili in ekonomik ç,karlarla do ru orant,l, oldu unu dü ünmektedir¹²⁹. Bunun d, ,nda tahkime elveri lilik hakk,nda Rusya'da da di er ülkelerdekine benzer bir durum mevcuttur. Nitekim Rus hukukunda, taraflar,n tasarruf yetkisi olan ve Rus Devletinin ekonomik, sosyal ve politik gerekçelerle düzenini bozmayan

¹¹⁸ LEW, Jul,an David Mathew/BOR, Harris/FULLELOVE, Gregory, Roy/GREENAWAY, Joanne: Arbitration in England, with Chapters on ScotlandandIreland, Londra 2013, KluwerLaw International, s.401.

¹¹⁹ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.401.

¹²⁰ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.405.

¹²¹ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.406.

¹²² LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.406.

¹²³ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.410-411.

¹²⁴ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.411.

¹²⁵ BORN, 2014, s.2133-2134.

¹²⁶ 9 U.S.Code § 1.

¹²⁷ ÖMERO LU, s.232.

¹²⁸ KOTELNIKOV, Andrey/KUROCHKIN, Sergey/SKVORTSOV, Oleg: Arbitration in Russia, KluwerLaw International; Kluwer Law International 2019, s.112.

¹²⁹ KOTELNIKOV/KUROCHKIN/SKVORTSOV, s.113.

uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i ifade olunmu tur¹³⁰.

Rus Tahkim Kanunu (2015) hangi uyu mazl,klar,n tahkimde görülemeyece ini aç,kça düzenlemi tir. Buna göre, iflas davalar,; fikri mülkiyet haklar,n,n korunmas,na ili kin telif hakk, ve ilgili haklar,n ortak yönetimini yürüten kurulu lar,n kat,l,m,yla ilgili anla mazl,klar ve Fikri Mülkiyet Haklar, Mahkemesinin yarg, yetkisi dahilindeki anla mazl,klar; idari ve di er halkla ili kilerden kaynaklanan davalar; yasal olarak önemli olgular,n tesisine ili kin davalar; makul bir süre içinde adil yarg,lanma hakk,n,n veya makul bir süre içinde mahkeme karar,n,n icra edilme hakk,n,n ihlal edildi ine ili kin tazminat talepleri; bir grup insan,n haklar,n,n ve me ru ç,karlar,n,n korunmas,na ili kin davalar; devlet veya belediye mülklerinin özelle tirilmesine ili kin davalar; Rus yasalar,na tabi devlet ve belediye ihtiyaçlar, için mal ve hizmet al,m ili kilerinden kaynaklanan anla mazl,klar; çevreye verilen zarara ili kin tazminat talepleri; Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu hükümlerine göre, yasal olarak önemli gerçeklerin tespiti, evlat edinme, bir ki inin ölü veya galip ilan edilmesi, vb. gibi anla mazl,klar; e lerin ortak mülkiyeti bölünmesiyle ilgili durumlar haricinde, çocuklar,n varl,klar,n,n veya tam ehliyetle sahip olmayan ki ilerinin varl,klar,n,n yönetiminden kaynaklanan, kendi bak,c,lar,, koruyucular, ve velileri taraf,ndan yap,lan anla mazl,klar dahil, aile ili kilerinden kaynaklanan anla mazl,klar; bireysel i anla mazl,klar,; miras ili kilerinden kaynaklanan anla mazl,klar; ki isel yaralanma ve ölüm tazminat talepleri; ya am alanlar,ndan tahliyesi ile ilgili anla mazl,klar Rus Hukukunda tahkime elveri li de ildir¹³¹. Bunun d, ,nda Rus Hukukunda ekonomik menfaate dayanan uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i kabul edilmi tir¹³².

Rusya Anayasa Mahkemesi, *Archangelskoe Geologodobychnoe Predpriyatie v. Archangel Diamond Corp.*, davas,nda öRusya kanunlar,na ra men ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar tahkime elveri lidirö diyerek ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece ine karar vermi tir¹³³. Söz konusu Rus Anayasa Mahkemesinin karar,ndan, ta ,nmaz ayn,n,n tahkimde görülmemesine ili kin düzenlemelerin ça d, , kabul edildi i anla ,lmaktad,r. Ayr,ca söz konusu kararla Rus Anayasa Mahkemesinin tahkimde ta ,nmaz aynine ili kin bir karar verilmesinin Rus kamu düzenini de bozmayaca ,n, kabul etti i anla ,lmaktad,r.

6. ICC Tahkime Göre Tahkime Elveri lilik

ICC, dünyanın,n her yerindeki tüm sektörlerden i letmeler ad,na otorite ile konu an, tek temsilcisi olan dünya i örgütüdür¹³⁴.ICC, aç,k bir uluslararası, ticaret ve yat,r,m sistemi ve pazar ekonomisini te vik edici bir organizasyondur. Hatta ticaretin bar, ve refah, için bir güç oldu una dair inanc,, kurulu un kökenlerinden geçen yüzy,l,n ba lar,na dayanmaktadır. ICC'yi kuran uzak görü lü i liderlerinin küçük grubu kendilerini öbar, tüccarlar,ö olarak adland,rd,¹³⁵.Üye irketleri ve dernekleri uluslararası, i lerle u ra t,klar, için ICC, i s,n,r,lar,n, a an kurallar, yönetme konusunda e siz bir yetkiye sahiptir¹³⁶. Görüldü ü üzere ICC dünya ticaretinde etkin bir rolü olan bir tahkim merkezidir. Bu sebeple ICC'nin tahkime elveri lilik anlay, , üzerinde de durulmas, gerekti i kanaatindeyiz.

ICC Tahkim Kurallar,na göre, taraflar,n iradesi sonucu yap,lan tahkim anla malar, ancak tahkime elveri li olabilir¹³⁷. Bu sebeple ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar, ICC tahkimde görülebilmektedir.

¹³⁰ KOTELNIKOV/KUROCHKIN/SKVORTSOV, s.113 vd.

¹³¹ KOTELNIKOV/KUROCHKIN/SKVORTSOV, s.116-117.

¹³² KOTELNIKOV/KUROCHKIN/SKVORTSOV, s.118.

¹³³ Dava No. T-2277-04, T.26.05.2011

Bkz.https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=C551D35B-8CFD-4255-98D9-BBEB94974A7B

¹³⁴ CRAIG, W. Laurence/PARK, William W./PAULSSON,Jan: International Chamber of Commerce Arbitration, 2.B.,ICC, Paris 1990, s.25 vd.

¹³⁵ Bkz. Commission on Anti-CorruptionCombatingExtortionandBribery: ICC Rules of ConductandRecommendations 2005 edition, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/Combating-Extortion-and-Bribery-ICC-Rules-of-Conduct-and-Recommendations.pdf.

¹³⁶ Bkz. Commission on Anti-CorruptionCombatingExtortion and Bribery https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/Combating-Extortion-and-Bribery-ICC-Rules-of-Conduct-and-Recommendations.pdf.

¹³⁷ CRAIG/PARK/PAULSSON, s.81-82.

IV. TA NMAZ AYNINA L K N UYU MAZLIKLARIN TAHKIME GÖRÜLMESİ GEREKTİĞİNE YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Mevcut Türk Hukuku Açısından Değerlendirmemiz

1. Genel Olarak

Diğer hukuk sistemlerinin aksine Türk hukukunda, tahkim aynasına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmiştir. Burada çözümlenmesi gereken husus, hakemlerin tahkim aynasına ilişkin sadece bir eda hükmü mü; yoksa hem eda hükmü hem de tespit hükmü verip veremeyecekleridir.

2. Tahkim Aynasına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesinin Hüküm ve Sonuçları,

Kanuna aykırı olarak verilmiş bir hakem kararının kaldırılması, iptal veya iptal yapılmamasıdır¹³⁸. Zira HMK'nin iptal davasıyla ilgili 439. Maddesinin 2/a fıkrasında *“Tahkim sözleşmesinin taraflardan birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, 2/g fıkrasında *“Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlık, Türkiye hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, örneğin 2/f fıkrasında *“Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Tahkim aynasına ilişkin Türk hukukunda tahkime elverişli olmadığı, da HMK m.408'de açıkça ifade edildiği için tahkimde tahkim aynasına ilişkin verilen bir eda hükmü iptal davasının konusunu oluşturabilir.***

Türkiye'de bulunan tahkim aynasına ilişkin verilen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfiz edilmesi de mümkündür. Zira yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olan New York Sözleşmesinin 5. maddesinde tahkime elverişsiz bir konuda verilen yabancı hakem kararlarının da tenfiz edilemeyeceği düzenlenmiştir. Yani, mahkemeler tahkime elverişsiz bir konu üzerinde verilmiş yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfiz etmekte zorunda değildir¹³⁹. Ayrıca MÖHUK m.54'e göre ilâm, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş hakem kararlarının tenfiz edilmez. Tahkim aynasına ilişkin uyuşmazlıklar ise Türk hukukunda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde kabul edilmiştir¹⁴⁰. Görüldüğü üzere, tahkim aynasına ilişkin verilen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfiz edilememektedir¹⁴¹.

3. Hakemlerin Tahkim Aynasına İlişkin Eda Hükmü mü? Yoksa Tespit Hükmü mü? Veremeyecekleri Sorunu

Eda hükmü taraflardan birinin diğer taraftan bir şey yapması, bir şey vermesi veya bir şey yapmaması, istediği durumlarda yapılan, yapılmaması veya verme edimini konu edinen hükümdür¹⁴². Dolayısıyla bir tahkim aynasının tescilli, bir tahkim aynasının tahliyesini içeren hükümler eda hükmüdür¹⁴³. Tespit hükmü¹⁴⁴ ise, bir hukukî ilminin mevcut olup olmadığına ilişkin tespit edildiği hükümdür¹⁴⁵. Örneğin, A kişinin B kişiye olan borcunun ne kadar olduğu belirlenmesi bir tespit hükmüdür.

Eda hükmü, tespit hükmünü de içeren bir hükümdür¹⁴⁶. Ayrıca kanunkoyucu eda hükmünün ve tespit hükmünün ancak hukukî menfaat varken talep edilebileceğini belirtmiştir¹⁴⁷. Bu sebeple, kişinin eda hükmü talep etmesi mümkünken ve tespit hükmü talep etmesinde bir hukukî menfaati bulundurmuyorsa söz konusu talep kabul edilmez¹⁴⁸.

¹³⁸ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.794.

¹³⁹ PAULSSON, Marika: The 1958 New York Convention, Kluwer Law International, 2016, s.91-92.

¹⁴⁰ ESEN, Emre: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.2, 2002, Prof. Dr. Engin Nomerçi Armağan, s.188-189.

¹⁴¹ T, Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005, s.216; ANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s.702.

¹⁴² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.208; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.294.

¹⁴³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.208.

¹⁴⁴ Bkz. HMK m.106.

¹⁴⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.209.

¹⁴⁶ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.294; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.208.

¹⁴⁷ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.285-287.

¹⁴⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.210.

HMK m.408de ise öTa ,nmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki taraf,n iradelerine tabi olmayan i lerden kaynaklanan uyu mazl,klar tahkime elveri li de ildirö ifadesine yer vermi tir. Söz konusu kanun hükmü gerek lafzî, gerek anayasal yorum, gerekse amaçsal yorum yoluyla yorumland, ,nda, ta ,nmaz ayn,na ili kin bir eda hükmü verilemeyece i anla ,lmaktad,r. Zira kanun koyucunun bu hükmü getirmekteki amac,, ta ,nmazlara ili kin de i ikliklerin sadece tapuda yap,labilmesi ve bunun kamu düzeninden say,lmas, gerekti i dü ünçesidir. Yani kanun koyucuya göre ta ,nmaz mülkiyenin nakli ya taraf talebiyle ya da mahkeme karar,yla gerçekle ebilir. Bu da ta ,nmaz mülkiyetini konu edinen bir eda hükmünün hakemlerce verilemeyece i anlam,na gelmektedir. Zira eda hükmü bir ey yapmay, emretme hükmüdür.

Mevcut durumda tahkimde hakemlerin ta ,nmaz,n ayn,na ili kin eda hükmü verememesine ra men, bir tespit hükmü verebilece i kanaatindeyiz. Tespit, bir ki inin borçlu olup olmad, ,n,n belirlenmesi ekinde anla ,lmaktad,r. Dolays,yla sözle medeki borç bir ta ,nmaz,n tescili ise hakemler tescil karar, veremez; ancak ki inin tescil konusunda alacakl, oldu u konusunda bir tespit hükmü verebilir. Bir örnekle somutla t,rmmam,z gerekirse, bir eser sözle mesinden kaynaklanan bir uyu mazl,k tahkimde görülürse hakemler kimin ne kadar alacakl, oldu unun tespitini yapabilir. Söz konusu bu tespit, bir para alaca , olabilece i gibi, ta ,nmaz ayn,n,n nakli borcunun sözle meden do du u da olabilir. Zira kanun, borç ili kisinin hakemlerce tespit edilmesini yasaklayan bir hüküm içermemektedir. Ayr,ca tespit hükmü verilerek kanun koyucunun HMK m.408de düzenlerken ta ,d, , amac, da ihlal etmemektedir. Çünkü, tespit hükmünü alan taraf, söz konusu hükme dayanarak tapudan tescil talep edememektedir.

4. Tespit Hükmü Verilmesinin Muhtemel Sonuçlar,

Kesinle en bir hakem karar,, maddi anlamda bir kesin hüküm, kesin delil te kil eder¹⁴⁹. Kesin delil te kil eden bir hakem karar,, t,pk, kesin delil statüsünde olan bir yarg, karar, i levi görür¹⁵⁰.

Tespit hükmünü alan taraf, devlet yarg,s,nda açaca , tescile zorlama davas,nda hakem karar,n, kesin delil olarak kullanabilir. Bunun sonucu hâkim, tekrar esasa girerek ki inin borçlu veya alacakl, oldu unu tespit etmeyecek ve hakem karar, do rultusunda bir mahkeme karar, verecektir. Örnekle aç,klamam,z gerekirse, bir kat kar ,l, , in aat sözle mesi sonucu A ki isi ba ,ms,z bölümlerin ad,na tescilini hakemlerden talep edemez; ancak hakemler A ki isin gerçekten alacakl, oldu unu ve ba ,ms,z bölümlerin ad,na tescil edilmesi yönünde bir alacakl, olduklar,na karar verebilir. Bu karar kesin delil ve hüküm niteli inde olaca , için, ta ,nmaz,n bulundu u yer mahkemesinde aç,lan davada kesin delil olan hakem karar, nazara al,narak mahkemece ta ,nmaz,n A ad,na tescil edilmesi gerekti i karar, al,nmal,d,r. Böylelikle A ki isinin mahkeme huzurunda adalete kavu mas, h,zlanacak ve kolayla acakt,r.

B. Ta ,nmaz Ayn,na li kin Uyu mazl,klar,n Tahkimde Görülmesi Gerekti ine Yönelik De erlendirmemiz

1. Genel Olarak

Ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i, yukarı, da aç,kland, , üzere de pek çok ülkede kabul edilmi tir. Pek çok geli mi ekonomiye sahip ülke, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesini kamu düzeninden saymamaktadır.

2. rade Serbestisi

rade serbestisi ki ilerinin serbest iradeleri ile sorumluluk alarak istedikleri gibi düzenleme yapabilmelerini ifade eder¹⁵¹. Nitekim TBK m.26da öTaraflar, bir sözle menin içeri ini kanunda öngörülen s,n,rlar içinde özgürce belirleyebilirlerö denmi tir. Dolay,s,yla özel hukukta as,l olan irade serbestisi istisna ise kamu hukuku müdahalesidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde de bir eye malik olan kimsenin hukuk düzeninin s,n,rlar, içerisinde o ey üzerinde diledi i gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi tan,nm, t,r. Türk Medeni Kanunu'nun 683.maddesinde yer alan öhukuk

¹⁴⁹ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.794.

¹⁵⁰ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.794.

¹⁵¹ KOCAYUSUFPA AO LU, s.503; EREN, s.16; KILIÇO LU, s.109.

düzeninin s,n,rlar, içindeö ibaresi malikin kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisinin s,n,rs,z olmad, n, göstermektedir. Mülkiyet hakk,na getirilen s,n,rlamalar,n baz,s,, kamu yarar,n, koruma amac,yla kamu hukukunca, bir k,sm, ise ki ilerin ç,karlar,n, korumak için özel hukukça konmu tur¹⁵².

Yarg,tayön görü ünün aksine, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkime elveri lili i hususunda kamu düzenine¹⁵³ dayan,lmaz, mümkün de ildir. Zira tescil i lemi idari nitelikte bulunmakla birlikte, temelini özel hukuk ve sözleşme serbestisinden almaktadır,¹⁵⁴. Bu durumda, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesinin önüne geçilmesi, irade serbestisi ilkesinin ihlal edilmesi anlam,na gelmektedir.

Alternatif çözüm yollar,na¹⁵⁵ dahi konu olabilen bu uyu mazl,klar,n tahkime de elveri li oldu u son derece barizdir¹⁵⁶. Aksinin kabulü halinde, Ye il,rmakön da belirtti i üzere, *ömülkiyet odakl, ça , geçmi zihniyetin terk edilememesiö* söz konusu olacaktır,¹⁵⁷. Zira ta ,nmazlar as,rlarca ekonomik aç,dan daha de erli bulunmu ve o yüzden kamu düzeninden say,lm, t,r. Ancak günümüzde ta ,n,rlarda en az ta ,nmazlar kadar de erlidir. Bu sebeple, ta ,n,r-ta ,nmaz ayr,m,n,n, ekonomik aç,dan yitirildi i bir ekonomi sisteminde, bu ayr,ma dayan,larak ta ,nmazlar,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesini engellemek rasyonel bir tutum de ildir.

Hakemler, bir aç,dan uyu mazl,k taraflar,n,n vekili oldu u dü ünülecek olursa,e ya hukukunda bizzat veya vekil arac,l, yla ta ,nmaz üzerinde tasarrufta bulunulabilece ine göre, hakem karar, sonucunda ta ,nmaz ayn,na ili kin haklar,n el de i tirmesinde bir sak,nca görülmemelidir.

3. Mülkiyet Hakk,n,n K,s,tlanmas, ve Anayasa m.35øe Ayk,r,l,k

a. Mülkiyet Hakk,

nsanlar devletin bulunmad, , dönemde toplum içinde ya arken belli ba l, sorunlarla kar ,la m, lard,r¹⁵⁸. Bu sorunlardan en önemlisi mülkiyete ili kindir. Zira devlet erkinin olmad, , durumda insanlar,n mülkiyet hakk, kolayca ihlal edilebilmekteydi ve insanlar derin bir korku ya amaktayd,¹⁵⁹. Bu sebeple toplum, devlet denilen mülkiyet hakk,n, koruyan yapay bir varl, , yaratt,. Devlete haklar,n, devredip, kendi haklar,n, kendisi k,s,tlayan ilk insanlar,n tek beklentisi, mülkiyet haklar,n,n korunmas,yd,. Bu sebeple mülkiyet hakk, en kutsal haklardand,r¹⁶⁰.

Mülkiyet hakk, gerek Anayasa ve yasalarla iç hukuk yönünden, gerekse Avrupa nsan Haklar, Sözleşmesi ve ek protokolleri ile kabul edilmi temel haklardand,r. Nitekim Anayasa madde 35øe *öHerkes, mülkiyet ve miras haklar,na sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yarar, amac,yla, kanunla s,n,rlanabilirö* hükmüne yer verilerek mülkiyet hakk, düzenlenmi tir.

Mülkiyet hakk, sahibine o e ya üzerinde tasarruf edebilme, semerelerinden faydalanma ve kullanma hakk, sa layan çok geni kapsaml, bir aynî hakt,r¹⁶¹. Herkese kar , ileri sürülebilir ve herkes taraf,ndan ihlal edilebilir niteliktedir.¹⁶². Anayasa Mahkemesi ise *öAnayasa 35. maddesiyle güvenceye ba lanan mülkiyet hakk,, ekonomik de er ifade eden ve parayla de erlendirilebilen her türlü mal varl, , hakk,n, kapsamaktad,rö* diyerek mülkiyet hakk,n, tanımlam, t,r¹⁶³.

¹⁵² Y. 14. HD., E.2007/12017, K.2007/11914, T.16.10.2007.

¹⁵³ Kapsam, durmadan de i en bir kavram olan kamu düzeninden anla ,lmaz, gereken, *ötoplum ç,kar,n,n korunmas, amac,yla ortaya ç,kan düzenin bütünüdürö*. Bkz. HUYSAL, s.214; REDFERN/HUNTER, Redfernand Hunter on International Arbitration, B.6, 2015, s.112.

¹⁵⁴ Zira tescile ili kin de i ikliklerin ana unsuru taraf iradesidir. Bkz. HUYSAL, s.279.

¹⁵⁵ Hukuk Uyu mazl,klar,nda Arabuluculuk Kanunu, m.1/2.

¹⁵⁶ ÖMERO LU, s.239.

¹⁵⁷ YE LIRMAK, 2011, s.128.

¹⁵⁸ LOCKE,John: Second Treatise Of Government, Indiana 2015, s.8 vd.

¹⁵⁹ HOBBS, Thomas: Leviathan, PenguinBooks, 1981, s.188.

¹⁶⁰ BA PINAR, Veysel: Mülkiyet Hakk,n, hlal Eden Müdahaleler, I.B., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2009, s.68-69.

¹⁶¹ KARAKA , Fatma Tülay: Avrupa nsan Haklar, SözleşmesindeMülkiyet Hakk, ve Kira Sözleşmesi, BAT DER, 2007, XXIV(2), s.401; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2011, s.16.

¹⁶² EREN, Mülkiyet Hukuku, s.16; BA PINAR, s.146.

¹⁶³ AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20; AYM, E.2016/7508, K.4/7/2019, 31.07.2019.

b. HMK m.408'ün Anayasaya Aykır, Olup Olmadı ,

HMK m.408'de *öTa ,nmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki taraf,n iradelerine tabi olmayan i lerden kaynaklanan uyu mazl,klar tahkime elveri li de ildirö* denilerek ta ,nmaz ayn,na ili kin taleplerin tahkimde görölmesinin önüne geçilmiştir. Ta ,nmaz ayn,na ili kin getirilen bu s,n,rlandır,ırma bir mülkiyet hakk, s,n,rlandır,ırmas, olarak de erlendirilmelidir.

Mülkiyet hakk, ise, ancak kamu yarar, amac,yla kanunla s,n,rlandır,ırabilir. Yarg,tay da vermi oldu u bir karar,nda *ökamu yarar, ile mülkiyet hakk,ndan k,smen veya tamamen yoksun b,rak,lan ki inin hakk, aras,nda makul, kabul edilebilir, hak ve adalet dengesini sa layacak bir oran,n kurulmas, as,ld,rö* demi tir¹⁶⁴. Mülkiyet hakk, bu denli önemli bir hak oldu u için, ancak kanunlarca kamu yarar, ad,na ölçülü bir ekilde k,s,tlanabilece i öngörölümü tür¹⁶⁵. Di er bir ifade ile, kanunlar kamu yarar, ad,na ölçülü bir ekilde mülkiyet hakk,n, k,s,tlayabilir. Bu ölçünün ne olaca , konusunda fikrimiz öyledir; genel hukuk teorisine göre bir hakk,n kullan,m, bir ba kas,n,n hakk,n, engelliyorsa o hak kullan,lmamal,d,r. O halde mülkiyet hakk,n,n kullan,m, bir ba ka ki inin hakk,n, olumsuz etkiliyorsa, ancak mülkiyet hakk, k,s,tlanabilir. Bunun d, ,nda bir k,s,tlama olmas, isabetsiz ve Anayasa m.35'ce de ayk,r,l,k te kil eder. Ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görölmesi, üçüncü ki ilerin hak kayb,na sebep olmayaca , gibi, genel kamu düzenini de ihlal edece ini dü ünme modern ve liberal düzende mümkün de ildir. Bu sebeple, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görölmemesi, ölçsüz bir mülkiyet hakk, k,s,tlamas,d,r ve anayasaya ayk,r,l,k te kil etmektedir.

Mülkiyet hakk,n,n s,n,rlandır,ırmas,nda, esas,nda en önemli sorun, birey haklar, ile devlet aras,nda do ru dengeyi orant,l, olarak sa layabilmek ve toplum yarar,na üstünlük tan,rken bu dengeyi bozmamaktır¹⁶⁶. Bu denge, belirli motivasyon ve vicdana göre görel olarak tasarlan,r; yani zamana ve ça ,n gerekliliklerine göre de i iklik gösterebilir¹⁶⁷. Günümüz toplumunda tahkim giderek önem kazanan bir müessesidir. Tahkime gidilmesinin k,s,tlanmas,, as,l ekonomiye olumsuz etki olarak dönebilece i için tahkimi k,s,tlaman,n kamu düzenine ayk,r, oldu u kabul edilmelidir.

V. SONUÇ

Tahkim sözleşmesi, taraflar aras,nda yapılan bir sözleşme meden do an veya do acak belirli bir uyu mazl,k için taraflar,n devlet yarg,lamas,na gitmek yerine uyu mazl, , hakem kurulu önüne getirme yönündeki iradesini gösteren bir sözleşmedir. Hukukî niteli ine ili kin ise maddi hukuk sözleşmesi, usul hukuku sözleşmesi, karma nitelikte bir sözleşme ve ba ,ms,z nitelikte bir sözleşme oldu unu savunan dört farklı görüşü bulunmaktadır.

Tahkim sözleşmelerinin geçerlili i belli unsurlar,n bulunmas,na ba lanm, t,r. Öncelikle tahkim sözleşmesi de borçlar kanunu anlam,nda kar ,l,kl, taraf iradelerinin birleşmesi ile kurulan bir sözleşme oldu u için genel geçerlilik şartlar,n,n bulunmas, gerekir. Tahkim sözleşmesinin özel niteli i sebebiyle bazı, özel şartlar,n bulunmas, gerekir. Öncelikle geçerli tahkim sözleşmeleri yaz,l, olarak, tahkim iradesi açık ve kesin olan, belirli veya belirlenebilir bir konu üzerinde ve tahkime elveri li bir konuda yapılan sözleşmedir.

Tahkime elveri lilik, bir uyu mazl, ,n konusunun tahkimin icra edilece i veya görüldü ü ülkece tahkimde görölüp görölme yecinin kabul edilip edilmedi i anlam,na gelmektedir. Bir konu tahkime elveri li ise taraflar tahkime gidebilirler. Ancak bir konu tahkime elveri sizse, taraflar uyu mazl, ,n tahkimde görölmesini istese bile o uyu mazl,k tahkimde görölmez. Tahkime elveri lilik kavram,, sübjektif tahkime elveri lilik ve objektif tahkime elveri lilik olmak üzere ikiye ayr,l,r. Sübjektif tahkime elveri lilik, taraflar,n tahkim sözleşmesi yapmaya ehil olup olmad,klar,na yönelikken; objektif tahkime elveri lilik, tahkimde görölmesi istenen konunun tahkimde görölmesinde bir engelin olup olmad, ,na ili kindir.

Türk Hukukunda ta ,nmaz ayn,ndan kaynaklanan uyu mazl,klar,n tahkime elveri siz oldu u kabul edilmektedir. Bu sebeple ta ,nmaz ayn,na ili kin olarak alın,an bir hakem karar,, iptal edilebilir veya tan,namaz ve tenfiz edilemez. Dünya da ise sviçre hukuku, Fransız hukuku, Alman hukuku, Anglo-Amerikan hukuku ve Rus hukuku gibi hukuk sistemlerinde, ta ,nmaz

¹⁶⁴ 20. HD., E.2018/3382, K.2019/3703, T.28.5.2019.

¹⁶⁵ KARAKA , s.403.

¹⁶⁶ KARAKA , s.403.

¹⁶⁷ KARAKA , s.403-404.

ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkime elveri li oldu unu kabul etmektedir. Türk hukukunda ise ta ,nmaz ayn,na ili kin hakemlerce bir eda hükmünün al,nmas, engellenmi tir. Ancak tespit hükmü verilmesini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Gerçekten de ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesinin engellenmesi isabetli de ildir. Zira, taraflar,n üzerinde tasarruf etme hakk, olan bir ta ,nmaza ili kin karar verme yetkisini hakemlere devretmesi, kamu düzenini ihlal etmez. Ayr,ca söz konusu mevcut düzenleme irade serbestisi ilkesi ile de çak, maktadır. Taraf iradesi orant,s,z bir ekilde k,s,tlanmaktadır. Mevcut kanun hükmünün Anayasaya da ayk,r, oldu u kabul edilmelidir. Zira kamu yarar, ile mülkiyet hakk,ndan k,s,men veya tamamen yoksun b,rak,lan ki inin hakk, aras,nda makul, kabul edilebilir, hak ve adalet dengesini sa layacak bir oran,n kurulmas, gerekmektedir. Ancak mevcut kanun böyle bir oran içermemektedir. O halde kanun koyucunun mevcut düzenlemeyi de i tirmesi büyük önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA


- AKINCI, Ziya: Milletleraras, Tahkim,4.B.,Vedat Kitapç,1,k, stanbul 2016.
- AKINCI, Ziya: Milletleraras, Ticari Uyu mazl,klar,n Alternatif Çözüm Yollar,, BAT DER 1996, XVIII(4), 1.
- ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteli i ve Denetlenmesi, stanbul Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 1973.
- ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esaslar,, 7.B., Beta Yay,nlar,, stanbul 2009.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TA PINAR-AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, B.3., Yetkin Yay,nc,l,k, Ankara 2017.
- ARROYO, MANUEL: Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 2.B., KluwerLaw International, Zurich 2018.
- AYAN, Mehmet: E ya Hukuku ó I: (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 13.B., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2016.
- AYDEM R, Fatih: Tahkim Sözle mesinin Kaynaklar,, Tan,m,, Hukuki Niteli i ve Yap,l, Türleri, 1.B, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017.
- BA ARAN, Halil Rahman: Uluslararası, Tahkim, 1.B. On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2014.
- BA PINAR, Veysel: Mülkiyet Hakk,n, hlal Eden Müdahaleler, 1.B., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2009.
- BERGER, Klaus Peter: Private Dispute Resolution in International Business, 2.B., Netherland 2009.
- B RSEL, Mahmut T.: Milletler Aras, Ticari Tahkim ve Türkiye, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 1980, s.97-128.
- BORN, Gary B.: International Arbitration: Law and Practice, 2.B., London 2015.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz/KRÖLL, Stefan M,chael/NACIMIENTO, Patr,c,a :Arbitraiton In Germany, 2.B.,Netherland 2015.
- BUZ, Vedat: Milletleraras, Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG) (Tahkime li kin Hükümler), Batider, XVII(2), 1993.
- CEBE, Mehmet Sinan: Mal Sat,m Sözle mesi ve Tahkim, 1.B., Ankara 2018.
- CRAIG, W. Laurence/PARK, William W./PAULSSON, Jan: International Chamber of Commerce Arbitration, 2.B., ICC Press, Paris 1990.
- DO AN, Vahit: Milletleraras, Özel Hukuk, 4.B., Sava Yay,nevi, Ankara 2017.
- DRAGUIEV, Deyan: Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability, Journal of International Arbitration, C.31, 2014.
- EK , Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 1.B., Beta Yay,nc,l,k, stanbul 2013.
- ESEN, Emre: Uluslararası, Ticari Tahkimde Tahkim Anla malar,n,n ekli, MHB, S.1-2, 2008.
- ESEN, Emre: Taraflar,n Sadece Birine Müracaat Hakk, Tan,yan Tahkim Anla malar,n,n ve Özellikle K,y, Emniyeti Genel Müdürlü ümün Kurtarma Yard,m Sözle mesi'nde Yer Alan Tahkim art,n,n Geçerlili i, KÜHFD, IX(2), 2010.
- ESEN, Emre: Türk Hukukunda Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizinde Münhas,r Yetki Kavram,, Milletleraras, Hukuk ve Milletleraras, Özel Hukuk Bülteni, S.2, 2002, Prof. Dr. Engin Nomerø Arma an.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.B.,Yetkin Yay,nevi, Ankara 2013.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yay,nc,l,k, Ankara 2011.
- ERDEM, Ercüment: Milletleraras, Ticaret Hukuku, 1.B.,On iki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017.
- ERTABAK, Ünal: Tahkim Sözle mesi ile lgili htılaflar, 2.B., stanbul 2009.
- GAILLARD, Emmanuel/SAVAGE, John: FouchardGaillardGoldman on International Commercial Arbitration, KluwerLaw International 1999.
- GÖKYAYLA, Cemile: Milletleraras, Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, U ur

- Alacakaptanға Arma an, 2008.
- HAMIDA, Walid Ben/CLAY, Thomas: L'argent dans l'arbitrage, 2013.
- HOBBS, Thomas: Leviathan, PenguinBooks, 1981.
- HUYSAL, Burak: Milletleraras, Ticari Tahkimde Tahkime Elveri lilik, 1.B., Vedat Kitapç, l, k, stanbul 2010.
- LHAN, Hüseyin Af in: Tahkim Sözle mesinin Geçerlili i, 1.B., Adalet Ankara 2016.
- KARADA , zzet: Ulusal (ç) Tahkim, 1. B., Adalet Kitapevi, Ankara 2013.
- KILIÇO LU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku, 21.B., Turhan Kitapevi, Ankara 2017.
- KOCAYUSUFPA AO LU, Necip: Borçlar Hukuku, 7.B., Filiz Kitapevi, stanbul 2017, s.130.
- KOTELN KOV, Andrey/KUROCHK N, Sergey/SKVORTSOV, Oleg: Arbitration in Russia, KluwerLaw International; KluwerLaw International 2019.
- KARAKA , Fatma Tülay: Avrupa nsan Haklar, Sözlesmesi'nde Mülkiyet Hakk, ve Kira Sözle mesi, BAT DER, 2007, XXIV(2).
- LEW, Julian David Mathew/BOR, Harris/FULLELOVE, GregoryRoy/GREENAWAY, Joanne: Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland, Londra 2013.
- LOCKE, John: Second Treatise Of Government, Indiana 2015.
- MERKIN, Robert/FLANNERY, Louis: Arbitration Act 1996, 5.B., Londra 2014.
- MISTELIS, Loukas A./BREKOULAKIS, Stavros: Arbitrability International and Comparative Perspectives, Netherland 2009.
- MOSES, Margaret L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2.B., Newyork 2012.
- NOMER, Ergin/EK , Nuray/ÖZTEK N-GELGEL, Günseli: Milletleraras, tahkim Hukuku C.1, 5.B. Beta Yay, nlar,, stanbul 2016.
- O UZMAN, M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 19.B., Filiz Kitapevi, stanbul 2016.
- ÖMERO LU, Ekin: rade Serbestisi Prensibi, 1.B., Adalet Yay, nevi, Ankara 2017.
- PAULSSON, Marike: The 1958 Newyork Convention, KluwerLaw International; KluwerLaw International 2016.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 6.B., stanbul 2018.
- REDFERN/HUNTER: Redfern and Hunter on International Arbitration, B.6, KluwerLaw International, 2015.
- ROUCHE, Jean/PO NTON, Gerald H./DELVOLVÉ, Jean-Louis: French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration, 2.B., KluwerLaw International 2009.
- ANLI, Cemal: Hukuki Mütalaalar, m, 1.B., Vedat Kitapç, l, k, Ankara 2016.
- ANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN- F GANME E, nci: Milletleraras, Özel Hukuk, 6.B., Vedat Kitapç, l, k, stanbul 2018.
- T, Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlar, n, n Tan, nmas, ve Tenfizi, On ki Levha yay, nc, l, k, Ankara 2005.
- S RMEN, Lale: E ya Hukuku, 4.B., Yetkin Yay, nc, l, k, Ankara 2016.
- SAMUEL, Adam: Jurisdictional Problems In International Commercial Arbitration: A Study Of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., And West German Law, Schulthess, Zurich 1989.
- PAKSOY, Serdar/SARIALIOGLU, Simel: The Guide to Construction Arbitration, Turkey, 2.B., London 2018.
- YENER-KESKIN, Cansu: Milletleraras, Tahkim Anla mas, n, n Kurulmas, ve Etkisi, 1.B., stanbul 2017.
- YE LIRMAK, Ali/ES N, smail: Arbitration in Turkey, KluwerLaw International BV, Netherlands 2015.
- YE LIRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayat, n ve Yat, r, m Ortam, n, n yile tirilmesi için Uyu mazl, klar, n Etkin Çözümünde Do rudan Görü me, Arabuluculuk, Hakem-Bilirki ilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, B.1, stanbul 2011.
- ZUBERBÜHLER, Tobias/MULLER, Klaus/HABEGGER, Philipp: Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Zurich/Berne 2005.
- WEBTER, Thomas H./BÜHLER, Michael W.: Handbook of ICC Arbitration, 3.B., London 2014.

MÜFTÜLERİN EVLENME MEMURLARI ARASINA KATILMASI HAKKINDA GÜNCEL HUKUKİ GELİŞMELER VE ÖNERİLER*

RECENT LEGAL DEVELOPMENTS AND SUGGESTIONS ON THE PARTICIPATION OF
MUFTIS AMONG THE REGISTRARS

Özlem TÜZÜNER**

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.578277>

Makale Bilgi

Gönderilme: 15/06/2019
Kabul: 03/12/2019

Anahtar Kelimeler

Müftülerin
Evlendirme
Memurlar, Arasına
Katılması,
Resmî Nikâh Yetkisi
Hakkında Genelge,
Anayasa'nın
174'üncü
Maddesinin 4'üncü
Bendi,
Türk Medenî
Kanunu'nun
143'üncü
Maddesinin 2'inci
Fıkrası,
Normlar Hiyerarşisi,
Kayıt, Bina,
inanç Özgürlüğü

Özet

Kadın evlilik hukuku kaynaklı, yasal hakları, kavramlar, ancak nişanlama veya evlenme sözleşmelerinden geçer. Türkiye'de, sâim Aile Hukuku'nun sosyal yaşamda tezahürü doğaldır. Bu tezahürde, bilinçsiz tatbik, kadınların mağduriyetine sebep olmuştur. Şer'î dinî nikâh huzurunda eşlerle birlikte yaşam, kadın, evlenme kaynaklı haklarından mahrum kalmıştır. Müftülerin evlendirme memurları, arasına katılması, bu mahrumiyeti azaltabilir. Müftülerin evlendirme memurları, arasına katılması, hedefiyle, Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Evlendirme Yönetmeliği içinde de işbirlikler gerçekleştirilebilir. Diyanet İşleri Başkanlığı, Resmî Nikâh Yetkisi Hakkında Genelge yayımlamıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 143'üncü maddesinin 2'inci fıkrası, evlenmenin dinî töreninin ancak resmî nikâhtan sonra yapılabilmesi düzenler. Bu madde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın hiyerarşik koruması altında, değiştirilemez. Müftülerce yönetilen nikâh merasiminin dinî değer taşımadığı, söylenemez. Ancak genelge merkezinde müftü huzur ve yönetiminde gerçekleştirilen nikâh, hiçbir üşesiz evlenmenin dinî ve resmî törenlerinin eş zamanlı birleşimi anlamına gelir. Bu birleşim, normlar hiyerarşisini, özellikle Anayasa'nın 174'üncü maddesinin 4'üncü bendini ve Türk Medenî Kanunu'nun 143'üncü maddesinin 2'inci fıkrasını, ihlâl eder. İlgili genelgeye göre nikâh merasimi, doğrudan olarak sâim gerekirdiği hadis ve dualar marifetiyle belirlenmiş sonlandırılmıştır. Genelgenin bazı ekleri, önce Arapça, sonra Türkçe dilindedir. Anayasa Mahkemesi, müftülerin evlendirme memurları, arasına katılması, hakkındaki iptal istemini oybirliğiyle reddetmiştir. Oysa iki ihtimalden biri seçilebilirdi: Anayasa'nın 174'üncü maddesinin 4'üncü bendi korumasındaki Türk Medenî Kanunu'nun 143'üncü maddesinin 2'inci fıkrasının müdahale edilebilirdiği veya ilgili genelgede evlenmenin dinî ve resmî törenlerinin kronolojik ayrışması, öncelik sonralık sıralamasına özen gösterilebilirdi. İngiliz Aile Hukukunda, mabetlerin yöneticileri, uygun mekânlar, resmî sayılan dinî nikâh kayıtları, için, bina olarak kayıt ettirebilir. İngiltere'de, dinî nikâhın resmîleşmesinde, Hristiyanlık, Yahudilik ve sâimiyet ayrımları, gözetilmeksizin, kayıt, evlilik, kayıt, bina ve evlendirmeye yetkili kişiler terimleri ön plandadır. Türkiye Cumhuriyeti'nde, müftülerin evlendirme memurları, arasına katılmasıyla sâim Sünnî boyutu taşıyan tatmin edilmiştir. Etilik ve inanç özgürlüğüne izdüşümünde, Türk Aile Hukuku, resmî kabul edilen dinî nikâh merasimi çerçevesini genişletirken, uygun şartlar oluştuğunda, diğer dinler yanısıra, sâim Alevî ve İbâdi boyutları, da dikkate alınabilir.

* Bu çalışmada, 2. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumunda, Ankara'da, 8 Mart 2019 tarihinde sunulmuş bildiri özeti çerçevesinde, yayımlanmamış ve yayımlanmamış, tam metnin, gerek deşirtilerek, gerek genişletilerek, araştırmaya makalesi formuna ulaştırılmış, hâlidir.

** Doç. Dr., Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Aile Hukuku ABD.

 ozlemtuzuner@gmail.com ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5575-3400>

Article Info

Received: 15/06/2019

Accepted: 03/12/2019

Keywords

Participation of Muftis Among The Registrars, Circular on The Official Marriage Authority, Fourth Paragraph of Article 174 of The Constitution, Second Paragraph of Article 143 of The Turkish Civil Code, Hierarchy of Norms, Registered Building, Freedom of Belief.

Abstract

Women can obtain legal rights based on marriage law only through official engagement or marriage contract. Extramarital union, only by having religious ceremony of marriage, causes the deprivation of family law rights. Including muftis among the registrars may reduce this deprivation. For the participation of muftis among the registrars, amendments were made in the Law on Civil Registration Services and the Marriage Regulation. The Presidency of Religious Affairs published the Circular on the Official Marriage Authority. The marriage carried out by the Mufti according to the mentioned circular refers to the simultaneous unification of the religious and official ceremonies. The mentioned simultaneous unification violates the hierarchy of norms, especially the fourth paragraph of article 174 of the Constitution and the second paragraph of article 143 of the Turkish Civil Code. According to the relevant circular, marriage ceremony begins and ends with the hadith and prayers required by Islam. The annexes of the Circular are written first in Arabic and then in Turkish. The Constitutional Court, unanimously, rejected the annulment request for the participation of muftis among the registrars. However, in the relevant circular, attention could be paid to the priority sequencing and chronological divergence of the religious and official ceremonies of marriage. In the United Kingdom, in the formalization of religious marriage, the terms of registered marriage, registered building and the authorized person are in the foreground, regardless of Christianity, Judaism or Islam distinction. In Republic of Turkey, The Sunni dimension of Islam has been deservedly satisfied with the participation of muftis among the registrars. In the project of the secularism and the freedom of belief, as Turkish family law expands the circle of officially recognized marriage ceremonies, when the appropriate conditions arise, not only other religions, but also the Alevi and Shia dimension of Islam can be taken into account.



I. G R

Müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ımas, 2017 y,l, sonunda gerçeikle en önemli yasal geli medir. Bu yasal geli me, kad,n ve çocu un korunmas, noktas,nda, isabetli ad,m telakki edilebilir. S,rif dinî nikâh huzurunda e iyle birlikte ya am, kad,n,n evlenme kaynakl, haklar,ndan mahrum kalmas,, Türk Aile Hukukuğunun maruf problemlerinden biridir. Öyle ki mülga Türk Kanunu Medenisi¹ döneminde, kanun koyucu, s,rif bu mahrumiyeti azaltmak ad,na, dinî nikâhl, olsun olmas,n, kanunen evlili e uygun fiilî birlikteliklerden çocuk meydana geldi inde, bu birlikteli in resmî evlilik olarak kaydedilmesini ve çocu un ise evlilik içi do mu say,ımas,n, sa lam, t., K,sacas,, 1981 ve 1991 y,ıllar,nda be er y,l sureli yürürlü e konulan öBir Evlenme Akdine Dayanmayan Birle melerden Do an Çocuklar,n Neseplerinin Düzeltilmesine ve Bu Birle melerin Evlilik Olarak Tescillerine li kin Kanunö isimli iki özel kanunla, idarî yolla evliliklerin kay,t edilmesi suretiyle çocuklar,n nesepleri düzeltilmi ti². Esasen müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ımas,yıla, bu defa ba tan müdahale edilerek, söz konusu mahrumiyetin kaynaktan giderilmesi veya azalt,ımas, hedeflenmi olabilir.

Müftü, hem çözüm misyonuyla fetva verir, hem de günlük ihtilaflar,n hâlline odaklanarak özel meselelerde dan, manl,k sunar³. Müftülükler, aile ve dinî rehberlik bürolar,yıla, evlilik içinde ya anan sorunlar,n tatl,ya ba lanmas, yönünde dan, manl,k hizmeti zaten sunuyordu⁴. 2017 y,l, sonunda gerçeikle en yasal geli meyle art,k, evlenme akdinin kurulu unda, daha do rusu varl,k kazanmas,nda da söz sahibi oldular.

Müftülere bah edilen evlendirme yetkisi, öncelikle normlar hiyerar isinin millî zirvesini i gal eden Türkiye Cumhuriyeti Anayasas,⁵ çerçevesinde de erlendirilmelidir. Gerek genel kanun mertebesinde Türk Medenî Kanunu⁶, gerek Türk Medenî Kanunuına nazaran özel hüküm statüsünü i gal eden Nüfus Hizmetleri Kanunu⁷ ile Evlendirme Yönetmeli ini⁸ ilgilendirmektedir. Mezkûr hukukî de i ikli i sa layan süreç, a a ,da ilk ba l,k alt,nda özetlenecektir. Söz konusu hukukî de i ikli in tan,t,ımas, yan, s,ra uygulamada yer edinmesi ad,na Diyanet leri Ba kanl, , içinde çe itli e itimler, ilânlar ve idarî düzenlemeler gerçeikle tirilmi tir. Di er taraftan, Cumhuriyet Halk Partisiğin Anayasa Mahkemesiinde ikame etti i iptal davas, sonuçlanm, t,r. te bu güncel geli meler, ikinci bölümde aktar,lacakt,r. Üçüncü bölümde, müftülük statüsünün hitap etti i slâm inanc,n,n do al olarak bask,nla an cephesine i aret edilecektir⁹. Nikâh merasimi konusunda, slâm dininin Sünnî boyutu özel olarak seçilip lay,k,yıla tatmin edilmekle, di er inanç ve din mensubu ki ilerin inanç ve dinlerine uygun resmî nikâh konusundaki ihtiyaçlar,n,n zamanla giderilebilece i dü üncesi aç,klanacakt,r.

nanç özgürlü ü perspektifinde de erlendirmelerde bulunulurken, Birle ik Krall,k Aile Hukukuından feyz al,nacakt,r. ngiliz Aile Hukukuıyla mukayese yap,l,rken, Türkiye Cumhuriyetiğin evlenme akdi hususundaki milletleraras, taahhüdü de hesaba kat,ılarak, yak,n gelece e hitap eden önerilerde bulunulacakt,r.

bu çal, mada ula ,lan neticeler vurgulanarak, mutad akademik bütünsellik, sonuç bölümünde tamamlanacakt,r. Nihayet, müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ımas,yıla Türk Aile Hukukuında gerçeikle en özgün ilerlemenin, anayasal inanç ve din özgürlü ünü çok boyutlu temin edecek yelpazede geni letilmesi temennisi yinelenecektir.

¹RG: 4.4.1926, 339; Mülga 743 Say,l, Kanun.

²RG: 22.9.1981, 17466; Mülga 2526 Say,l, Kanun. RG: 16.5.1991, 20873; Mülga 3716 Say,l, Kanun.

³SÜTCÜ, Mehmet Sait: öOsmanl, Devletiinde Müftülük Kurumu: Anadolu Müftüleriö, Tarih Okulu Dergisi, Aral,k 2017, 10(32), s.461, 462, <http://dx.doi.org/10.14225/Joh1167> (ET. 2.4.2019).

⁴AYBEY, Salih: öMüftülüklere Gelen Evlilikle İlgili Sorunlar,n Çözümünde Dinî Dan, manl, ,n Rolüö, Uluslararası Sosyal Ara tırmalar Dergisi, 2016, 9(44), s.1327-1329.

⁵RG: 9.11.1982, 17863; 2709 Say,l, Kanun.

⁶RG: 8.12.2001, 24607; 4721 Say,l, Kanun.

⁷RG: 29.4.2006, 26153; 5490 Say,l, Kanun. Mevzuat Bilgi Sistemi: ö5490 Say,l, Nüfus Hizmetleri Kanunu (De i iklik lenmi Hâli)ö, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5490.pdf> (ET. 9.3.2019).

⁸RG: 7.11.1985, 18921; 85/9747 Say,l, Bakanlar Kurulu Karar,. Mevzuat Bilgi Sistemi: öEvlendirme Yönetmeli i (De i iklik lenmi Hâli)ö, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.859747.pdf> (ET. 9.3.2019).

⁹SARIKAYA, Saffet Mehmet: öDiyanet leri Ba kanl, , Yay,nlar,nda Mezhebî Tutum ve E ilimlerö, slâmî Ara tırmalar Dergisi (*Journal of Islamic Research*), 2018, 29(2), s.271, 272, 284, 285. Ayr,ca bkz. KUTLU, Sönmez: öDiyanet leri Ba kanl, , ve slâm çi Dinî Gruplarla (Mezhep ve Tarikatlar) li kileriö, Dinî Ara tırmalar Dergisi (*Journal of Religious Studies*), 2009 (Ocak-Nisan), 12(33), s.107-127.

II. MÜFTÜLER N EVLENDİRME MEMURLARI ARASINA KATILMASINI SA LAYAN YASAL SÜREÇ

Müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ımas,n, sa layan yasal süreç, yak,n tarihli bir monografide ayr,nt,l, aktar,ılmakta ve ele tirilmektedir. Müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ımas, konusundaki güncel geli melere geçmeden önce, an,lan monografiden esinlenerek, evlendirme memurlar,n, müftülerle geni leten hukukî proses özetlenebilir¹⁰.

Türk Medenî Kanunu, 134üncü maddesinin 2üncü fıkrasında, evlendirme memurlar,n,, *öbelediye bulunan yerlerde belediye ba kan, veya bu i le görevlendirece i memur, köylerde muhtarö* ekinde tan,mılar. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 22üncü maddesinin 2üncü fıkrasında, da, buna paralel düzenlemeyi haızdı. 7039 Say,l, Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Baz, Kanunlarda De i iklik Yap,ımas,na Dair Kanun¹¹ bu paralelli i bozdu. 7039 Say,l, Kanun, 6üncü, maddesinde, müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ımas,n, sa layan u k,sa cümleye yer vermektedir: *ö5490 Say,l, Kanun'un 22üncü maddesinin 2üncü fıkrasında,na öd, temsilciliklereö ibaresinden sonra gelmek üzere ö, il ve ilçe müftülüklerineö ibaresi eklenmi tirö. Böylece, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 22üncü maddesinin 2üncü fıkrasında,n,n 2üncü cümlesi u ekli ald,: öBakanl,k, il nüfus ve vatanda l,k müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine ve d, temsilciliklere, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurlu u yetkisi ve görevi verebilirö.*

Nüfus Hizmetleri Kanunu akabinde, Evlendirme Yönetmeli i de i tirildi. Evlendirme Yönetmeli içinde De i iklik Yap,ımas,na Dair Yönetmelik¹², ilk üç maddesinde, Evlendirme Yönetmeli için 7, 8 ve 9üncü maddelerine ekler getirmektedir. Bu ekler, madde numaras,na göre öyle s,ralanabilir:

öBakanl,k; ... il ve ilçe müftülüklerine evlendirme görev ve yetkisi verebilirö; ö l ve ilçe müftülüklerinde evlendirme memurlu u yetkisi verilecek personel Bakanl,kça belirlenirö; öBu Yönetmelik hükümlerine göre kendilerine evlendirme memurlu u yetkisi verilen görevlilerin bu yetkileri; ... müftülük görevlileri için il, ilçe, belediye ve köy hudutlar, ile s,n,r,l,d,rö.

Evlendirme Yönetmeli içinde De i iklik Yap,ımas,na Dair Yönetmeliğin 6üncü, maddesi, Evlendirme Yönetmeli için 36üncü, maddesine, *ö l ve ilçe müftülükleri ile belediyeler ise kendilerine ait evlendirme kütük defterlerini kendi ar ivlerinde saklarlarö* fıkrasında, eklemi tir.

Evlendirme Yönetmeli içinde De i iklik Yap,ımas,na Dair Yönetmeliğin 9üncü maddesiyle, Evlendirme Yönetmeli için 56üncü, maddesinde de de i ikli e gidilmi tir. Buna göre, evli olmas,na ra men yeniden evlenen veya muhabat,n,n evli oldu unu bile bile onunla evlenen ki iler hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 230üncü maddesi uyar,nca i lem yap,ılmak üzere Cumhuriyet Savc,l, ,öna suçu ihbar yükümlülü ü bâkidir. Buna kar ,l,k, Evlendirme Yönetmeli için 56üncü, maddesinin,

öevlenme akdinin kanuna göre yap,ılm, oldu unu gösteren kâ ,d, görmeden evlenme için dinî merasim yapanlar ile aralar,nda evlenme akdi olmaks,z,n evlenmenin dinî merasimini yapt,ran erkek ve kad,nlar ve muttali olduklar, hususu yetkili mercilere bildirmekte ihmâl gösterenler hakkında 765 Say,l, Türk Ceza Kanunu'nun 237üncü maddesine göre i lem yap,ılmak üzere durum belgelerle cumhuriyet savc,l,klar,na intikal ettirilirö k,sm, art,k mülgad,r.

Evlendirme Yönetmeli için 56üncü, maddesinin son an,lan k,sm,n,n yürürlükten kald,r,ımas,n,n sebebi, evlenmenin resmî töreninden önce dinî töreninin yap,ımas,n,n suç olmaktan ç,kmas,d,r. öyle ki, mülga Türk Ceza Kanunu'nun¹³ 237üncü maddesine denk dü en yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun¹⁴ 230üncü maddesinin 5 ve 6üncü, fıkralar, Anayasa Mahkemesi taraf,ndan iptal edilmi tir¹⁵.

çileri Bakanl, ,ö,n 30.11.2017 tarihli ve 132911 say,l, oluru, evlendirme memurlu u

¹⁰TÜZÜNER, Özlem: Müftülerin Evlendirme Memurlar, Aras,na Kat,ımas,, Aristo, 1. Bask,, stanbul 2018, s.9-12.

¹¹RG: 3.11.2017, 30229; 7039 Say,l, Kanun. Mevzuat Bilgi Sistemi: ö7039 Say,l, Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Baz, Kanunlarda De i iklik Yap,ımas,na Dair Kanunö, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/11/201711103-16.htm> (ET. 9.3.2019).

¹²2017/11079 Say,l, Bakanlar Kurulu Karar,. Mevzuat Bilgi Sistemi: öEvlendirme Yönetmeli içinde De i iklik Yap,ımas,na Dair Yönetmelikö, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/02/20150210-4.htm> (ET. 9.3.2019).

¹³RG: 13.3.1926, 320; 765 Say,l, Kanun.

¹⁴RG: 12.10.2004, 25611; 5237 Say,l, Kanun.

¹⁵AYM., E. 2014/36, K. 2015/51, T.27.5.2015 (RG: 10.6.2015, 29382), <http://www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ce-d1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (ET. 9.3.2019).

yetkisinin il ve ilçe müftülerine tanındı, hususunu yinelemektedir. İleri Bakanlık, önün anılan oluru üzerine, Diyanet İleri Bakanlık, il ve ilçe müftülerine hitaben Resmî Nikâh Yetkisi Hakkında 2018/1 Sayılı Genelge¹⁶ yayımlanmıştır. İleri Bakanlık, önün 30.11.2017 tarihli ve 132911 sayılı oluru internet üzerinden ulaşılamamaktadır. Böyle bir olurun varlığı, Diyanet İleri Bakanlık, önün ilgili genelgesinin bağlamından anlaşılır.

2018/1 Sayılı Genelge, Türk Medeni Kanununun belirlediği evlenme engellerini tekrar ettiği gibi, müftülerin nikâh merasimini nasıl icra edeceği sorusunu, gerek maddeleriyle, gerek ekleriyle, ayrıntılı cevaplayıp müftülere hitaben tek tiple tirir.

III. GÜNCEL GELİMLER ve ELE T R LER

Türkiye Cumhuriyetinde, resmî nikâhla yetinmeyip dinî nikâh, ayrıca tatbik ettiren evli çiftlerin bulunduğu malumdur. Dinî nikâha, halk arasındaki adıyla imam nikâhı, tamamlayıcı olarak meyleden kesimde, tek başına resmî nikâh, psikolojik olarak kâfi görmeyenler bulunur¹⁷. Evlenmenin dinî törenine tamamlayıcı olarak ihtiyaç duyan kesim, yalnızca Sünnî Müslümanlardan ibaret değildir. Evlenmenin dinî törenine tamamlayıcı olarak gereksinim duyanlar arasında, Sünnî Müslümanlara ek olarak, Sünnî olmayan Müslümanlar, Hristiyan ve Yahudiler de eklenebilir. Hiç üşesiz, Diyanet İleri Bakanlık, dâhilinde müftülerin evlendirme memurları, arasında katılmasın, kural olarak, olayların büyük çoğunluğunda, ihtiyaçlı kesimin Sünnî çoğunluğunda ödüllendirilmiştir¹⁸.

Türkiye Cumhuriyetinde, evlenmenin dinî törenine tamamlayıcı olarak ihtiyaç duyanlar kesiminin çoğunluğunu, pek tabii ki Sünnî Müslümanlar oluşturur. Ne var ki, çoğunluğun öncelikli hedefi de yegâne hedef kitle kabul edilmesi, kısacası, sadece çoğunluğun ihtiyaçlarının tatmin edilmesiyle yetinilmesi, bu konuda daha geniş yelpazeye hedeflenmemesi ele tirilebilir. Bu bakımdan, açısında, ağırlıklı olarak, Resmî Nikâh Yetkisi Hakkında Genelge akabinde meydana gelen güncel gelişmelere, özellikle 6.12.2018 tarihli Anayasa Mahkemesi içtihadına¹⁹ yer verilecektir. Ardından, söz konusu Anayasa Mahkemesi içtihadı, medeni hukukun temel ilke ve kuralları, içinde tenkit edilecektir.

A. 2018/1 Sayılı Genelge Akabinde Meydana Gelen Gelişmeler, Özellikle Anayasa Mahkemesinin İhtisali Talebini Reddetmesi

Diyanet İleri Bakanlık, Resmî Nikâh Yetkisi Hakkında Genelgeyi yayımladıktan sonra, söz konusu hukukî düzenlemelerin uygulanmasında yer edinmesi adına, kurum içinde çeşitli eğitimler ve idari düzenlemeler gerçekleştirildiği gibi, vatandaşlara hitap eden ilânlar verme yoluna da gitmiştir. Öncelikle, defter ve cüzdanların basılması, hazırlanması, il ve ilçe müftülerine teslim edilmesi tamamlandı. Ardından, il ve ilçe müftülerinin bu konuda ayrıntılı bilgilendirilmesi ve eğitilmesi sağlandı²⁰. Daha sonra, il ve ilçe müftülükleri, web sitelerinde, evlendirme işlemi icra ettiklerini dile getiren, ayrıca gerekli belgeleri sayan ve

¹⁶Diyanet İleri Bakanlık, :öDiyanet İleri Bakanlık, öndan 2018/1 (69097877-204-E.13744) Sayılı ve 1.2.2018 Tarihli Resmî Nikâh Yetkisi Hakkında Genelge, https://hukukmusavirligi.diyaret.gov.tr/Documents/N_KAH%20GENELGES_.pdf (ET. 9.3.2019).

¹⁷L V, Cemil: öGünümüzde İmam Nikâhına Yöneli İlerin Gereğçeleri ve Resmî Nikâh İle İmam Nikâhının Farklı Açısından Karşılaştırılması, ö Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2013, 1(2), s.165, 166.

¹⁸Diyanet İleri Bakanlık, önün ağırlıklı olarak Hanefî mezhebi olduğu yönünde ayrıntılı araştırmaya için bkz. SARIKAYA, s.270, 271, 284, 285. Ayrıca bkz. öYapılan araştırmalar, vatandaşların nazarında bugün Diyanet İleri Bakanlık, önün Türkiye'de İslâm mensuplarına ait ve tatmin edici hizmet sunamadığı, ve bu konuda yasal sorunlar dolayısıyla kuruluşa hedeflenen gerçek işlevini yerine getiremediğini göstermektedir (KUTLU, s.126).

¹⁹AYM., E.2017/180, K.2018/109, T.6.12.2018 (RG: 23.1.2019, S.30664), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/594d6ee8-d368-4bfe-b19f-2832f2c979cb?excludeGercek=False&wordsOnly=False> (ET. 15.3.2019).

²⁰Örnek olarak bkz. İstanbul Müftülüğü: öİstanbul Müftülüğü Personeline Nikâh İşlemleri Eğitimleri (HYT. <https://istanbul.diyaret.gov.tr/Sayfalar/contentdetail.aspx?MenuCategory=Kurumsal&contentid=998>) (HYT. 8.5.2018; ET. 9.3.2019). Aydın Valiliği: öMüftülük Personeli Evlendirme Memurluğu Eğitimleri (HYT. <http://www.kosk.gov.tr/muftuluk-personeli-evlendirme-memurlugu-egitimi-04-08-aralik>) (HYT. 12.12.2017; ET. 9.3.2019). Rize Valiliği: öİl Müftülük Personeli Evlendirme Yönetmeliği Eğitimleri (HYT. <http://www.rizenufus.gov.tr/Haber/II-Muftuluk-Personeli-Evlendirme-Yonetmeliği-Egitimi-87.html>) (HYT. 6.12.2017; ET. 9.3.2019). Milliyet: öEvlenme Kütük Defteri Müftüye Teslim Edildi (HYT. <http://www.milliyet.com.tr/evlenme-kutuk-defteri-muftuye-teslim-adiyaman-yerelhaber-2451540/>) (HYT. 7.12.2017; ET. 9.3.2019).

ücretleri s,ralayan ilânlar vermi tir²¹. Söz konusu yasal geli me, Türk doktrinini de harekete geçirmi tir. İlk yay,mlanan makaleye göre, evlendirme memurlar, aras,na müftünün kat,ımas,, Türkiye Cumhuriyeti Anayasas,ında²² ifadesini bulan ink,lap kanunlar,na ayk,r,d,r. Laiklik ilkesinin en önemli timsali olan Türk Medenî Kanunu'nu de i tiremeyenler, Nüfus Hizmetleri Kanunu'na ekleme yaparak laik medenî hukuk sistemini bozmaya çal, maktad,r²³.

Türkiye Barolar Birli i de, mevzu bahis kanun ve yönetmelik de i ikli ini Anayasa'n, özüne ayk,r, bulmu tur²⁴. Böylece, müftülere evlendirme yetkisi bah edilmesine kar , ilk tepkiler, mezkûr de i ikli i, Türkiye Cumhuriyeti'nin milletleraras, sözleşmelerden do an yükümlülüklerine; ayr,ca, Anayasa'n, 174'üncü maddesinin 4'üncü bendi korumas,ındaki Türk Medenî Kanunu'nun 143'üncü maddesinin 2'inci fıkras,na ayk,r, bulmak merkezindedir²⁵.

İlk yay,mlanan monografide ise, müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ımas,, Türkiye'ye özgü yasal geli me olarak yerinde bulunurken, kanun yapma tekni ine, normlar hiyerar isine ve *ratio legis* özenilmemesi bak,m,ndan ele tirilmi tir²⁶.

Kutupla t,rmaya yönelik söylemlerin k,nanmas,yla birlikte, *öResmî nikâh Kanunî Süleyman zaman,ndan beri hissedilen hukukî bir ihtiyaç*,rö ve *öMedenî Kanun geçerlidirö* savlar,yla müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ımas,n, onaylayan ba ka görü an,labilir²⁷.

Müftülere evlendirme yetkisi tan,nmas,n, isabetli bulan di er görü , slâm Aile Hukuku aç,s,ndan kar ,la ,lacak sorunlar, ortaya koymaktad,r. Özellikle, Türk Medenî Kanunu'nda ve dolay,s,yla müftü taraf,ndan varl,k kazand,r,lan nikâhta da, kad,n ve erkek ahitler aras, e itli in, mehir bulunmamas,n,n, süt akrabal, ,n,n evlenme engeli say,lmamas,n,n; buna kar ,l,k, evlât edinmenin evlenme manileri aras,nda yer almas,n,n, slâm Aile Hukuku aç,s,ndan sebep olabilece i problemlere dikkat çekilmektedir²⁸.

Aile hukuku ders kitaplar, tetkik edildi inde, biri hariç tüm eserlerin 2018 bask,lar,nda, müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,ıld, , hususundan bahsedilmemi tir. 2019 bask,lar,na gelindi inde, art,k il ve ilçe müftülerinin evlendirme memuru k,l,nd, , aktar,l,rken, herhangi yorumda bulunulmamaktad,r²⁹. Aile hukuku ders kitaplar,n,n biri hariç 2018 bask,lar,n,n tamam,nda i bu konuya de inilmeyip 2019 bask,lar,nda yer verilmesi ekinde gözlemlenen bir y,ll,k tehirin bilinçli oldu u dü ünülmektedir. Do al olarak, Anayasa Mahkemesi içtihad,n,n beklendi i; 6.12.2018 tarihli Anayasa Mahkemesi içtihad,yla olu an hukukî netlik üzerine, ders kitaplar,na, ayd,nlat,c, bilgilerin derç edildi i tahmin edilir. Her hâlde, e cinsel birlikteliklerden anonim soyba , uygulamalar,na pek çok hayatî meseleye dokunan aile hukuku ders kitaplar,nda, bu konunun yorumsuz b,rak,ımas,, akademik çekingenlikten ziyade, yer darl, ,nda kayna ,n, bulabilir.

²¹Örnek olarak bkz. Fatih Müftülü ü: *öNikâh lemi için Gerekli Belgelerö*, <https://istanbul.diyaret.gov.tr/fatih/Sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=754&MenuCategory=Kurumsal> (HYT. 12.4.2018; ET. 13.3.2019). Bak,rköy Müftülü ü: *öNikâh lemi için Gerekli Belgelerö*, <https://istanbul.diyaret.gov.tr/bakirkoy/Sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=236&MenuCategory=Kurumsal> (HYT. 16.7.2018; ET. 13.3.2019). Kastamonu Müftülü ü: *öNikâh lemi için Gerekli Belgelerö*, <https://kastamonu.diyaret.gov.tr/catalzeytin/Sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=nikah-islemleri&MenuCategory=Kurumsal> (HYT. 23.10.2018; ET. 13.3.2019).

²²RG: 9.11.1982, 17863; 2709 Say,l, Kanun.

²³ÖZEL, Sibel: *öMüftülüklerle Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesiö*, Baro Birlik Dergisi, 2017, S.30, s.21.

²⁴Türkiye Barolar Birli i: *öMüftülük Nikâh,n,n Resmile tirilmesi Toplum Bölme Yöneliktirö*, Baro Birlik Dergisi, 2017, S.30, s.19, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/muftuluk-nikahinin-resmilestirilmesi-toplumu-bolmeye-yonelik-77907> (YT. 26.7.2017; ET. 8.6.2019).

²⁵ÖZEL, *öMüftülüklerle Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesiö*, s.21, 22. Ayn, yönde bkz. EN, Ersan: *öResmî Nikâhö*, <http://www.hukukihaber.net/resmi-nikah-makale,5462.html> (YT. 5.10.2017; ET. 13.3.2019).

²⁶TÜZÜNER, s.38-58.

²⁷AKYOL, Taha: *öMüftü Nikâh,ö*, <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/taha-akyol/muftu-nikahi-40612802> (YT. 17.10.2017; ET. 13.3.2019).

²⁸UYANIK, Zeki: *öMüftülüklerle Resmî Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesi ve slâm Hukuku Aç,s,ndan Uygulamada Kar ,la ,labilecek Muhtemel Problemlerö*, slâm Hukuku Ara t,rmalar, Dergisi, 2018, S.31, s.400-402, 404, 405, 408, 409. ER NÇ, Muhammed: *öDinî Nikâh-Resmî Nikâh Kar ,la t,rmalar, ve Müftülere Nikâh Görevinin Verilmesiö*, slâm Hukuku Ara t,rmalar, Dergisi, 2017, S.30, s.305-322. Ayn, yönde ayr,ca bkz. TÜZÜNER, s.38-45.

²⁹DURAL, Mustafa/Ö ÜZ, Tufan/GÜMÜ , Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, Filiz, 14. Bask., İstanbul 2019*, prg. 337, n. 125a. ERDEM, Mehmet: *Aile Hukuku, Seçkin, 2. Bask., Ankara 2019*, s.63. AKINTÜRK, Turgut/ATE , Derya: *Türk Medenî Hukuku, C.II, Aile Hukuku, Beta, 21. Bask., İstanbul 2019*, s.86.

Müftülere evlendirme yetkisi verilmesi gerektiğini uzun zamandır savunduğu için imdiye kadar hariç tutulan ders kitabının güncel versiyonunda ise, *ömuftü önünde nikâh ilkesinin kabul edilmesi ile e lere hukuk seçme de il sadece nikâh memuru seçme imkân, tan, nacakt, rö* ifadesiyle, bu geli menin isabetli bulunduğ u kâ ,da dökülmektedir³⁰.

Cumhuriyet Halk Partisi, mensubu yüz yirmi be milletvekilinin imzasıyla, 7039 Sayılı Kanunla müftülere evlendirme yetkisi tanınmasını, iptal edilmesini, Anayasa Mahkemesi'nde dava etmiştir. Te son güncel gelişme de, Anayasa Mahkemesi'nin, mezkûr iptal talebini, 6.12.2018 tarihli içtihadıyla reddetmesidir. İptal davası, dilekçesinde, özetle, evlenme törenine dinî nitelik kazandırılmaması, Anayasa'nın 174'üncü maddesinin 4'üncü bendine aykırı oldu ve müftülere evlendirme yetkisi tanınması, Anayasa'nın 136'ncı maddesini ihlâl ettiğini ileri sürülmüştür. Son anılan Anayasa maddesinde Diyanet İşleri Başkanlığı'nın özel kanununda gösterilen görevleri yerine getireceği öngörülmesine karşın, dava konusu kuralla, müftülükler, özel kanununda gösterilmeyen görev verildiği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Esasen, bu dava dilekçesinde, din ve inanç özgürlüğüne ölçsüz müdahalede bulunulduğunu dayandırmıştır.

Anayasa Mahkemesi ise, laiklik ilkesinin ihlâl edilmediğini, müftülere bu yetkinin tanınmasını bilakis din özgürlüğüünü koruyucu olarak üstlendiğini, din ve vicdan özgürlüğü alanında yaygın ve müstakim ihtiyaçları karşılanmasını kolaylaştırarak bu uygulamanın e itlik ilkesine aykırı görülmemesi gerektiğini ayrıntılı kaleme alarak, iptal talebini oybirliğiyle reddetmiştir.

B. Medenî Hukukun Temel İlke ve Kurallar, Çerçevesinde 6.12.2018 Tarihli Anayasa Mahkemesi İçtihadının Değerlendirilmesi

Müftülerin evlendirme memurları arasına katılması, her ne kadar normlar hiyerarşisine ve *ratio legis*'e özenilmemesi bakımından tenkit edilse de; sosyal boyutta, elzem ihtiyaç gidermesi noktasında yerinde yasal adımler içinde nitelenmektedir. Bu nitelirmede, inanç özgürlüğüne, orantılı fakat çoğunluk imtiyazlı müdahalede bulunulduğunu dü ünülmektedir. Yasa koyucunun dinî ve resmî nikâh merasimlerini birleştirme alternatifini sunması, takdire ayan değerlendirilebilir. Yine de bu e ilimin başlangıç olduğunu dile getirmeyen, Türkiye Cumhuriyeti'nde yaayan tüm inançlar, destekleyici genelleme yönünde umut verilmeyen, yalnızca Anayasa'ya tâbi vatandaşların çoğunluğunun Müslüman olması odaklanan mezkûr Anayasa Mahkemesi içtihadı, eleştirilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin 6.12.2018 tarihli içtihadının, bilhassa gerekçelendirilmesi, normlar hiyerarşisine aykırı, k bir yana, medenî hukukun temel ilke ve kuralları ölçüsünde kritik edilebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan içtihadında Sünnî Müslüman çoğunluğuna iaret eden dört cümle bulunur. Dört defa birbirini tekrar eden ibareler şöyle sıralanabilir:

öTürk Medenî Kanunu'nun 143'üncü maddesinde ifade edilen evlenmenin dinî töreni ise toplumun büyük bir çoğunluğ u tarafından resmî evlilik i lemleri gerçekleştiğ inden sonra ayrıca yapılmaktadır; öta ra te kilat, olan müftülükler evlendirme memurluğ u yetkisi verilerek toplumun büyük çoğunluğ unu oluşturan slâm dinine mensup bireylerin resmî evlilik i lemleri ö; ötoplumun büyük çoğunluğ unu oluşturan slâm dinine mensup bireylerin inançları, ö; ötoplumun büyük bir çoğunluğ unu meydana getiren slâm inancına sahip bireylerin ö.

Anayasa Mahkemesi'nin müftülük makamıyla ilgili mevzu bahis içtihadında, *ötoplumun büyük çoğunluğ unu oluşturan slâm dinine mensup bireylerö* ibaresi tekraren kaleme alınmakla, Sünnî Müslüman çoğunluğ u odaklandıran, a ikârdır. Anayasa'nın 24'üncü maddesinde ifadesini bulan, Türk Medenî Kanunu'nun 341'inci maddesinin son fıkrasında teyit edilen inanç/din seçme ve seçilen inanc./dini pratik etme (yaama) özgürlüğü yönünden, Sünnî çoğunluk d, nda kalan inanç mensupları,na seslenilmemesi, onların hiç anılmaması, aslında çoğunluğ u iltimas yapmasıdır.

Kanun yaparken, bir dinin bir boyutunu/mezhebini tekil eden büyük çoğunluğ un öncelikli dikkat alınması, hukuka uygun bulunabilir. Yine de, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde ifadesini bulan ve Türk Medenî Kanunu'nun 8'inci maddesinde tekrar edilen genellik ve e itlik ilkeleri, , nda, çoğunluğ un ihtiyaç, giderilirken, azınlı, n benzeri beklentisini sıraya koymak hukuk devletinin takdiridir. E itlik ilkesi, hukuk düzeninin

³⁰HATEM, Hüseyin: Aile Hukuku, Onüçüncü Levha, 7. Baskı, İstanbul 2019, s.31. Ayrıca bkz. ER NÇ, s.303.

s,n,rlar, içinde haklara ehil olmada e itlik, ehillere e it ölçüde muamele edilmesidir³¹. Hukuk düzeninin, hak ehliyetini haiz olanlar aras,nda ay,r,m yapmamas,, pozitif anlamda koruma kayg,s, olmad,kça, hak ehliyetine sahip tüm sùjelere e it davranmas,d,r. K,sacas,, ayn, hukukî durumda olanlar aras,nda, e itlik gözetilirken, sadece kamu yarar,nda kayna ,n, bulan hakl, nedenle ay,r,m yap,labilir³². Müftülere evlendirme yetkisi tan,nd, ,nda, Sünnî Müslüman ço unlu un kamu yarar, gere i hakl, nedenle kay,r,ld, , dü ünülebilir.

Sünnî olmayan Müslümanlar, örne in slâm dinine mensup Aleviler ve iiler dikkate al,nd, ,nda, Anayasa Mahkemesiönin *ötoplumun büyük bir ço unlu unu meydana getiren slâm inanc,na sahip bireylerö* ibaresi eksik bulunabilir. Çünkü ö *slâm inanc,na sahip bireylerö*, s,r,f Sünnileri de il, Sünnî olmayan Müslümanlar, da kapsar. Oysa müftülere evlendirme yetkisinin tan,nmas,yla, olaylar,n büyük ço unlu unda, slâmön di er boyutlar,ndan ziyade, kural olarak Sünnilere hitap edildi i söylenebilir³³. Tüm inanç ve dinlere sayg,l, olsa da neticede Sünnî odakl, müftülük makam,n,n evlendirme memuru atanmas,ndan bahsederken, ö *slâm inanc,na sahip bireylerö* tamlamas,n,n ye lenmesi, slâm inanc,na sahip bireyleri, Sünnî Müslümanlardan ibaretmî çesine, sehven s,n,rl, lanse edebilir. Kurgusal olarak tersi dü ünüldü ünde, Anayasa Mahkemesi, Müftülöklere evlendirme yetkisi verilmezken s,r,f Cem evlerine evlendirme yetkisi verilmesini hakl, buldu u bir karar,nda, *ötoplumun büyük ço unlu unu olu turan slâm dinine mensup bireylerö* ibaresini tekraren kaleme alsayd,, bu sefer de, ayn, birey grubunu Alevilere hasretmi olurdu ki, görüldü ü üzere aksi tutum da ele tiriye lay,k olurdu. Kural olarak Sünnî odakl, müftülük makam,n,n evlendirme memuru atanmas,n, isabetli bulurken, Anayasa Mahkemesi literatüründe, ö *slâm inanc,na sahip bireylerö* tamlamas,n,n yinelenerek tercih edilmesi, slâm inanc,yla müftülük makam,n,n özde le mesi imaj,n, yaratabilir. Müftülere evlendirme yetkisi tan,nmas,nda Anayasaöya ayk,r,l,k bulunmad, ,n, gerekçelendirirken, *ötoplumun büyük bir ço unlu unu meydana getiren slâm inanc,na sahip bireylerö* ibaresi sadece Sünnilere hasredilmî çesine istenmeyen izlenim yaratabilir ki böylesine slâmiyetöe ba l, birey telakkisinde Sünnî olmayan Müslümanlar,n, meselâ Alevilerin ve iilerin göz ard, edilmesi, yüksek mahkeme üslubunda ço ulculukla ço unlukçuluk aras,nda karma aya sebep olabilir. Her hâlde, Anayasa Mahkemesi içtihad,nda, gerekçe mertebesinde, dinî ço unluk odakl, böylesine ibarenin tekraren kaleme al,nmas, hukukî kriti e aç,kt,r.

Türk Medenî Kanunuönun 143üncü maddesinin 2üncü f,kras,ndaki ödinî nikâh,n ancak resmî nikâhtan sonra yap,labilmesi kural,ö, müftülere evlendirme yetkisi verilmekle ihlâl edilmi tir³⁴. Anayasa Mahkemesiönin Türk Medenî Kanunuönun 143üncü maddesini, lehe gerekçe saymas, ironi te kil etmektedir. Zira normlar hiyerar isinin adeta bekçisi konumundaki Anayasa Mahkemesi, müftülere evlendirme yetkisi veren özel kanunun ihlâl etti i genel kanun maddesini, hem de bu genel kanun maddesi Anayasa kalkan,nda korundu u hâlde, lehe gerekçe farz etmi tir.

Türk Medenî Kanunuönun 143üncü maddesinin 2üncü f,kras,, evlenmenin resmî ve dinî törenlerinin, öncelikle, heterojen yap,da, apayr, kalmalar,n,; ayr,ca, kronolojik boyutta artarda dizilmelerini emreder³⁵. Oysa müftülere evlendirme yetkisi tan,nd, ,nda, evlenmenin dinî ve resmî törenleri, zaman, mekân ve otorite yönlerinden çok yönlü birle tirilmi tir. Müftülere evlendirme yetkisi tan,nmas,yla, Türk Medenî Kanunuönun 143üncü maddesinin 2üncü f,kras,, taban tabana z,t gözükmetedir. Zaten *Roman-Germen Hukukuönun* ve laiklik ilkesinin temel normlar,ndan biriyle, müftülere evlendirme yetkisi tan,nmas,n, amaç birli inde aç,klamay, denemek, hukuk tekni ini de zorlayabilir. Belki, müftülere evlendirme yetkisi tan,nmas,n,, *Anglo-Saxon Hukukuönun*da ve sekularizm ilkesinde ara t,r,mak müsait olabilirdi.

³¹YÜKSEL, Reyhani Sera: öTürk Medenî Kanunu Bak,m,ndan Kad,n Erkek E itli ö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 18(2), s.181.

³²GÖREN, Zafer: öGenel E itlik lkesiö, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara t,r,malar, Dergisi, 2016, 22(3), s.3281, 3282.

³³Diyanet leri Ba kanl, ,nda Sünnî boyut içinde telakki edilen Hanefilik ö retisinin bask,n oldu u yönünde bkz. SARIKAYA, s.270, 271, 284, 285. Ayr,ca bkz. KUTLU, s.126.

³⁴ÖZEL, öMüftülöklere Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesiö, s.21, 22. Ayn, yönde bkz. TÜZÜNER, s.38-58, 50, 51, 67. EN, age.

³⁵TÜZÜNER, s.70.

Türk Medenî Kanunu'nun 143üncü maddesinin 2üncü fıkrası, svîçre Medenî Kanunu'nun³⁶ 97üncü maddesinin 3üncü fıkrası, na tekabül etmektedir. svîçre Medenî Kanunu'nun 97üncü maddesinin 3üncü fıkrası,, ngilizce dilinden çeviriye göre, *öMedenî merasimden önce hiçbir dinî evlenme merasimine izin verilmez (No religious wedding ceremony is permitted prior to the civil ceremony)ö*; Fransızca lisan,ndan tercümeyle göre, *öDinî evlenme medenî evlenmeden önce olamaz/yapılamaz (Le mariage religieux ne peut précéder le mariage civil)ö* eklindedir. Müftülere evlendirme yetkisi tanımlamakla artı, evlenme akdinin kurulu unda, yetkili evlendirme memurlar, bakımdan, svîçre veya Fransa gibi ülkelerin benimsediği medenî evlilik sistemi terk edilir; kanunun yetkilendirdiği evlendirme memurlar, noktasında, ngiltere veya spanya gibi ülkelerde uygulanan benzeri medenî evlilik sistemine adanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, 6.12.2018 tarihli içtihadında, Türk Medenî Kanunu'nun 143üncü maddesinin 2üncü fıkrasının, nın mehzarında de inmemesi önemli eksiktir.

Müftü tarafından 2018/1 Sayılı Genelge uyarınca gerçekleştirilen evlendirmenin, dinî tören tekil etmediği söylenemez. İlgili genelgeye göre nikâh merasimi, doğrudan olarak, slâmın gerektirdiği hadis ve dualarla benzeri sonlanmaktadır. Bu genelgenin bazı ekleri, önce Arapça, sonra Türkçe dilindedir. Müftü tarafından gerçekleştirilen evlenme merasiminde, evlenmenin dinî ve resmî törenleri, e zamanla yürütülerek kaynağını kaybetmiştir³⁷. Anayasa Mahkemesi'nin, müftüleri evlendirme memurlar, arasına katmakla ihlâl edilen medenî kanun fıkrasının, yani Türk Medenî Kanunu'nun 143üncü maddesinin 2üncü fıkrasının, iptal talebini ret gerekçesi ekinde kullanması,, medenî hukuk tekniğinin nezdinde alegori ekinde betimlenebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin, *Lautsi ve Diğerleri talyaya Karşı*, (*Lautsi and Others versus Italy*) içtihadı³⁸, bu içtihadta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından dile getirilmeyen ve ima edilmeyen yabancı gerekçelerle anması, yanlı, anlamalara sebep olabilir. Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Lautsi ve Diğerleri talyaya Karşı*, içtihadı,,

ösa figürünün sınıflarda aslında olması, nın çok unlu dini olan Hristiyanlar, nın okul ortamında baskın bir görünürlüğü e sahip olması, anlamına geldiğini kabul etti öö; öAncak Mahkeme bu durumun tek başına çok unlu ilkelere uzaklaşma ve ideoloji ağırlama anlamına gelmediğini sonucuna ulaştı, ö cümleleriyle özetlese de, bu özetin, mezkûr içtihadla çakışık, an tek tarafı,, ideolojik ağırlama, lamadır.

Aslında okul/sınıfta duvarına haç/çarmak, ha gerilmi peygamber resmi asılması, izin vermekle müftülere evlendirme yetkisi tanımlamak, ortaklaşa inanç özgürlüğüünü ilgilendirmektedir. Duvara haç asılması,, ideolojik ağırlama, lama tekil etmeyen pasif simgeye tolerans göstermek anlamına gelir ki burada, devlet, inanç özgürlüğüünde, edilgen tutum sergilemektedir. Oysa çok unlu dininin baskın boyutunu tekil eden Sünnî Müslümanlara resmî sayılan dinî törenle evlenme alternatifini tanıyan, ayn, ülkede yaayan dinî inanç veya din mensupları,na benzeri imkân, sunmamak, inanç özgürlüğüünün aktif yönünü ilgilendirmekte olup, bu defa devlet, etken davranmakta ve kamu yarar, gerekçesiyle efektif seçim yapmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Lautsi ve Diğerleri talyaya Karşı*, içtihadı,, Vatikanın zaferi ekinde lanse edilmiş tir ve en önemlisi akademik ele tiri dalgası, provoke etmiş tir. Olumlu ele tiri arasında aslında bu çalınma, may, ilgilendiren, çok unlu u runa gerçekleştirilen en sekülerizm feragatinde tarafsızlık, nın (*neutrality*) korunmasıdır. Böylesine içtihadlar, nın tarafsızlık, nın korunması, üzerine inandırılması zorunludur. Din, devletin homojen kalması, nın, sa layan ideolojik de er oldu unda, mahkemenin bu kurucu de ere, devletin takdiri marjında saygı, duyması,, nötr bakış açısıdır³⁹.

Lautsi ve Diğerleri talyaya Karşı, içtihadına giden yolda, sadece talya ve sonradan talya yanına katılan devletler, çok unlu seçilen dinin Hristiyanlığı, a tekabül etmesini, savunmaları, nın adeta direği mertebesinde kullanmış tir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

³⁶Le Conseil fédéral: öCode Civil Suisseö, <https://www.admin.ch/ch/f/rs/c210.html> (Accessed April 27, 2019). Le Conseil fédéral: öSwiss Civil Codeö, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201801010000/210.pdf> (Accessed April 27, 2019).

³⁷TÜZÜNER, s.65-70.

³⁸European Court of Human Rights: öLautsi and Others versus Italyö, 30814/06, 18 March 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-104040&filename=001-104040.pdf> (Accessed March 16, 2019).

³⁹ZUCCA, Lorenzo: öLautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamberö, *International Journal of Constitutional Law*, Published on 7 January 2013, 2013, 11(1), p.218, 221, 222, 225, <https://doi.org/10.1093/icon/mos008> (Accessed March 19, 2019).

kendi de erlendirmesinde, talyaada bask,n dinî ö retinin Hristiyanl,k oldu unu tali vaziyette dikkate alsa da, bu gerekçeye a ,rl,k verilmemesi gerekti ini sal,k vermi tir. Hatta *Lautsi* ve Di erleri talyaaya Kar , içtihad,nda, mahkemenin de erlendirmesi k,sm,nda, Norveç ve Türkiye Cumhuriyeti örnek verilir. An,lan ülkelerin tarihinde, ilkinde Hristiyanl,k, ikincisinde slâm, ba rolü oynad , için tarih ve ahlâk bilgisi derslerinde, bu devletlerin takdir marj, kabul edilir. Yoksa Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi, bask,n dinî inanca mensup ço unlu un, hak ve özgürlükler yönünden kay,r,lmas,n, asla onaylamad , gibi; içtihatlarda, mahkemelerin, ço unluk dini gerekçesine, esasl, mertebede a ,rl,k vermesini de tasvip etmez. Hatt, zat,nda içtihat gerekçelendirmesinde, ço unluk taraf,ndan benimsenen dinden, aslî mertebede yararlan,lamamas,, bu olgudan tali vaziyette istifade edilebilmesi, *Lautsi* ve Di erleri talyaaya Kar , içtihad,n,n özü dâhi say,labilir.

Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi, devletin din propagandas, yapmas, (*proselytism*) ile dinlere kar ,l,kl, tolerans göstermesi aras,nda ay,r,m yapmakla yans,zl , temin eder⁴⁰. Hatta *Lautsi* davas,na, talya yan, s,ra, sonradan kat,lan Bulgaristan, Ermenistan, Güney K,br,s ve Yunanistan gibi ülkeler, ösekularizm kar ,t, ittifak (*alliance against secularism*)ö eklinde betimlenmi tir. Öyle ki, bu davada talya ve onun yan,na kat,lan di er devletler, Ortodoks ve Katolik Hristiyanlar,n stratejik ittifak,nda sekularizm kar ,t, militan tav,r sergilemi tir. Çünkü bu içtihatdaki talyan taraf, stratejisi, komünizmin din dü man, politikas,n,n kar ,s,nda yer almakt,. Her hâlde ço unluk dini (*majority religion*), Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi'nin aslî de il, tali (*supplementary*) gerekçesidir⁴¹. K,sacas,, Anayasa Mahkemesi'nin, ço unluk dini gerekçesine, tali de il, aslî fonksiyon arz etmesi, yüksek mahkemenin tarafs,zl , n, zedeleyebilece i gibi, Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi taraf,ndan da benimsenen gerekçelendirme yöntemi de ildir.

IV. LOZAN ANLA MASİ VE MUKAYESEL HUKUK PERSPEKT F NDE MÜFTÜLER N EVLEND RME MEMURLARI ARASINA KATILMASI

Hukuk devletinin, e itlik ve laiklik ilkeleri çerçevesinde, hem dinî, hem de dinî olmayan inanç çe itlili ine sayg,l, tutum sergilemesi elzendir. Devlet, dindar ve dindar olmayan ki ilerinin seslerini senkronize dinlemelidir. Belirli dini veya inanc, seçenler yahut bunlar,n hiçbirini tercih etmeyenler huzurunda, hak ve borçlar,n simetrisi bozulmamal,d,r⁴². Evlendirme memurlu u yetkisi bah edilirken de, Lozan Anla mas, ve mukayeseli hukuk izdü ümünde inanç özgürlü ü tart ,labilir. Bu perspektifte, öncelikle, Türkiye Cumhuriyeti'nin medenî nikâh akdi konusundaki milletleraras, taahhüdüne k,saca de inilir. Di er taraftan, 6.12.2018 tarihli Anayasa Mahkemesi içtihad,n, tenkit ederken çizilen çerçeve, ngiliz Aile Hukuku mukayesesiyle beslenebilir. Böylece, Türkiye Cumhuriyeti'nin medenî nikâh akdi konusundaki milletleraras, taahhüdü yan, s,ra, ngiliz Aile Hukuku'nun ayn, konuyu düzenleme tarz, dikkate al,narak, yak,n gelece e yönelen temennilerde bulunulabilir.

A. Türkiye Cumhuriyeti'nin Medenî Nikâh Akdi Konusundaki Milletleraras, Taahhüdüne K,sa Bak,

Türkiye Cumhuriyeti'nin medenî nikâh akdi konusundaki milletleraras, taahhüdü, kurulu dönemine, bilhassa cumhuriyetin ilân,n,n hemen öncesine denk gelmektedir. Bu taahhüdün tarihi temellerinin anla ,lmas, ad,na, ayn, konunun Osmanl, mparatorlu u dönemindeki dinami ine göz at,labilir.

Osmanl, mparatorlu u döneminde, gayrimüslimler,

⁴⁰SCHLÜTTER, Birgit: öCrucifixes in Italian Classrooms: Lautsi v. Italyö, European Human Rights Law Review, 2011, Iss.6, p.89, 90, https://www.researchgate.net/publication/256029663_Case_Analysis_-_Crucifixes_in_Italian_Classrooms_Lautsi_v_Italy (Accessed April 2, 2019).

⁴¹PUPPINCK, Grégor: öThe case of Lautsi v. Italy: a synthesisö, Article presented at the Eighteenth Annual International Law and Religion Symposium, Religious Freedom in a Pluralistic Age: Trends, Challenges and Practices, 2-4 October 2011, International Centre for Law and Religion Studies, Published on 3 November 2011, J. Reuben Clark Law School, Brigham Young University, p.10, 28, https://www.religlaw.org/content/blurb/files/ARTICLE_LAUTSI_PUPPINCK_English_BYU_Law_Review.pdf (Accessed March 16, 2019). PUPPINCK, Grégor: öLautsi v. Italy-An Alliance Against Secularismö, Published in L'Observatore Romano on 28 July 2010, p.6, <https://7676076fde29cb34e26d-759f611b127203e9f2a0021aa1b7da05.ssl.cf2.rackcdn.com/eclj/ECLJ-LautsiVItaly-crucifix-case-20110315.pdf> (Accessed March 19, 2019).

⁴²ZUCCA, p.221, 223.

õOsmanl, teamül hukukuna uygun olarak ... nikâhlar,n, kendileri için salâhiyetli ruhanî önünde akdettirmi tir. Evlenecek erkek gayrimüslim Osmanl, ise, kay,t muamelesi her hâlde ve her yerde salâhiyetli ruhanî memurlar taraf,ndan vesikaya müsteniden yap,l,rd,ö⁴³.

İgili din adamlar, kendilerine takdim edilen beratlarla, nikâh, bo anma, drahoma, çeyiz, iddet ve nafaka konular,nda kendi dinî hukuklar,n, uygulard,. Gayrimüslimlerle ilgili üzerinde ihtilaf bulunmayan nadir alanlardan biri, evlenme ve bo anma konusunda yetkinin tamamen ruhanî liderlere b,rak,lmas,d,r⁴⁴. Osmanl, mparatorlu uında, aile hukuku çerçevesinde, dinî çe itliliklere yönelik sayg, ve ho görü malumdur. Gayrimüslimlerin kendi dinî önderleri huzurunda nikâh akitlerinin resmîyet kazanmas,, 1881 y,l,na tekabül eden Sicilli Nüfus Nizamnamesi ile teyit edilmi ve 1917 y,l,na denk gelen Aile Hukuku Kararnamesiñe kadar aral,ks,z sürmü tür⁴⁵.

Lozan Anla mas,⁴⁶, 42ınci maddesinde, gayrimüslim vatandaş lar,n aile ve ki iler hukukundan do an ihtilaflar,n,n nas,l çözülece ini düzenlemektedir. Bu maddenin ilk f,kras,nda, Türkiye Cumhuriyeti, gayrimüslim az,nl,klar,n, aile ve ahs,n hukuku ihtilaflar,n,, kendi örf ve âdetlerine göre çözmelerine müsaade eder. kinci f,krada, bu konuda komisyon kurulmas, kararla t,r,l,r. Üçüncü f,krada ise, Türkiye Cumhuriyeti, gayrimüslimlerin ibadet yerleri yan, s,ra mezarl,klar,n, koruyaca ,n, vaat eder.

Osmanl, mparatorlu uından Türkiye Cumhuriyetiñe geçi te, kendi dinlerine özgü nikâh merasimlerini o zamana de in serbestçe tatbik etmi az,nl,klar, bu serbestiden mahrum kalm, t,r. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti, mülga Türk Kanunu Medenisi uyar,nca, resmî nikâh, dinî ö elerden ay,klad, ve hem Müslüman, hem de gayrimüslim vatandaş lar,n, dinî unsurlardan ar,nd,r,lm, resmî nikâhtan, ayn, ko ullarda faydalanmas,n, bekledi. Bu beklentiye Lozan Anla mas,ña ayk,r, bulan Yunanistan, Milletler Cemiyetiñe ba vurdu. Milletler Cemiyeti ise, Yunanistanın an,lan ba vurusunu incelemi ; Türk Kanunu Medenisiñi yürürlü e koyan laik Türkiye Cumhuriyetiñin Lozan Anla mas,ın, 42ınci maddesini ihlâl etmedi i sonucuna ula m, t,r⁴⁷.

Türk Medenî Kanunuñun hiçbir dinî referans bar,nd,rmayan resmî nikâh,, Müslümanlara ve gayrimüslimlere ayn, ekilde hitap etti i için, gayrimüslim cemaatler, Osmanl, mparatorlu u dönemindeki resmî kabul gören dinî nikâh imkânlar,ndan feragat etmi tir. Müftülere nikâh k,yma yetkisi verilince, Türkiye Cumhuriyeti vatandaş , gayrimüslimler de, kendi dinî makamlar,na benzeri yetkinin tan,nmas, talebinde bulunabilir. Bu talep kar ,s,nda, müftülerin dinî nikâh de il, resmî nikâh merasimi yerine getirdi i sav, gerçek d, , kal,r⁴⁸. Müftülere evlendirme yetkisi tan,n,nca, gayrimüslim vatandaş lar aleyhine e itlik bozulmu tur çünkü Hristiyan ve Musevî din adamlar,na evlendirme memurlu u yetkisi verilmemi tir⁴⁹.

Lozan Anla mas,ın, 42ınci maddesinin 2ınci f,kras,, hiç uygulama alan, bulmam, t,. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti, gayrimüslimlerden, resmî say,lan dinî nikâh serbestilerinden feragat etmelerini beklerken, Müslümanlara k,yasla ayr,mc,l,k yapmam, t,⁵⁰. Müftüler evlendirme memurlu u yetkisiyle donat,l,nca, söz konusu f,kran,n uygulanmas,n, gereksiz k,lan denge ortam,n,n sars,ld, , iddia edilebilir.

⁴³JAESCHKE, Gotthard: õTürk Hukukuında Evlenme Akdinin ekliö, BERK N, Necmettin M. (Çev.), s.400, 401, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96522> (ET. 10.4.2019).

⁴⁴ÇINAR, Tuba: õTanzimat Sonras, Gayrimüslim Osmanl, Vatandaş lar,n,n Aile Hukuku: Evlenme ve Bo anmaö, Avrasya ncelemeleri Dergisi (*Journal of Eurasian Inquires*), 2018, VII(2), s.108, 109. KENANO LU, Macit: Osmanl, Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, Klasik Yay,nlar,, stanbul 2004, s.245. Ayn, yönde bkz. KAMA, Sezen: õOsmanl, Hukukuında Evlilik Akdi ve Söz Konusu Akdin 1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesiñe Göre Osmanl, Tabiiyetine Etkisiö, stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuas,, 2013, 71(1), s.698.

⁴⁵KAMA, s.697, 698.

⁴⁶Ba vekâlet Müdevvenat Müdüriyeti: õLozan Sulh Muahedenamesinin Kabulüne Dair Kanunlarö, Üçüncü Tertip, C. 5, T. 11.9.1931, Necmi stikbal Matbaas,, stanbul 1931, <http://www.ttk.gov.tr/wp-content/uploads/2016/11/3-Lozan13-357.pdf> (ET. 12.5.2019).

⁴⁷ÖZEL, õMüftülüklerle Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesiö, s.22.

⁴⁸ÖZEL, õMüftülüklerle Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesiö, s.22.

⁴⁹ÖZEL, Sibel: õMüftü Nikâh, Toplumuna Bölerö, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/798434/Muftu_nik_hi_toplumuna_boler__SiBEL_OZEL_yazdi.html (YT. 8.9.2017; ET. 10.4.2019).

⁵⁰KÖKTA ATICI, Nilgün/BÜYÜKBA , Hakk,: õLozan Anla mas,, Dinî Az,nl,klar ve D, li kiler Boyutuö, Ardahan Üniversitesi ktisadî ve darî Bilimler Fakültesi Dergisi, 2016, S.3 (Nisan), s.6.

Lozan Anla mas,ın, n 42ınci maddesine, yine Lozan Anla mas,ıyla birlikte, 24.7.1923 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti ile onun kar ,s,nda Britanya mparatorlu u, Fransa, talya, Japonya, Yunanistan, Romanya, S,rp-H,rvat-Sloven devletinden olu an alyans aras,nda akdedilen kamet ve Salâhiyeti Adliye Hakk,nda Mukavelenameın⁵¹ 16ınc, maddesi eklenmelidir. Bu maddeye göre, Türkiye Cumhuriyeti, ki iler, aile ve miras hukuklar, aç,s,ndan, kendi vatanda lar,na nas,l muamele ediyorsa kar , akit ülkelerin vatanda lar,na da ayn, ekilde muamele etmeyi üstlenmektedir.

Yaln,z Lozan Anla mas,ın, n 42ınci maddesine göre de il, yine Lozan Anla mas,ın, n eklerinden olup, kabulüne dair kanunlar aras,nda yer alan kamet ve Salâhiyeti Adliye Hakk,nda Mukavelenameın 16ınc, maddesi uyar,nc, da, Türkiye Cumhuriyeti,nde müftülere evlendirme memurlu u yetkisi tan,n,nc, art,k Türkiye Cumhuriyeti vatanda , gayrimüslimlerin de kendi dinî makam özde lerine benzeri yetkinin bah edilmesi talebinde bulunmas, ihtimal dâhilindedir.

B. ngiliz Aile Hukuku,nda Kay,tl, Bina ve Evlendirmeye Yetkili Ki i Kavramlar, Sayesinde Baz, Dinî Nikâh Merasimlerinin Resmî Say,lm,as,

Türkiye Cumhuriyeti,nde, müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,lm,as,yla, Sünnî Müslüman vatanda lar lehine, resmî ve dinî nikâh merasimlerinin harmanlanmas, alternatifinin sunulmas, üzerine, resmî nikâh konusundaki dengenin, Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatanda lar aleyhine, imdilik bozuldu u söylenebilir. Çünkü Sünnî Müslüman vatanda lar, müftü huzurunda, dinî ve resmî nikâh merasimlerinin e zamanl, birle mesi avantaj,ndan yararlanabilirken, Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatanda lar benzeri ihtiyar, haiz de ildir. Sünnî olmayan Müslümanlar ve gayrimüslimler, Türk Medenî Kanunuın 143ıncü maddesinin 2ınci f,kras,na göre, evlenmenin dinî törenine ihtiyaç duyuyorlarsa, bu gereksinimlerini resmî nikâh merasiminin ard,na ötelemek zorundad,r. Evlenmenin dinî ve resmî merasimlerinin senkronizasyonu onlar için henüz mümkün de ildir. Oysa Birle ik Krall,k topraklar,nda, sadece Hristiyanl, ,n de il, mezhep çe itlili i gözetilerek, ba ka dinlerin dinî nikâh merasimlerinin dâhi, resmî say,lm,as, mümkündür. Evlenmenin dinî ve resmî törenlerinin kombine edilmesi (*combined*) talepleri, baz, yasal artlar sa land,kça, ngiliz Aile Hukuku,nda kar ,lanmaktad,r⁵².

Evlenme merasimine geçmeden önce, Birle ik Krall,k topraklar,nda, Yahudi *Beth Din* (*Jewish Beth Din*); Evlilikle İgili Roman Katolik Kilisesi Mahkemesi (*Matrimonial Tribunal of the Roman Catholic Church*) ve Müslüman İriyat Konseyi (*Muslim Sharia Council*) isimli makamlar,n yabanc, hukuk olarak dinî hukuk uygulay,p karar verdi i belirtilmelidir⁵³.

Müslüman İriyat Konseyi d ,nda, Londra, *Birmingham, Bradford, Manchester ve Nuneaton* ehirlerinde 2000ı y,llardan bu yana hizmet veren Müslüman Tahkim Mahkemeleri (*Muslim Arbitration Tribunals*) bulunmaktad,r⁵⁴. Bu çerçevede, evlenme sözleşmesi, gerek devlet, gerek dinî organizasyonlar önderli inde akdedilebilir⁵⁵.

⁵¹TBMM: öLozan Sulh Muahedenamesinin Kabulüne Dair Kanunlarö, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf (ET. 10.4.2019).

⁵²*Birmingham Merkez Camisi S,n,rl, Trustö* (*Birmingham Central Mosque Limited Trust*), kendi akdetti i nikâh,, ne salt slâmî nikâh (*Islamic Nikah*), ne de salt medenî evlenme (*civil marriage*), slâm nikâh, ile kay,tl, medenî seremoninin kombinesi (*Islamic Nikah & Registered Civil Ceremony Combined*) olarak tan,mlar. Bilgi için bkz. Birmingham (Central) Mosque Trust Ltd., öMarriage Registration Procedure-Islamic Nikah & Registered Civil Ceremony Combinedö, https://centralmosque.org.uk/wp-content/uploads/2017/06/936_Marriage-Procedure.pdf (Accessed Mai 20, 2019). öBaz, camiler, medenî kay,t ve nikâh hizmetini ayn, anda sunarö cümlesiyle ayn, yönde bkz. ISMAIL, M. Imam: Muslim Cultural Awareness Course, The University of Sheffield, April 2017, p. 29, https://www.sheffield.ac.uk/polopoly_fs/1.701049!/file/Muslim_culture_training_book_2017.pdf (Accessed Mai 20, 2019). Ayr,ca bkz. TÜZÜNER, s.21.

⁵³SANDBERG, Russell: öIslam and English Lawö, Law and Justice, Published by The Edmund Plowden Trust, Y. 2010, Iss.164, p. 1-6, 19, n. 27, 101, https://www.researchgate.net/publication/308539445_Islam_and_English_law (Accessed April 1, 2019). OBE, David Hodson: The Islamic Marriage in the Context of the Practice of English Family Law, The International Family Law Group, April 2015, p.3, 4, 8, n. 1, 27, <https://www.davidhodson.com/userFiles/islamicmarriageconundrum2.pdf> (Accessed April 1, 2019). BERESFORD, Sarah: öSeeking Secularism: Resisting Religiosity in Marriage and Divorce - A Comparative Study of England and Americaö, Web Journal of Current Legal Issues, 2011, Iss.3, p.7, 9, 11, <http://eprints.lancs.ac.uk/52299/1/WJCLI.pdf> (Accessed April 1, 2019).

⁵⁴NAMAZIE, Maryam: Sharia Law in Britain: A Threat to One Law for All and Equal Rights, Published by One Law

Resmî evlili i olu turan dinî seremonide, sadece Anglikan (*Anglican*) kilisesine münhas,r etkinlikten bahsedilmez; Yahudi veya Kuveyk,r (*Quaker*) inançlar, kadar, slâm ölçe inde de geçerli çe itililik sa lanmaktadır. Roman Katolik, hatta *scientology* kilisesi, Müslüman camileri (*Muslim mosques*) yan, s,ra az say,da eyh ve Hindu mabetleri (*Sikh and Hindu temples*), resmî evlili e hizmet eden dinî motifler aras,nda say,labilir⁵⁶.

ngiliz Aile Hukuku^{nda}, dinî mabetlerin yöneticileri taraf,ndan, dinî mabetlerin yak,n,ndaki uygun mekânlar, resmî kabul gören dinî nikâh k,y,lmas, için, bina olarak kay,t ettirilebilir. Dinî nikâh,n resmile mesinde, kay,tl, evlilik (*registered marriage*), kay,tl, bina (*registered building*) ve evlendirmeye yetkili ki i (*authorised person*) terimleri ön plandadır,⁵⁷. ngiliz Hukuku^{nda}, evlenmenin eklinin tâbi oldu u kanunlar öyle s,ralanabilir: öncelikle, 1986 Aile Hukuku Yasas, (*Family Law Act 1986*)⁵⁸; ard,ndan, 1949 Evlenme Yasas, (*Marriage Act 1949*)⁵⁹ ve 1855 badet Yeri Kay,t Yasas, (*Places of Worship Registration Act 1855*)⁶⁰.

Evlili in varlık kazanmas,na ek olarak ispat edilmesinde ara t,r,lan kay,tl, bina ve evlendirmeye yetkili ki i kavramlar, 1949 Evlenme Yasas,ın, 26 (1) (a) bendinde ve 41-44 aras, alt ba l,klar,nda düzenlenmektedir. 1949 Evlenme Yasas,ın, alt ba l,k 26 (1) (a) bendindeki, ÷evlenecek ki ilerinin kabul etti i ve uygun gördü ü ekil ve seremoniye göre kay,tl, bina içinde evlilik (*marriage in a registered building according to such form and ceremony as the persons to be married see fit to adopt*)ö ibaresi önemlidir. Bu ibareye göre, baz, camilerin yamac,ndaki binalar, kaydetme ve bu camilerin yöneticilerini (*the chairman of the mosques*) yani imamlar,n, sertifikaland,rarak evlendirme yetkisiyle donatma yoluyla erâ nikâh,n öñü Birle ik Krall,kta aç,kt,r⁶¹.

Yetkili ki i huzurunda, resmî nikâh dinî törenle akdedildi inde, taraflar u cümleyi kurar: *öBen, ki inin ismi ve soyad,, seni evlili e adanm, (wedded) kar,m veya kocam kabul ediyorum (do take)*ö⁶². 1949 Evlenme Yasas,ın, 53-66 aras, alt ba l,klar,nda, yetkili ki i taraf,ndan kay,tl, binada akdedilen evlenmenin ekline dair ayr,nt,lara de inilmektedir. Meselâ, kayd, kabil evlilikler s,ralan,r; evlilik kay,t defterinin kullan,lmas, ve saklanması, tarif edilir; yanl, kay,tlar,n düzeltilme yolu gösterilir; her türlü kay,t doküman,n,n ilgili sicillere postayla gönderilmesi aç,klan,r. Özellikle, ayn, yasan,n 55 say,l, alt ba l, ,nda, kay,tl, bina, iki ahit, kay,t defterini imza zorunlulu u ve k,y,lan nikâh,n matbu formu ilgili otoriteye derhal bildirilmesi düzenlenmektedir.

V. ÖNER LER N SUNULMASI

Bu çal, ma sayesinde elde edilen veriler , , ,nda, iki çe it öneride bulunmak imkân dâhilindedir. Öncelikle, yasa koyucuya, Anayasa-Türk Medenî Kanunu-Nüfus Hizmetleri Kanunu ahengine odaklanmas,; daha do rusu an,lan normlar aras,ndaki uyumu yeniden tesis etmek ad,na müdahalede bulunmas, önerilecektir. kincisi, Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar,n resmî ve dinî evlenme merasimlerinin e zamanl, kar ,lanmas,na yönelik ihtiyaçlar, tart, maya aç,lacakt,r.

Müftülere evlendirme yetkisi tan,nmas,yla, Türk Medenî Kanunu^{nın} 143^{üncü}

for All, London 2010, p.9, http://www.onelawforall.org.uk/wp-content/uploads/New-Report-Sharia-Law-in-Britain_fixed.pdf (Accessed April 1, 2019).

⁵⁵WINFIELD, Holly: Marriage: A review of the documented state of the union in England, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, February 2016, p.2, 5, <http://www.civitas.org.uk/content/files/marriageareviewofthedocumentedstateoftheunioninengland.pdf> (Accessed April 1, 2019).

⁵⁶CRETNEY, Stephen M./MASSON, Judith M./BAILEY-HARRIS, Rebecca: Principles of family law, Sweet&Maxwell, Seventh Edition, London 2003, prg. 1-043, 1-038, 1-040, n. 27. EEKELAAR, John: Family Law and Personal Life, Oxford University Press, First Edition, Oxford 2006, p. 162, 163, 166, 167, 169.

⁵⁷SANDBERG, p. 1-6, 19, n. 27, 101. OBE, p. 3, 4, n. 1.

⁵⁸The National Archives: öFamily Law Act 1986ö, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/55/pdfs/ukpga_19860055_en.pdf (Accessed April 1, 2019).

⁵⁹The National Archives: öMarriage Act 1949ö, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1949/76/pdfs/ukpga_19490076_en.pdf (Accessed April 1, 2019).

⁶⁰The National Archives: öPlaces of Worship Registration Act 1855ö, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1855/81/pdfs/ukpga_18550081_en.pdf (Accessed April 1, 2019).

⁶¹GRILLO, Ralph: Muslim Families, Politics and the Law: A Legal Industry in Multicultural Britain, Ashgate, First Edition, Surrey/England 2015, p.49.

⁶²CRETNEY/MASSON/BAILEY-HARRIS, prg. 1-038, 1-040, n.27.

maddesinin 24ncü f,kras, ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 224ncü maddesinin 24ncü f,kras, aras,nda ortaya ç,kan çat, ma giderilmelidir. Çünkü sonra gelen özel kanunla, Anayasa kalkan,nda korunan genel kanun maddesinin ihlâl edilmesi normlar hiyerar isini bozmaktadır.⁶³ Oysa iki ihtimalden biri seçilebilirdi: Anayasa'n, n 1744ncü maddesinin 44ncü bendi korumas,ndaki Türk Medenî Kanunu'nun 1434ncü maddesinin 24ncü f,kras,na müdahale edilebilirdi veya ilgili genelgede evlenmenin dinî ve resmî törenlerinin öncelik sonral,k s,ralamas,na ve kronolojik ayr, mas,na özen gösterilebilirdi.⁶⁴

İlgili genelgede evlenmenin dinî ve resmî törenlerinin öncelik sonral,k s,ralamas,na ve kronolojik ayr, mas,na özen gösterilmedi i, e zamanl,l, ,n tercih edildi i a ikârd,r. Art,k bu konu özelinde normlar hiyerar isinin yeniden in as, ad,na, Türk Medenî Kanunu'nun 1434ncü maddesinin 24ncü f,kras,ndaki ödinî nikâh,n ancak resmî nikâhtan sonra yap,labilmesiö kural,, ökanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru huzurunda gerçekle meyen dinî nikâh töreninin Türk Medenî Hukuku huzurunda yok say,ld, ,n,n ihtar edilmesiö yöntemle seyreltilebilir. Böylece, Anayasa ve genel kanun maddesi ile özel kanun maddesi aras,ndaki uyum yeniden yakalanabilir.

Teklif edilen yöntemde, pek tabii ki, dinî nikâh töreni ihtiyarî olup, tören eklini, kanunun yetkilendirdi i evlendirme memurunu seçerek müstakbel e ler belirlemektedir. Bununla birlikte, ökanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru huzurunda gerçekle meyen dinî nikâh töreninin Türk Medenî Hukuku huzurunda yok say,ld, ,n,n ihtar edilmesiö sayesinde, basitçe yokluk yapt,r,m, yinelenir ki, böylesine kanun maddesi yazma tekni i, evlenmenin dinî ve resmî törenlerinin e zamanl, yap,lmas,na engel te kil etmez.

Art,k aile cüzdan,na, evlenmenin dinî töreninin yolunu açan adeta pasaport veya vize eklinde yakla ,lmas,, mazide kalm, t,r. Zira müftü huzurunda ve yönetiminde evlenmenin dinî ve resmî merasimleri birle tirilince, ki burada her iki çe it töreninin kombinesi söz konusudur, aile cüzdan, takdim edilmeden, daha törenin ba ,, hatta ortas, dâhi dinî ö elerle bezelidir. u hâlde, önerilen yöntemi yasala t,r,mak noktas,nda, Türk Medenî Kanunu'nun 1434ncü maddesinin 24ncü f,kras, öyle de i ebilir: ödinî nikâh töreni ihtiyarî olup, tören ekli, kanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru seçilerek belirlenir. Dinî tören kanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru önünde ve yönetiminde gerçekle mezse evlenme yokturö. Böylece Anayasa'n, n 1744ncü maddesinin 44ncü bendi kalkan,nda sakl, tutulan k,s,m, reform geçirmi olsa da, devrim mahiyetini lay,k,yla ilelebet koruyacaktır. Amaç, vatanda lara evlenmenin dinî törenini yasaklamak de ildi; onlar,n resmî evlenmeden mahrum, özellikle kad,nlar,n evlilik hukukundan do an haklar,ndan yoksun kalmas,na mani olmaç,. Üstelik tavsiye edilen ödinî tören kanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru önünde ve yönetiminde gerçekle mezse evlenme yokturö cümlesi, 1434ncü maddenin 24ncü f,kras,na yerle ti inde, yine evlenmenin geçerlili inden bahseden 34ncü f,krayla harmoni korunmaktadır.

Türk Medenî Kanunu'nun 1434ncü maddesinin 24ncü f,kras, yerine *de lege ferenda* önerilen ödinî nikâh töreni ihtiyarî olup, tören ekli, kanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru seçilerek belirlenir. Dinî tören kanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru önünde ve yönetiminde gerçekle mezse evlenme yokturö f,kras,, müftü yönetiminde dinî ve resmî törenlerin harmanlanmas,yla akdedilen evlenmeye kucak açt, , gibi; vatanda lar,n, bilhassa kad,n ve çocuklar,n, s,r,f dinî nikâhla yetinilmesi yüzünden, resmî evlenme akdiyle kavu ulan mühim medenî haklardan varest e kalmamas,n, da temin etmektedir.

Normlar hiyerar isinin yeniden in as,n,n ard,ndan, Türkiye Cumhuriyeti'nin milletleraras, taahhüdü ve anayasal ilkeleri çerçevesinde beliren ikinci öneri konusuna s,ra gelmi tir. Dikkat çekilmelidir ki, Türkiye Cumhuriyeti vatanda , Hristiyan ve Yahudilerin, ayr,ca Sünnî olmayan Müslümanlar,n evlenmenin dinî törenine eri imi, Sünnî Müslümanlar,n ayn, imkâna kavu mas,na nazaran daha zahmetlidir. Sünnî olmayan Müslümanlar ve gayrimüslimler, Türk Medenî Kanunu'nun 1434ncü maddesinin 24ncü f,kras,yla ba l, vaziyette, ancak resmî törenden sonra, dilerlerse dinî törene ula abilirken; Sünnî Müslümanlar, resmî ve dinî törenlerin müftü huzurunda harmanlanmas, avantaj,yla ödüllüdür. Sünnî olmayan Müslümanlar ve gayrimüslimler, Türk Medenî Kanunu'nun 1434ncü maddesinin 24ncü f,kras,na göre, evlenmenin dinî törenine ihtiyaç duyuyorlarsa, bu gereksinimlerini resmî nikâh

⁶³ÖZEL, ödMüftülüklere Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesiö, s.21, 22. Ayn, yönde bkz. TÜZÜNER, s.50, 51, 67.

⁶⁴TÜZÜNER, s.67, 68.

merasiminin ard,na ötelemek zorundadır. Oysa Sünnî Müslümanlar böylesine ötelemeyle ba l, olmad,klar, gibi, her iki tören eklinin pe i s,ra de il, müftü yönetiminde senkronize yerine getirilmesi imkân,yla adeta imtiyazlıdır.

Lozan Anlaşması'nın 42'nci maddesine ek olarak, kamet ve Salâhiyeti Adliye Hakkında Mukavelename'nin 16'nci maddesi, Anayasa'nın 10 ve 24'üncü maddelerinde ifadesini bulan ve Türk Medenî Kanunu'nun 8 ve 341'inci maddelerinde güçlendirilen e itlik ilkesi ile inanç/din seçme ve seçilen inanc./dini pratik etme (ya ama) özgürlü ü çerçevesinde, Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar, n resmî ve dinî evlenme merasimlerinin e zamanla, kar ılanması,na yönelik ihtiyaçlar, tart, maya aç,ktır.

Mevcut hukukî konjonktürde, Sünnî Müslüman vatandaşlar, dilerlerse, evlenmenin resmî ve dinî törenlerinin senkronize kar ılanması,na, il ve ilçe müftülükleri vas,tas,yla eri ebilirken; ayn, veya benzeri imkân,, Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar haiz de ildir. Daha do rusu, Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar, evlenmenin resmî ve dinî törenlerinin kombine edilmesi ihtiyar,na sahip olmad,klar, için, isteseler de dinî nikâh merasimlerine, ancak resmî törenin ard,na erteleyerek ula abilir.

Türkiye Cumhuriyeti'nde, müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,lıması,yla slâm'ın Sünnî boyutu lay,k,yla tatmin edilmiştir. E itlik ve inanç özgürlü ü izdü ümünde, Türk Aile Hukuku, resmî kabul edilen dinî nikâh merasimi çerçevesini genişletirken, uygun sosyolojik, ekonomik, politik ve diplomatik artılar olu tukça, di er dinler yan, s,ra, slâm'ın Sünnilik d, ındaki boyutlar, n,, meselâ Alevilik i ve ilik i de dikkate alabilir.

Türkiye Cumhuriyeti'nde, slâm'ın Sünnî boyutu aç,s,ndan, müftüye; Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar, n inançlar,, özellikle Alevilik, ilik, Hristiyan ve Yahudilik bak,m,ndan, hangi dinî statüler özde se veya denkse, bu dinî statü özde lerinin de, resmî evlendirme memurlar, aras,na kat,lıması, talep edilebilir. Aslında bu talebin temeli, zaten 7039 Sayılı Kanun'un 6'nci maddesiyle çoktan at,lm, t,. Belki de, kanun koyucu, müftülerin evlendirme memurlar, aras,na katmakla, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlar, gayrimüslimler yan, s,ra Sünnî olmayan Müslümanlar, n da özde hak talep edebileceklerini tahmin etmiştir. Söz konusu talep ileri sürülürse, kabulü, sadece Lozan Anlaşması'nın 42'nci maddesi uyarınca de il, kamet ve Salâhiyeti Adliye Hakkında Mukavelename'nin 16'nci maddesine göre de, ayrıca Anayasa'nın 10 ve 24'üncü maddelerinde ifadesini bulan ve Türk Medenî Kanunu'nun 8 ve 341'inci maddelerinde teyit edilen e itlik ilkesi yan, s,ra inanç/din seçme ve seçilen inanc./dini pratik etme (ya ama) özgürlü ü yönünden de tart, labilir.

VI. SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti'nde müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,lıması,, 2017 y,ı, sonunda gerçekte en yasal gelişme olarak, kadın ve çocu un korunması, noktasında isabetli adım telakki edilebilir. Bu vesileyle, s,rf dinî nikâh huzurunda e iyle birlikte ya am, kadın yan, s,ra böylesine fiilî birliktelikte dünyaya gözlerini açm, çocu un aile hukuku kaynaklı hakları,ndan k,smen veya tamamen mahrum kalması,na direnilebilir.

Müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,lıması, yönünde, öncelikle, 7039 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda De i iklik Yap,lıması,na Dair Kanun marifetiyle, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu de i miştir. Ard,ndan, Evlendirme Yönetmeli i'nde De i iklik Yap,lıması,na Dair Yönetmelik sayesinde, Evlendirme Yönetmeli i tadil edilmiştir. çileri Bakanlık, ın, 30.11.2017 tarihli ve 132911 sayılı, oluru, evlendirme memurlu u yetkisinin il ve ilçe müftülerine tan,nd, , hususunu yinelemiştir. çileri Bakanlık, ın, an,lan oluru üzerine, Diyanet leri Bakanlık, , il ve ilçe müftülerine hitaben, Resmî Nikâh Yetkisi Hakkında 2018/1 Sayılı Genelge yay,mılam, tır.

Aç,ılan yasal sirkülasyon neticesinde, müftü yönetiminde kurulan evlenme akitlerinde tatbik edilen tören, dinî ve resmî karmasıdır. Resmî Nikâh Yetkisi Hakkında Genelge uyarınca tatbik edilen evlendirme, dinî ve resmî merasimlerin (e zamanla,) kombinesidir. 2018/1 Sayılı Genelge mucibince ika edilen merasimde, evlenmenin dinî ve resmî törenleri (senkronize) harmanlan,ır. Söz konusu genelge merkezinde iki farklı törenin kombine (senkronize) edilmesi, Anayasa'nın 174'üncü maddesinin 4'üncü bendini ve Türk Medenî Kanunu'nun 143'üncü maddesinin 2'nci fıkrasını, ihlâl eder. Özel kanunla, ne Anayasa, ne de genel kanun ihlâl

edilebilir.

Normlar hiyerar isinin yeniden in as, ad,na Türk Medenî Kanunuğunun 143üncü maddesinin 2üncü f,kras, yerine *de lege ferenda* teklifte bulunulur. Önerilen yöntemde, pek tabii ki, dinî nikâh töreni ihtiyarî olup, tören eklini, kanunun yetkilendirdi i evlendirme memurunu seçerek müstakbel e ler belirler. Bununla birlikte, ökanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru huzurunda gerçekle meyen dinî nikâh töreninin Türk Medenî Hukuku huzurunda yok say,ld, ,n,n ihtar edilmesiö sayesinde, basitçe yokluk yapt,r,m, yinelenir ki, böylesine kanun maddesi yazma tekni i, evlenmenin dinî ve resmî törenlerinin e zamanl, yap,lmas,na engel te kil etmez.

Art,k aile cüzdan,na, evlenmenin dinî töreninin yolunu açan adeta vize veya pasaport ekinde yakla ,lmas,, mazide kalm, t,r. Teklif edilen yöntemde, resmî ve dinî törenlerin kronolojik ayr, mas,na ve art arda s,ralanmas,na dayal, mevcut sistem, kanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru huzurunda gerçekle meyen dinî evlenme merasiminin yoklu unun ihtar edilmesiyle seyreltilir. Türk Medenî Kanunuğunun 143üncü maddesinin 2üncü f,kras,na yerle mesi ümit edilen iki cümle öyledir: öDinî nikâh töreni ihtiyarî olup, tören ekli, kanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru seçilerek belirlenir. Dinî tören kanunun yetkilendirdi i evlendirme memuru önünde ve yönetiminde gerçekle mezse evlenme yokturö. Böylece, Anayasaın,n 174üncü maddesinin 4üncü bendi kalkan,nda korunan k,s,m reform geçirse de, devrim misyonunu lay,k,yla ilelebet yerine getirecektir. Üstelik tavsiye edilen iki cümle, 143üncü maddenin 2üncü f,kras,na yerle ti inde, yine evlenmenin geçerlili inden bahseden 3üncü f,krayla harmoni korunmaktadır.

Birle ik Krall,k topraklar,nda, Yahudi *Beth Din*, Evlilikle İgili Roman Katolik Kilisesi Mahkemesi ve Müslüman eriat Konseyi isimli yarg,lama makamlar,, yabanc, hukuk olarak dinî hukuk uygulay,p karar vermektedir. Müslüman eriat Konseyi d, ,nda, önemli kentlerde, 2000di y,llardan bu yana hizmet veren Müslüman Tahkim Mahkemeleri bulunmaktadır. Evlenme, gerek devlet, gerek izinli dinî organizasyonlar önderli inde akdedilebilir. Resmî evlili i olu turan dinî seremoni, çe itlilik arz eder; Anglikan kilisesine münhas,r de ildir. Yahudi, Ortodoks ve Kuveyk,r inançlar, kadar, Roman Katolik, hatta *scientology* kilisesinin, ayr,ca Müslümanlara ek olarak Hindular,n dinî nikâh seremonileri resmî evlilik seviyesinde tan,nabilir.

ngiliz Aile Hukukuında, 1949 Evlenme Yasas,ın,n 26 (1) (a) bendi yan, s,ra, 41-44 ve 53-66 aras, alt ba l,klar,, dinî mabetlerin yöneticileri taraf,ndan, dinî mabetlerin yak,n,ndaki uygun mekânlar,n, dinî ve resmî nikâh,n kombine sunulabilmesi için, bina olarak kay,t ettirilmesini sa lamaktadır. Öyle ki, dinî nikâh,n resmile mesi, kay,tl, binada, evlendirmeye yetkili ki i huzurunda gerçekle en kay,tl, evlilik sayesinde.

Mukayese olarak sunulan ngiliz Aile Hukuku, Lozan Anla mas,ın,n 42üncü maddesine ek olarak, kamet ve Salâhiyeti Adliye Hakk,nda Mukavelenameının 16ünc, maddesine bak, aç,s,n,, seçilen dini pratik etme (ya ama) özgürlü üne çevirebilir. Mevcut hukukî konjonktürde, Sünnî Müslüman vatandaş lar, dilerlerse, evlenmenin resmî ve dinî törenlerinin e zamanl, kar ,lanmas,na, il ve ilçe müftülükleri vas,tas,yla eri ebilirken; ayn, imkân,, Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatandaş lar haiz de ildir. Daha do rusu, Sünnî olmayan Müslümanlar ve gayrimüslimler, ihtiyaç duyarlarsa, evlenmenin dinî merasimine, Türk Medenî Kanunuğunun 143üncü maddesinin 2üncü f,kras,yla ba l, vaziyette, ancak resmî törenden sonra kavu abilirken; Sünnî Müslümanlar, dinî töreni evlenmenin resmî töreninin ard,na ötelemek zorunda de ildir, resmî ve dinî merasimlerin müftü huzurunda harmanlanmas, avantaj,yla ödüllüdür.

Lozan Anla mas,ın,n 42üncü maddesine ek olarak kamet ve Salâhiyeti Adliye Hakk,nda Mukavelenameının 16ünc, maddesi, ayr,ca Anayasaın,n 10 ve 24üncü maddelerinde ifadesini bulan ve Türk Medenî Kanunuğunun 8 ve 341üncü maddelerinde teyit edilen e itlik ilkesi ile inanç/din seçme ve seçilen inanc,/dini pratik etme (ya ama) özgürlü ü çerçevesinde, Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatandaş lar,n resmî ve dinî evlenme merasiminin e zamanl, kar ,lanmas,na yönelik ihtiyaçlar, tart, maya aç,kt,r. Asl,nda bu tart, may,, müftüleri evlendirme memurlar, aras,na katan 7039 Say,l, Kanun ba latm, t,r. Belki de, kanun koyucu, müftüleri evlendirme memurlar, aras,na katmakla, Türkiye

Cumhuriyeti vatanda , gayrimüslimler yan, s,ra Sünnî olmayan Müslümanlar,n da özde hak talep edebilece ini tahmin etmi tir.

Her hâlde, müftülerin evlendirme memurlar, aras,na kat,lmas,yla slâmın Sünnî boyutu lay,k,yla tatmin edilmi tir. E itlik ilkesi ve inanç özgürlü ü, ayr,ca Türkiye Cumhuriyetiinin medenî nikâh akdi konusundaki milletleraras, taahhüdü izdü ümünde, resmî kabul edilen nikâh merasimi çemberi geni letilirken, uygun sosyolojik, ekonomik, politik ve diplomatik artlar olu tukça, di er dinler yan, s,ra, slâmın Sünnilik d, ndaki boyutlar, da dikkate al,nabilir. Türkiye Cumhuriyetiinde, slâmın Sünnî boyutu bak,m,ndan, müftüye; Sünnî olmayan Müslüman ve gayrimüslim vatanda lar,n inançlar,, özellikle Alevilik, ilik, Hristiyan ve Yahudilik aç,s,ndan, hangi dinî statüler özde se/denkse, bu dinî statü özde lerine/denklerine, evlenmenin resmî ve dinî törenlerini harmanlama yetkisi kanunla tan,nabilir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATE , Derya: Türk Medenî Hukuku, Cilt: II, Aile Hukuku, Beta, 21. Bask., stanbul 2019.
- AKYOL, Taha: öMüftü Nikâh,ö, <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/taha-akyol/muftu-nikahi-40612802> (YT. 17.10.2017; ET. 13.3.2019).
- AYBEY, Salih: öMüftülüklere Gelen Evlilikle İgili Sorunlar,n Çözümünde Dinî Dan, manl, ,n Rolüö, Uluslararası, Sosyal Ara t,rmalar Dergisi, 2016, 9(44), s. 1327-1332.
- BERESFORD, Sarah: öSeeking Secularism: Resisting Religiosity in Marriage and Divorce - A Comparative Study of England and Americaö, Web Journal of Current Legal Issues, 2011, Iss. 3, p.1-19, <http://eprints.lancs.ac.uk/52299/1/WJCLI.pdf> (Accessed April 1, 2019).
- CRETNEY, Stephen M./MASSON, Judith M./BAILEY-HARRIS, Rebecca: Principles of family law, Sweet&Maxwell, Seventh Edition, London 2003.
- ÇINAR, Tuba: öTanzimat Sonras, Gayrimüslim Osmanl, Vatanda lar,n,n Aile Hukuku: Evlenme ve Bo anmaö, Avrasya ncelemeleri Dergisi (Journal of Eurasian Inquires), 2018, VII(2), s.106-152.
- DURAL, Mustafa/Ö ÜZ, Tufan/GÜMÜ , Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Filiz, 14. Bask., stanbul 2019.
- ER NÇ, Muhammed: öDinî Nikâh-Resmî Nikâh Kar ,la t,rmas, ve Müftülere Nikâh Görevinin Verilmesiö, slâm Hukuku Ara t,rmalar, Dergisi, 2017, S.30, s.299-336.
- EEKELAAR, John: Family Law and Personal Life, Oxford University Press, First Edition, Oxford 2006.
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin, 2. Bask., Ankara 2019.
- GÖREN, Zafer: öGenel E itlik lkesiö, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Ara t,rmalar, Dergisi, 2016, 22(3), s.3279-3301.
- GRILLO, Ralph: Muslim Families, Politics and the Law: A Legal Industry in Multicultural Britain, Ashgate, First Edition, Surrey/England 2015.
- HATEM , Hüseyin: Aile Hukuku, On ki Levha, 7. Bask., stanbul 2019.
- ISMAIL, M. Imam: Muslim Cultural Awareness Course, The University of Sheffield, April 2017, p.1-47, https://www.sheffield.ac.uk/polopoly_fs/1.701049!/file/Muslim_culture_training_book_2017.pdf (Accessed Mai 20, 2019).
- JAESCHKE, Gotthard: öTürk Hukukuında Evlenme Akdinin ekliö, BERK N, Necmettin M. (Çev.), s. 400-431, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96522> (ET. 10.4.2019).
- L V, Cemil: öGünümüzde mam Nikâh,na Yöneli lerin Gerekçeleri ve Resmî Nikâh le mam Nikâh,n,n F,khî Aç,dan Kar ,la t,r,lmas,ö, Amasya Üniversitesi lahiyat Fakültesi Dergisi, 2013, 1(2), s.163-191.
- NAMAZIE, Maryam: Sharia Law in Britain: A Threat to One Law for All and Equal Rights, Published by One Law for All, London 2010, p.1-34, http://www.onelawforall.org.uk/wp-content/uploads/New-Report-Sharia-Law-in-Britain_fixed.pdf (Accessed April 1, 2019).
- KAMA, Sezen: öOsmanl, Hukukuında Evlilik Akdi ve Söz Konusu Akdin 1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesiöne Göre Osmanl, Tabiiyetine Etkisiö, stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuas,, 2013, 71(1), s.673-708.
- KENANO LU, Macit: Osmanl, Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, Klasik Yay,nlar,, stanbul 2004.
- KÖKTA ATICI, Nilgün/BÜYÜKBA , Hakk,: öLozan Anla mas,, Dinî Az,nl,klar ve D, li kiler Boyutuö, Ardahan Üniversitesi ktisadî ve darî Bilimler Fakültesi Dergisi, 2016, S.3 (Nisan), s.1-11.
- KUTLU, Sönmez: öDiyanet leri Ba kanl, , ve slâm çi Dinî Gruplarla (Mezhep ve Tarikatlar) li kileriö, Dinî Ara t,rmalar Dergisi (Journal of Religious Studies), 2009 (Ocak-Nisan), 12(33), s.107-127.

- OBE, David Hodson: The Islamic Marriage in the Context of the Practice of English Family Law, The International Family Law Group, April 2015, Page: 1-9, <https://www.davidhodson.com/userFiles/islamicmarriageconundrum2.pdf> (Accessed April 1, 2019).
- ÖZEL, Sibel: öMüftülüklere Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesiö, Baro Birlik Dergisi, 2017, S.30, s.20-22 (ÖZEL, öMüftülüklere Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesiö).
- ÖZEL, Sibel: öMüftü Nikâh, Toplumu Bölerö, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/798434/Muftu_nik_hi_toplumu_boler__SiBEL_OZEL_yazdi.html (YT. 8.9.2017; ET. 10.4.2019).
- PUPPINCK, Grégor: öLautsi v. Italy-An Alliance Against Secularismö, Published in LøOsservatore Romano on 28 July 2010, p.1-8, <https://7676076fde29cb34e26d-759f611b127203e9f2a0021aa1b7da05.ssl.cf2.rackcdn.com/eclj/ECLJ-LautsivItaly-crucifix-case-20110315.pdf> (Accessed March 19, 2019).
- PUPPINCK, Grégor: öThe case of Lautsi v. Italy: a synthesisö, Article presented at the Eighteenth Annual International Law and Religion Symposium, Religious Freedom in a Pluralistic Age: Trends, Challenges and Practices, 2-4 October 2011, International Center for Law and Religion Studies, Published on 3 November 2011, J. Reuben Clark Law School, Brigham Young University, p. 1-38, https://www.religlaw.org/content/blurb/files/ARTICLE_LAUTSI_PUPPINCK_English_BYU_Law_Review.pdf (PUPPINCK, The Case; Accessed March 16, 2019).
- SANDBERG, Russell: öIslam and English Lawö, Law and Justice, Published by The Edmund Plowden Trust, 2010, Iss. 164, p. 27-44, https://www.researchgate.net/publication/308539445_Islam_and_English_law (Accessed April 1, 2019).
- SARIKAYA, Saffet Mehmet: öDiyanet leri Ba kanl, , Yay,nlar,nda Mezhebî Tutum ve E ilimlerö, slâmî Ara t,rmalar Dergisi (Journal of Islamic Research), 2018, C. 29, S. 2, s. 268-287.
- SCHLÜTTER, Birgit: öCrucifixes in Italian Classrooms: Lautsi v. Italyö, European Human Rights Law Review, 2011, Iss.6, p.86-92, https://www.researchgate.net/publication/256029663_Case_Analysis_-_Crucifixes_in_Italian_Classrooms_Lautsi_v_Italy (Accessed April 2, 2019).
- SÜTCÜ, Mehmet Sait: öOsmanl, Devletiönde Müftülük Kurumu: Anadolu Müftüleriö, Tarih Okulu Dergisi, Aral,k 2017, 10, S.32, s. 459-536, <http://dx.doi.org/10.14225/Joh1167> (ET. 2.4.2019).
- EN, Ersan: öResmî Nikâhö, <http://www.hukukihaber.net/resmi-nikah-makale,5462.html> (YT. 5.10.2017; ET. 13.3.2019).
- TÜZÜNER, Özlem: Müftülerin Evlendirme Memurlar, Aras,na Kat,lmas,, Aristo, 1. Bask,, stanbul 2018.
- UYANIK, Zeki: öMüftülüklere Resmî Nikâh K,yma Yetkisinin Verilmesi ve slâm Hukuku Aç,s,ndan Uygulamada Kar ,la ,labilecek Muhtemel Problemlerö, slâm Hukuku Ara t,rmalar, Dergisi, 2018, S.31, s. 389-413.
- WINFIELD, Holly: Marriage: A review of the documented state of the union in England, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, February 2016, p.1-19, <http://www.civitas.org.uk/content/files/marriageareviewofthedocumentedstateoftheunioninengland.pdf> (Accessed April 1, 2019).
- YÜKSEL, Reyhani Sera: öTürk Medenî Kanunu Bak,m,ndan Kad,n Erkek E itli iö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 18, S. 2, s. 175-200.
- ZUCCA, Lorenzo: öLautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamberö, International Journal of Constitutional Law, Published on 7 January 2013, 2013, 11(1), p.218-229, <https://doi.org/10.1093/icon/mos008> (Accessed March 19, 2019).

YARARLANILAN WEB S TELEER


- Ayd,n Valili i: öMüftülük Personeli Evlendirme Memurlu u E itimiö, <http://www.kosk.gov.tr/muftuluk-personeli-evlendirme-memurlugu-egitimi-04-08-aralik> (HYT. 12.12.2017; ET. 9.3.2019).
- AYM., E.2014/36, K.2015/51, T.27.5.2015 (RG:10.6.2015, 29382), <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ce-d1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (ET. 9.3.2019).
- AYM., E.2017/180, K.2018/109, T.6.12.2018 (RG:23.1.2019, 30664), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/594d6ee8-d368-4bfe-b19f-2832f2c979cb?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (ET. 15.3.2019).
- Bak,rköy Müftülü ü: öNikâh lemi çin Gerekli Belgelerö, <https://istanbul.diyanet.gov.tr/bakirkoy/Sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=236&MenuCategory=Kurumsal> (HYT. 16.7.2018; ET. 13.3.2019).

- Ba vekâlet Müdevvenat Müdüriyeti: öLozan Sulh Muahedenamesinin Kabulüne Dair Kanunlarö, Üçüncü Tertip, C.5, T.11.9.1931, Necmi stikbal Matbaas., stanbul 1931, <http://www.ttk.gov.tr/wp-content/uploads/2016/11/3-Lozan13-357.pdf> (ET. 12.5.2019).
- Birmingham (Central) Mosque Trust Ltd.: öMarriage Registration Procedure-Islamic Nikah & Registered Civil Ceremony Combinedö, https://centralmosque.org.uk/wp-content/uploads/2017/06/936_Marriage-Procudue.pdf (Accessed Mai 20, 2019).
- Diyanet leri Ba kanl,,: öDiyanet leri Ba kanl, ,öndan 2018/1 (69097877-204-E.13744) Say,1, ve 1.2.2018 Tarihli Resmî Nikâh Yetkisi Hakk,nda Genelgeö, [https://hukukmusavirligi.diyamet.gov.tr/Documents/N KAH%20GENELGES .pdf](https://hukukmusavirligi.diyamet.gov.tr/Documents/N%20KAH%20GENELGES.pdf) (ET. 9.3.2019).
- European Court of Human Rights: öLautsi and Others versus Italyö, 30814/06, 18 March 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-104040&filename=001-104040.pdf> (Accessed March 16, 2019).
- Fatih Müftülü ü: öNikâh lemi çin Gerekli Belgelerö, <https://istanbul.diyamet.gov.tr/fatih/Sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=754&MenuCategory=Kurumsal> (HYT. 12.4.2018; ET. 13.3.2019).
- stanbul Müftülü ü: ö stanbul Müftülü ü Personeline Nikâh lemleri E itimiö, [https://istanbul.diyamet.gov.tr/Sayfalar/contentdetail.aspx?MenuCategory=Kurumsal &contentid=998](https://istanbul.diyamet.gov.tr/Sayfalar/contentdetail.aspx?MenuCategory=Kurumsal&contentid=998) (HYT. 8.5.2018; ET. 9.3.2019).
- Kastamonu Müftülü ü: öNikâh lemi çin Gerekli Belgelerö, <https://kastamonu.diyamet.gov.tr/catalzeytin/Sayfalar/contentdetail.aspx?ContentId=nikah-islemleri&MenuCategory=Kurumsal> (HYT. 23.10.2018; ET. 13.3.2019).
- Le Conseil fédéral: öCode Civil Suisseö, <https://www.admin.ch/ch/f/rs/c210.html> (Accessed April 27, 2019).
- Le Conseil fédéral: öSwiss Civil Codeö, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201801010000/210.pdf> (Accessed April 27, 2019).
- Mevzuat Bilgi Sistemi: ö5490 Say,1, Nüfus Hizmetleri Kanunu (De i iklik lenmi Hâli)ö, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5490.pdf> (ET. 9.3.2019).
- Mevzuat Bilgi Sistemi: ö7039 Say,1, Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Baz, Kanunlarda De i iklik Yap,Imas,na Dair Kanunö, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/11/20171103-16.htm> (ET. 9.3.2019).
- Mevzuat Bilgi Sistemi: öEvlendirme Yönetmeli i (De i iklik lenmi Hâli)ö, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.859747.pdf> (ET. 9.3.2019).
- Mevzuat Bilgi Sistemi: öEvlendirme Yönetmeli içinde De i iklik Yap,Imas,na Dair Yönetmelikö, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/02/20150210-4.htm> (ET. 9.3.2019).
- Milliyet: öEvlenme Kütük Defteri Müftüye Teslim Edildiö, <http://www.milliyet.com.tr/evlenme-kutuk-defteri-muftuye-teslim-adiyaman-yerelhaber-2451540/> (HYT. 7.12.2017; ET. 9.3.2019).
- Rize Valili i: ö l Müftülük Personeli Evlendirme Yönetmeli i E itimiö, <http://www.rizenufus.gov.tr/Haber/Il-Muftuluk-Personeli-Evlendirme-Yonetmeligi-Egitimi-87.html> (HYT. 6.12.2017; ET. 9.3.2019).
- TBMM: öLozan Sulh Muahedenamesinin Kabulüne Dair Kanunlarö, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf (ET. 10.4.2019).
- The National Archives: öFamily Law Act 1986ö, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/55/pdfs/ukpga_19860055_en.pdf (Accessed April 1, 2019).
- The National Archives: öMarriage Act 1949ö, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1949/76/pdfs/ukpga_19490076_en.pdf (Accessed April 1, 2019).
- The National Archives: öPlaces of Worship Registration Act 1855ö, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1855/81/pdfs/ukpga_18550081_en.pdf (Accessed April 1, 2019).
- Türkiye Barolar Birli i: öMüftülük Nikâh,n,n Resmile tirilmesi Toplum Böldeme Yöneliktirö, Baro Birlik Dergisi, 2017, S. 30, s. 19, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/muftuluk-nikahinin-resmilestirilmesi-toplumu-bolmeye-yoneliktir-77907> (YT. 26.7.2017; ET. 8.6.2019).

NAMİK KEMAL'İN DEVLET KURAMI VE DEVLETİN SÜREKLİLİKİNİ SAĞLAYACAK YÖNETİM BİÇİMİ

NAMİK KEMAL'İN THEORY OF THE STATE AND SYSTEM OF GOVERNANCE MODEL THAT ENSURES THE CONTINUITY OF THE STATE

Sabahattin NAL*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.637295>

Makale Bilgi

Gönderilme: 23/10/2019
Kabul: 05/12/2019

Anahtar Kelimeler

*Yeni Osmanlılar,
Namık Kemal,
Güçler Ayrılığı,
Devlet,
Yönetim Biçimi.*

Article Info

Received: 23/10/2019
Accepted: 05/12/2019

Keywords

*Young Ottomans,
Namık Kemal,
Division of Powers,
Government,
Government System.*

Özet


Osmanlı tarihinin ilk muhalefet hareketi Yeni Osmanlıların en önemli mensuplarından biri olan Namık Kemal'in ele aldığı, temel sorun döneminin hemen tüm aydınları gibi, Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu gerilemeden nasıl kurtulacağıydı. Bu soruna çözüm ararken Batılı düşünürlerden beslenmiş, Batı devletlerinin yönetim biçimlerini incelemiştir. Araştırmalarından ulaştığı sonuçta göre, İbn Haldun'un savdığı aksine, devletlerin yıkılması bir kader değildir. Devletler doğanın gereklerine uygun yönetilirse sonsuza kadar yaşayabilirler. Doğanın gereklerine uygun yönetimden anladığı ise eriat üzerine inşa edilmiş bir yönetimdir. O, eriatla doğa hukuk arasında bir ilişki kurmuş, hatta bunların aynı şeyler olduğunu düşünmüştür. Ona göre eriat ve doğa hukuk güçler ayrılığına dayanan bir yönetim biçimini gerektirmektedir. Zaten İslam tarihine, Osmanlı tarihine bakıldığında meşruyet usulünün geçerli olduğu görülmüştür. Osmanlı Devleti, bu yönetim anlayışından uzaklaşmış, tüm yetki tek elde toplanmış, için gerilemiştir. Ona göre bu durumdan kurtulmanın yolu, doğanın gereklerine uygun olan meşru yönetimden geçmektedir. Böylece Namık Kemal, devletin kurtuluşu ve devamlılığı için aradığı çözümü, Osmanlı'nın mevcut yönetim biçiminde yapacağı değişiklikte bulmuştur. Ya adanmış dönemde Batıda uygulanan yönetim biçimlerinden esinlenerek, Osmanlı'da, içinde bulunduğu kötü durumdan kurtaracak olan, düşünmüş, güçler ayrılığına, esasına dayanan bir yönetim biçimi geliştirmiştir.

Abstract

Namık Kemal is one of the most significant representatives of the Young Ottomans, the first opposition movement in Ottoman history. Just like his fellow intellectual contemporaries, his main concern was saving the Ottoman state from its downfall. When looking for solutions, he was influenced by Western thinkers and looked into government systems of Western states. He concluded that, contrary to Ibn Khaldun's theory, states are not destined to collapse. As long as states are governed according to nature's rules, they can last forever, and such government means compliance with the shariah. Namık Kemal not only made a connection between natural law and the shariah, but he also believed they were the same. According to Kemal, the shariah and natural law necessitate separation of powers, as demonstrated by the Shura principle in Islamic and Ottoman history. He argues that the decline of Ottomans is due to abandoning this government principle and assembling all power with the Bab-i Ali (the Sublime Porte). In order to save the Ottoman state, the parliamentary system must be instated, as necessitated by natural law. Namık Kemal believed that the salvation and the continuation of the state depend on the government system. Influenced by the Western government systems of his time, he developed a government system embracing the separation of powers which he believed would save the Ottoman state.



Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisans](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD.  senal79@hotmail.com
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2260-6746>

I. G R

Bu çal, mada, Tanzimatın ele tirisini olarak do an, sonralar, bir muhalefet hareketine dönü en¹ Yeni Osmanlılar Cemiyetinin en önemli mensuplarından biri olan Namık Kemalın devletin do u una ve Osmanlı Devletinin içine dü mü oldu u durumdan, gerilemeden nasıl ç,kaca ,na ili kin görü leri incelenmektedir. Namık Kemal ve arkadaş lar,, Tanzimatç,ların sömürü olgusunun fark,nda olmad,klar,n,, bir üst tabakaö meydana getirdiklerini, eriat, unutmak suretiyle kendi kültürlerini kösteklediklerini, Bat,ın, özünü olu turan özgürlükçü ve parlamenter e ilimleri anlamayan, yüzeysel anlamda Bat,ı, olduklar,n, ileri sürmü lerdir.² Onlara göre, Tanzimat ve Islahat Fermanlar,, Avrupa devletlerinin Osmanlı,ın, içi lerine kar, mas,n,n yolunu açm, , Osmanlı topraklar,nda ya ayan milletlerin birbirine dü mesine neden olmu tur.³ Devletin kurtulabilmesi için ad, geçen fermanlarda yer alanlardan daha köklü önlemlere ba vurulmalı,d,r. Bunlar,n ba ,nda da mutlak monar iden me ruti monar iye geçilmesi gelmektedir. Osmanlı,, ancak böyle kurtulabilir ve varlı ,n, devam ettirebilirdi.⁴ Bu köklü de i iklik iste inin bir gere i olarak içinde ya ad,klar, dönemde topluma egemen olan uyu uklu a kar ,yd,lar.⁵ Mardin, onlar,n bu tutumunu ötoplumsal seferberlikö, onlar, da ötoplumsal seferberciö olarak nitelendirmi tir.⁶ Aslı,nda siyasal dü üncelerde bu seferberlik iste i, yalnız Osmanlı,da de il, neredeyse ça da ulusçulu un ortaya ç,kt, , her yerde kar ,la ,lan bir davran, biçimidir. Gellnera göre bunun nedeni, modern merkezîyetçi devletin merkezîyetçili i sa lamaya çal, mas,n,n yöntemlerinden biri, yerel kültürler yerine ulusal kültür geli tirme iste idir. Bu da genellikle yeni bir ulusal e itim ve onunla ko ut yürüten yeni bir kültür sistemi yarat,larak sa lanmaya çal, ,lm, t,r.⁷

Yukarı,da da belirtildi i üzere, Yeni Osmanlı hareketinin en önemli mensuplarından biri olan Namık Kemal, 1840ta Tekirda da do mu tur. Babası, müneccimba , Mustafa Asım Beydir. Buradan saray ile yak,n ili kiler içinde olan bir aileye mensup oldu u anlaşı lmaktadır. Bir süre Beyazıt ve Valide Rüştiyesinde e itim görmü , dedesinin görevi dolay,s,yla bulundu u Karsıta bir din adam,ndan dersler alm, t,r.⁸ Bununla beraber düzenli bir e itim ald, ,n, söylemek güçtür. Önce gümrük memuru olarak çal, m, , daha sonra Tercüme Odası, kalemine girmi tir. Bu arada *Tasvîr-i Efkâr* gazetesinde yazmaya ba lam, t,r. 1867 y,l,nda Parisö gitmi , orada Ziya Pa a ile birlikte *Hürriyet* gazetesini ç,karm, t,r. Avrupaö, iyi bilenlerin say,s,n,n az oldu u bir dönemde Namık Kemal, Avrupaöda k,sa say,lacak bir süre kalmas,na kar ,n Bat,ı, iyi ve kötü yanlar,yla tan,ma olana , bulmu tur.⁹ Bu sayede Bat, ve Do u dünyası, aras,ndaki farklar,, onlar,n birbirleriyle ili kilerini ve yan yana ya ayabilme olanaklar,n, aram, , bu konularda yaz,lar yazm, t,r.¹⁰

¹ ÖZKAN, Kenan/GÖKGÖZ, Gökhan: Ö mparatorluktan Ulus Devlete Geçi Sürecinde Namık Kemalın Dü ünce Dünyası,ö, Belgî, 8 (Yaz 2014/ II), s.1085; KARPAT, Kemal H.: İslamın Siyasalla mas,, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay,nlar,, İstanbul 2004, s.xviii; YET M, Fahri: ÖModern Bir Aydın Hareketi Olarak Yeni Osmanlılar ve İslam Dünyası,ö, Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Nisan 2015, 34, s.9; MARD N, erif: ÖOsmanlı, Bak, Aç,s,ndan Hürriyetö, Çeviren: Mehmet Özden, Türk Modernleşmesi, Der.: Mümtaz Özer Türköne/Tuncay Önder, İletim Yay,nlar,, İstanbul 1994, s.118; KARPAT, Kemal H.: Osmanlıdan Günümüze Asker ve Siyaset, Tima Yay,nlar,, İstanbul 2010, s.42.

² MARD N, erif: ÖBat,ı,kö, Türk Modernleşmesi, s.13-14.

³ BERKES, Niyazi: Türkiyeöde Ça da la ma (Ça da la ma), Do u-Bat, Yay,nlar,, İstanbul 1978, s.284.

⁴ BERKES: Ça da la ma, s.284. Anayasal bir düzen yalnızca Müslüman Osmanlı tebaası, için adil bir yönetim sa lanması, için de il ayn, zamanda Hıristiyan tebaası, korunması, bahanesiyle Rusya,ın, Osmanlı,ın, içi lerine daha fazla kar, ma ihtimalini önlemek için de gerekliydi. Anayasal bir düzen ayn, zamanda Avrupaö, Osmanlı yönetiminin adilli ine ikna ederdi. EYHUN, Ahmet: Said Halim Pa a: Osmanlı Devleti, Adam ve İslam, Dü ünür (1865-1921), Çeviren: Derya Göçer, Everest Yay,nlar,, İstanbul 2010, s.28.

⁵ KAPLAN, Mehmet: ÖNabi ve Orta nsan Tipiö, Ü, Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyat, Dergisi, XI, Aralık, 1961. 2-44; MARD N: ÖTanzimatın Sonra A rı, Bat,ı,la maö, Türk Modernleşmesi, s.58. Namık Kemalö göre, bu dönemde toplum, i lerin di erleri tarafından yapılmamas, bekleyen ü engeç ve tembel ki ilerden olu maktaydı,. Bunun nedeni, toplumun susturulmuş olmas,yd,. Bkz. AYDIN, Mithat: ÖNamık Kemalöde Terakki ve Maarif Dü üncesiö, AÜ, DTCF Dergisi, 2(53), 2013, s.459.

⁶ MARD N, ÖTanzimatın Sonra A rı, Bat,ı,la maö, s.57-58.

⁷ MARD N: Ö19. Yüzyılda Dü ünce Akımları, ve Osmanlı Devletiö, Türk Modernleşmesi, s.89; GELLNER, Ernest: Uluslar ve Ulusçuluk, Çevirenler: Bü rra Ersanlı, Behar-Gülay Göksu Özdoğan, nsan Yay,nlar,, İstanbul 1992. Özellikle bkz. s.63-78.

⁸ SUNGU, İhsan: Namık Kemal (1840-1888), Maarif Matbaası,, İstanbul 1941, s.3.

⁹ BAYKAL, Bekir S,tk,: ÖNamık Kemalö Göre Avrupa ve Bizö, Namık Kemal Hakk,nda, Vakıf Matbaası,, İstanbul 1942, s.190.

¹⁰ BAYKAL, s.190; PER N, Cevdet: ÖNamık Kemal ve Fransız Edebiyatıö, Namık Kemal Hakk,nda, s.130.

1870 y.l,nda stanbulda dönümü ve *Diyojen* gazetesinde yazmaya başlamış, t.r. Daha sonra *bret* gazetesini çıkarmış, t.r. Takiben, adını kullanmadan, *Hadika* gazetesinde yazmış, t.r.¹¹ Tiyatro eseri olan *Vatan Yahut Silistre*nin temsili, halk arasında büyük bir tesirle heyecan ve coşku yaratmış, t.r. Bunun üzerine Magosa'ya sürgüne gönderilmiştir.¹² Akünce göre sürgünün esas nedeni, Velihaht Beinci Murat Efendi ile olan yakın ilişkileridir.¹³ Bu sürgün sırasında, roman, tiyatro, tarih, eleştiriler, türünden çok sayıda esere imza atmış, t.r. 1876'da Beinci Muratın padişah olmasıyla birlikte İstanbul dönümü ve üretilen Devlet üyeliğine seçilmiştir. Daha sonra Kanun-ı Esasiyi hazırlayacak otuz yedi kişiden oluşan komisyona yazar ve düzenlenmiş, t.r.¹⁴

Yukarıda yer verilen gazetelerin yanı sıra *tihad*, *Sadakat*, *Vakit*, *Muhbir*, *Hadika*, *Basiret* gazetelerinde de yazmış, yayımlanmış, t.r. Bunlara ek olarak Selahaddin Eyyübi, Yavuz Sultan Selim, Fatih ve Emir Nevruzun biyografilerini kaleme almış, t.r.¹⁵

Namık Kemal'in yazmış olduğu iki konu üstünde durulması söylenebilir: (i) Osmanlı imparatorluğunun çöküşü nedenleri nelerdir? (ii) Bunu geri çevirmenin yolu ve yöntemi nedir?¹⁶

Namık Kemal, bu sorulara cevap ararken batılı Fransızlar olmak üzere Batı dünyasından¹⁷ ve ulusun sağduyusundan etkilenmiştir.¹⁸ Ona göre, eriyen adil ve hikmetli hükümleriyle Montesquieu'nün sözünü etti olduğu hukuk arasında bir fark bulunmamaktaydı. Dolayısıyla doğrudan hukukun kaynağı olan emsal, doğrudan yasalar, tanrı kavramı arasında bir özdeşlik kurulabilirdi.¹⁹ Onun asıl amacı, devlet ve toplum yapısında köklü bir değişiklikten devletin ve toplumun devamlılığını sağlamaktır. Bunun yolu, Osmanlı kalarak Avrupalılaşmaktan ve Osmanlı'nın büyüklüğüne zarar gelmeden çağdaşlaşmaktan geçmekteydi.²⁰ Namık Kemal'in tüm yazmış olduğu bu amaç, izlediği görülür. Uygarlık algısına koşturularak yazmış olduğu bir biçimde vatan, doğrudan haklar, parlamenter yönetim, halk iradesi, millet, insan hakları, eşitlik gibi zamanın güncel kavramları, sorunları, ele almış, t.r. Aslında onun uygarlık algısının bu kavramlar etrafında şekillendiği söylenebilir.²¹ Namık Kemal, anılan kavramların eşitlik siyaset geleneği içerisinde bulunduğunu veya en azından bunların eriyen uygun bir içerikte olduğunu öne sürmüştür. Ümmetin egemenliği, güçler ayrılığı, eşitlik, temsilî hükümet ve anayasal düzen gibi kavramlara eşitlik tarihinden örnekler bulmaya çalışmış, t.r. Halk egemenliğiyle eşitlik kavramı, parlamenter sistemle meveret arasında benzerlik kurmuştur.²² Bunu yaparak Batı kamu hukuku kavramlarıyla eşitlik siyaset kuramı arasında belli bir uzlaşma sağlamayı amaçlamış, t.r. Lewis, Namık Kemal'in bu yaklaşımını eşitlik dünyasının Yunan felsefesiyle Kur'an hükümlerini uzlaştırma çabasına benzetmiştir.²³ Bu dünyasız yer verdiğini yazmış olduğu halkın aydınlanması ve ülkenin ilerlemesine, içinde bulunduğumuz çöküşten kurtulmasına katkıda bulunmaya çalışmış, t.r.²⁴ Bu yazmış olduğu etkili olduğu söylenebilir. Devletin dört yüz yıllık gözünü bin yangın açmamak için, onun öngörüsü adlı yazmış olduğu üzerine Meclis-i Vâlâ, büyük

¹¹ YETKİN, Çetin: Siyasal Dünceler Tarihi: Machiavelli'den XX. Yüzyıla Kadar Avrupa ve Osmanlı-Siyasal Düncesi, 2. Cilt, Güner Yayınları, İstanbul 2009, s.723-724.

¹² KAPLAN, Mehmet: Namık Kemal: Hayat, ve Eserleri, Ü. Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1948, s.86.

¹³ AKÜN, Ömer Faruk: Önemli Namık Kemal, Türk Diyanet Vakfı, Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı, Yayınları, İstanbul 2006, s.365.

¹⁴ KAPLAN, Namık Kemal, s.97; KILIÇ, Selda Kaya: 1876 Anayasası'nın Bilinmeyenleri Tasarı, Ö. AÜ, OTAM Dergisi, 4, s.569.

¹⁵ EBUZZAY, Tefvik, Merhum Namık Kemal Bey, Dersaadet 1327, s.20-21.

¹⁶ BERKES, Çağdaş, s.284.

¹⁷ KAPLAN, Namık Kemal, s.30-31.

¹⁸ KABAKLI, Ahmet: Türk Edebiyatı, C. 2, Türk Edebiyatı Vakfı, Yayınları, İstanbul 1985, s.575. KARA, s.64.

¹⁹ LEWIS, Bernard: Modern Türkiye'nin Doğuşu, Çeviren: Babür Turna, Arkadaş Yayınları, Ankara, 2008, s.197.

²⁰ KABAKLI, s.574-576; KARA, s.64.

²¹ Namık Kemal'in ömedeniyet kavramı, konusundaki görüşleri için bkz. AYDIN, s.454-457.

²² Berkes'in dikkat çektiği gibi Meveret Meclisi, Batı anlamında bir yasama organı olmaktan uzaktır. Çünkü ilk olarak bu meclis, sürekli ve bağımsızdır. Halkın iradesiyle değil padişahın iradesiyle ortaya çıkmakta ve yine onun iradesiyle ortadan kalkmaktaydı. İkinci olarak, Meveret Meclisi, halk tarafından seçilen kişilerden değil, padişahın seçtiği kişilerden oluşmaktaydı. İkinci Mahmuttan sonra bu meclisin önemi azalmış, t.r. BERKES, Çağdaş, s.285.

²³ LEWIS, 2008, s.197. Bu konuda bkz. KARUÇ, Benazir: Ömuallim-i Sanînin Temel Gayesi: Din Felsefesi Uzlaşması, Ö. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 4(11), 2017, s.359-369.

²⁴ UÇMAN, Abdullah: ÖTanzimatın Sonra Edebiyat ve Siyaset: Namık Kemal ve Ziya Paşa Örneği, Türkiyat Mecmuası, 24/Bahar, 2014, s.121. BANGUO LU, Tahsin: ÖNamık Kemal Günümü, Namık Kemal Hakkında, s.5.

yang,nlar,n ç,kma ihtimali olan yerlere ah ap bina yap,lmamas, yönünde emir vermi tir.²⁵ Bu örnek, onun, geli menin özgür kurumlara dayand, , ve özgür kurumlar,n da kamuoyunca ayakta tutuldu u görü ünü desteklemektedir.²⁶

Avrupa uygarl ,n,n iyi yönlerinin al,nmas,n, öneren Nam,k Kemal, Osmanl, hukuk düzeninin slami ilkelere göre düzenlenmesini istemi tir. Çünkü Berkesø göre o, slamc,yd.,²⁷ Lewisø göre de Nam,k Kemal, ate li bir vatansever olmas,na ve özgürlükçü tutumuna kar ,n samimi bir Müslümanød.,²⁸ Bunun bir sonucu olarak da slamø, di er dinlere üstün görüyor ve eninde sonunda zafere ula aca ,na inan,yordu. Dolay,s,yla laikli e iddetli bir biçimde kar ,yd., Osmanl,ø,n kurtulu u için önerdi i bütün ,slahat, dünyevi sorunlarla ilgili olsa da bunlar, dini bir çerçeve içinde ele almaktayd.,²⁹ Dönemin zihniyeti, toplumsal de erleri dikkate al,nd, ,nda onun böyle yapmak zorunda oldu unu söylemek yanl, bir de erlendirme olmaz.

Mardin, Nam,k Kemal ve arkada lar,n,n bir yandan me rutiyeti överken öbür yandan kültürel de er olarak eriat, nas,l savunabildikleri sorusuna verilecek cevap,n, slamøn bir din olmas,n,n yan,nda ayn, zamanda bir toplumsal de erler bütünü oldu u gerçe inde aranmas, gerekti ine dikkat çekmi tir. Müslümanlar için toplumsal kimlik, ki inin sadece toplumdaki yerinin de il, ayn, zamanda dini inanc,n,n bir ürünüdür. Sonuç olarak bu dü ünçeye mensup ki ilerden meydana gelen bir toplumda slami öğelerin önemli olmas, anla ,l,r bir durumdu. Me ruti yönetimin beraberinde getirdi i zorunluluk, geni vatanda kitlelerinin kat,l,m,n, zorunlu k,lmaktayd., Bu kat,l,m, sa lamak için topluma hâkim olan dini unsurlar,n, de erlerin kullan,lmas, ve bunlardan yola ç,k,lmas, bir zorunluluktur. slam toplumlar,nda bu temel de erlerin ne kadar önemli, hatta ya amsal oldu unun fark,nda olan Nam,k Kemal, me rutiyetçi dü ünçelerini eriatla destekleme gere i duymu tur.³⁰

A a ,da ayr,nt,l, bir biçimde ele al,nd, , gibi ona göre; devlet, halk,n özgürlü ünü iade etti inde, eri esaslara göre hareket etti inde hastal,ktan kurtulacakt,r.³¹ Çünkü eriat, do an,n gereklerine (muktezay, tabiata) uygundur.

Nam,k Kemalın Tanzimatøa ili kin yaz,lar,, a a ,da aç,kland, , gibi, Tanzimatøa kadar Osmanl,ø,n orduda, yarg,da, maliyede, e itimde hiçbir sorunu yokmu , tüm sorunlar Tanzimat ile birlikte ba lam, gibi bir anlam ta ,maktad,r. Bir ba ka ifadeyle onun bu konudaki yaz,lar,, öher ey yolunda giderken, Tanzimat keyfiyetten ilan edildiø gibi bir yoruma aç,k görünmektedir. Oysa Tanzimat, yaln,zca 19. yüzy,l Avrupa üstünlü ünün bir ürünü de il; Osmanl,øda önceden beri sürüp gelen çökü ün getirdi i bir anlay, ve düzenlemedir.³²

Bu genel aç,klamalardan sonra onun devletin do u u ve egemenlik hakk,ndaki görü leri incelenebilir.

II. DEVLET N DO U U ve EGEMENL N KAYNA I

A. Devletin Do u u

Nam,k Kemalø göre devlet/hükümet, ki inin do al toplumsall ,n,n bir sonucu olarak ortaya ç,km, t,r. O, insanlar,n do alar, gere i birbirlerine zarar verme e iliminde olduklar, ve onlar, di erlerinin sald,r,lar,ndan koruyacak gücün yaln,zca insanlar,n meydana getirece i bir yap,yla sa lanabilece i dü ünçesinden hareket etmi tir.³³ Bu dü ünçelerinde, bn Haldunın a a ,da yer verilen görü lerinin etkilerini görmek mümkündür.³⁴ bn Haldun, insanlar,n devlete

²⁵ KUNTAY, s.19-21.

²⁶ LEWIS, 2008, s.201.

²⁷ BERKES, Niyazi: øNam,k Kemalın Fikri Tekâmülüø, Nam,k Kemal Hakk,nda, s.240.

²⁸ LEWIS, 2008, s.195.

²⁹ BERKES, øNam,k Kemalın Fikri Tekâmülüø, s.240; YETK N, s.736.

³⁰ MARD N, erif: Türkiyeøde Din ve Siyaset, leti im Yay,nlar,, stanbul 2011, s.271; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1087.

³¹ Nam,k Kemal, øVe âvirhümø, KUL, s.106.

³² BERKES, Ça da la ma, s.297.

³³ MARD N, erif: Yeni Osmanl, Dü ünçesinin Do u u (Yeni Osmanl,), 2. Bask., leti im Yay,nlar,, stanbul 1998, s.322. Hobbesın görü leri de bu yöndedir. Bkz. TANNENBAUM, Donald G.: Siyasi Dü ünçeler Tarihi: Filozoflar ve Fikirleri, Çeviren: Özgüç Orhan, BB101 Yay,nlar,, Ankara 2017, s.206-207. Lockeøa göre de do a durumunda yani devlet kurulmadan önceki a ama bir sava durumudur. Bkz. TANNENBAUM, s.229-230.

³⁴ Nam,k Kemal: Osmanl, Tarihi adl, kitab,n,n önsözünde bn Haldunın tarih biliminin kurucusu çok büyük bir âlim oldu unu ifade etmi tir. Osmanl, Tarihi, C. I, Haz,rlayanlar: Ulviye Ilgar/hsan Ilgar, Hürriyet Yay,nlar,, stanbul 1971, s.16-17; OKUMU , Ejder: øbn Haldunın Osmanl, Dü ünçesine Etkisi, slâm Ara t,rmalar, Dergisi, 15, 2006, s.180.

neden ihtiyaç duyduklar,n, u ekilde aç,klam, t,r:

ö nsanlar, birbirine kar , koruyacak bir düzenleyici gereklidir. Çünkü insanlar,n hayvanl,k e ilimlerinde do u tan dü manl,k ve zulüm (e ilimi) vard,r. Yabanc, hayvanlar,n sald,r,lar,na kar , kullanmak üzere kendilerinde var olan silahlar,, kendi türlerinden gelecek sald,r,lar, önlemeye yetmez. Çünkü ayn, silahlardan hepsinde vard,r. Öyleyse bir ba ka ey gereklidir ki onun yard,m,yla birbirlerine kar , korunabilsinler. Bu -bir ba ka eyğ kendilerinin d, ndaki herhangi bir hayvan olamaz. Çünkü tüm hayvanlar,n kavrama ve esinlenme güçleri eksiktir. Bu durumda düzenleyici, insanlar,n kendilerinden, içlerinden biri olmal,d,r: Hepsine bask,n gelen, hepsi üzerinde egemenli i ve (sald,ranlara kar .) ezicili i olan bir düzenleyici. Öyle ki art,k kimse ba kas,na sald,rmay,, ba kas,n,n hakk,na geçmeyi ba aramas,n, te -egemenölolman,n anlam, budur.ö³⁵

Dikkat edilecek olursa Nam,k Kemal de bn Haldun gibi, devletin do u unu dünyevi bir nedene/gereksinime dayand,rm, t,r. Bu da devletin ortaya ç,k, , konusunda seküler bir dü ünçeye sahip oldu unu ortaya koymaktad,r.³⁶

B. Egemenli in Kayna ,

Nam,k Kemal'e göre, insanlar,n birbirlerine zarar vermesini önleyecek gücü kullanan organa,³⁷ hükümete/yönetim ayg,t,na, toplumu olu turan bütün bireylerin yönetim i leriyle bizzat me gul olmamas,ndan dolay, gereksinim duyulmu tur. Bir ba ka ifadeyle, genelin/kamunun yönetim görevini bizzat yerine getirmesi mümkün olmad, ,ndan, bir yönetim ayg,t, olu turma zorunlulu u ortaya ç,km, t,r.³⁸ Bu yüzden hükümet/devlet, yönetime uzman birinin atanmas, için toplum üyeleri aras,nda yap,lm, bir sözle menin sonucu olarak do an ve nüfusun artmas,yla ortaya ç,kan bir i bölümünün do al ürünü olarak dü ünülebilir.³⁹ Bu ise toplumun an,lan görevlerini yerine getirmek için baz, mensuplar,n, vekil atamas,d,r.⁴⁰ Bir ba ka ifadeyle ona göre egemenlik halka aittir ancak halk,n egemenli i bizzat kullanmas, mümkün olmad, ,ndan egemenlik temsil yoluyla kullan,lacakt,r.⁴¹ Kendi ifadesiyle, öHakikatte, hâkimiyet, insanlar,n yekûnuna atfedilen soyut bir hak de il, her insanda yarat,l, tan mevcut olan hâkimiyetle ilgili bir hakt,r.ö⁴²

Bu ifadelerden anla ,ld, , gibi devletin sahip oldu u egemenlik, bireysel özgürlüklerin ve egemenliklerin toplam,ndan ibarettir. Yoksa devletin bizzat kendisinin kuvvet kullanarak kazand, , bir üstünlük de ildir. Yönetilenlerin biat yoluyla yöneticiyi belirlemesidir. Çünkü egemenlik gerçekte kamuya aittir. E er devlet sahip oldu u egemenli i güç kullanarak elde etmi olsayd,, o zaman bireylerin de güç kullanarak egemenli i ele geçirme haklar,n,n oldu unu kabul etmek gerekirdi. Dolay,s,yla Nam,k Kemal'in, Rousseau'nun bireylerin iradelerinden ayr, ve üstün bir genel irade oldu u dü ünçesine kar , oldu u anla ,lmaktad,r.⁴³ Buradan da Nam,k Kemal'in güçlü ve haks,zl,k yapmaya yetkili herhangi bir ço unlu u dü ünmedi i ortaya ç,kmaktad,r. Fakat devletin salt devlet olmas, s,fat,yla kendine özel ayr,cal,klar kazanmad, ,n,, yaln,zca kendisini olu turan bireylerin toplam,n, içerd, ini belirtmi tir.⁴⁴ Sonuç olarak Nam,k Kemal, Rousseau gibi egemenli i halka dayand,rsa da,⁴⁵ egemenli in temsil yoluyla kullan,lmas, konusunda Rousseau'dan farklı dü ünmektedir. Çünkü ona göre Kur'an'daki mü avere kavram,, Locke'nun dü ünçesinde yer alan temsil kavram,n, öncelemektedir.⁴⁶

³⁵ bni Haldun: Mukaddime, Çeviren: Turan Dursun, Onur Yay,nlar,, Ankara 1977, C.I, s.142.

³⁶ bn Haldun dü ünçesinde ise dinin bir etkisi yoktur. Bkz. UYGUN, Oktay: Devlet Teorisi, Oniki Levha Yay,nlar,, stanbul 2014, s.162-164.

³⁷ Saint Augustinus da insan,n ba kalar,na zulüm etme gibi bir do aya sahip oldu undan devleti zorunlu görür. ENEL, Alâeddin: Siyasal Dü ünceler Tarihi, Bilim ve Sanat Yay,nlar,, 3. Bas,m, Ankara 2014, s.265; TANNENBAUM, s.107-113.

³⁸ BERKES, Ça da la ma, s.285.

³⁹ Nam,k Kemal: öBaz, Mülahazat, Devlet ve Milletö, ÖZÖN, Mustafa Nihat: Nam,k Kemal ve Bret Gazetesi, Remzi Kitabevi, stanbul, 1938, s.131-132; MARD N, Yeni Osmanl,, s.323.

⁴⁰ Nam,k Kemal: öVe âvirhüm Fið-Emrö (Ve âvirhüm), Hüriyet, 30 Temmuz 1285, KUL, Erdo an: Makalât-, Siyasiye ve Edebiye, Birle ik Yay,nc,l,k, Ankara 1994, s.152; MARD N, Yeni Osmanl,, s.323.

⁴¹ Nam,k Kemal: öHukukö, Bret, 19 Haziran 1872, ÖZÖN, s.63, 66; ARABACI, Fazl,: öOsmanl, Modernle mesinde -Yeni Osmanl,ların Din ve Siyaset Anlay, lar,, Dini Ara tırmalar, Eylül-Aral,k 1999, 2(5), s.77; BORAN, Behice: öNam,k Kemalın Sosyal Fikirleriö, Nam,k Kemal Hakk,nda, s.252-258; YETK N, s.726-728.

⁴² Nam,k Kemal: öHukuku Umumiyeö, Bret, 8 Temmuz 1872, ÖZÖN, s.97; MARD N, Yeni Osmanl,, s.334. YETK N, s.727.

⁴³ YETK N, s.726-727. Rousseau'nun genel irade kuram, hakk,nda bkz. TANNENBAUM, s.252-255.

⁴⁴ MARD N, Yeni Osmanl,, s.333.

⁴⁵ Nam,k Kemal: öHukukö, Bret, 19 Haziran 1872, ÖZÖN, s.63, 66; ARABACI, s.77; BORAN, s.252-258; YETK N, s.726-728.

⁴⁶ EYHUN, s.28.

Mardin'e göre Nam, k Kemal, böyle yapmak zorundayd., Böyle yapmam, olsayd., seküler nitelikli do al hukukun eriattan önce geldi ini kabul etmi olacakt., slami do al hukuk, yaln, zca eriata ve onun emretti i siyasi, iktisadi ve toplumsal çok özel görevleri içeren bir de i meze dayand, , için böyle olamazd., Bu de i mez olan hukuk, her konuda oldu u gibi bir eyin iyi veya kötü oldu unu da yaln, zca kendisi belirleyebilirdi. Dolay, s, yla eriattan önce gelen hiçbir ey olamazd.,⁴⁷ Nam, k Kemal'e göre, Müslümanlar için do al hukuk, Kuranda gösterilen ilahi adaletten ba ka bir ey de ildi.⁴⁸

Yukar, da da yer verildi i gibi, onun devlet kuram, nda, önce toplumun olu tu u (sivil toplum), daha sonra toplum üyelerinin birbirine zarar vermesini önlemek için de devletin ortaya ç, kt, , anla , lmaktad, r.⁴⁹ Ortaya ç, kan bu devlet, eriat, n/ do al hukukun uygulay, c, s, d, r. Devletin asli görevleri, hukuku uygulayarak adaleti egemen k, lmak⁵⁰ ve ilerlemeyi sa lamak oldu undan eriat, n uygulanmas, ndan bu anla , labilir.⁵¹ Bir ba ka ifadeyle devletin görevi, do al haklar, korumakt, r.⁵² Bu, Nam, k Kemal'ın devlet kuram, nda slami etkinin devam etti ini göstermektedir. Devletin ortaya ç, k, , konusunda seküler bir anlay, a sahip olsa da, bu, onun slam'ın siyaset kuram, n, n s, n, rlar, d, , na ç, kt, , anlam, na gelmemektedir. Nam, k Kemal'ın, devletin görevleri konusunda slami bir dü ünçeye sahip oldu u görülmektedir.⁵³

Yukar, daki aç, klamalardan anla , ld, , üzere, o, devlete, onu hükümetten farklı, k, lan özellikler atfetmemi , hükümetle devlet kelimelerini, birbirinin yerine konabilir ekilde kullanm, t, r.⁵⁴ Kendisinin ifadesiyle öHükümet veya devlet, halk, n böyle bir tevkili icra etmek art, yla bulundu u tavr, na denilir. Ümmet tabiri ise emr-i tevkilden kat' nazarla bir heyeti medeniyenin mecmu'atını ifade etmek için kullan, l, r.⁵⁵

Yukar, da da yer verildi i gibi Nam, k Kemal, iktidar, n kayna , n, biat kurumuna dayand, r, maktad, r. Ona göre bir ülkedeki insanlar toplan, p bir ki iyi sultan veya halife seçmek için bir sözleşme yaparlarsa, daha önceki yöneticinin hükmü kalmaz. Bu ifadeleriyle, halife/sultan ile halk aras, nda yap, lan bir sözleşme menin varl, , n, ileri sürmekte, slam hukukunda halifeyi/sultan, seçme yöntemlerinden birisi olan biat kurumuna gönderme yapmaktadır. Ancak slam hukukuna göre halife olma ko ullar, n, ta , yan herkesin halife olmas, mümkün de ildir. Hilafet sözleşmesi, Müslüman halkla halife olacak ki i aras, nda kar , l, kl, r, za, icap ve kabul beyanlar, yla kurulur. Bu sözleşme menin kurulu usûllerinden biri de biat, yani seçimdir. Bu yöntemle göre Müslüman bir ülkede seçme ehliyetine sahip olan ki ilere öehlül'-hal ve'l-akdö⁵⁶ denir. Halife olabilmek için aranan nitelikleri ta , yan bir kimseyi halife olarak seçme yetkisi yaln, zca bu ki ilere aittir. Bir ba ka ifadeyle, tüm Müslümanlar, n halife seçme yetkisi bulunmamaktadır. Örne in ilk halife Hz. Ebubekir bu yolla seçilmi tir. Oysa Nam, k Kemal'e göre, sultan veya halife halk, n tümü taraf, ndan seçilmelidir. O, halife/sultan, n seçiminde slami bir kavram olan biat,, Rousseau'nun geli tirmi oldu u halk egemenli i kuram, na oturtmak istemi tir.⁵⁷ Nam, k Kemal'e göre biat sözleşmesi, hem hükümdara/halifeye hem de halka sorumluklar yüklemektedir. Bu sözleşmeye göre ki iler, tebaa olarak sultan, n buyruklar, na boyun e mek, kendilerine dü en ödevleri yerine getirmekle yükümlüdürler. Sözleşme menin gereklerine göre hareket etmeyenlere kar , hükümdar kendisine verilen yetkiyi kullanma ve görevlerini yerine getirmeleri için onlar, zorlama yetkisine sahiptir. Fakat bunun yan, nda, halk, n

⁴⁷ MARD N, Yeni Osmanl., s.324.

⁴⁸ AKYILMAZ, Gül: öBirinci Jön Türk Hareketinin (Yeni Osmanl, lar Cemiyeti) deolojisine Bir Örnek: Nam, k Kemal ve Fikirleri, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, 2 (1999), s.240.

⁴⁹ MARD N, Yeni Osmanl., s.323-324. Devletin ortaya ç, k, , sürecinde iki sözleşme menin oldu u görülmektedir. Bu konudaki dü üncelerini Locke'tan alm, gibi görünmektedir. MARD N, Yeni Osmanl., s.369. Locke'ın sözleşme kuram, nda birden fazla sözleşme bulundu u konusunda bkz. ENEL, 2014, s.371; TANNENBAUM, s.230.

⁵⁰ K, nal, zade Ali Efendi de devletin en önemli görevinin adaleti sa lamak oldu unu ve devletin ancak adaletle ayakta kalabilece ini belirtmi tir. Naima, K, nal, zade'nin devlette adaletin nas, l sa lanaca , ve önemi konusundaki dü üncelerini bn Haldun'dan ald, , n, ileri sürmü tür. OKUMU , s.153.

⁵¹ MARD N, Yeni Osmanl., s.345.

⁵² BERKES, Ça da la ma, s.284.

⁵³ ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1088.

⁵⁴ Arabac, oya göre Nam, k Kemal'ın bu görüşü ü, onun slam'da iktidarla devleti özde le tiren tarihsel tecrübenin etkisinden kaynaklanmaktadır. ARABACI, s.71.

⁵⁵ Nam, k Kemal, öBaç, Mülâhazatö, ÖZÖN, s.132; MARD N, Yeni Osmanl., s.333.

⁵⁶ EL-ENSAR , Abdülhamid smail: öEhlül'-Hal ve'l-Akdö, Türk Diyanet Vakf, slam Ansiklopedisi, C.10, Ankara 1994, s.539-541.

⁵⁷ AKYILMAZ, s.240-241.

sözle meye uymas,n, bekleyen hükümdar,n da adil olmas, gerekir. Nam,k Kemal, hükümdarla halk aras,nda yap,lan sözle menin feshedilebilece ini kabul etmesine ra men bir isyan, direnme kuram, geli tirmemi tir. Bir ba ka deyi le, ona göre tebaan,n sultan, ve halifeyi isyan yoluyla devirme hakk, yoktur.⁵⁸

Her ne kadar halk,n isyan yoluyla halifeyi/sultan, devirme hakk,n,n olmad, ,n, dü ünse de, halk,n egemenlik yetkisi o kadar geni tir ki, isterse bu yetkisine dayanarak büsbütün devletin eklini de i tirerek bir cumhuriyet bile kurabilir. Ancak cumhuriyet, Osmanl, için uygun de ildir. Onun y,k,m,na neden olur.⁵⁹

III. DEVLET N SÜREKL L NE L K N GÖRÜ LER VE BUNUN Ç N ÖNGÖRDÜ Ü HÜKÜMET S STEM

A. Devletin Gerileme Nedeni

Devletin ortaya ç,k, , konusunda bn Haldun gibi dü ünün Nam,k Kemal, devletin ömrü konusunda ondan ayr,lmaktad,r.⁶⁰ Nam,k Kemal'e göre devlet, yasama ve yürütme erklerini içinde bar,nd,ran, bir manevi/tüzel ki idir.⁶¹ Tüzel ki i olan devlet için duraklama ya , yoktur.⁶² Bu ifadeleriyle de bn Haldun'un ökapal, döngüsel çökü ö⁶³ kuram,n, reddetmi olur. bn Haldun'un tav,r,lar kuram,na göre devlet, kurulu , egemenli in ahsile mesi, refah, duraklama ve y,k,l, dönemlerinden geçerek yakla ,k yüz yirmi y,l içinde y,k,l,r.⁶⁴ Nam,k Kemal, duraklama ve çökü görü üne kar ,, Ayd,nlanma⁶⁵ dü ünürlerinin de etkisiyle ilerleme görü ünü benimsemi tir.⁶⁶ Bir ba ka ifadeyle Nam,k Kemal'e göre devlet, do an,n gereklerine göre hareket ederse s,hhat kazan,r, güçlenir ve dünya döndükçe devam eder.⁶⁷ Bu dü üncesinde, Frans,z dü ünür Volney'den etkilenmi tir. Volney'e göre do a, kanunlar koymu tur. Bunlar, uygulamak insanlara dü mektedir. nsanlar, mahveden kendi delilikleridir, kurtaracak olan da kendi bilgelikleridir.⁶⁸ Volney'e göre do an,n kanunu udur: öMademki toplulu un ac,lar, h,rstan, cahillikten gelmektedir; birey ayd,n ve bilge olmad,kça; aralar,ndaki münasebetlerin, te kilatlar,ndaki kanunlar,n bilgisine dayanan adalet sanat,n, uygulamad,kça; ,st,rap çekmekten kurtulamayacaklard,r.ö⁶⁹ Bir ba ka ifadeyle Volney'e göre, insanlar bilge olmad,kça, do al hukukun gere i olan adaleti tesis etmedikçe ,st,raptan kurtulamayacaklard,r.⁷⁰ Osmanl, yöneticileri bu ilkeleri anlamad,klar,, do an,n yasa,na uymad,klar,, bask,c, ve adaletsiz olduklar, için devlet gerilemi tir. Nam,k Kemal'in ele ald, , temel sorunlardan belki en önemlisi Osmanl, Devleti'nin gerilemesi oldu undan, bu gerilemenin müsebbibi olarak yönetimin sonradan bozulmas, te hisi, kurtulu yolunda ona çok elveri li gelmi tir. öHasta Adamö ba l,kl, yaz,s,nda, öncelikle, çökmekte olan devleti bu durumdan kurtarmak için art,k bir ey yap,lamayaca , yönündeki kaderci dü üncelere kar , ç,km, , çözüm olarak öilerlemeö kar , ç,km, , çözümler olarak dü ünmesini ortaya atm, t,r.⁷¹ Nam,k Kemal, do al hukuk olarak adland,rd, , ey yani eriat uygulanmad, ,nda devletin geriledi ini göstermek için Montesquieu'nün *Romal,lar,n hti am, ve Çökü ünü* ve Volney'in *Harabeler*⁷² adl, kitab,n, çevirmeye kalk, m, t,r.⁷³

eriat ile do al hukuk aras,nda benzer yönler olmas,na kar ,n Nam,k Kemal, bu iki

⁵⁸ AKYILMAZ, s.241-242.

⁵⁹ BORAN, s.252-258; YETK N, s.726-728.

⁶⁰ Nam,k Kemal: öHasta Adamö, Hürriyet, 7 Kânunuevvel 1868, KUL, s.104.

⁶¹ KARA, s.64.

⁶² Nam,k Kemal, öHasta Adamö, KUL, 104; OKUMU , s.179; KARA, s.64.

⁶³ OKUMU , s.144.

⁶⁴ UYGUN, s.170-172.

⁶⁵ Ayd,nlanma konusunda bkz. YETK N, s.539-546; TOUCHARD, Jean: Siyasal Dü ünceler Tarihi, Çeviren: smail Yerguz, Isl,k Yay,nlar,, stanbul 2015, s.395-403.

⁶⁶ OKUMU , s.180.

⁶⁷ Nam,k Kemal, öHasta Adamö, KUL, s.104.

⁶⁸ KARA, s.51.

⁶⁹ de VOLNEY, Constantin François: Harabeler, Çeviren: Sâmim Kâz,m Akses, Milli E itim Bakanl, , Yay,nlar,, stanbul 1946, s.75. Volney'in bu ifadeleri Kant'ın ayd,nlanma tan,m,n, ça r, t,rmaktad,r. Ayd,nlanma konusunda bkz. Nejat Bozkurt, Immanuel Kant: Seçilmiş Yaz,lar, Çeviren: Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, stanbul 1984, s.213-214.

⁷⁰ MARD N, Yeni Osmanl,, s.3496350.

⁷¹ Nam,k Kemal, öHasta Adamö, KUL, s.104-107; KARA, s.67.

⁷² Okandan, bu eseri çevirdi i konusunda emin de ildir. öf bu eseri dilimize çevirdi i bile söylenen í ö, OKANDAN, s.120.

⁷³ MARD N, Yeni Osmanl,, s.350-351. Klasik slam anlay, ,nda, eriat kurallar,ndan ayr,lma durumunda, devletlerin yok oldu u ileri sürülmü tür. KARA, s.50.

kavram aras,nda önemli farklar oldu unu gözden kaç,rm, gibidir.⁷⁴ Çünkü slam dü üncesi içinde Bat,l, anlamda bir do al hukuk kuram,n, bulundu unu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Zaman,n ve mekân,n de i mesiyle birlikte tezahürü de i en, özü de i mez olan ve do adaki düzeni i aret eden baki bir ilahî yasan,n varl, ,n,n her iki dü ünce sisteminde kabul edilmesi, slam hukuk felsefesiyle do al hukuk ö retisi aras,nda baz, ortak hususlar bulunabilece ini elbette ortaya koymaktad,r. Ancak slam hukukunun temel ilkeleriyle do al hukukun temel ilkeleri (adalet, e itlik vb.) aras,nda belirli bir uyumdan söz edilse dahi, bu uyum s,n,r,l,d,r. Sorunun do al hukuk ve slam hukukunda ayn, ba lamda ve zeminde tart, ,ld, ,n, söylemek mümkün de ildir.⁷⁵ Belki de onun böyle dü ünmesinin nedeni, on yedinci yüzy,ldan itibaren Bat,da siyaset felsefesiyle teolojinin yava yava birbirinden ayr,ld, ,n,n fark,nda olmamas,⁷⁶ ve kendi zaman,ndaki do al hukuk kuram,n,n⁷⁷ uzant,lar,n, bilmemesidir.⁷⁸

Nam,k Kemal'ın do an,n gereklerine uygun davran,ld, , takdirde devletin sonsuza kadar ya ayaca , yönündeki yorumu, bn Haldun'ın, devletin mutlak bir biçimde sonunu öngören yakla ,m,ndan bütünüyle uzakt,r. Ayr,ca devletin varl, ,n, devam ettirmesi, hatta ilerlemesi noktas,nda çözüm üretmesi ve bunu da hukukla temellendirmesi bak,m,ndan önemlidir de. slam siyaset felsefesiyle temellendirdi i bu yakla ,m,n, Nam,k Kemal'ın anayasa taraftar, dü üncelerini me rula t,rd, , ve hatta kuramsal temelini olu turdu u söylenebilir.⁷⁹

Özetlemek gerekirse, Nam,k Kemal, devletin süreklili ini, do an,n gereklerine uygun bir yönetim biçiminde bulmaktayd,. Do an,n gereklerine uygun yönetim biçimi de, me veretin egemen oldu u, anayasal,, me ruti bir yönetimdi. Bat,l, dü ünürlerden etkilenerek geli tirdi i yönetim biçiminin incelenmesi, görü lerinin daha iyi anla ,lmas,na katkı sa layacaktır.

B. Öngördü ü Yönetim Biçimi

Yukar,da aç,kland, , gibi Nam,k Kemal, devletin devaml,l, , için do an,n gereklerine uygun davran,lmas, gerekti ini dü ünmektedir. Ona göre, do aya uygunluk ba lam,nda en önemli araçlardan biri yönetim biçimidir. Buna ba l, olarak da onun temel kayg,s,, devletin devam,n, sa layacak adil bir yönetim biçiminin olu turulmas,d,r. Padi ah,n gözetiminde olacak bu hükümet, slam hukukuna da uygun olacaktır,r. Kendi ifadesiyle öBizim kabul edece imiz devlet ekli,⁸⁰ Osmanl, Hanedân, idâresinde bulunacak Me rûf bir idâredir. Bu da usûl-i me veretin ve ûrâ-y, ümmetin tesisi ile kabildir. Biz buna slamiyet nâm,na dâhi muhtac,z.ö⁸¹

Bu ifadeleriyle Nam,k Kemal, slam tarihinde parlamentolu bir yönetimi savunan ilk Müslüman dü ünür olmu tur.⁸²

Osmanl, Devleti'nin kurtulu u için çok farklı görü lerin tart, ,ld, , bir dönemde Nam,k Kemal, gerekli olan yönetim biçiminin dayanaca , ilkeleri ara t,rm, t,r. Ancak önce hastal, ,n gerçek nedenini tespit etmeye çal, m, t,r. Ona göre hastal, ,n nedeni, devlet adam,n,n eksik olmas,, mal,n/paran,n eksik olmas,, askerin eksik olmas,, k,saca her eyin eksik olmas,d,r. Bu eksikliklerin kökeniyse bask,c,, keyfî yönetimdir. Nam,k Kemal'e göre, Osmanl,da hükümet vaktiyle d, ar,dan devlet yönetimine ili kin her türlü karar, veren bir görüntü arz etse de gerçekte s,n,r,l, bir hükümetti. Çünkü ulema karar vermekte (yasama), padi ah ve vezirler icra eylemekte (yürütme), halk elinde silahlarla bu icraya naz,r bulunmaktayd, (denetleme). Onun bu

⁷⁴ MARD N, Yeni Osmanl,, s.351.

⁷⁵ öZaman zaman ilahî iradede do an prensiplerin evrensel hukuk idesine ayk,r, dü tü ü zannedilse bile, bu, ya dinin esaslar,n,n iyi kavranmamas,ndan ya da tabiî hukuk prensiplerinin yanl, tan,mılanmas,ndan ve a ,r, mü abhasla t,r,lmas,ndan kaynaklanmaktadır.ö BARDAKO LU, Ali: öTabiî Hukuk Dü üncesi Aç,s,ndan slam Hukukçular,n,n stihsan ve st,slah Görü üö, Erciyes Üniversitesi lahiyat Fakültesi Dergisi, 1986, 3, s.1256126.

⁷⁶ MARD N, Yeni Osmanl,, s.351.

⁷⁷ Do al hukuk konusunda bkz. WEBER, Max: Ekonomi ve Toplum, Çeviren: Latif Boyac,, Yar,n Yay,nlar,, stanbul 2012, C.2, s.232-239.

⁷⁸ Bu yakla ,m,na uygun olarak Nam,k Kemal, Bat, siyaset kavramlar,yla slami siyaset kavramlar, aras,nda kaynak, amaç ve iç tutarlı,k noktalar,nda ba lant, kurmu tur. MARD N, Yeni Osmanl,, 319; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1083-1107.

⁷⁹ KARA, s.51.

⁸⁰ Devlet ile hükümet aras,nda ayr,m yapmad, , burada da görülmektedir. Burada devlet ekli derken asl,nda hükümet eklini kastetmektedir. Çünkü burada devlete ait olan erklerin hangi organlar taraf,ndan kullan,laca ,n, ifade etmektedir. Bu anlamda devlet ekli monar i ya da cumhuriyettir. Bu kavramlar konusunda bkz. GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esaslar,, Ekin Kitabevi, Bursa 2015, s.173-181.

⁸¹ KARA, s.66.

⁸² EYHUN, s.30.

ifadelerine dayanarak Mardin, Nam,k Kemalın kendisinin, öOsmanl, z,mnî sözle mesiö dedi i eyin fark,nda oldu una dikkat çekmi tir. öOsmanl, gelene ini sürdüren model, tek idi. Siviller ikâyet eder (imdi gazete makaleleri vas,tas,yla), din adamlar, onlar,n protestolar,na hakl,l,k sa lar, camilerde Cuma vaazlar,yla ho nutsuzlu u yayarlar ve askerler de rejimi devirmek için gerekli gücü elde ederlerdi.ö⁸³ Bir ba ka ifadeyle ona göre, Osmanl, klasik dönem yönetim sistemi d, ar,dan otokrasi gibi görünse de asl,nda uleman,n yasama i levini, padi ah ve vezirlerin yürütme i levini yerine getirdi i, yeniçerilerce temsil edilen silahl, halk,n ise yürütmenin etkinliklerini denetledi i bir me ruti yönetimdi.⁸⁴ Ona göre öDevleti Aliyye ta yeniçeriler kalk,ncaya kadar yine irade-i ümmet ve binaenaleyh usulü bir nevi me veretle idare olunurdu. Mebûsana verece i hakk-, nezareti ahali biñ-nefis kendi icra ederdi. Her k, la baya , bir silah, Meclis-i ûrâ-y, Ümmet hükmünde idi.ö⁸⁵ K,sacas,, Vakay, Hayriyeöye kadar padi ah,n otoritesi, ulema ve yeniçeriler taraf,ndan s,n,rlanmaktayd.,⁸⁶ Gerçekten ona göre, yeniçeriler ortadan kald,r,l,ncaya kadar Osmanl,öda me veret anlay, , geçerliydi. Öngördü ü yönetim biçiminde ûrâ-y, Ümmet taraf,ndan yerine getirilecek olan yürütmeyi denetleme i levi bizzat halk taraf,ndan kullan,lmaktayd.,⁸⁷ Bir görü e göre Nam,k Kemal, klasik Osmanl, düzenini bir çe it Polybiosçu karma yönetim olarak kabul etmektedir. Bu karma yönetimin ortaklar,, ulema, halk/askerler ve sultanla vezirlerinden meydana gelmektedir.⁸⁸

O, bir anlamda ad, konmam, olsa da, Tanzimat öncesi Osmanl,öda olgusal olarak bir güçler ayr,l, ,n,n var oldu unu ileri sürmü tür. Bir ba ka ifadeyle Nam,k Kemal, Osmanl,ñ,n klasik dönemde bir tür temsilî yönetime sahip oldu unu göstermeye çal, m, t,r.⁸⁹

Ya ad, , dönemde ise durum daha farklıdır. Bu dönemde Nam,k Kemalö göre Bâb,ali kanun yap,yor, Bâb,ali hükmediyor, Bâb,ali uyguluyor, Bâb,ali denetliyordu.⁹⁰ Gerçekten de bu dönemde, tüm yetkiler Bâb,aliñin eline geçmi ti.⁹¹ Burada Bâb,aliñden kas,t Tercüme Odas,ñda ve Bat,öda yeti mi diplomat-pa alard,r. Abdülmecidñn öfiktifö saltanat,, Abdülazizñn ilk döneminde de devam etmi ve de i iklik Âli ve Fuat Pa añ,n ölümünden sonra ba lam, t,r.⁹² Nam,k Kemalö göre, iktidar,n tek elde toplanmas, keyfî yönetime yol açm, , bu da devletin kötü yönetilmesine, dolay,s,yla çökü üne neden olmu tur. Halka eski özgürlü ü geri verildi inde, eri hükümet kuruldu unda devlet hastal,ktan kurtulacakt,. Bir ba ka ifadeyle hastal,ktan kurtulman,n yolu, eri kanunlara dönmekten, güçler⁹³ ayr,l, ,n, uygulamaktan ve özgürlük içinde me rutiyeti gerçekle tirmekten geçmekteydi.⁹⁴ Bu nedenle, kanun yapma yetkisinin hükümetten al,narak bir meclise verilmesi, böylece temsil sisteminin güçlendirilmesi gerekmekteydi. Temsil sistemini desteklemek için, Gülhane ve Islahat Fermanlar,n,n birle tirilmesini ve yeniden gözden geçirilmesini istemi tir. Bu düzeltici faaliyet, o tarihte mevcut yabanc, anayasalardan esinlenecekti. Bu esinlenmeye kar ,n Osmanl,ñ,n yeni anayasas,, slam hukukuyla uyumlu olmalıyd,. Bununla birlikte Osmanl,öda anayasal (me rutî) yönetimin kurulmas,, bir yenilik olmazd,. Çünkü idari denetim mekanizmas,n, kurmak, yaln,zca, kinci Mahmutñn merkezile tirme hareketlerinden önce Osmanl,öda geçerli olan ve yeni bürokrasinin do u uyla sona eren yönetim tarz,n,n saf ve zarif hale getirilmesi anlam,na gelmekteydi.⁹⁵ Me vereti aç,klarken de daha ziyade slamiyetñn ilk dönemlerine göndermede bulunmu tur.⁹⁶ Çünkü ona göre slamöda zaten me rutiyet vard,r, önemli olan onu kullanmakt,r.

⁸³ MARD N, öOsmanl, Bak, Aç,s,ndan Hürriyetö, s.117.

⁸⁴ Nam,k Kemal, öHasta Adamö, KUL, s.105, 106; MARD N, Yeni Osmanl,, s.344, B RAND, s.49.

⁸⁵ Nam,k Kemal: öUsul-i Me veret Hakk,nda Mektuplar-Iö (Mektuplar-I), Hürriyet, 14 Eylül 1285, KUL, s.161; B RAND, s.49.

⁸⁶ EYHUN, s.30.

⁸⁷ BORAN, s.257.

⁸⁸ KUTLU, Aydo an: öCumhuriyet Kavram, ve Türkiyeödeki Evrimiö, Yay,mılanmam, Yüksek Lisans Tezi, AÜ, SBE, Ankara 2011, s.98.

⁸⁹ LEWIS, 2008, s.199.

⁹⁰ Osmanl,öda merkezi hükümetin yeniden yap,land,r,lmas, ve güçlendirilmesi konusunda bkz. EYHUN, s.18.

⁹¹ BERKES, Ça da la ma, s.284.

⁹² T MUR, Taner: Yak,n Osmanl, Tarihinde Ayk,r, Çehreler, mge Kitabevi, Ankara 2017, s.115. Kuntayñn aktard, ,na göre öAbdülazizñn te kilats,z saray, Âli Pa añ,n Bâb,aliñi, kona , , yal,s, kadar hafiyeli de ildi ve padi ah, adeta, sadrazam,n,n muhitindeydi. Âli Pa a öldü ü zaman Aziz, imdi padi ah oldum, diyecekötir. KUNTAY, s.251.

⁹³ Nevin: öNam,k Kemalöde Özgürlük Fikriö, Do umunun Yüzellinci Y,l,nda Nam,k Kemal, Türk Tarih Kurumu Yay,nlar,, Ankara 1993, s.97; KARA, s.67-68.

⁹⁴ ÖNBERK, s.97; KARA, s.68.

⁹⁵ Nam,k Kemal, öMektuplar-Iö, KUL, 162-164. MARD N, Yeni Osmanl,, s.343; KARA, s.68.

⁹⁶ EYHUN, s.30.

Nitekim Nam, k Kemal, Kanun-i Esasînin hazırlanma safhasındaki çabaları, büyük ölçüde örneğin kaynağından örneklerle beslemiştir.⁹⁷ Aslında istediği şeyin klasik Osmanlı dönemi yönetim biçiminin Batıdaki gelişmelerine, yeniden düzenlenmesinden ibaret olduğunu anlatılmaktadır.

Nam, k Kemal, yeni bir yönetim biçimi önermeye çalışırken, örneğin muazzama önemden muntazamlar, olarak söz ettiği İngiltere, Almanya, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri'ni incelemiştir. Bu inceleme sonucunda, Fransa'nın ikinci imparatorluk Anayasasında yer alan sistemin örnek alınabileceği kanaatine ulaşmıştır. Çünkü Amerika cumhuriyettir. İngiltere ile Almanya'da da zedeğân var, onlar bize numune olamaz; kâla kâla elde Fransa kalır.⁹⁸ Fransız yönetimini örnek alacak kabiliyetin bizde olup olmadığına sorusuna cevaben, Osmanlı'nın Fransa'dan daha özgürlükçü bir anayasa ile idare olunabileceğini ileri sürmüştür. Çünkü Fransız halkı, yurduna bağlı olmakla birlikte yeniliğe eğilimlidir. Yeteri kadar özgür bırakılınca zaptolunamaz. Büyük cumhuriyetten beri otuz-kırk türlü hükümet oluşturdular, hepsini bozmuşlardır. Savaşlarda birkaç milyon insanı kaybetmiştir. Fransız halkı, nihayet Üçüncü Napolyon'un idareyi ele almasıyla özgürlüğünü ahlak gerektirdiği şeylerle düzeltmiş ve mutluluğa ulaşmıştır.⁹⁹ Böyle bir anayasa Fransa'ya, huzura ve mutluluğa kavuşturdu. Buna göre, Osmanlı'ya da refah ve mutluluğa kavuşturabilirdi.¹⁰⁰ Yine Fransız anayasası, Osmanlı için denetim ve dengelerin en uygun biçimini içermektedir.¹⁰¹

Dünyadaki yönetim biçimini şu şekilde ifade etmiştir: "Sözün doğrusu mülkümüzde hâkim biziz, hepimizin hükümeti tiraki vardır. Fakat hükümetin emri icrasını, bîat, me'rûta ile âl-i Osman'a tevdi etti; daima âl-i Osman'ı isteriz, daima idare-i me'rûta talebindeyiz."¹⁰² Bizim kabul edeceğimiz devlet ekli, Osmanlı, Hanedan, idâresinde bulunacak Me'rûfî bir idâredir. Bu da usûl-i me'rûtin ve ürû-yü, ümmetin tesisi ile kabildir. Biz buna salâmiyet nâm, nâ dâhi muhtacız.¹⁰³ Böylece, yukarıda ifade edildiği gibi, devlet biçimi olarak cumhuriyeti reddetmiştir.¹⁰⁴ Hatta cumhuriyet kurmanın kimsenin aklına gelmeyeceğini ve cumhuriyetin Osmanlı'ya, batıya, ileri sürmüştür. Bunlar, ifade ederken bîlang, çta salâmın bir çeşiti cumhuriyet olduğunu da yer vermiştir.¹⁰⁵ Bu ifadelerinden açıkça devlet biçimi olarak monarşiyi önerdiği anlaşılmaktadır. Me'rûtiyeti önerdiği için hükümet biçiminin parlamenter sistem olacağı, açıktır.¹⁰⁶ Bu sistemde yürütme organı, padişah ve vekillerden meydana gelecektir. Fakat padişahın konumu, Fransa imparatorununkinden farklı olacaktır. Sorumluluğun bir kısmını hükümetten alarak imparatora veren ve imparatoru yalnızca halka karşı sorumlu tutan Fransız yönetim biçimi, Osmanlı için uygun değildir.¹⁰⁷ Buna ek olarak İngiltere'de olduğu gibi hükümdar, bütünüyle sorumsuz tutan ve tüm sorumluluğu bakanlar kuruluna veren bir yönetim biçimi de benimsenemezdi.¹⁰⁸ Ona göre eriat ve Osmanlı'ya uygun olan yönetim biçiminde, padişah kendi görevlerinden, vekiller kendi görevlerinden sorumlu olmalıdır. Zira padişah, öf vazife-i adaletin icrasına erân memurdur.¹⁰⁹ Mardin'e göre, Nam, k Kemal bu düşünceleriyle padişahın da yasalarla sınırlanması, istemiştir.¹¹⁰

Nam, k Kemal, yönetim biçimini oluştururken, hükümetin hedeflerini dikkate almıştır. Ona göre, hükümetin/yönetimin iki aslî hedefi vardır. Bunlar, adaletin icrası ve ilerlemenin

⁹⁷ SEV L, Hülya Küçük, Ötithat ve Terakki Döneminde İslamcı Hareketi (1908-1914), Yayınlanmamış, Doktora Tezi, AÜ, SBE, Ankara 2005, s.24.

⁹⁸ Nam, k Kemal, ÖMektuplar-I, KUL, s.162.

⁹⁹ Nam, k Kemal, ÖMektuplar-I, KUL, s.162-163.

¹⁰⁰ ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1096.

¹⁰¹ MARD N, Yeni Osmanlı, s.345.

¹⁰² Nam, k Kemal, ÖMektuplar-I, KUL, s.161.

¹⁰³ KARA, s.66.

¹⁰⁴ Nam, k Kemal, ÖVe âvirhümö, KUL, s.152; KARA, s.65.

¹⁰⁵ Nam, k Kemal, ÖMektuplar-I, KUL, s.159.

¹⁰⁶ Nitekim önerdiği yönetim biçimi Okandan tarafından, parlamenter sistem olarak nitelendirilmiştir. OKANDAN, s.125.

¹⁰⁷ Kanun-i Esasîde padişahın yetkilerinde herhangi bir kısıtlamaya gidilmezken hukuki konumu 4. maddede şu şekilde ifade edilmiştir: "ÖZat, hazret-i padişahi hasbel hilâfe dini salâm, nâmî ve bîcümle tebai osmaniye'nin hükümdarı ve padişahıdır. ÖZÜBÜYÜK, ref/K L, Suna: Türk Anayasa Metinleri: 1839-1980, AÜ, SBF Yayınları, 2. Bas., Ankara 1982, s.27.

¹⁰⁸ Nam, k Kemal, ÖVe âvirhümö, KUL, s.152; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1096; KARA, s.65.

¹⁰⁹ Nam, k Kemal, ÖMektuplar-I, KUL, s.164; MARD N, Yeni Osmanlı, s.346.

¹¹⁰ MARD N, Yeni Osmanlı, s.346.

sa lanmas,d,r.¹¹¹

Hükümetin adalete uygun davranmas,n, sa laman,n ise iki yolu vard,r. Birincisi, devlet yönetimi ve bireyleri ilgilendiren tüm kanun ve benzeri düzenlemelerin aç,k ve herkes taraf,ndan bilinebilir olmas,d,r. Bunun günümüzdeki kar ,l, ,, idarenin kanunili i ilkesidir. kincisi ise me verettir.¹¹² Bir ba ka ifadeyle me ruti yönetimidir.

Yukar,da yer verilen hedefler ancak effaf bir kanun yapma süreciyle, kat,l,mıla ve hesap vermeyle yerine getirilebilir. A a ,da incelendi i gibi öngördü ü yönetim sisteminde yer verdi i organlar bunlar, sa lamaya dönüktür.

Yukar,da da aç,kland, , gibi Frans,z yönetim biçimini dikkate alarak yürütme d, ,nda üç organdan olu an bir yap, öngörmü tür. Bu organlar, Meclis-i ûrâ-y, Devlet, Meclisi ûrâ-y, Ümmet ve Senatoødur.¹¹³ Nam,k Kemal, Frans,z yönetim biçimini oldu u gibi almam, , onu Osmanl, toplum ve devlet yap,s,na uyarlamaya çal, m, t,r. Gerçi o, hiçbir kurumun, dü üncenin Bat,ødan oldu u gibi al,nmas,na taraftar de ildir. Nam,k Kemal, yönetim biçimi konusundaki dü üncelerini Osmanl, geleneklerine ve eriaata dayand,rm, t,r.¹¹⁴

Nam,k Kemalø göre ad, geçen organlar,n görev ve yetkileri k,saca öyledir:

İki, hükümetin kanunlar,n ve idarenin nizamnamesini haz,rlamak ve devlet yönetiminde ortaya ç,kabilecek sorunlar, çözmek üzere Meclisi ûrâ-y, Devlet. kincisi, Meclisi ûrâ-y, Devletçe haz,rlanan kanun tasar,lar,n, kabul veya reddetmek, devlet bütçesini denetlemek/inceleme üzere Meclisi ûrâ-y, Millet. Üçüncüsü, devletin nizam,n,, milletin özgürlü ünü korumak, ilan,ndan önce kendisine sunulan kanunlar, incelemek ve kabul etmek veya reddetmek üzere Senato.¹¹⁵ Nam,k Kemal, güçler bir elde topland, ,nda mutlak iktidar,n ortaya ç,kt, ,n, dü ündü ünden, bunlar, birbirinden ay,rmak istemi tir.¹¹⁶ Zaten Nam,k Kemalø göre, yukar,da aç,kland, , gibi, tüm güçlerin bir elde toplanmas,, do an,n gereklerine ayk,r,d,r.

Önemlerinden dolayı, bu üç organ a a ,da farklı, ba l,klar altında incelenmektedir.

1. Meclis-i ûrâ-y, Devlet

Üyeleri padi ah taraf,ndan atanacak olan ûrâ-y, Devlet, k,rk-elli ki iden olu acakt,r. Bu meclisin görevi, hükümet kanunlar,n ve idareye ili kin nizamlar, haz,rlamak ve idarenin i lerinin görülmesinde ortaya ç,kan sorunlar, çözmektir. Kanunlar, ûrâ-y, Ümmetø veya Senatoøya sunuldu unda yap,lacak ele tirileri, yöneltile sorular, devlet nam,na bu meclis üyelerinden biri cevapland,racakt,r. Bu ki iyi padi ah belirleyecektir.¹¹⁷

Nam,k Kemalø göre 1868øde kurulan ûrâ-y, Devlet, yeni düzenin en sorunlu kurumudur. Çünkü ûrâ-y, Devletøn yap,s, son derece zay,ft,r. Bunun nedeni, Osmanl,øda iyi hukuk e itimi alm, , yeteri kadar ki inin bulunmamas,d,r. Oysa Fransaøda, ûrâ-y, Devletøte görevli yeterli say,da uzman hukukçu bulunmaktad,r. Fransaøda anayasa konusunda yap,lan esas ey, önceki anayasa üzerinde küçük de i iklikler yap,lamak suretiyle mevcut anayasan,n daha iyi bir duruma getirilmesinden, bir tadilattan ibarettir. Osmanl,øda yaz,l, bir anayasa bulunmad, ,ndan ûrâ-y, Devletøn görevi, s,f,rdan bir anayasa yapmakt,r. Nam,k Kemal, bir anayasa yapmak için rahat,l,kla bir heyet olu turulabilece i kan,s,ndad,r. Avrupaøya yaranmak için farklı, mezhep mensuplar,ndan ki iler aranaca ,na stanbuløda, ayr,cal,kl, eyaletlerde, vilayetlerde bulunan âlimler ve ak,l sahipleri gerekti i gibi ara t,r,l,rsa muntazam bir anayasa yapmak için yeterince insan bulunabilir.¹¹⁸

2. Meclis-i ûrâ-y, Ümmet

Kanun yapmak, bir tüzel ki i olan devletin iradesi, kanunlar, uygulamak ise devletin

¹¹¹ MARD N, Yeni Osmanl,, s.345. Yasama, yarg,, maliye, e itim, askeri, maarif, d, i leri, vilayet yönetimleri, ticaret, ula t,rma, zab,ta konular,nda yap,lmas, gerekenler hususunda bkz. Nam,k Kemal: ø darece Muhtaç Oldu umuz Tâdilâtø, Bret, No. 33, 17 Te rinievvel 1872; ÖZÖN, s.152-159.

¹¹² SEV L, s.24.

¹¹³ MARD N, Yeni Osmanl,, s.345.

¹¹⁴ ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1097; KARA, s.65.

¹¹⁵ Nam,k Kemal, øMektuplar-I-II-III-IV-Vø, KUL, 159-185; KARA, s.66.

¹¹⁶ B RAND, s.35.

¹¹⁷ Nam,k Kemal: øUsul-ü Me veret Hakk,nda Mektuplar-IIø (Mektuplar-II), Hürriyet, 21 Eylül 1285. KUL, s.155; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1097.

¹¹⁸ Nam,k Kemal, øMektuplar-IIø, KUL, s.155, ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1097.

fiilleri hükmündedir. Bunlar, n her ikisi ayn, elde olursa, hükümetin hareketleri, ihtiyar-, mutlaktan kurtulamaz. ûrâ-y, Ümmetø bunun için ihtiyaç vard,r.¹¹⁹ Fransa'daki *Cour Legislative* denilen kanun koyucu meclise kar ,l,k gelen bu meclisin üyeleri, re it Osmanl, vatanda , erkekler aras,ndan alt, y,l için seçilecektir. Nam,k Kemal, kimi çevrelerden yükselen ököylülerin seçme konusunda muktedir olmad,klar,ö yönündeki itirazlar, kabul etmemi tir. Çünkü Osmanl, halk, ak,ll,y, deliden, âlimi cahilden, adili zalimden ayr,t etme yetene ine sahiptir.¹²⁰ Osmanl, halk, düzeyinde olmayan baz, yerlerde¹²¹ dahi meclisler bulunmaktad,r.¹²²

Yukar,da da belirtildi i gibi ûrâ-y, Ümmetø, gayrimüslimler de dâhil olmak üzere gerekli artlar, ta ,yan her Osmanl, tebaas, seçilebilir. Seçme konusunda da Müslim, gayrimüslim aras,nda bir fark bulunmamal,d,r.¹²³ Bu konuda Nam,k Kemal'ın en büyük dayanaklar,ndan biri, Âl-i mrân Suresinin 159. ayetinde yer alan ve öi hakk,nda onlara dan, ö¹²⁴ anlam,na gelen, *øve âvir hüüm fil emrø* ifadesi olmu tur. Ayette yer alan *øhümø* yani öonlarø zamiri, me rutiyet tart, malar, esnas,nda üzerinde çok durulan kavramlardan biri olmu tur. Bu tart, ma sürecinde, baz, ayd,nlar buradaki *hüüm* ifadesinin içerisine Osmanl, tebaas, aras,nda etnik ve dini ayr,m gözetmeksizin herkesi dâhil ederken, baz, ayd,nlar bu zamirin yaln,zca Müslümanlar, kapsad, ,n, ileri sürmü lerdir.¹²⁵

Yeni Osmanl, dü ünmesine uygun olarak *hüüm* zamirinin içine gayrimüslimleri de dâhil eden Nam,k Kemal, din, ,rk, dil ve mezhep fark, dikkate al,nmaks,z,n herkesin Osmanl, kimli i alt,nda ya amas,n, ve bunlar,n ûrâ-y, Ümmetøte temsil edilmesini savunmu tur.¹²⁶ Vatanseverlik anlay, ,n,n temeli olan slamøa yapt, , yo un vurguya kar ,n gayrimüslimleri vatan kurgusunun d, ,nda b,rakmam, t,r.¹²⁷ Asl,nda onun bu yaz,lar,ndan daha önce 1856'da ilan edilen Islahat Ferman,, ilke olarak, din fark, gözetmeksizin tüm tebaan,n e itli ini kabul etmi ve tebaan,n askeri ve sivil kamu hizmetlerinde; adalet, vergi ve e itim gibi alanlarda tam e itli ini tan,m, t,r.¹²⁸

Nam,k Kemal, yetmi iki dil konu an bir halk,n mecliste nas,l toplanabilece i yönündeki ele tirilere memleket meclislerini örnek vermi tir. Nas,l bu meclislerde resmi dil kullan,l,yorsa ûrâ-y, Ümmetøte de ayn, ekilde resmi dil kullan,lacakt,r. Böylece milleti, mezhebi dikkate al,nmaks,z,n devletin resmi dilini konu abilen üyelerden olu an bir mecliste ayr,l,k söz konusu olmayacakt,r. Böylece resmi dilin önemine ve birle tiricili ine vurgu yapt, , görölmektedir.¹²⁹ Asl,nda o, düzgün bir e itimin Osmanl,ø,n,n çe itli ögeleri aras,ndaki kültürel farklar, azaltaca ,n, dü ünümü tür. Bu e itim, yeni neslin zihnine vatanseverlik a ,lamay, amaçlayan tek tip bir müfredattan meydana gelecekti.¹³⁰

Nam,k Kemalø göre, kanun önünde e itlik sa lanabilirse farklı unsurlar taraf,ndan din ve dil farklar,na yap,lan vurgu azalabilirdi. Bunlara ek olarak, tüm tebaan,n siyasi ve ki isel haklar, güvenceye al,n,rsa bu da bütünle meyi desteklerdi. Böylece imparatorluktaki ayr,l,kç, hareketler ve d, müdahaleler önlenebilir ve devlet y,k,lmaktan kurtulabilirdi.¹³¹

¹¹⁹ Nam,k Kemal, *øVe âvirhümø*, KUL, s.153.

¹²⁰ Nam,k Kemal, *øMektuplar-IIø*, KUL, s.167; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1098.

¹²¹ Karada ø, M,s,rø ve S,rbistanø örnek vermi tir *øVe âvirhümø*, KUL, s.158; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1102.

¹²² BORAN, s.261-264; YETK N, s.729.

¹²³ Asl,nda Tanzimat'ın temel ilkelerinden biri, imparatorlu un tüm tebaas,n,n, dini aidiyetlerden ba ,ms,z bir biçimde, Osmanl, olarak say,lmas, oldu undan meclis üyeli inin dini aidiyetlere dayanan kotalarla olu turulmas, tasavvur edilemezdi. Fakat gayrimüslim topluluklar,n imparatorlukta yeterli temsil edilmemesi sorununa bir çözüm bulunmas, gerekiyordu ve sonunda bu sorun Avrupa'daki eyaletlere gere inden fazla temsilci hakk, tan,narak çözülmü tür. EYHUN, s.32.

¹²⁴ Kurøan-, Kerim, Diyanet leri Ba kanl, ,, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/%C3%821-i%20%C4%B0mr%C3%A2n-suresi/452/159-ayet-tefsiri>, (Eri im tarihi: 12.07.2019).

¹²⁵ Bu tart, malar için bkz. TEK N, Yusuf: *øOsmanl,øda Demokrasi Tart, malar,n,n Milad, Olarak Me rutiyet Öncesi Tart, ma Platformuø*, AÜ SBF Dergisi, 55(3), 2000, s.152-155; OKTAY, Cemil: *Hum Zamirinin Serencam,, Ba lam Yay,nlar,, stanbul 1991*; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1089.

¹²⁶ ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1089.

¹²⁷ EYHUN, s.29. Nam,k Kemal Midilliøte mutasarr,f olarak görev yaparken Müslümanlar,n ve H,ristiyanlar,n birlikte e itim gördükleri Osmanl,l,k ölküsünü gerçekle tirecek okullar açm, t,r. KAPLAN, Nam,k Kemal, s.102.

¹²⁸ EYHUN, s.27.

¹²⁹ ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1102.

¹³⁰ EYHUN, s.29-30.

¹³¹ B RAND, Kâm,ran: *øAyd,nlanma Devri Devlet Felsefesinin Tanzimatta Tesirleriø*, Kâm,ran Birand Külliyyat, (1-3), Akça Yay,nlar,, Ankara 1998, s.5-75.

Bu meclisin özel görevleri aras,nda ûrâ-y, Devletân haz,rlad, , yasa tasar,lar,n, kabul veya reddetmek, devlet bütçesini denetlemek bulunmaktad,r. Bu noktada kamu harcamalar,n, denetlenmesinin önemine dikkat çekmi tir. Ona göre Osmanl,da daha önce me veret usulü kabul edilmi ve ûrâ-y, Ümmet kurulmu olsayd,, kamu harcamalar, denetlenmi olaca ,ndan hazine bu hale gelmezdi.¹³² Bu ayn, zamanda, Nam,k Kemalân idarenin denetimini ne kadar önemsemi ini göstermektedir.¹³³

Meclis ba kan,, bir y,l için meclis üyeleri aras,ndan seçilecektir. Yürütmenin içinde yer alan bakanlar meclis ba kan, olamayacaktır.¹³⁴ Bu, yasamayla yürütmenin ayr, olmas,n,n bir gere idir.

Ona göre, ûrâ-y, Devletân haz,rlad, , kanun taslaklar,n,n ûrâ-y, Ümmet taraf,ndan kabul edilmesiyle, yasama yetkisiyle yürütme yetkisi birbirinden ayr,lm, olacak böylece ümmetin görü leri ortaya ç,kacak, yasaman,n ve yürütmenin uygulamalar, me ru hale gelecektir. Bütçeyi ûrâ-y, Ümmetân incelemesi sayesinde herkes verdi i paran,n nereye gitti ini ö renecek ve böylece israf azalacaktır.¹³⁵ Nam,k Kemalø göre halkta mevcut idareye kar , a ar, düzeyde bir nefret ve güvensizlik vard,r. Resmi a ,zlardan ç,kan her eyi halk bir aldatma olarak görmekte ve bunlara inanmamaktad,r. Usulü me veretle birlikte devlete olan güvensizlik de ortadan kalkacaktır.¹³⁶

Ona göre, yasama gücünün kullan,lm,as,nda eriat,n hükümleri bir s,n,rlama getirmektedir. Dolay,s,yla kanunlar,n, eriat,n hükümlerine uygun olarak yap,lm,as, gerekmektedir. Çünkü Osmanl,ın içinde bulundu u çökü , eriat,n hükümlerine uymamaktan do mu tur. Devletin bu durumdan kurtulmas, ancak slami esaslar,n üstün k,l,nmas,yla, bunlar,n üstün hukuk düzeni olarak kabul edilmesiyle mümkündür.¹³⁷

Meclis-i ûrâ-y, Devlet ve Meclis-i ûrâ-y, Ümmetân ard,ndan Senatoya ili kin aç,klamalarda bulunmu tur.

3. Senato

Döneminin tüm me ruti monar ilerinde oldu u gibi Nam,k Kemal de öngördü ü sistemde Senatoya yer vermi tir. Hatta me ruti monar ilerde bu tür bir organa ihtiyaç duyuldu unu güçlü bir biçimde savunmu tur.¹³⁸ Senato, üç s,n,f üyeden olu acakt,r. İlk s,n,f, hanedan mensuplar,ndan olu acakt,r. Hanedan mensuplar, on sekiz ya ,na girince Senato üyesi olacaklard,r. Fakat Senatoada fiilen bulunabilmeleri için padi ah,n iradesi gereklidir. İkinci s,n,f, dinlerin reisleri, mare aller ve kaptan pa alardan, üçüncü s,n,f ise sultan,n kendi takdirine göre seçti i ki ilerden olu acakt,r.¹³⁹ Fransaada oldu u gibi tüm Senato üyelerinin devlet ba kan, taraf,ndan seçilmesini Osmanl, için uygun bulmam, t,r.¹⁴⁰

Senato, yasamayla yürütme aras,nda bir düzeltici gücün incelemesine duyulan ihtiyaçtan do mu tur. Anayasay, korumak ve gerekiyorsa anayasada de i iklik yapmak Senatoanın görevleri aras,nda yer almaktadır.¹⁴¹ Kanunlar,n ilan olunabilmesi için Senatoaya sunulmas, gerekir.¹⁴² Burada Senatoyu özgürlüklerin ve anayasan,n koruyucusu tayin etmesi dikkat çekicidir. Zaten esas itibariyle güçleri ay,rmas,n,n nedeni de özgürlüklerin korunmas,d,r. Bu yakla ,m, Nam,k Kemalân genel olarak hayata ve siyasete bak, ,yla uyumludur.

Senato, kanunlar,n anayasaya uygunlu unu da inceleyecektir. Fakat bu inceleme belli hususlarla s,n,rl,d,r. Bu hususlar unlard,r: Usul-ü mezhep, ahlak, mezhep özgürlü ü, ki i özgürlü ü, mahkeme önünde herkesin e itli i ilkesi, ülkenin korunmas,, emlâkin sald,r,lardan korunmas,, hâkimlerin azledilmesinin yasaklanmas,. Bu incelemeyi yaparken padi ahtan onay

Ankara 1955, s.249.

¹³² Nam,k Kemal, öVe âvirhümö, KUL, s.156; KARA, s.64.

¹³³ GÖÇGÜN, s.206; KARA, s.64.

¹³⁴ Nam,k Kemal, öMektuplar-IIö, KUL, s.169; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1097.

¹³⁵ Nam,k Kemal, öMektuplar-IIö, KUL, s.168; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1099.

¹³⁶ Nam,k Kemal, öVe âvirhümö, KUL, s.156-157.

¹³⁷ OKANDAN, s.123.

¹³⁸ Nam,k Kemal, öMektuplar-Vö, KUL, s.182.

¹³⁹ Nam,k Kemal, öUsul-ü Me veret Hakk,nda Mektuplar-IVö (Mektuplar-IV), Hürriyet, 12 Te rinievvel 1285, KUL, s.179. ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1099.

¹⁴⁰ Nam,k Kemal, öMektuplar-Vö, KUL, s.182.

¹⁴¹ Nam,k Kemal, öMektuplar-IVö, KUL, s.181.

¹⁴² Nam,k Kemal, öMektuplar-IVö, KUL, 179; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1099

almas, gerekmemektedir. Anayasay, yorumlama yetkisi de Senatoya aittir. Bu konudaki kararlar, kesindir.¹⁴³ Nam,k Kemal'e göre Senatoya ihtiyaç duyulmas,n,n di er nedenleri unlard,r: ûrâ-y, Ümmet'e kanunlar,n görü ülmesi esnas,nda mebuslarla memurlar aras,nda ç,kan uyu mazl,klar Senato taraf,ndan çözüme ba lanacakt,r. Bir ba ka ifadeyle, böyle bir uyu mazl,k durumunda Senato, hakem görevi görecektir.¹⁴⁴ Sadrazam veya milli savunma bakan, gibi güçlü ki ilerin ûrâ-y, Ümmet'i da ,tma ihtimaline kar , Senatoya ihtiyaç vard,r. Çünkü hanedan üyelerinin, uleman,n, mü irlerin bulundu u bir Senatoya sald,rmaya kimse cesaret edemez. Hükümetin uygulamalar,n, veya genelin yarar,na olacak konularda hükümete kanun önerilerinde bulunmak da Senatoyun görevleri aras,nda yer almaktad,r.¹⁴⁵

Bir görü e göre, Nam,k Kemal'in me ruti yönetim tezinin o dönem ko ullar, içinde en zay,f noktas,, ûrâ-y, Ümmet içinde yer alacak H,ristiyan temsilcilerin durumu ve onlar,n statülerinin eri yorumuydu. O, H,ristiyanlar,n yasama gücü üzerindeki a ,rl, ,n, hafifletmek için halk, temsil etmeyen Senato türü bir meclise müracaat etmek zorunda kalm, t,r.¹⁴⁶ Bu görü ün isabetli oldu u söylenemez. Çünkü o zamanki Osmanl, nüfus yap,s, dikkate al,nd, ,nda ûrâ-y, Ümmet içinde Müslüman temsilciler ezici ço unlukta olacakt,.¹⁴⁷ Ayr,ca yukar,da da yer verildi i gibi örnek ald, , yönetim biçimi olan Fransa'da da Senato bulunmaktayd,. Bu meclisler bir taraftan hükümetin keyfi yönetimini engelleyecek, halk,n haklar,n, koruyacak; di er taraftan Osmanl, egemenli inin varl,k nedeni ve amac, olacakt,r. Bir ba ka ifadeyle bu meclisler arac,l, ,yla Osmanl, egemenli inin yan,nda, halk iradesi ve Müslümanlar,n haklar, korunacakt,.¹⁴⁸

Görüldü ü gibi Nam,k Kemal, devletin kayna , konusunda oldu u gibi temsili kurumlar konusunda da slam hukukunda bulunan kavramlar,n için Bat,l, kavram ve dü üncelerle doldurmaya çal, m, t,r.¹⁴⁹

IV. SONUÇ

Osmanl, Devleti'nde yenile me hareketlerine tepki olarak do an Yeni Osmanl, hareketinin bir mensubu olan Nam,k Kemal, Bat,l, liberal dü ünürlerden etkilenmi olsa da dü üncesinin özünü slamli ilkelerden alm, t,r. Özgürlük, adalet, e itlik, vatanseverlik gibi Ayd,nlanma döneminde Avrupa'da öne ç,kan birçok kavram,n slam'da bulundu unu öne sürmü tür. Örne in, Locke'n temsilci hükümet konusundaki dü ünceleri, ona göre, zaten Kuran'da bulunmaktayd,.¹⁵⁰

O, Tanzimat'a kadar Osmanl,da temsili yönetim biçiminin, güçler ayr,l, ,n,n, kuramsal olarak olmasa da, uygulamada geçerli oldu una inanmaktayd,. kinci Mahmut'un merkeziyetçi reformlar,yla birlikte bu hükümet biçimi sona ermi , tüm yetki Bâb,ali'ye geçmi ¹⁵¹ böylece bask,c,, keyfî bir yönetim ortaya ç,km, t,. Böyle yönetilen bir devlet yeteri kadar devlet adam, yeti tiremedi i, yeteri kadar asker besleyemedi i, yeteri kadar para bulamad, , için gerilemi tir. Devleti bu durumdan kurtar,p, eski gücüne kavu turman,n, hatta geli tirmenin yolu, me ruti bir yönetime geçmekte yatmaktayd,. Bu yönetim, onun do aya uygunluk dedi i eye, eri yönetim biçimine kar ,l,k gelmekteydi.

Yukar,da yer verilen aç,klamalardan anla ,ld, , gibi Nam,k Kemal, bn Haldun'un tersine, devletlerin do al bir ömürlerinin oldu u görü ünü reddetmi tir. Ya ad, , dönemde, devletlerin tüzel ki ili i kabul edilmekteydi. O da bunu kabul etmi tir. Ayr,ca o, zaman,n, do a bilimlerdeki ve sosyal bilimlerdeki dü üncelere ko ut olarak ilerlemeye, geli meye inan,yordu. Gerçekten de ya ad, , dönemde Bat,da do a bilimlerinde, sosyal bilimlerde,

¹⁴³ Nam,k Kemal, öMektuplar-IVö, KUL, s.179-180; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1100.

¹⁴⁴ KAPLAN, Nam,k Kemal, s.109.

¹⁴⁵ Nam,k Kemal, öMektuplar-IVö, KUL, s.180; ÖZKAN/GÖKGÖZ, s.1100.

¹⁴⁶ AKYILMAZ, s.247.

¹⁴⁷ Çe itli vilayetlerden seçilip stanbul'a gelen mebuslar,n toplam say,s, 116 olmu tur. Bu mebuslar,n 68'i Müslüman, 48'i gayrimüslimdir. Halbuki Müslümanlar için 80 mebus, gayrimüslimler için 50 mebus öngörülmü tü. Bu say,lar,n oransal de eri Müslümanlar için %62, gayrimüslimler için %38'di. Seçimler sonucunda ortaya ç,kan tabloda Müslüman mebuslar,n oran, %59, gayrimüslim mebuslar,n oran, %41 olarak gerçekleşti mi tir. KILIÇ, Selda Kaya: ö1876 Meclis- Mebusan, ve Seçim Haz,rl,klar,ö, AÜ, OTAM Dergisi, 2011, 34, s.34.

¹⁴⁸ BERKES, Ça da la ma, s.291.

¹⁴⁹ AKYILMAZ, s.247.

¹⁵⁰ EYHUN, s.28.

¹⁵¹ EYHUN, s.28-30.

felsefede çok büyük geli meler olmu tu. Nam,k Kemal, Bat,øda ya anan bu geli meleri ngiltere ve Fransaøda ya ad, ndan, Frans,zca yaz,lm, kitaplar, ve gazeteleri takip etti inden biliyordu.¹⁵² Böyle bir dönemde devletin y,k,laca , dü üncesi ona kuramsal olarak do ru gelmiyordu. ngiltere ve Fransa ba ta olmak üzere yüzlerce y,ll,k devletler y,k,lm,yor, tersine gittikçe güçleniyordu. O zaman sorun, devletin kendisinde de ildi. Sorun, Osmanl,ø,n do an,n gereklerine göre yönetilmemesindeydi. Do an,n gereklerine göre yönetilmekten de me vereti, me ruti yönetim biçimini anl,yor, bunun köklerini de eriatta buluyordu. eriat hükümlerini ise ba ta Locke, Rousseau, Montesquieu olmak üzere Bat,l, dü ünürlerin görü leri , , nda yorumluyordu. Bu yorum çerçevesinde bir yönetim biçimi öngörmü tür. Bu yönetim biçiminde gayrimüslimlerin de temsiline yer vermek suretiyle Osmanl,ø,n parçalanmas,n, n önlenebilece ini dü ünü tür.

Tüm bunlardan anla ,ld, , gibi Nam,k Kemal, Osmanl,ø,n kurtulu unu yönetim biçiminde görüyordu. Çünkü Bat,ødaki geli meleri, ilerlemeleri ölkelerin yönetim biçimlerine yoruyordu. Ancak Bat,ødaki yönetim biçimlerinin, iktisadi, teknolojik, toplumsal, kültürel, bilimsel geli melerin sonucu oldu unun yeterince fark,nda de il gibidir. Bir ba ka ifadeyle, onun da neredeyse tüm Osmanl, ayd,nlar, gibi yönetim biçiminin toplumsal, iktisadî, kültürel yap,yla yak,n bir ili ki içinde oldu unu anlamad, , söylenebilir. Locke taraf,ndan savunulan siyasi kurumlarla, bu kurumlar,n arkas,nda yatan bireyci anlay, ve kavramlar aras,nda bir ili kinin bulundu unu anlamam, gibidir.¹⁵³ Bunu anlamad, , gibi, Osmanl, toplum yap,s,n,n geleneksel toplum özellikleri ta ,d, ,n,, Prens Sabahattin'ın ifadesiyle öcemaatçio¹⁵⁴ bir yap,ya sahip oldu unu da görememi tir. Bunu göremedi i için de Bat,øda halk,n temsilcisi olan parlamentolar,n arkas,ndaki gücü, yani burjuvaziyi fark edememi tir. Burjuvazinin yeni bir toplumsal düzen kurarken kendi dünya görü ünü bir bütün içinde ortaya koydu unu ve siyasi iktidar,n kullan,l, ,n, da kendi ç,kar,na uygun bir ekilde düzenledi ini fark edememi tir.¹⁵⁵

Osmanl, tebaas,n,n seçme yetene ine sahip olmad, ,, cahil oldu u yönündeki ele tirileri reddetmi ve onlar,n seçme haklar,n, savunmu tur. Fakat bunlar,n padi ah,n kar ,s,nda bir güçlerinin olmad, ,n, dü ünmemi tir. Osmanl,n,n ç,kar,na oldu undan padi ah,n bile me ruti monar iden yana oldu unu ileri sürmü tür. Fakat padi ah,n me rutiyetten yana olmad, ,n, ancak Kanun-i Esasi'ın haz,r,l,k sürecinde görmü tür

Müslümanlarla di er din mensuplar, aras,nda ayr,m yapmaks,z,n tüm Osmanl, tebaas,na devlet yönetimine kat,lma hakk, tan,mak suretiyle Osmanl,ø,n parçalanmas,n, engelleme dü üncesi de içinde bulundu u zaman için geçerli de ildi. Çünkü Frans,z htıalili ile ba layan milliyetçilik ak,m,, farklı, etnik, dinsel yap,lar, içinde bar,nd,ran imparatorluklar, parçalama potansiyeli ta ,yordu. Dolay,s,yla din ayr,m, yapmaks,z,n tüm imparatorluk tebaas,na devlet yönetimine kat,lma hakk, tan,yarak imparatorlu un parçalanmas,n, engelleme dü üncesi gerçekçi bir yakla ,m de ildi.

Bu de erlendirmeler, onun kendi ku a , ve daha sonraki ku aklar üzerindeki etkisi dikkate al,nd, ,nda, dü üncelerinin de erini azaltmaz. Nam,k Kemal ve arkadaş lar,, me rutiyetin ilan, hususunda etkili olduklar, gibi, kendisi bizzat Kanun-i Esasi'ın haz,rılanmas,nda görev alm, t,r.¹⁵⁶ Anayasan,n haz,rılanmas,ndan önce de Osmanl,øda anayasac,l,k ak,m,nda dü ünçe aç,s,ndan birinci, eylem aç,s,ndansa ikinci derecede rol oynam, t,r. Hatta Kanun-i Esasi'ın onun geli tirdi i dü üncelere dayand, , söylenebilir.¹⁵⁷ Dü ünçe ve edebiyat hayat,m,za; vatan, anayasa, özgürlük, e itlik, halk egemenli i, parlamenter sistem, güçler ayr,l, ,, hukukun üstünlü ü gibi kavramlar,n girmesinde ve anlam kazanmas,nda çok etkili olmu tur. Bu bak,mdan o, gerek ya ad, , dönemde, gerek ba ta Atatürk olmak üzere cumhuriyeti kuranlar üzerindeki etkisiyle, siyasi ve dü ünsel tarihimizde ayr,cal,kl, bir yere sahip olmu tur.¹⁵⁸

Nam,k Kemal'øde en dikkat çeken husus, yasama ve yürütmenin bir elde toplanmas,

¹⁵² AYDIN, s.461-462.

¹⁵³ MARD N, Yeni Osmanl,, s.447.

¹⁵⁴ ÖZYURT, s.190.

¹⁵⁵ SARICA, Murat: 100 Soruda Siyasi Dü ünçe Tarihi, Yay,na Haz,rılayan: Halit Fesih Kalkan, Milenyum Yay,nlar,, stanbul 2017, s.108.

¹⁵⁶ SEV L, s.20.

¹⁵⁷ BERKES, Ça da la ma, s.290.

¹⁵⁸ AYDIN, s.454; ÇADIRCI, Musa: öNam,k Kemal'ın Sosyal ve Ekonomik Görü leriö, AÜ, OTAM Dergisi, 1991, s.39-52.

durumunda devletin geriledi i tezidir. Osmanl, Tanzimata kadar gcl, iyi yönetilen bir devlettir. Çünkü devlet o zamana kadar z,mni Osmanl, sözle mesi denen bir anlay, la ynetilmi tir. Tanzimat ile birlikte bütün güçler bir elde, Bab,alide toplanm, t,r. Böylece Osmanl, gerilemeye ba lam, t,r. Bu durumdan kurtulman,n yolu, yeniden glerin birbirinden ayr,ld, , me ruti yönetime geçmektir. Nam,k Kemal göre Osmanl,n,n kurtulu unu ve devaml,, n, sa layacak olan güçler ayr,, na dayanan yönetim biçimi sadece Osmanl, için de il tüm devletler için geçerlidir.


KAYNAKÇA

- AKN, Ömer Faruk: Nam,k Kemal, Türk Diyanet Vakf, Ansiklopedisi, Diyanet Vakf, Yay,nlar,, stanbul 2006, 32, s.361-378.
- AKYILMAZ, Gl: Birinci Jn Türk Hareketinin (Yeni Osmanl,lar Cemiyeti) deolojisine Bir rnek: Nam,k Kemal ve Fikirleri, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, 2 (1999), s.233-251.
- ARABACI, Fazl,: Osmanl, Modernle mesinde -Yeni Osmanl,ların Din ve Siyaset Anlay, lar,, Dini Ara t,r,malar, Eylül-Aral,k, 1999, 2(5), s.51-89.
- AYDIN, Mithat: Nam,k Kemalöde Terakki ve Maarif Dncesi, Ankara Üniversitesi Dil Tarih Co rafya Fakültesi Dergisi, 2013, 2(53), s.454-457.
- BANGUO LU, Tahsin: Nam,k Kemal Gnt, Nam,k Kemal Hakk,nda, Vakit Matbaas,, stanbul 1942, s.1-10.
- BARDAKO LU, Ali: Tabi Hukuk Dncesi A,s,ndan slam Hukukçular,n,n stihsan ve st,slah Görüşü, Erciyes niversitesi lahiyat Fakültesi Dergisi, 1986, 4(3), s.111-138.
- BAYKAL, Bekir S,tk,: Nam,k Kemal Göre Avrupa ve Biz, Nam,k Kemal Hakk,nda, Vakit Matbaas,, stanbul 1942, s.187-217.
- BERKES, Niyazi: Türkiyeöde a da la ma, Do u-Bat, Yay,nlar,, stanbul 1978.
- BERKES, Niyazi: Nam,k Kemaln Fikri Tekml, Nam,k Kemal Hakk,nda, Vakit Matbaas,, stanbul 1942, s.221-247.
- B RAND, Km,ran: Ayd,nlanma Devri Devlet Felsefesinin Tanzimatta Tesirleri, Km,ran Birand Külliyat, (1-3), Akça Yay,nlar,, Ankara 1998, s.5-75.
- BORAN, Behice: Nam,k Kemaln Sosyal Fikirleri, Nam,k Kemal Hakk,nda, Vakit Matbaas,, stanbul 1942, s.249-279.
- ÇADIRCI, Musa: Nam,k Kemaln Sosyal ve Ekonomik Grleri, Ankara Üniversitesi, Osmanl, Tarihi Ara t,rma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 1991, s.39-52.
- EBUZZ YA, Tevfik: Merhum Nam,k Kemal Bey, Dersaadet 1327.
- GELLNER, Ernest: Uluslar ve Ulusçuluk, ev: Büşra Ersanl, Behar-Gülay Göksu zdo an, nsan Yay,nlar,, stanbul 1992.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esaslar,, Ekin Kitabevi, Bursa, 2015.
- GÖZÜBÜYÜK, ref/K L , Suna: Türk Anayasa Metinleri: 1839-1980, A, SBF Yay,nlar,, 2. Bas,, Ankara 1982.
- bni Haldun: Mukaddime, C. I, eviren: Turan Dursun, , Onur Yay,nlar,, Ankara 1977.
- KABAKLI, Ahmet: Türk Edebiyat,, C. 2, Türk Edebiyat, Vakf, Yay,nlar,, stanbul 1985.
- KANT, Immanuel: Seilmi Yaz,lar, eviren: Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, stanbul 1984.
- KAPLAN, Mehmet: Nabi ve Orta nsan Tipi, stanbul niversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyat, Dergisi, XI, Aral,k, 1961, s.2-44.
- KAPLAN, Mehmet: Nam,k Kemal: Hayat, ve Eserleri, stanbul 1948.
- KARA, Ercan: Nam,k Kemalöde Din ve Toplum, Dokuz Eylül Üniversitesi, SBE, Felsefe Din Bilimleri Anabilim Dal,, Yay,m lanmam, Yüksek Lisans Tezi, zmir 2011.
- KARPAT, Kemal H.: slamn Siyasalla mas,, stanbul Bilgi Üniversitesi Yay,nlar,, 1. Bask,, stanbul 2004.
- KARPAT, Kemal H.: Osmanl,dan Günümüze Asker ve Siyaset, Tima Yay,nlar,, stanbul 2010.
- KILIÇ, Selda Kaya: 1876 Meclis- Mebusan, ve Seçim Haz,r,l,klar,, Ankara Üniversitesi Osmanl, Tarihi Ara t,rma Merkezi Dergisi (OTAM), 2011, 34, s.27-40.
- KILIÇ, Selda Kaya: 1876 Anayasas,n,n Bilinmeyen ki Tasar,s,, Ankara Üniversitesi Osmanl, Tarihi Ara t,rma Merkezi Dergisi (OTAM), 1993, 4, s.557-633.
- KUL, Erdo an: Makalât-, Siyasiye ve Edebiye, Birle ik Yay,nc,l,k, Ankara 1994.
- KUNTAY, Mithat Cemal: Nam,k Kemal, Devrinin nsanlar, ve Olaylar, Aras,nda, C. I, Milli E itim Bakanl, , Yay,nlar,, stanbul 1944.
- Kuran-, Kerim, Diyanet leri Ba kanl, ,, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/%C3%82-i%20%C4%B0mr%C3%A2n-suresi/452/159-ayet-tefsiri>, (Eri im tarihi: 12.07.2019).
- KUTLU, Aydo an: Cumhuriyet Kavram, ve Trkiyeteki Evrimiö, Yay,m lanmam, Yüksek Lisans

- Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.
- LEWIS, Bernard: Modern Türkiye'nin Doğuşu, Çev: Babür Turna, Arkadaş Yayınları, Ankara, 2008.
- MARD N, erif: Yeni Osmanlı Düncesinin Doğuşu, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 1998.
- MARD N, erif: Osmanlı, Açısından Hürriyet, Çev: Mehmet Özden, Türk Modernleşmesi, Der.: Mümtaz Öner/Tuncay Önder, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s.103-122.
- MARD N, erif: Batı, İktisadi, Türk Modernleşmesi, Der.: Mümtaz Öner/Tuncay Önder, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s.9-20.
- MARD N, erif: Tanzimat'tan Sonra Avrupa, Batı, İktisadi, Türk Modernleşmesi, Der.: Mümtaz Öner/Tuncay Önder, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s.21-79.
- MARD N, erif: 19. Yüzyılda Dönüş Akımları ve Osmanlı Devleti, Türk Modernleşmesi, Der.: Mümtaz Öner/Tuncay Önder, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s.103-122.
- MARD N, erif: Türkiye'de Din ve Siyaset, 16. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2011.
- MARD N, erif: 19. Yüzyılda Dönüş Akımları ve Osmanlı Devleti, Türk Modernleşmesi, Der.: Mümtaz Öner/Tuncay Önder, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s.81-101.
- MARD N, erif: Yeni Osmanlılar ve Siyasal Fikirleri, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, VI, İstanbul 1985, s.1700-1701.
- OKANDAN, Recai Galip: Âme Hukukumuzun Anahatları: Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi, Birinci Kitap: Osmanlı Devletinin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.
- OKTAY, Cemil: Hum Zahirinin Serencamı, İletişim Yayınları, İstanbul 1991.
- OKUMU, Ejder: Osmanlı Haldünün Osmanlı Düncesine Etkisi, İslâm Araştırmaları Dergisi, 15, 2006, s.141-185.
- ÖNBERK, Nevin: Namık Kemal'de Özgürlük Fikri, Doğuşunun Yüzeşinci Yılında Namık Kemal, TTK Yayınları, Ankara 1993, s.93-116.
- ÖZKAN, Kenan/GÖKGÖZ, Gökhan: İmparatorluktan Ulus Devlete Geçiş Sürecinde Namık Kemal'in Dönüş Dünyası, Belgisi, 8 (Yaz 2014/ II), s.1083-1107.
- SARICA, Murat: 100 Soruda Siyasal Dönüş Tarihi, Yayın Hazırlayan: Halit Fesih Kalkan, Milenyum Yayınları, İstanbul 2017.
- ÖZÖN, Mustafa Nihat: Namık Kemal ve İletişim Gazetesi. Remzi Kitabevi, İstanbul 1938.
- ÖZYURT, Cevat: İleri Toplum Savunusu Olarak Prens Sabahattin Sosyolojisi, Muhafazakâr Dönüş/Conservative Thought, Nisan-Haziran 2012, 8(32), s.175-198.
- PER N, Cevdet: Namık Kemal ve Fransız Edebiyatı, Namık Kemal Hakkında, Vakıf Matbaası, İstanbul 1942, s.127-160.
- SEV L, Hülya Küçük: İhtilal ve Terakki Döneminde İslamcı Hareketi (1908-1914), Yayınlanmamış, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005.
- SUNGU, İhsan: Tanzimat ve Yeni Osmanlılar, Tanzimat I, s.777-857.
- ENEL, Alâeddin: Siyasal Dönüşler Tarihi, Bilim ve Sanat Yayınları, 3. Basım, Ankara 2014.
- EYHUN, Ahmet: Said Halim Paşa: Osmanlı Devleti Adamı ve İslamcı Dönüş (1865-1921), Çeviren: Derya Göçer, Everest Yayınları, İstanbul 2010.
- TANNENBAUM, Donald G.: Siyasal Dönüşler Tarihi: Filozoflar ve Fikirleri, Çeviren: Özgüç Orhan, BB101 Yayınları, Ankara 2017.
- TEK N, Yusuf: Osmanlı'da Demokrasi Tartışmaları, Milad, Olarak Meşrutiyet Öncesi Tartışma Platformu, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2000, 55(3), s.145-173.
- T MUR, Taner: Yakın Osmanlı Tarihinde Aykırı Çehreler, İnceleme Kitabevi, Ankara 2017.
- TOUCHARD, Jean: Siyasal Dönüşler Tarihi, Çeviren: İsmail Yergüz, İslam Yayınları, İstanbul 2015.
- UÇMAN, Abdullah: Tanzimat'tan Sonra Edebiyat ve Siyaset: Namık Kemal Ve Ziya Paşa Örneği, Türkiye Mecmuası, 2014, 24/Bahar, s.113-128.
- UYGUN, Oktay: Hukuk Teorileri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- UYGUN, Oktay: Devlet Teorisi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- de VOLNEY, Constantin François: Harabeler, Çev: Sâmim Kâzım Akses, Milli Eğitim Bakanlığı, İstanbul 1946.
- WEBER, Max: Ekonomi ve Toplum, Cilt 2, Çeviren: Latif Boyacı, Yayınları, İstanbul 2012.
- YET M, Fahri: Modern Bir Aydın Hareketi Olarak Yeni Osmanlılar ve İslam Dünyası, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Nisan 2015, 34, s.1-18.
- YETK N, Çetin: Siyasal Dönüşler Tarihi: Machiavelli'den XX. Yüzyıla Kadar Avrupa ve Osmanlı-Siyasal Dönüşü, C.2, Güner Yayınları, İstanbul 2009.

**ÖAVRUPA B RL ANAYASASIÖ VE DÜ ÜNDÜRDÜKLER :
S YASÎ ENTEGRASYON TEMELL B R KAVRAMLA TIRMA DENEMES****SOME REFLECTIONS ON THE CONSTITUTION OF THE EUROPEAN UNION:
A POLITICAL INTEGRATION ORIENTED APPROACH**

Ali Ersoy KONTACI*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.650185>**Makale Bilgi**

Gönderilme:23/11/2019
Kabul: 08/12/2019

Anahtar Kelimeler

*Avrupa Birli i
Anayasas,,
Laeken
Deklarasyonu,
Konvansiyon,
Anayasalar,n Siyasî
levleri,
Siyasî Entegrasyon.*

Özet

Anayasalar, hukukî i levlerine ek olarak çe itli siyasî i levleri de bulunan temel belgelerdir. Bu ba lamda, anayasalar,n siyasî i levlerinin en ba ta geleni; siyasî entegrasyon i levidir. Bu çerçevede anayasalar,n siyasî entegrasyon i levi; toplumda var olan tüm görü farklılıklar,n ve ç,kar çat, malar,n, a an, toplumsal ya am,n devam, için gereken asgarî uyum ortam,n, yaratan ve bu yolla da belli bir siyasa alt,nda ya ayan insanlar,n kolektif kimli ini olu turan ve onlar, bir arada tutan hukuk ötesi bir i lev olarak tan,mılanabilir. Modern anayasalar, ortaya ç,k, yüzy,llar, itibariyle ulus-devletler ça ,n,n ürünleri olduklar, için, bugüne kadar söz konusu i levi hep ulusal düzeyde gerçekle tirmi lerdir. Bu geli menin en büyük istisnas, ise, ulusüstü bir anayasac,l,k denemesi olan öAvrupa Birli i Anayasas,ö giri imidir. Bu çal, mada, öncelikle söz konusu giri imin ortaya ç,k, ,, somutla mas, ve ba ar,s,zl, a u ramas, süreçlerine yak,ndan bak,lmakta; sonras,nda ise an,lan giri imin alt,nda yatan dinamiklerin, anayasalar,n siyasî entegrasyon i levi temelinde aç,klanabilece i ileri sürülmektedir. Çal, ma, ulusalt,, ulusal ve ulusüstü düzeylerde ortaya ç,kan yeni krizlerin de etkisiyle, önümüzdeki y,llarda, anayasalar,n her düzeydeki siyasî entegrasyonun gücünün ve i levinin yeniden ve s,kl,kla tart, ,laca , öngörüsüyle noktalanmaktad,r.

Article Info

Received: 23/11/2019
Accepted: 08/12/2019

Keywords


*Constitution of The EU,
Laeken Declaration,
Convention,
Political Functions of
Constitutions,
Political ntegration.*

Abstract

Constitutions are fundamental documents having political, as well as legal functions. In this respect, one of the most prominent functions of constitutions is their (political) integrative function. As such, constitutions help to develop an overarching identity that would remain above the plurality of opinions and interests that exist within a society and develop a communal spirit and a collective identity which, in return, would develop a minimum social cohesion that is required to maintain a functioning social order. Modern constitutions, being products of the nation-state era, have thus far delivered such function at the national level. The biggest exception to this rule is the öConstitution of the European Unionö, being an initiative at the supranational level. In this study, the emergence and the failure of such initiative is examined, followed by an explanation of the underlying dynamics with reference to the integrative function of constitutions. The article concludes with the prediction that, under the continuing pressure coming from several crisis at the subnational, national and supranational levels, integrative function of the constitutions will remain its place at the top of the agenda in all those respective domains.



Bu eser [Creative Commons Atif-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Ö r. Üyesi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.  kontaci@law.ankara.edu.tr
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9643-4801>

I. G R

Siyasî entegrasyon, orijinal anlam,yla, uyruklar,n devlete riayet ve sadakat göstermelerini sa layacak ve siyasî sistemin üyeleri aras,ndaki davran, lara hâkim olacak bir normatif oyda ma yaratma amac,n, ifade etmektedir.¹ Bu içeri iyle siyasî entegrasyon teorisi, özellikle yeni kurulmakta olan ülkelerde ihtiyaç duyulan toplumsal birli e ula mak için, olgun bir siyasî kültürün varl, ,n, art ko makta; olgun bir siyasî kültüre ula man,n ise ancak toplumsal ileti im kanallar,n,n sa layaca , olanaklar, kullanarak mümkün olaca ,n, belirtmektedir. Toplumsal ileti imin geli tirilmesi ise yaln,zca toplumsal hareketlilik yoluyla sa lanabilece i için, sonuç olarak siyasî bütünle me ile toplumsal hareketlilik imkânlar, aras,nda vazgeçilmez bir sebep-sonuç ili kisi oldu u kabul edilmektedir.²

An,lan teorisinin i aret etti i ötoplumsal hareketlilikö olgusunun, toplumun içinde ya ayan bireylerin fizikî olarak bir yerden bir yere hareket etmelerini a an bir anlam ta ,d, , ku kusuzdur. Bu geni anlam,yla toplumsal hareketlilik, bireylerin kültürel ve s,n,fsal katmanlar aras,nda yer de i tirme olanaklar,na sahip olmalar,n,, bireylerin ve gruplar,n birbirleriyle görece e itlikçi düzlemlerde kar , kar ,ya gelebilmelerini, görü ve fikir al, veri inde bulunabilmelerini, ortak eylem, i birli i ve hatta rekabet ortamlar, geli tirebilmelerini ifade etmektedir. Bu ba lamda, toplumsal hareketlilik yoluyla toplumsal ileti imin; toplumsal ileti im yoluyla da olgun bir siyasî kültürün in as, sürecinde, mevcut bütün tarihsel ve toplumsal faktörlere ek olarak, hukukî tercih ve araçlar,n da belirleyici bir etkisinin olaca ,n, kabul etmek gerekmektedir. Konusu itibariyle bu yönde etkiler do urmaya en elveri li araçlar,n topland, , metinlerse, kural olarak anayasal nitelikli belgeler olmaktadır. Bu ba lamda anayasalar, bir toplumsal örgütlenmenin entegrasyon derecesi ve süreçleri aç,s,ndan hem *belirleyici*, hem de *aç,klay,c*, gücü olan metinler olarak kar ,m,zda durmaktadır.

Anayasalar,n bu i levinin, an,lan metinlerin teknik *hukukî i levlerinden* ayrı, olarak ve k,smen bu i levlerin hayata geçirilmesini sa layan hukukî araçlar eliyle gerçekte tirilen *siyasî bir i lev* olarak tan,mılanmas, mümkündür. Bu anlamda anayasalar,n siyasî i levlerinden en ba ta geleni; siyasal entegrasyonu gerçekte tirme, sürdürme ve koruma i levi olarak somutla maktadır. Bu çerçevede anayasalar,n entegrasyon i levinin; belli bir toplumda var olan tüm görü farkl,l,klar,n, ve ç,kar çat, malar,n, a an, toplumsal ya am,n devam, için gereken asgarî uyum ortam,n, yaratan ve bu yolla da belli bir siyasa alt,nda ya ayan insanlar,n kolektif kimli ini olu turan ve onlar, bir arada tutan hukuk ötesi bir i lev olarak tan,mılanmas, mümkündür.³ Bu yönüyle öba ar,l,ö olarak kabul edilebilecek olan bir anayasan,n da, ait oldu u toplumun siyasî kimli inin olu umunu destekleyen ve temel toplumsal de erler ile toplumun gelecek beklentilerini yans,tan bir belge halini alaca , söylenebilir.⁴

Modern anayasalar, ortaya ç,k, yüzy,llar, itibariyle ulus-devletler ça ,n,n ürünleri olduklar, için, bugüne kadar söz konusu i levleri hep ulusal düzeylerde gerçekte tirmi veya gerçekte tirmeye çal, m, lard,r. Bu birkaç yüzy,ll,k geli im çizgisinin en büyük istisnas, ise, ulusüstü (*supranational*) bir anayasac,l,k denemesi olarak 2000'di y,llar,n ba ,nda ortaya ç,kan ÖAvrupa Birli i Anayasas,ö giri imidir. Bu çal, mada, öncelikle söz konusu giri imin ortaya ç,k, ,, somutla mas, ve ba ar,s,zl, a u ramas, süreçlerine yak,ndan bak,lmakta; sonras,nda ise böyle bir giri imin ard,nda yatan as,l nedenin, anayasalar,n siyasî entegrasyon i levi temelinde aç,klanabilece i ileri sürülmektedir.

II. AVRUPA B RL TARTI MALARININ ANAYASALLA MASİ: EKONOM N N D L N DEN S YASET N D L NE DÖNÜ

kinici Dünya Sava , sonras,n,n kendine özgü ko ullar, içinde do an ÖAvrupa

¹ AKE, Claude: *öPolitical Integration and Political Stability, A Hypothesisö (Political Integration), World Politics, 19(1), 1967, s.486.* Buna kar ,l,k, ötoplumsal entegrasyonö, ödevlet yap,lanas, anlam,nda entegrasyonö ve ödevletleraras, seviyede entegrasyonö gibi farkl, düzeylerde gerçekte en entegrasyon türlerinden söz etmek de mümkündür. Bkz. FRANKENBERG, Günter: *öTocqueville's Question: The Role of a Constitution in the Process of Integrationö, Ratio Juris, 13(1), 2000, s.4-5.* Buna kar ,l,k, ötoplumsal entegrasyonö, ödevlet yap,lanas, anlam,nda entegrasyonö ve ödevletleraras, seviyede entegrasyonö gibi farkl, düzeylerde gerçekte en entegrasyon türlerinden söz etmek de mümkündür. Bkz. FRANKENBERG, s.4-5.

² AKE, Claude: *A Theory of Political Integration, (Theory of Political Integration) The Dorsey Press, Homewood, Illinois 1967, s.96-97.*

³ GRIMM, Dieter: *Integration by Constitution, International Journal of Constitutional Law, 3(2-3), 2005, s.194-195*

⁴ GRIMM, s.194-195.

bütünle mesiö projesi, 1950lerden günümüze uzanan süreçte oldukça etkileyici bir seyir izlemi tir. Bu ba lamda, Büyük Sava ın yaralar,n, sarma ve Avrupa'n, bütününü tahrip olmu ekonomisini aya a kald,rma hedefleriyle ç,k,lan bu yolculu un ilk dönemi, özellikle de 1952 y,l,nda giri ilen öAvrupa Politik Toplulu uö (*European Political Community*) projesinin ba ar,s,zl, a u ramas,n,n ard,ndan⁵, ekonomik öncelikler ekseninde tan,mılanan bir yol haritası, izlemi tir. Bu dönem boyunca tek pazar,n (*single market*) in as, ve ekonomik büyüme gibi kayg,lar, kamusal tart, malarda demokratik hesap verilebilirlik ve iktidar,n denetlenmesi gibi konulardan çok daha büyük bir yer i gal etmi ve bir anlamda *öekonominin dili, siyasetin diliyle yer de i tirmi tirö*.⁶

Avrupa'n, ikinci Dünya Sava , sonras, yeniden in a sürecine hâkim olan temel dinamikler aras,ndaki bu s,ralama, 1992 y,l,nda imzalanan Maastricht Antla mas,ına kadar da geçerlili ini büyük ölçüde korumu tur.⁷ mızaland, , tarihten yakla ,k iki y,l sonra yürürlü e giren Maastricht Antla mas,ında ise, o güne kadarki öüçayaklı,ö Avrupa resminin, öüç sütunödan olu an farklı bir Avrupa resmiyle yer de i tirdi ine ahit olunmu tur. Bu çerçevede, öAvrupa Topluluklar,ö olarak isimlendirilen ve sava sonras, Avrupa'n, kurucu kurumsal örgütlenmesini olu turan Avrupa Kömür ve Çelik Toplulu u, Avrupa Atom Enerjisi Toplulu u ve Avrupa Ekonomik Toplulu u öbirinci sütunö ad, alt,nda bir araya getirilirken; bunlara, öikinciö ve öüçüncü sütunlarö olarak tan,mılanan öOrtak D, ve Güvenlik Politikası,ö ile öAdalet ve çilerinde birli iö politikalar, eklenmi tir.⁸ Dahas,, bu kurumsal dönü üm sürecinin, çok önemli baz, siyasî/sembolik ad,mılarla da tamamlandı, , görülmü tür. Bu kapsamda, Antla ma'n, ömü terek hükümlerö ba l, , alt,ndaki (A) maddesinde öAvrupa Birli iö tabiri resmî olarak ilk defa kullan,lm, ve de inilen bu öBirliköin yans,malar, olarak, övatanda l,kö ve öortak d, politikaö gibi çok önemli ulusüstü ça r, ,mlar içeren kavramlara yer verilmi tir. Bu ba lamda Maastricht Antla mas,, Avrupa Birli i'nin geli im sürecinin, ekonominin sihirli kavramlar,n,n sa lad, , mutlak dokunulmazlık alan,ndan, siyasetin kendine özgü çat, malar,yla tan,mılanan aray, lar evrenine geçmesinin de kap,lar,n, açm, t,r. Deyim yerindeyse; ösiyasetin diliö, Maastricht Antla mas,ıyla birlikte, sava sonras,n,n ola anüstü ko ullar,nda kendisini geri plâna iten öekonominin diliönden geçmi in rövan ,n, almaya ba lam, t,r.

Ne var ki, ekonominin dilinden siyasetin diline bu geçi , geleneksel Avrupa taraftarlar,n,n beklentilerinin aksine, öBeyaz Kitapö⁹ ve Tek Avrupa Senediöyle ekonomik kurulumu büyük ölçüde tamamlanan Avrupa'n, siyasî aç,ndan da *kuruluvermesine* yol açmam, t,r. Tam aksine, bu dönü ümle birlikte Avrupa, o güne kadar görmezden gelinen pek çok tart, ma bir anda dirilmi ve söz konu u tart, malar,n Avrupa'n, entelektüel gündemine damga vurdu u bir döneme girmi tir. Bu kapsamda, 1990lar,n ba ,ndan 2000lerin ilk y,ıllar,na uzanan süreçte ya anan tart, malar,n a ,rl,k merkezi de, ekonomik alandan siyasî ve hukukî alana do ru hissedilir bir kayma ya am, t,r.

Bu dönemde öne ç,kan tart, ma ba l,klar,; gittikçe ilerleyen bütünle me sonucunda

⁵ de BURCA, Gráinne: *öIs EU Supranational Governance a Challenge to Liberal Constitutionalism?ö*, New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 18-09, 2018. Avrupa Politik Toplulu u hakk,nda ayrıca bkz. GRIFFITHS, Richard T.: *öEurope's First Constitution: The European Political Community, 1952-1954ö*, in Martin, S. (ed.), *The Construction of Europe, Essays in Honour of Emile Noël*, Springer, Dordrecht 2005, s.19-39; GÜNÜ UR, Haluk: *Avrupa Birli i, Avrupa Ekonomik Dan, ma Merkezi Yay,n,, Ankara 2014*, s.44-45.

⁶ SIDENTOP, Larry: *Democracy in Europe*, Allen Lane, The Penguin Press, Great Britain 2000, s.102.

⁷ Avrupa Birli i'ne üye ölkelerin devlet veya hükümet ba kanlar,ndan olu an Avrupa Birli i Konseyi'nin 10 Aral,k 1991 tarihinde Maastricht'te yap,lan toplant,s,nda kabul edilen ve yine 7 ubat 1992'de ayn, yerde imzalanan Antla ma'n, resmî ad, öAvrupa Birli i Antla mas,ö,d,r (*Treaty on European Union*). Anla ma metni için bkz. öTreaty on European Unionö (OJ C 191, 29.7.1992), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=EN>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).

⁸ Maastricht Antla mas,ın, getirdi i bu kurumsal yap,n,n kolay anla ,l,r ve bir ematik anlat,m, için bkz. SHAW, Jo: *Law of the European Union*, Macmillan, London 1996, s.6.

⁹ öBeyaz Kitapö (White Paper), Avrupa Komisyonu taraf,ndan çe itli tarihlerde haz,rılanan ve Birlik'ın belli bir alandaki faaliyetlerine ili kin politika önerilerini içeren raporlara verilen genel add,r. Burada de inilen öBeyaz Kitapö ise; 1985 y,l,nda Jacques Delors'ın Komisyon Ba kanl, , döneminde olu turulan bir kurul taraf,ndan haz,rılanan ve Avrupa Tek Pazar,ın kurulabilmesi için al,nmas, gereken 279 önlemleri içeren Cockfield Raporu'nu ifade etmektedir. Bu rapor ile, söz konusu raporun haz,rılanmas,na giden yolda ya anan 1970 petrol krizi ve Bretton Woods Para Sistemi'nin çökü ünün ard,ndan kar ,la ,lan Avrupa manzaras,n,n özlü bir anlat,m, için bkz. CLAYTON, Jess: *öA History of European Integrationö*, in Garcia, J.J.F./Clayton Jess E./Hobley, Christopher (ed.), *The Student's Guide to European Integration*, Polity Press, Padstow-Cornwall 2004, s.17-21.

Birlikön kurumsal yap,s,n,n büyük ölçüde geni ledi i ve bu geni lemeyle ba lant,l, olarak da, Birlikön karar alma usulleri ve çal, ma yöntemlerinde kimi belirsizlik ve yetki payla ,m, sorunlar,n,n ortaya ç,kt, , noktalar,nda dü ümleniyordu. A ,rl, , gittikçe daha çok hissedilen bütün bu öteknikö problemlere ek olarak, yetkileri peyderpey artan Birlik kurumlar,n,n yaratt, , me ruiyet aç, , ile halktan kopuk bir görünüm arz eden Avrupa imgesinin yaratt, , sorunlar da listeye ekleniyor ve 21. yüzy,l,n e i inde Avrupañ,n konumuna ili kin tart, malar, tüm a ,rl, ,yla gündeme hâkim oluyordu. Nitekim 2001 y,l,nda imzalanan ve Avrupa mimarisinde çok önemli yenilikler öngören Nice Anla mas,ña ekli öNihâf Senetöte yer alan öAvrupañ,n Gelece i Hakk,nda Deklarasyonöda da benzer sorunlara dikkat çekiliyor ve öAvrupañ,n gelece i hakk,nda daha geni ve daha derin bir tart, man,nö aç,lmas, gerekti ine vurgu yap,l,yordu.¹⁰

Bu ça r,ya cevap olarak, 15 Aral,k 2001 tarihinde toplanan Laeken Zirvesi sonucunda ilân edilen öAvrupa Birli için Gelece i Hakk,nda Laeken Deklarasyonö da i te tam bu ihtiyaca yan,t verme iddias,n, ta ,yordu.¹¹ Asl,nda, Deklarasyonöda dile getirilen görü ler, Avrupañ,n siyasî seçkinlerinin ya l, k,tan,n gelece ine ili kin beklentilerinin manifestosu niteli indeydi. Gerçekten de, metinde öncelikle Avrupañ,n 21. yüzy,l,n hemen ba ,ndaki konumu hakk,nda temel bir de erlendirme yap,l,yor ve gelinen durum; ö...bir dönüm noktas, ve Birlikön var olu unda kader tayin edici bir anö olarak tan,m lan,yordu. Bu tan,m, Avrupañ,n iç dinamiklerinden kaynaklanan demokratikle me ihtiyac, ile d, dinamiklerden kaynaklanan öetkin ve dünya meselelerinde söz sahibi olanö bir Birlik gereksinimi ile aç,k lan,yor ve Avrupa vatanda lar,n,n, Birlikön kendilerine daha yak,n, faaliyetlerinin daha anla ,l,r ve Birlik taraf,ndan al,nan kararlar,n daha effaf olmas,n, talep ettikleri belirtiliyordu. Bu ihtiyaçlar,n kar ,lanmas, için de, bir yandan Birlik kurumlar,n,n revizyonu ile etkin çal, malar,n,n sa lanmas,; di er yandan da öTemel Haklar art,ñ,n ba lay,c, hale getirilmesi gibi ad,m larla Birlikön demokratik karakterinin güçlendirilmesiö, çözüm önerisi olarak sunuluyordu.

Deklarasyonün en dikkat çekici özelli i ise, öAvrupa Vatanda lar, için Bir Anayasaö olu turmak üzere gerekli haz,rl,k çal, malar,n, yapmak ve Avrupañ,n gelece i üzerine daha geni bir tart, ma platformu yaratmak amac,y la bir öKonvansiyonö olu turulmas,n,n karara ba lanmas,yd,. Bu ad,m la birlikte, o tarihe kadar uluslararası, anla malar eliyle yürütülen Avrupa Birli i Projesiñin anayasal bir sistem haline dönü mesinin önu aç,l,yor ve o tarihe kadar daha ziyade akademik çevrelerin¹² ve baz, haz,rl,k çal, malar,n,n¹³ gündeminde olan konu, somut bir siyasî hedef haline getiriliyordu.

III. öAVRUPA ANAYASASIö: BEKLENT LER VE KAR ILIKLAR

A. Laeken Deklarasyonundan öAvrupa için Bir Anayasa Olu turan Antla ma Tasla öna

Laeken Deklarasyonuyla kurulan ve çal, malar,n, Fransañ,n eski Cumhurbaşkanı Valéry Giscard d'ESTAING ba kanl, ,nda sürdüren öAvrupañ,n Gelece i Konvansiyonuö,

¹⁰ Nice Antla mas,ña ekli öNihâf Senetöte yer alan 23 numaral, öAvrupañ,n Gelece i Hakk,ndaki Deklarasyonö için bkz. öTreaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related actsö (OJ C 80, 10.3.2001), (OJ C 80, 10.3.2001), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12001C/TXT&from=EN>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).

¹¹ öAvrupañ,n Gelece i Hakk,nda Laeken Deklarasyonuö metni için bkz. öLaeken Declaration on the Future of the European Unionö, <https://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do?sessionId=BFT1JXCLqsj0GqG1GmTSb6PW0fPIZyQq7k7z2hxnqtQ8xJmJZJQP!-172979321?docId=344249&cardId=344249>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).

¹² Gerçekten de, arkas,nda çok yo un bir entelektüel tart, ma birikimi bulunan Avrupa Anayasas, projesinin lehinde ortaya konulan görü ler, Laeken Deklarasyonunda dile getirilen bu resmî çerçeveden ibaret de ildir. Kapsam, itibariyle böyle bir yaz,da incelenmesi mümkün olmayan bu görü lerden en temel baz, örnekler için bkz. HABERMAS, Jürgen: öWhy Europe Needs a Constitution?ö, New Left Review, 11, 2001, s.5-26. Bu makale, Yazarın öRemarks on Dieter Grimmö -Does Europe Need a Constitution?ö (European Law Journal, 1(3), 1995, s.303-307) ba l,k l, öyorumöünün geni letilmi halidir. GRIMMñ,n, söz konusu öyörümöda at,f yap,lan makalesinin, bu iki yaz,y la birlikte de erlendirilmesi ise, Avrupa Anayasas, konusunda çat, an görü leri de erlendirmek bak,m,ndan çok de erli bir f,r sat sunmaktad,r. Söz konusu çal, ma için bkz GRIMM, Dieter: öDoes Europe Need a Constitution?ö, European Law Journal, 1(3), 1995, s.282-302. Ayr,ca bkz. WEILER, J.H.H.: The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor?, Cambridge University Press, Cambridge 1999.

¹³ Bu tarihe kadar, pek çok üye ülkeden gelen parlamenterler, Topluluk organlar, bünyesinde kurulan çal, ma gruplar, ve çe itli özel komiteler taraf,ndan gündeme getirilen anayasa önerileri için bkz. NENTWICH, Michael/FALKNER, Gerda: öIntergovernmental Conference 1996: Which Constitution for the Union?ö, European Law Journal, 2(1), 1996, s.2-6.

2002 y,l,n,n ubat ay,ndan 2003 y,l,n,n Haziran ay,na kadar devam eden müzakereler sonucunda, õAvrupa çin Bir Anayasa Olu turan Antla ma Tasla ,õn,¹⁴ (*Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*) haz,rılarak Avrupa Birli i Konseyi'ne sunmay, ba ard,. Çe itli ÷lke kamuoylar,nda farkl, tepkilere yol açan metin, büyük pazarl,klar ve eklenen yeni hükümler sayesinde var,lan uzla malar sonucunda, 28 Ekim 2004 tarihinde Roma'õn, görkemli Campidoglio Tepesi'nde düzenlenen bir törenle, aralar,nda Türkiye'nin de bulundu u tüm üye ve aday ÷lkelerin devlet veya hükümet ba kanlar, taraf,ndan imzalanarak resmen kabul edildi.¹⁵

Bununla birlikte, Taslak Anayasa hükümlerine yak,ndan bak,ld, ,nda; metnin, kendisinde beklenen baz, temel i levleri yerine getirme konusunda çe itli eksik ve sorunlarla malül oldu u gör÷lmekteydi. Bu kapsamda her eyden önce; Taslak Anayasa ile õBirlik mimarisinin basitle tirilmesiõ ve õantla malar,n sadele tirilmesiõ hedeflerine ula ,lamam, oldu u, daha ilk bak, ta göze çarpan hususlar aras,ndayd,. Gerçekten, Taslak Anayasa metninde Birlik organlar,n,n azalt,mas, söz konusu olmad, , gibi; o tarihe kadar var olan iki dereceli yarg,sal mimarinin, õAvrupa Adalet Divan,õ, õGenel Mahkemeõ ve õUzman Mahkemelerõden olu an üç parçal, bir yarg,sal mimariye dönü tür÷lmesi gibi (Taslak Anayasa, I. Bölüm, m.29) pek çok õkorum art,r,c,õ düzenlemeye yer verildi i de anla ,lmaktayd,. Dahas,, metnin kendisi de, õsadele tirmeõ hedefinden ne kadar uzak kal,nd, ,n,n çarp,c, bir örne i olarak öne ç,k,yordu. Gerçekten de Taslak Anayasa, 4 ana bölüm alt,nda toplam 448 madde ile bunlara eklenen 36 Protokol ve 2 Ekõten ve ayr,ca çe itli hükümler ve protokollere ili kin olarak yay,mlanan 50 Bildirge'den olu maktayd,.

õDaha etkin bir Birlikõ yarat,mas, yönünde ortaya konan aray, lar,n da õki bu, Birlik terminolojisinde, üye devletlerin karar alma sürecindeki õvetoõ yetkilerinin azalt,mas, anlam,na gelmektedirõ bir kez daha ulus-devletler duvar,na çarpt, , ve büyük ölçüde sonuçsuz kald, , gör÷lmekteydi. Gerçekten, örne in Taslak Anayasa'õn, orijinal metninde Bakanlar Konseyi'nde karar almay, kolayla t,r,c, yönde getirilen düzenlemeler, küçük devletlerden gelen büyük itirazlarla kar ,la ,rken, 17-18 Haziran 2004'te toplanan Brüksel zirvesinde bu konuda ciddi ödünler verilmek zorunda kal,nd,. Benzer ekilde, zirve sonras,nda yay,mlanan bildirgenin õKurumlarõ ba l, ,n, ta ,yan birinci k,sm,nda yer alan ilk õEkõte de, Taslak Anayasa'õn, õAvrupa Komisyonuõnun olu umunu düzenleyen bölümlerinde önemli de i ikliklere gidildi. Bu kapsamda, üye ÷lkelerin e it temsili ilkesinden ve ulus-devletlerin mutlak e itli i anlay, ,ndan uzakla an ve õAvrupal,l, ,õ iyice ön plâna ç,kar,lan Komisyon'õn yap,s,nda önemli de i ikler yap,l,rken, õetkinlikõ hedefine giden süreç de büyük ölçüde sekteye u rat,lm, oldu. Benzer ekilde, Birlik mimarisinde õteden beri önemli bir yer tutan õyetki ikamesiõ (*subsidiarity*) ve õorant,l,l,kõ ilkelerinin de, Birlik faaliyetleri kar ,s,nda, vatandaşlardan ziyade üye devletlerin ç,karlar,n, korumay, amaçlayan birer tampon olarak tasarland, , gör÷ldü. Üstelik bütün bu düzenlemeler bir arada de erlendirildi inde, bunlar,n, Anayasa'õn, õngördü ü õAvrupa Konseyi Ba kanl, ,õ (Taslak Anayasa, I Bölüm, m.22) ve õBirlik D, i leri Bakanl, ,õ (Taslak Anayasa, I Bölüm, m.28) gibi õAvrupal,la t,r,c,õ kurumlar,n yaratt, , ivmeyi dahi geri plânda b,rakabilecek bir a ,rl, a sahip olduklar, anla ,lyordu.

õDaha demokratikõ ve õAvrupa Halklar,õna daha yak,n bir Birlikõ olu turma hedefi ise, Taslak Anayasa'õn, en zay,f halkas,n, olu turuyordu. Zira metinde Avrupa'õn, çokça yak,n,lan õdemokrasi aç, ,õna (*democratic deficit*) çare olarak sunulan õvatandaşlar,õn, Maastricht Antla mas,õndan o güne kadar uygulanan sistemden herhangi bir esasl, farkl,l,k göstermedi i gibi; Birlik vatandaşlar,na tan,nan haklar da, onlar, Birlik kurumlar,n,n õolu turucuõ ve õdenetleyiciõ gücü haline getirmekten çok uzak kalmaktayd,. Demokratik mekanizmalar,n tesisi konusundaki bu eksikli in telafisi amac,yla metinde; söz konusu bo luklar,n, terazinin *liberal haklar* kefesinin doldurulmas, suretiyle giderilmeye çal ,ld, , anla ,lmaktayd,. Gerçekten, gerek gösteri li bir Temel Haklar art,õn, varl, ,, gerekse ekonomik kazançlara dayanan bir Birlik anlay, , ile; vatandaşlar,õn õkat,l,mõ boyutundaki eksiklerin õkazançõ boyutunun õne ç,kar,lmaz,yla telâfi edilmeye çal ,ld, , ve vatandaşlar,õn kavram,n,n, daha ziyade bir halkla ili ikler arac, olarak kullan,ld, , gözlemlenmekteydi. Bu durumunsa, vatandaşlar,n kendi

¹⁴ Metinde bundan böyle õTaslak Anayasaõ veya õAvrupa Birli i Taslak Anayasas,õ olarak kullan,lacakt,r.

¹⁵ Anayasa'õn, tam metni için bkz. õTreaty Establishing a Constitution for Europeõ (OJ C 310, 16.12.2004), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2004%3A310%3ATOC>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).

kaderlerini belirleyen kararlar, n al, nmas, na, uygulanmas, na ve denetlenmesine kat, l, m, n, ifade eden klâsik vatanda l, k tan, m, n, n oldukça gerisinde kald, , görülmekteydi.

Bütün bu tart, malar, n ard, ndan, hem haz, rlan, biçimi¹⁶ hem de içeri i aç, s, ndan büyük tart, malara konu olan Taslak Anayasa Anla mas, n, n, önce Hollanda'da ard, ndan da Fransa'da yap, lan halkoylamalar, nda reddedilmesi, büyük bir ok etkisi do urdu. Bu geli meyle birlikte, daha birkaç y, l önce a al, törenlerle ba layan ve büyük umutlar, n konusu olan anayasa maceras,, büyük bir hayal k, r, kl, , yla sonlanm, oldu.

B. Taslak Anayasa Referandumlar, ndan Lizbon Anla mas, na

Fransa ve Hollanda'daki halkoylamalar, n, n ard, ndan anayasa projesi iki y, ll, k bir süre için önadasaö b, rak, l, rken, bu süre, Avrupal, liderler taraf, ndan, bir yandan kendi kamuoylar, ndaki hassasiyetlerin ölçümü ve yeniden de erlendirilmesi, di er yandan da kar , l, kl, siyasî pozisyonlar, n ayarlanmas, için bir soluklanma f, rsat, olarak görüldü. Bütün bu çalkant, l, sürecin ard, ndan, 21-22 Haziran 2007 tarihinde Brüksel'de toplanan Avrupa Birli i zirvesinde Almanya Ba bakan, ve Avrupa Birli i Konseyi Dönem Ba kan, Angela Merkel; uzun müzakerelerin ard, ndan nihayet Birlik'ın anayasal gelece i üzerinde bir uzla maya var, ld, , müjdesini verdi. Ne var ki, bu ömüjdeönin içeri i biraz sorguland, , nda, asl, nda var, lan bu noktana, ö Avrupa Anayasas, ö dü leri kuranlar aç, s, ndan bir ömüjdeö olmaktan ziyade, yeni ve daha büyük bir hayal k, r, kl, , oldu u aç, kça görülmekteydi. Gerçekten de, an, lan zirve sonucunda var, lan nokta, Taslak Anayasa' n getirdi i pek çok radikal at, l, m, ndan vazgeçildi ini gösteriyordu. Bu kapsamda at, lan ad, mlara bak, ld, , nda;

- Her eyden önce, Zirve'de Avrupa Birli i'nin önünde art, k bir öAnayasa' n, n de il, ama bir öReform Antla mas, ön, n bulundu unun aç, kça kabul edildi i görülmekteydi.¹⁷

- Bunun bir yans, mas, olarak da, gelecek antla malarda öAnayasaö kelimesinin kullan, lmayaca , ve öBirlik Mar , ö ile öBayrakö gibi anayasal sembollere hiçbir ekilde yer verilmeyece i de aç, kça ifade edilmekteydi.¹⁸

- Benzer ekilde, öBirlik D, i leri Bakan, ö, öyasaö ve öçerçeve yasaö kavramlar, da, tümüyle vazgeçilen kavramlar aras, nda yer almaktayd, .

- Bütün bu simgesel tercihlere ek olarak, metinde öOrtak D, ve Güvenlik Politikas, ö, öCezaî Konularda Polis ve Adli birli iö ve öTemel Haklar art, ön, n hukukî ba lay, c, l, , gibi konularda üye ülkelerin farklı uygulamalar benimsemesine kap, aç, ld, , görülmekteydi.

Bu haliyle Haziran 2007 Brüksel Zirvesi, öFederal Avrupaö hayalinden tümüyle vazgeçildi i ve öçok vitesli Avrupaö anlay, , n, n, tüm resmî itirazlara kar , n, geçmi te hiç olmad, , kadar etkin bir biçimde Birlik gündemine oturdu u bir Zirve olarak tarihteki yerini alm, oldu.

Bu zirvenin , , nda toplanan Lizbon Zirvesi ise, Birlik'ın günümüzde geçerli olan yap, s, n, olu turan kararlar, n al, nd, , zirve oldu. 13 Aral, k 2007 tarihinde imzalanan ve hükümlerinin büyük bölümü 1 Aral, k 2009 tarihinde yürürlü e giren Lizbon Antla mas,¹⁹, önceki kurucu antla malar, n yerine tek bir öAnayasaö metni koymak yerine, yaln, zca 1992 Maastricht Antla mas, ve 1957 Roma Antla mas, n, de i tiren bir metin biçiminde ortaya ç, kt, .²⁰ Bununla birlikte metinde gözlemlenen as, l ilginç husus; Taslak Anayasa'da yer alan ve

¹⁶ Bu konudaki baz, ele tiriler için bkz. ODER, Bertil Emrah: Avrupa Birli i'nde Anayasa ve Anayasac, l, k, Anahtar Kitaplar Yay, nevi, stanbul 2004, s.242-245; PODOLNJAK, Robert: öExplaining the Failure of the European Constitution: A Constitution-Making Perspectiveö, Collected Papers of Zagreb Law Faculty, 57(1), 2007, s.39-40; ERIKSEN, Erik Oddvar/FOSSUM, John Erik: öEurope in Search of Legitimacy: Strategies of Legitimation Assessedö, International Political Science Review, 25(4), 2004, s.453.

¹⁷ *Brussels European Council 21/22 June 2007 - Presidency Conclusions, Annex I: IGC Mandate*, 11177/1/07 REV 1, CONCL 2, Brussels, 20 July 2007, m.1. Metin için bkz. öBrussels European Council 21/22 June 2007 - Presidency Conclusionsö (2007). https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, (Eri m Tarihi: 14.10.2019).

¹⁸ *Brussels European Council 21/22 June 2007 - Presidency Conclusions, Annex I: IGC Mandate*, 11177/1/07 REV 1, CONCL 2, Brussels, 20 July 2007, m.3. https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, (Eri m Tarihi: 14.10.2019).

¹⁹ *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community* (OJ C 306, 17.12.2007), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN>, (Eri m Tarihi: 14.10.2019).

²⁰ Lizbon Antla mas, ile de i ik *Avrupa Birli i Antla mas, ve Avrupa Birli i'nin leyi i Hakk, nda Antla ma*, n

Haziran 2007 Brüksel Zirvesinde art,k Avrupa Birli i gündemden tamamen ç,kt, , belirtilen pek çok hususun, Lizbon Antla mas, ile bir ekilde hayata geçirilmi olmas,yd.,²¹ Bu kapsamda, Lizbon Antla mas, ile getirilen düzenlemeler aras,ndan öne ç,kanlar,n u ekilde s,ralanmas, mümkündür:

- Anla ma ile, Birlik kurumlar, aras,nda, üyeleri Avrupa vatanda lar, taraf,ndan do rudan seçimle belirlenen tek kurum olan ÷Avrupa Parlamentosuö güçlendirilmektedir. Bu kapsamda, Lizbon Antla mas, ile karar alma süreçlerinde uygulanan ÷ortak karar alma usulüöne yeni alanlar eklenmi ve bu yolla Avrupa Parlamentosuönun rolü artt,r,lm, t,r. Ayr,ca, Birlik bütçesi ile uluslararası, sözleşmeler komsunda da Parlamentoönun konumunun güçlendirilmi tir.

- Maastricht Antla mas, ile kurulan ö3 sütunlu yapıö, birinci sütunu olu turan organlardan ÷Avrupa Kömür ve Çelik Toplulu uönü kuran antla man,n süresinin dolmas, ve ÷Avrupa Toplulu uönun da (eski ÷Avrupa Ekonomik Toplulu uö) sonland,r,larak Avrupa Birli i tüzel ki ili ine kat,lmas,yla sona erdirilmi tir.

- Antla ma ile, daimi bir ÷Avrupa Birli i Konseyi Ba kan,ö görevi ihdas edilmi ; Konsey içinde Birlik üyesi ülkelerin say,s, ve sahip olduklar, a ,rl,kl, oya ek olarak, ülke nüfuslar,n,n da dikkate al,naca , yeni bir nitelikli ço unluk oylama sistemine geçilmi tir.

- Daha önemlisi; ÷Ortak D, ve Güvenlik Politikas,ön,n, eskiden beri benimsenen usullere uygun olarak belirlenece i, ba ka bir ifadeyle, söz konusu alan,n, hükümetleraras, mahiyetini koruyarak, esasen *siyasal bir alan* olmaya devam edece i kararla t,r,lm, t,r. İlginç olan; Avrupa Birli i Konseyi ile Komisyon Ba kan,ön,n birlikte atayacaklar, bir ÷Avrupa Birli i D, Politika ve Güvenlik Yüksek Temsilcisiö pozisyonunun yarat,lmas, ve bu ki inin, Birlikön Ortak D, ve Güvenlik Politikas,n, yürütmekle görevlendirilmi olmas,d,r.

- ÷Cezai Konularda Polis ve Adlî birli iö alan, ise, bu konuya ili kin hükümlerin be y,ll,k bir geçi sürecinin ard,ndan 2014 y,l,nda yürürlü e girmesiyle birlikte ÷Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alan,ö ismini alm, ve ciddi derinle melere konu olmu tur. Gerçekten, öncelikle bu alanda eskiden geçerli olan ve ba lay,c, gücünü Birlik üyesi devletlerin imzas,ndan alan çerçeve kararlarö,n yerini do rudan uygulanabilir nitelikteki ÷Tüzüklerö alm, ; bu alan Avrupa Birli i Adalet Divan,ön,n yarg, yetkisi içine sokulmu ve sistem, 2019 y,l, sonuna kadar faaliyete geçmesi öngörülen ÷Avrupa Savc,l,k Ofisiö (EPPO) gibi kurulu larla da desteklenmi tir. Bu ba lamda Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alan,ön,n, yukar,dakinden farklı olarak, *hukukî bir alan* hüviyeti kazanm, oldu unu söylemek mümkündür.

- Son olarak, Lizbon Antla mas, ile ÷AB Temel Haklar art,ö hukuken ba lay,c, hale getirilmi tir. Bir ba ka deyi le, artöta düzenlenen bütün haklar Avrupa Birli iönin öbirincil mevzuat,ö haline getirilmi ve Birlik genelinde korunmas, ve uygulanmas, güvence alt,na al,nm, t,r.

Lizbon Antla mas,, Avrupa Birli i anayasac,l, , perspektifinden bak,ld, ,nda, oldukça ilginç bir metin olarak kar ,m,zda durmaktad,r. Zira yukar,da da belirtildi i üzere, Antla maön,n en dikkat çeken özelli i; birkaç y,l öncesinin öanayasa projesiönin önemli ba l,klar, aras,nda yer alan pek çok yenilikçi hususun bir ekilde hayata geçirilmi olmas,d,r.²² Gerçekten, ismi de i tirilmi bir ÷Birlik D, i leri Bakan,öndan ba lay,c, bir ÷Temel Haklar art,öna kadar, anayasal mimarinin hem *kurumsal alan,na* hem de *temel hak ve özgürlükler alan,na* ili kin pek çok reformun, Lizbon Anla mas, metnine bir ekilde dâhil edilmi oldu u görülmektedir. Bu kapsamda, Taslak Avrupa Birli i Anayasas,önda yer alan ve esasen sembolik anlamlar ta ,yan ÷Birlik Mar ,ö ve ÷Bayrakö gibi ö eler bir tarafa b,rak,l,rsa, kurumsal reform süreci ve temel haklar alan,nda at,lmak istenen neredeyse bütün ad,malar,n Lizbon Antla mas,önda bir ekilde

Türkçe metni için bkz. ÷Avrupa Birli i Antla mas, ve Avrupa Birli iönin leyi i Hakk,nda Antla maö <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).

²¹ Nitekim belki de metnin bu özelli i nedeniyle, Lizbon Antla mas,ön,n üye devletlerce onaylanmas, ve yürürlü e girmesi süreci de sanc,l, olmu tur. Bu kapsamda örne in; Antla maön,n referandumu götürüldü ü rlanda Cumhuriyetiönde vatandaşlar, Lizbon Antla mas,ön,n, 2008 referandumunda reddetmi lerdir. Avrupa Komisyonuönun yap,s,nda her üye devletin bir temsilcisinin olaca , ve rlanda Anayasas,ön,n belirli bölümlerinin Lizbon Antla mas,öndan etkilenmeyece i konular,nda Avrupa Komisyonu taraf,ndan verilen garantilerin ard,ndan, Ekim 2009öda yap,lan ikinci bir referandumda Lizbon Antla mas, kabul edilmesi sa lanm, t,r.

²² REPETTO, Giorgio: ÷Between the ÆNo Longerö and the ÆNot Yetö Shifting Sovereignties at the Age of Supranational Constitutionalismö, *Comparative Law Review*, 7(2), 2016, s.10.

kendisine yer bulmu oldu u söylenebilir.

IV. SONUÇ

O halde, bütün bu de erlendirmeler, u sorunun sorulmas,n, hakl, ve me ru k,lmaktad,r: Ne de i ti?

Bu soruya yan,t verebilmek için, Lizbon Anla mas,ın, öncesine; 2001 y,l,ndaki Taslak Anayasa tart, malar,na dönmek gerekmektedir. Bu anlamda, cevaplanmas, gereken as,l soru da u ekilde formüle edilebilir: 2000đi y,llar,n ba ,nda, Avrupa'da bir öanayasaö fikrinin ortaya at,lmaz,n, n ard,nda yatan neden neydi? Daha aç,k sormak gerekirse; neden Birlik ad,na ula ,lmak istenen tüm hedefleri içeren ve benzer pek çok örne i bulunan yeni bir öantla maö de il de, illâ bir öanayasaö?

Kan,mca, bu sorunun cevab,, anayasalar,n öhukukö gücü ve etkisinden ziyade; yukar,da de inilen öhukuk ötesiö i levinden, yani ösiyasal entegrasyon i leviönden yola ç,k,larak verilebilir.

Bilindi i üzere, her demokratik örgütlenme (*polity*), temel olarak üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; hukukî ki ili e sahip özgür ve e it yurtta lar aras,nda gerçekle en öyatay birlikteliklerö, toplumsal amaçlara ula mak için at,lacak ad,mlardan sorumlu öbürokratik bir organizasyonö ve siyasî birli in ta ,y,c,s, olarak öyurtta lar aras, dayan, maö,d,r.²³ Avrupa Anayasas, fikrini destekleyenlere göre, bu üç unsurun bugüne kadar yalnızca ulus devletler ölçe inde gerçekle ebilmi olmas,, ulusüstü bir ölçekte (Avrupa) gerçekle ecek ve ça da demokratik kazan,mlara uygun dü ecek yeni bir kesi me ihtimalinin bulunmad, , anlam,na gelmemektedir.²⁴ Bu anlamda, 2000đi y,llar,n ba ,nda Avrupa Birli i öAntla mas,ö yerine bir Avrupa Birli i öAnayasas,ö fikrini ortaya atanlar,n, tam da böyle bir hayalin pe ine dü mü olduklar,n, söylemek mümkündür.

Böyle bir hayalin somut bir çabaya dönü mesini mümkün k,lan geli melerse, 2000đi y,llar,n ba ,nda Avrupa bütünle mesinin geldi i duruma bak,larak aç,klanabilir. Zira bu y,llarda, ekonomik at,l,mlar,n siyasî/toplumsal at,l,mlarca takip edilece i varsay,m,na dayanan ve Avrupa Birli i için o döneme kadarki geli imine damgas,n, vuran öyeni-i levselciö (*neo-functional*)²⁵ bütünle me çizgisinin sonuna gelindi ine inan,lm,²⁶ ve Avrupa bütünle mesini daha ileriye götürebilmek için yeni bir toplumsal zemine ihtiyaç duyuldu u dü ünülmü tür. te, öAvrupa Anayasas,ö fikrinin somut bir projeye dönü mesini mümkün k,lan itici güc de, anayasalar,n yukar,da de inilen entegrasyon i levinden faydalanarak; ulusal, etnik, dinsel ve dilsel aç,dan fazlas,yla bölünmü olan Avrupa K,tas,ın, yeni bir platformda ve yeni bir aidiyet duygusu ekseninde bir araya getirmek arzusu olmu tür.

Ne var ki, modern Avrupaın,n din-lâiklik, iktidar-toplum, ulusçuluk-evrenselcilik, farklılık-bütünlük ve nihayet bireycilik-toplumculuk ekseninde geçirdi i büyük dönü ümlerin bir kez daha test edildi i bir platform i levi gören anayasa tart, malar,, sonuçta Fransa ve Hollanda'daki referandumlarda ç,kan ret sonuçlar,yla kar ,la m, ve büyük umutlar ba lanan siyasî entegrasyon projesi, sembolik aç,l,mlar,yla birlikte suya dü mü tür.

Bugün gelinen noktadan geriye bak,ld, ,nda, anayasa projesinin ba ar,s,z olmas,na yol açan sebepler aras,nda, neo-liberal Avrupa vizyonuna yönelik tepkilerden anayasa yap,m yöntemine ili kin ele tirilere; metnin karma ,k yap,s,n,n yaratt, , sorunlardan geni leme sürecinin olumsuz etkilerine kadar pek çok hususun say,lmaz, mümkündür. Ancak, bu konudaki sebepler ne kadar ço alt,l,rsa ço alt,ls,n, zihinlere hâkim olan ulus-devlet alg,s,n,n ödireni ininö de, bu kapsamda dikkate de er bir rol oyna ,n, belirtmek gerekmektedir.

Bu sonucun, ayn, zamanda, anayasalar,n siyasî entegrasyon i levinin, yüzy,l,m,zda halen yalnızca ulus devletler ölçe inde geçerli olmaya devam etti i ekinde yorumlanmas, da söz konusu olabilir. Bununla birlikte, siyasal entegrasyon ihtiyac,n,n sabit ve dura an bir ihtiyaç

²³ HABERMAS, Jürgen: öThe Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Lawö, *European Journal of International Law*, 23(2), 2002, s.339.

²⁴ HABERMAS, s.339.

²⁵ Yeni-i levselcilik hakk,nda bkz. BJÖRN, Høyland/SCHIERITZ, Mark, öTheories of European Integrationö, in Garcia, J.J.F./Clayton Jess E./Hobley, Christopher (ed.), *The Student's Guide to European Integration*, Polity Press, Padstow-Cornwall 2004, s.30; SANDHOLTZ, W./STONE-SWEET, Alec (ed.), *European Integration and Supranational Governance*, Oxford University Press, Oxford 1998.

²⁶ WEILER, s.244.

olmad, ; ortaya ç,kan farkl, sorunlara göre tekrarlanan ve büyüyen bir ihtiyaç oldu u da ak,ldan ç,kar,lmamal,d,r. Bu ba lamda *ulusalt*, *ulusal* ve *ulusüstü* düzeylerde ortaya ç,kan yeni sorunlar, bütün bu düzeylerde hissedilen siyasal entegrasyon aray, lar,n, tetikleyebilecek, derinle tirebilecek ve me rula t,rabilecektir. Ayn, yakla ,m ba lam,nda, Avrupa Birli i'nin günümüzde kar , kar ,ya oldu u gözlemlenen üç ayakl, kimlik krizi'nin de, Birlik düzeyinde siyasal entegrasyon ihtiyac,n, derinle tirici bir rol oynad, , söylenebilir. Gerçekten, Avrupa ölçe inde e zamanl, olarak uygulanan *ortak* para politikas, ve *ulusal* malî politikalar,n zay,f ekonomiler için yaratt, , riskler, küreselle menin gerilemesi ve yeni mülteci ak,nlar,n,n yaratt, , korunmac, ve içe kapanmac, e ilimler ve dinsel temelli terörizm alg,s,yla üçüncü ku ak Avrupal, Müslümanlar'a yönelen negatif kimliklenme e ilimleri, bugünün Avrupas,ın,n bir kez daha yeni bir kimlik kriziyle kar , kar ,ya oldu unu göstermektedir.²⁷

Ulusüstü düzeyde ortaya ç,kan bütün bu sorunlar; *ulusalt*, düzeyde etnik, dinsel ve kültürel merkezkaç e ilimleri, *ulusal* düzeyde çe itli siyasî ve toplumsal krizleri ve *ulusüstü* düzeyde ise karma ,k gelecek kayg,lar,n, tetiklemektedir. Bu ba lamda, söz konusu sorunlar,n her birinin, her seviyede yeni siyasal entegrasyon ihtiyaçlar, do urmaya devam etti i söylenebilir. Bu ak,l yürütme biçimi ise bizlere, Avrupa Birli i Anayasas, giri iminin dü ündürdüklerinin, 2000'di y,llar,n ba ,ndaki ilginç bir dönemin hat,ralar, olarak kalmayaca , izlenimini vermektedir. Ba ka bir ifadeyle, önümüzdeki on y,llar,n, gittikçe derinle en kimlik ve aidiyet krizleri e li inde, her düzeyde yeni siyasi entegrasyon aray, lar,n,n yo unla aca , y,llar olarak tahâyüül edilmesi, gerçekçi bir öngörü olacaktır. Bu ba lamda anayasalar,n siyasî entegrasyon i levine yönelik alg, ve beklentilerin de, ulusal düzeyde oldu u kadar, *ulusalt*, ve *ulusüstü* düzeylerde de yeni tart, malara gebe oldu unu söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- AKE, Claude: öPolitical Integration and Political Stability, A Hypothesisö, World Politics, 19(1), 1967, s. 486-499, DOI: <https://doi.org/10.2307/2009789>
- AKE, Claude: A Theory of Political Integration, The Dorsey Press, Homewood, Illinois 1967.
- BJØRN, Høyland ve Mark SCHIERITZ, öTheories of European Integrationö, in Garcia, J.J.F. / Clayton Jess E. / Hobley, Christopher (ed.), The Student's Guide to European Integration, Polity Press, Padstow-Cornwall 2004.
- CLAYTON, Jess: öA History of European Integrationö, in Garcia, J.J.F. / Clayton Jess E. / Hobley, Christopher (ed.), The Student's Guide to European Integration, Polity Press, Padstow-Cornwall 2004.
- de BÜRCA, Gráinne: öIs EU Supranational Governance a Challenge to Liberal Constitutionalism?ö, New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 18-09, 2018.
- ERIKSEN, Erik Oddvar / FOSSUM, John Erik: öEurope in Search of Legitimacy: Strategies of Legitimation Assessedö, International Political Science Review, 25(4), 2004, s. 435-459, DOI: <https://doi.org/10.1177/0192512104045089>
- GRIFFITHS, Richard T.: öEurope's First Constitution: The European Political Community, 1952-1954ö, in Martin, S. (ed.), The Construction of Europe, Essays in Honour of Emile Noël, Springer, Dordrecht 2005, s. 19-39.
- GRIMM, Dieter: öDoes Europe Need a Constitution?ö, European Law Journal, 1(3), 1995, s. 282-302, DOI: [10.1111/j.1468-0386.1995.tb00033.x](https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.1995.tb00033.x)
- GRIMM, Dieter: Integration by Constitution, International Journal of Constitutional Law, 3 (2-3), 2005, s.193-208, DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moi014>.
- GÜNU UR, Haluk: Avrupa Birli i, Avrupa Ekonomik Dan, ma Merkezi Yay,n., Ankara 2014.
- HABERMAS, Jürgen: öRemarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"ö, European Law Journal, 1(3), 1995, s. 303-307, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.1995.tb00034.x>
- HABERMAS, Jürgen: öThe Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Lawö, European Journal of International Law, 23(2), 2002, s. 335-348, DOI: [doi:10.1093/ejil/chs019](https://doi.org/10.1093/ejil/chs019)
- HABERMAS, Jürgen: öWhy Europe Needs a Constitution?ö, New Left Review, 11, 2001.

²⁷ SIMONCINI, Marta/STRAETMANS, Gert, öHow to Bridge the Gaps between Competing Paradigms of EU Law: An Introductionö, Perspectives on Federalism, 9(2), 2017, s.E-III.

- NENTWICH, Michael / FALKNER, Gerda: öIntergovernmental Conference 1996: Which Constitution for the Union?ö, *European Law Journal*, 2(1), 1996, s. 83-102, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.1996.tb00019.x>
- ODER, Bertil Emrah: *Avrupa Birli i önde Anayasa ve Anayasac, l, k, Anahtar Kitaplar Yay, nevi, stanbul 2004.*
- PODOLNJAK, Robert: öExplaining the Failure of the European Constitution: A Constitution-Making Perspectiveö, *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, 57(1), 2007, s. 1-44.
- REPETTO, Giorgio: öBetween the -No Longerö and the -Not Yetö Shifting Sovereignties at the Age of Supranational Constitutionalismö, *Comparative Law Review*, 7(2), 2016, s. 1-12.
- SANDHOLTZ, W. / STONE-SWEET, Alec (ed.), *European Integration and Supranational Governance*, Oxford University Press, Oxford 1998.
- SIMONCINI, Marta / STRAETMANS, Gert, öHow to Bridge the Gaps between Competing Paradigms of EU Law: An Introductionö, *Perspectives on Federalism*, 9(2), 2017, s. EI-EXIX, DOI: DOI: 10.1515/pof-2017-0017.


INTERNET KAYNAKLARI

- Avrupa Birli i Antla mas, ve Avrupa Birli i önin leyi i Hakk, nda Antla ma, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).
- Brussels European Council 21/22 June 2007 - Presidency Conclusions (2007), https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).
- Laeken Declaration on the Future of the European Union (2001), <https://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do;jsessionid=BFT1JXCLqsj0GqG1GmTSb6PW0fPIZyQq7k7z2hxnqtQ8xJmJZJQP!-172979321?docId=344249&cardId=344249>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).
- Treaty on European Union (OJ C 191, 29.7.1992), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=EN>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).
- Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (OJ C 80, 10.3.2001), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12001C/TXT&from=EN>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).
- Treaty Establishing a Constitution for Europe (OJ C 310, 16.12.2004), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2004%3A310%3ATOC>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).
- Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (OJ C 306, 17.12.2007), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN>, (Eri im Tarihi: 14.10.2019).

DAR YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA AÇMANIN SONUÇLARI

THE RESULTS OF FILING AN ACTION IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION LAW

Gürsel KAPLAN*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.630521>**Makale Bilgi**

Gönderilme: 07/10/2019
Kabul: 08/12/2019

Anahtar Kelimeler

*Dava Açılması,
dari Yargılama
Usulü,
Medeni Yargılama
Usulü,
Zamana Dönme,
Kesilmesi,
Borçlunun
Temerrüdü.*

Article Info

Received: 07/10/2019
Accepted: 08/12/2019

Keywords

*Filing An Action,
The Administrative Trial
Procedure,
The Civil Trial
Procedure,
Interruption of
Prescription,
Default of Debtor.*

Özet

Medeni yargılama hukukunda olduğu gibi idari yargılama hukukunda da dava açmanın hem maddi hukuk hem de yargılama (usul) hukuku bakımından birtakım sonuçları vardır. Dava açılmasıyla beraber sonuçlar konusunda medeni yargılama hukuku ile idare yargılama hukukunda büyük ölçüde benzerlikler bulunsa da önemli birtakım farklılıklar da vardır. Örneğin Türk Borçlar Kanununun 154/2'nci maddesi, zamanla, süresini kesen sebepler arasında dava açılması, olması, ve saymaktadır. Bu kuralın idari yargılama hukukunda da uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Kanaatimizce bu kuralın idari yargılama hukukunda uygulanması kabiliyeti yoktur. Çünkü idari yargılama hukukunda dava açma süreleri maddi hukukla değil yargılama hukukuyla ilgilidirler. Ayrıca idari dava açma sürelerinin hak düşürücü nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde dava açılmasıyla temerrüt sonucunun beraberinde gelmeyeceği tartışılabilir. Çünkü idarenin hukuki sorumluluğu esas olarak akdi olmayan sebeplerden yani idari işlem ve eylemlerden kaynaklanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu, sözleşme, ilihilerden doğan borçlarda borçlunun temerrüdü için herhangi bir koşul aramamıştır. Nitekim Kanunun 117'nci maddesine göre, öngörülebilir fiilde fiilin ilendiği, sebepsiz zenginleşme ile zenginleşme menin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüştür. Borçlar Kanununun bu hükümlerinden hareket edilecek olursa tam yargılama davalarında idarenin temerrüde düşmesi için ihtar gerekmez ve dava açılmasıyla böyle bir sonuç beraberinde gelmez. Keza medeni yargılama hukukunda dava açılmasıyla beraber sonuçlardan biri olan ödev, geri alma yasağı, bu kuralın idari davalarda uygulanmamasının mümkün ve gerekli olup olmadığı, meselesi de tartışılabilir.

Abstract

As in civil procedure law, the administrative jurisdiction law has a number of consequences in terms of both substantive and procedural law. Although the results of filing an action have similarities in civil procedure law and administrative jurisdiction law, there are some important differences. For example, Article 154/2 of the Turkish Code of Obligations states that the filing an action is one of the reasons that interrupt of the prescription. It can be discussed whether this rule will be applied in administrative jurisdiction law. In our opinion, this rule is not applicable in administrative jurisdiction. Because the term of litigation in administrative jurisdiction is not about material law but about judicial law. In addition, the term of litigation in administrative jurisdiction is deemed to be latest term. Likewise, it can also be discussed whether a default will arise as a result of the filing an action. Because the legal responsibility of the administration mainly arises from non-contractual reasons, ie administrative act and actions. The Turkish Code of Obligations did not need any conditions for the default of the debtor in debts arising from non-contractual relations. As a matter of fact, Article 117 of the Law states that in wrongful act, the debtor shall be in default at the date of the act. In unjust enrichment, the debtor shall be in default at the date of enrichment. If these provisions of the Code of Obligations are followed, also in full-remedy actions, no warning is required for the administration to default and no such result can be attributed to the filing an action. It is also possible to discuss whether the prohibition to withdraw the case rule, which is one of the consequences of the proceedings in civil procedure law, is feasible and necessary in administrative cases.



Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Prof. Dr., Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdari Hukuku ABD. gkaplan@dicle.edu.tr
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2253-1318>

I. G R

Ki iler idare ile aralar,nda ortaya ç,kan hukuki uyu mazl,klar,n çözüümü için idari ba vuru ve di er alternatif çözüm yollar,yla istedikleri sonucu elde edememeleri üzerine son çare olarak dava açmakta ve hâkimden hukuki himaye talep etmektedirler. Ba ka bir ifadeyle ki iler dava açmakla, hukuk kurallar,n,n kendilerine tan,d, , bir hakk,n yerine getirilmedi ini yahut ihlâl edildi ini ileri sürerek hâkimden bir koruma talebinde bulunmaktad,rılar. Söz konusu talebin nas,l bir kar ,l,k bulaca , davay, esas ya da usulden sonland,ran kararla anla ,lacaktır. Fakat hukuk düzeni s,rf dava aç,lm, olmas,na dahi önemli birtak,m sonuçlar ba lamaktadır. Bunlardan baz,lar, maddi hukuk ili kilerine, baz,lar, ise yarg,lama (usul) hukuku ili kisi ve durumlar,na ili kindir. Bu nedenle, davan,n hangi tarihte (zamanda) aç,lm, oldu unun tespiti önem arz etmektedir. Bunun için ise her eyden önce usulüne uygun ekilde aç,lm, bir davan,n varl, , gerekir.

Davan,n ne ekilde aç,laca , ve ne zaman aç,lm, say,laca , hususu yasal düzenlemelerle ayr,nt,l, ekilde düzenlenmi oldu u için bu konularda tart, ma veya tereddüde neden olabilecek bir durum pek ortaya ç,kmaz. Buna kar ,l,k davan,n aç,lm, say,lmas,n,n maddi hukuk ve yarg,lama hukuku ili kileri bak,m,ndan do urdu u sonuçlar için ayn, ey söylenemez. Çünkü bunlar genellikle dolayl, ve da ,n,k ekilde düzenlenmi bulunmaktad,r. Ayn, durum bir ölçüde medeni yarg,lama hukuku için de geçerlidir. Fakat bu alanda dava aç,lm,na ba lanan sonuçlardan önemli olan baz,lar, yasal düzenlemeye kavu turulmu tur. Örne in davan,n ancak daval,n,n r,zas, ile geri al,nabilmesi (HMK m.123), derdestlik (HMK m.114/,) ve zamana ,m, süresinin kesilmesi (TBK m.154/2), bunlar aras,nda say,labilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Borçlar Kanununun söz konusu hükümlerinin birer genel hukuk kaidesi olarak kabul edilerek idari yarg,lama hukukunda da uygulanma kabiliyetine sahip olup olmad, , konusu üzerinde durmakta yarar vard,r.

Bu çal, mada, idari yarg,lama hukukunda dava aç,lm,na maddi hukuk ve yarg,lama hukuku ili kileri üzerinde do urdu u sonuçlar, medeni yarg,lama hukuku ve Frans,z hukuku ile kar ,la t,rmal, ekilde ele al,p incelemeye çal, aca ,z.

II. DAVA AÇILMASI

A. Dava Aç,lm,na Hakk,nda Genel Bilgiler

dari Yarg,lama Usulü Kanununun 3üncü maddesine göre idari davalar, Dan, tay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi ba kanl,klar,na hitaben yaz,lm, imzal, dilekçelerle aç,l,r.

Dilekçelerin Dan, tay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi ba kanl,klar,na hitaben yaz,lm,na, davan,n yönetimin hâkime ait oldu una yani idari yarg,lama hukukuna hâkim olan resen inceleme ilkesine i aret etmektedir¹. Ba ka bir ifadeyle idari davalarda davac, dilekçesini hâkime verir ve bunu yapmakla üzerine dü eni yapm, say,l,r. Bundan sonras,, esas olarak hâkime aittir². Bu nedenledir ki idari yarg,lama hukukunda dava dilekçesinin daval,ya tebli i mahkemece kendili inden yap,lmaktad,r. Oysa medeni yarg,lama hukukunda dilekçenin daval,ya tebli i davac, taraf,ndan sa lan,r³. Çünkü medeni yarg,lama hukukunda dava esas olarak taraflar aras,nda cereyan eder.

Bölge dare Mahkemeleri, dare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin dari leri le Yaz, leri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslar,na li kin Yönetmelik⁴ uyar,ncaya dava dilekçesi, mahkemenin ön büro veya tevzi i iyle görevlendirilen yaz, i leri personeline teslim edilir (m.62/1).

Dava dilekçesi, rg,dava harca tabi ise harç ve posta ücreti, harca tabi de ilse posta ücreti tahsil edildikten sonra tevzi edilir ve tevzi formunun bir örne i ba vuru sahibine verilir (m.62/2).

¹ LE BOT, Olivier: Contentieux administratif, 1. Bask., Larcier, Bruxelles, 2014, s.172, dipnot: 727.

² CHAPUS, René: Droit du contentieux administratif, 13. Bask., Montchrestien, Paris, 2008, s.837.

³ Gerçi mülga HUMK hükümlerinden farklı olarak HMK (m.122/1) hükümlerine göre medeni yarg,lama hukukunda da art,k dilekçenin tebli i hâkim taraf,ndan kendili inden yap,lmaktad,r fakat bu durum, i aret etmek istedi imiz gerçekli e halel getirmez. Nitekim Frans,z hukukunda da hâlen geçerli olan bu farklıl, a böyle bir anlam yüklenmektedir. Örne in bkz. LE BOT, s.172.

⁴ RG: 11.7.2015, 29413.

Dava yukar,da belirtildi i ekilde fiziksel ortamda aç,labilece i gibi, elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullan,larak da aç,labilir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanununun **öelektronik i lemlerö** (m.445) hakk,ndaki hükümleri idari yarg,da da uygulanmaktad,r (YUK m.31/1).

Davalar,n elektronik ortamda nas,l aç,laca ,, Bölge dare Mahkemeleri, dare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin dari leri le Yaz, leri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslar,na li kin Yönetmelik hükümleriyle ayr,nt,l ekilde düzenlenmi tir. Buna göre gerçek ki iler UYAP Vatanda Bilgi Sistemi, tüzel ki i temsilcilerinin ise UYAP Kurum Bilgi Sistemi üzerinden dava açabilmeleri için güvenli elektronik imza sahibi olmalar, gerekir (m.62/9). Taraf vekilleri de güvenli elektronik imza kullanarak UYAP üzerinden dava açabilir. Bu i ler için ayr,ca el ürünü imzal, belge istenmez. Bu ekilde aç,lan davalarda dava, dilekçenin UYAP üzerinden mahkeme ekranlar,na dü tü ü tarihte aç,lm, say,l,r. lemler sonucunda ba vuru sahibinin elektronik ortamda eri ebilece i bir tevzi formu olu turulur (m.62/10).

B. Dava Dilekçesinin (ve Di er Belgelerin) Verilebilece i Yerler

Kanun koyucu ilgililere kolayl,k olmas, için dava ve cevap dilekçeleri ile di er belgelerin ait oldu u mahkeme d, ,nda ba ka yerlere de verilebilmesi imkân, sa lam, t,r. dari yarg,da dilekçeler ve di er belgelerin verilebilece i bu yerler YUKaun yürürlü e girmesine kadar fazla bir de i ikli e u ramadan aynen süre gelmi tir. Örne in 24.12.1964 tarih ve 521 say,l, Dan, tay Kanunu, daha önce yürürlükte bulunan 23.11.1925 tarih ve 669 ve 21.7.1938 tarih ve 3546⁵ say,l, uray, Devlet Kanunlar,n,n prensiplerinden pek fazla ayr,lmam, , dilekçelerle savunmalar,n Dan, tay Ba kanl, ,na veya Dan, tay Ba kanl, ,na gönderilmek üzere valilik veya kaymakaml,klara ve yabanc, memleketlerde Türkiye elçiliklerine veya konsolosluklar,na verilmesi usulünü devam ettirmi tir⁶. Ancak 3546 say,l, Kanunun 31^{inci} maddesindeki öen büyük mülkiye âmirineö ifadesi 521 say,l, Kanunun 64^{üncü} maddesiyle övalilik ve kaymakaml,klaraö eklinde de i tirilerek maddeye aç,kl,k verilmi tir⁷.

YUKaun 4^{üncü} maddesi ise bu konuda iki önemli de i ik yapm, t,r: Birincisi idari makamlar, dilekçe verilebilecek yerler aras,ndan ç,karm, , yerlerine adli makamlar, (mahkemeleri) ikame etmi tir. Ülke d, ,nda ise elçilikleri bertaraf etmi , i i konsolosluk makamlar,yla s,n,r,l, tutmu tur. Buna göre dilekçeler ve savunmalar ile davalara ili kin her türlü evrak, Dan, tay veya ait oldu u mahkeme ba kanl,klar,na veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi ba kanl,klar,na, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde büyük ehir belediyesi s,n,r,lar, içerisinde kal,p kalmad, ,na bak,lmaks,z,n asliye hukuk hâkimliklerine veya yabanc, memleketlerde Türk konsolosluklar,na verilebilir.

Bu yerlere verilen dava dilekçesinin teslim al,nmas, üzerine davac,ya, dilekçenin kay,t tarih ve say,s,n, gösteren imzal, ve mühürlü, pulsuz bir al,nd, kâ ,d, verilir. Dilekçeler, en geç üç gün içinde Dan, tay veya ait oldu u mahkeme ba kanl, ,na taahhütlü olarak gönderilir. Bu yerlerde harç pullar, bulunmad, , takdirde bunlara kar ,l,k al,nan paralar,n miktar, ve al,nd, kâ ,d,n,n tarih ve say,s, dilekçelere yaz,l,r (YUK m.6).

Bölge dare Mahkemeleri, dare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin dari leri le Yaz, leri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslar,na li kin Yönetmelik hükümlerine göre ise ba ka yer bürosundan aç,lan davalarda, dava harca tâbi ise harç ve posta ücreti, harca tabi de ilse posta ücreti tahsil edildikten sonra teslim al,nan evrak elektronik ortama aktar,l,r, fizikî evrak da gecikmeksizin ilgili mahkemeye gönderilir. Posta ve havale masraf, dü üldükten sonra, harç ve posta ücretinden kalan miktar ilgili mahkemenin hesab,na aktar,l,r (m.62/4).

Uygulamada dilekçelerin bazen PTT yahut kargo yolu ile gönderildi i de görölmektedir. Bu yerler, dilekçelerin verilebilece i yerler aras,nda say,lmam, t,r. Dolay,s,yla bu suretle

⁵ 3546 say,l, Kanun m.31: *öArzuhallerle davaya müteallik her nevi evrak,n Devlet ûras,na gönderilmek üzere, alâkal,lar,n bulunduklar, yerin en büyük mülkiye âmirine ve yabanc, memleketlerde Türkiye Cumhuriyeti elçiliklerine veya konsolosluklar,na verilmesi caizdirö.*

⁶ 521 say,l, Kanun m.64: *öDilekçelerle savunmalar ve dâvalara ili kin her türlü evrak, Dan, tay Ba kanl, ,na gönderilmek üzere valilik veya kaymakaml,klara ve yabanc, memleketlerde Türkiye elçiliklerine veya konsolosluklar,na da verilebilirö.*

⁷ ONAR, S,dd,k Sami: *dare Hukukunun Umumi Esaslar,, Cilt: III, 3. Bask,, smail Akgün Matbaas,, stanbul, 1966, s.1968; TUNCAY, Ayd,n H./ÖZDE , Orhan/BA PINAR, Recep: ödari Yarg,lama Usulü, Yüzy,l Boyunca Dan, tay, kinci Bask,, Dan, tay Yay,n,, 1986, s.625.*

gönderilen dilekçeler üzerine dava, dilekçelerin bu yerlere verildi i tarihte de il, merciine ula t, , ve gerekli harç ve posta ücretinin al,narak deftere kay,tlar,n,n yap,ld, , tarihte aç,lm, say,l,r⁸.

C. Davan,n Aç,lm, Say,ld, , Zaman

Davan,n ne zaman aç,lm, say,laca , sorusunun cevab, çe itli olas,l,klara göre de i mektedir. Bunlar, a a ,daki gibi s,ralayabiliriz. Fakat hemen belirtelim ki davac,n,n dava dilekçesine koymu oldu u tarihin bu anlamda hiçbir k,ymeti yoktur. Ba ka bir ifadeyle, davan,n ne zaman aç,lm, say,laca , dava dilekçesindeki tarihe göre de il, mevzuat,n koymu oldu u kurallara göre tespit edilir.

dari Yarg,lama Usulü Kanununun 6önc, maddesi hükümlerine göre davalar Dan, tay, idare ve vergi mahkemesi ba kanl,klar,na veya 4öncü maddede yaz,l, yerlere verilen dava dilekçelerinin harç ve posta ücretleri al,n,p deftere kay,tlar,n,n yap,ld, , tarihte aç,lm, say,l,r.

Bölge dare Mahkemeleri, dare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin dari leri le Yaz, leri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslar,na li kin Yönetmelik hükümlerine göre ise dava, dava dilekçesinin harç ve posta ücreti yat,r,larak UYAPæ kaydedildi i tarihte aç,lm, say,l,r.

Ayn, Yönetmeli in 9öncü maddesi hükümlerine göre elektronik ortamda aç,lan davalar ise dilekçenin UYAP üzerinden mahkeme ekranlar,na dü tü ü tarihte aç,lm, say,l,r.

Dava, fiziksel ortamda mesai saati sonuna, elektronik ortamda ise saat 00:00æ kadar aç,labilir (Yönetmelik m.11).

Çözümlemesi Dan, tay,n, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdi i hâlde, adli yarg, yerlerine aç,lm, bulunan davalara gelince, bu yerlere ba vurma tarihi, Dan, taya, idare ve vergi mahkemelerine ba vurma tarihi olarak kabul edilir (YUK m.9/1). Fakat böyle kabul edilebilmesi için adli yarg, yerine, söz konusu davan,n tâbi oldu u süre zarf,nda ba vurulmu olmas, gerekir. Ba ka bir ifadeyle, adli yarg, yerine dava konusu uyu mazl, a uygulanan dava açma süresi içinde ba vurulmu olmal,d,r. Öte yandan görevsiz adli yarg, yerinde aç,lan davan,n konusu ile görevli idari yarg, yerinde aç,lan davan,n konusunun ayn, olmas, gerekir.

Buna kar ,l,k idari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçesinin görevli idare merciine tevdiine karar verilmesi (YUK m.15/1-e) hâlinde ise dava, merciine tevdi edilen bu dilekçenin mahkeme kay,tlar,na girdi i tarihte de il, bu dilekçenin tevdi edildi i idari merciin z,mni veya aç,k ret karar, üzerine verilecek olan yeni bir dava dilekçesinin yukar,daki esaslara göre mahkeme kay,tlar,na girdi i tarihte aç,lm, say,l,r.

dari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçesinin ilgili idari mercii tevdiine karar verilmesi, dava açmadan önce idari ba vuru yollar,n,n tüketilmesi mecburiyetinin bulundu u hâllerde söz konusu olmaktadır. Hangi hâllerde böyle bir zorunluluk bulundu u, yasal düzenlemelerin aç,k hükümlerinden ç,kmaktadır. Örne in idari eylemlerden haklar, ihlâl edilmi olanlar,n idari dava açmadan önce, bu eylemleri yaz,l, bildirim üzerine veya ba ka suretle ö rendikleri tarihten itibaren bir y,l ve her halde eylem tarihinden itibaren be y,l içinde ilgili idareye ba vurarak haklar,n,n yerine getirilmesini istemeleri gereklidir (YUK m.13; 659 say,l, Genel Bütçe Kapsam,ndaki Kamu dareleri ve Özel Bütçeli darelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine li kin Kanun Hükmünde Kararname m.12). ptal davalar, bak,m,ndan da kimi hâllerde böyle bir zorunluluk söz konusudur. Örne in 4734 say,l, Kamu hale Kanununun 55öncü maddesinde yer alan düzenlemelere göre, bu Kanun kapsam,ndaki ihalelere ili kin olarak yap,m müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu taraf,ndan öncelikle idareye ikâyette bulunulur (m.55/1). dareye ikâyete ba vurusunda bulunan veya idarece al,nan karar, uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler taraf,ndan 55öncü maddenin dördüncü f,kras,nda belirtilen hâllerde ve sürede, sözle me imzalanmadan önce itirazen ikâyete ba vurusunda bulunulabilir (m.56/1). ikâyete ve itirazen ikâyete ba vurular,, dava aç,lmadan önce tüketilmesi zorunlu idari ba vuru yollar,d,r (m.54/2)⁹.

⁸ YEN CE, Kâz,m/ES N, Yüksel: dari Yarg,lama Usulü, Ar,san Matbaac,l,k, Ankara, 1983, s.152; ONAR, s.1967-1968.

⁹ Ayr,ca u yasal düzenlemeler de dava açmadan önce idareye ba vurulmas,n,n zorunlu oldu unu öngörmektedir: 213 say,l, Vergi Usul Kanunu (m.124); 6754 say,l, Bilirki ilik Kanunu (m.15); 4458 say,l, Gümrük Kanunu (m.242), 1136 say,l, Avukatlık Kanunu (m.7, 8, 20, 64, 70, 74, 142, 157), 2547 say,l, Yüksekö retim Kanunu (m.54), 195

Dava açmadan önce idareye ba vurma zorunlulu unun bulundu u hâllerde bu zorunluluk yerine getirilmeden do rudan dava aç,lm,as, hâlinde davan,n bu tarihte de il de dava dilekçesinin ilgili idari mercii tevdiî üzerine bu merci taraf,ndan verilecek aç,k veya z,mni ret karar,na kar , süresinde verilecek yeni bir dava dilekçesi üzerine aç,lm, say,lm,as,n,n temelinde, bu gibi durumlarda söz konusu ba vuru yap,lm,ad,kça dava açma hakk,n,n henüz do mam, oldu u ekindeki bir dü ünçeye dayanmaktadır. Ba ka bir ifadeyle, dava öncesi zorunlu idari ba vurunun öngörüldü ü hâllerde davan,n konusunu bu ba vuru üzerine verilmi olan aç,k veya z,mni ret karar, te kil edece inden bu a amadan önce dava konusu yap,lm,aya elveri li bir karar bulunmad, , için dava dilekçesine ve bunun mahkeme kay,tlar,na girmi oldu u tarihe ba lanan tek sonuç, idareye yap,lm,as, gereken ba vurunun tarihi olarak kabul edilmesidir (YUK m.15/2).

III. DAVA AÇMANIN DO URDU U SONUÇLAR

Dava aç,lm,as,, yarg,lama hukuku ve maddi hukuka ili kin baz, sonuçlar do urur. Bunlar,, a a ,daki gibi iki ba l,k alt,da toplamak mümkündür:

A. Dava Açman,n Yarg,lama (Usul) Hukuku Bak,m,ndan Do urdu u Sonuçlar

Dava açman,n veya ba ka bir ifadeyle davan,n aç,lm, olmas,n,n yarg,lama hukuku bak,m,ndan do urdu u sonuçlar, a a ,daki gibi s,ralayabiliriz:

1. Derdestlik Durumu Do ar

Davan,n aç,lm, olmas,n,n (say,lm,as,n,n) yarg,lama hukuku bak,m,ndan do urdu u sonuçlar,n ba ,nda derdestlik gelmektedir¹⁰. Ba ka bir ifadeyle, davan,n aç,lm,as,yla birlikte derdest bir dava ortaya ç,km, olur. Bu durumda, taraflar,, konusu ve sebebi ayn, olan bir davay, ayn, mahkemede veya ba ka bir mahkemede açma imkân, kalmaz. HMK (m.114/.) bunu *öAyn, davan,n, daha önceden aç,lm, ve hâlen görülmekte olmamas,ö* ekinde ifade etmekte ve dava artlar, aras,nda saymaktadır. Kanun, dava artlar,na ayk,r,l, a ise davan,n usulden reddi sonucunu ba lamaktadır (m.115). YUKta ise derdestlik kural, ve kendisine ba lanan sonuçlar aç,kça düzenlenmi olmamakla birlikte bu durum, söz konusu kural,n idari yarg,da uygulanmas,na engel de ildir. Çünkü bu kural usul hukukunun genel ilkelerinden say,lm,aktadır¹¹. Dava dilekçesi üzerine yap,lan ilk inceleme neticesinde ödilekçe retö karar, verilerek gere inin yap,lm,as, için davac,ya 30 gün süre verilmesi hâlinde de dava derdesttir¹². Davac,n,n ilk davas,ndan feragat etmesi hâlinde ise ikinci davas, dersdestlik nedeniyle reddedilmez¹³.

2. Mahkemenin Davay, nceleme ve Karara Ba lama Zorunlulu u Do ar

Davan,n aç,lm,as,, mahkemeyi (hâkimi) onu inceleme ve karara ba lama zorunlulu u alt,na sokar. Ba ka bir ifadeyle hâkim önüne gelen bir davay, incelemek ve duruma göre esastan ya da usulden bir karara ba lamak zorundadır¹⁴. Aksine bir davran, , hukuki¹⁵, cezai¹⁶ ve disiplin¹⁷ aç,lar,ndan sorumlulu una yol açar.

3. Dava artlar, Davan,n Aç,ld, , Tarihe Göre Belirlenir

Davan,n esastan incelenebilmesi için kar ,lanmas, gereken önko ullar (dava artlar,), davan,n aç,ld, , tarihe göre de erlendirilir. Örne in davan,n önko ullar,ndan say,lan menfaat yahut hak ihlâlî (sübjektif ehliyet) ko ulunun gerçekte ip gerçekte medi i ve davac,n,n taraf ve dava ehliyetine (objektif ehliyet) sahip olup olmad, , davan,n aç,ld, , tarih esas al,narak de erlendirilir. Bu artlar,n sonradan de i mesi davaya devam edilip edilmemesini etkiler; fakat

say,1, Bas,n lân Kurumu Te kiline Dair Kanun (m.38), 4109 say,1, Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yard,m Hakk,nda Kanun (m.7), 4081 Say,1, Çiftçi Mallar, Koruma Kanunu (m.8/3, 10), 3489 say,1, Pazarl,ks,z Sat, Mecburiyetine Dair Kanun (m.9), 6132 say,1, At Yar, lar, Hakk,nda Kanun (m.4), 6961 say,1, Ziraat Odalar, ve Ziraat Odalar, Birli i Kanunu (m.5, 10).

¹⁰ ZABUNO LU, Yahya Kâz,m: dare Hukuku (Cilt 2), Yetkin, Ankara, 2012, s.584.

¹¹ Dan, tay 15. Dairesinin 20.9.2011 tarih ve E.2011/358, K.2011/1493 say,1, karar,.

¹² Dan, tay 14. Dairesinin 22.01.2019 tarih ve E.2016/7183, K.2019/331 say,1, karar,.

¹³ Dan, tay 10. Dairesinin 25.2.2015 tarih ve E.2011/4625, K.2015/754 say,1, karar,.

¹⁴ ZABUNO LU, s.586.

¹⁵ 6100 say,1, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.46-49.

¹⁶ 2802 say,1, Hâkimler ve Savc,lar Kanunu m.82-92.

¹⁷ 2802 say,1, Hâkimler ve Savc,lar Kanunu m.62-81.

davan, n aç, lm, say, lmas, sonucunu de i tirmez. Fakat bu kural yarg, lama (usul) kurallar, bak, m, ndan geçerli de ildir. Çünkü aksine bir hüküm bulunmad, kça, bunlara ili kin yasal düzenlemeler derhal yani görülmekte olan (eldeki, derdest) dava ve i lere de uygulan, r. Dolay, s, yla davac, davan, n aç, ld, , tarihte yürürlükte olan usul kurallar, n, n uygulanmas, n, talep edemez. Bu durum, mahkemelerin görev ve yetkisine ili kin yasal düzenlemeler için de aynen geçerlidir¹⁸.

4. Vergi Davalar, nda Dava Aç, lmas, Yürütmeyi (Tahsil lemlerini) Kendili inden Durdurur

dari i lemler kural olarak hukuka uygun say, l, r. Bu karine nedeniyle, dava aç, lmas, dava edilen idari i lemin yürütülmesini durdurmaz (YUK m.27/1). Fakat vergi uyu mazl, klar, nda bu karine tersine çevrilmi tir. Çünkü YUK' un 27/4 maddesine göre, vergi mahkemelerinde, vergi uyu mazl, klar, ndan do an davalar, n aç, lmas, , tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunlar, n zam ve cezalar, n, n dava konusu edilen bölümünün tahsil i lemlerini durdurur. Fakat Kanun her ne kadar davan, n aç, lmas, yla tahsil i lemlerinin duraca , n, hüküm alt, na almakta ise de bunu, ödava dilekçesinin daval, idareye tebli i üzerine tahsil i lemleri dururö ekinde anlamak gerekir. Çünkü idare ancak dava dilekçesinin kendisine tebli i üzerine tarh edilen vergi ve ceza, n dava konusu yap, lm, oldu unu yani ihtilâfl, hâle gelmi oldu unu ö renmi olur. Dava dilekçesinin idareye tebli i için ise yap, lacak ilk inceleme üzerine YUK' un 3'üncü ve 5'inci maddelerine uygun oldu unun kabul edilmesi gerekir. Dolay, s, yla dava dilekçesi üzerine yap, lan ilk inceleme üzerine dilekçe ret karar, verilmesi hâlinde ise bu karar daval, idareye tebli edilmeyece inden idare dava aç, ld, , ndan haberdar olmayacaktır. Gerçi dilekçe ret karar, verilmesi davan, n aç, lm, say, lmas, na engel te kil etmez; fakat bu karar kendisine tebli edilmedi inden idare dava aç, ld, , ndan haberdar olmayacaktır. dare dava dilekçesi kendisine tebli edildi i tarihte dava aç, lm, oldu undan haberdar olaca , ndan dava konusu vergi ve cezaya ili kin tahsil i lemleri de bu tarihten itibaren duracaktır, r/ durdurulacaktır. Bu hükmün as, l amac, da mahkemece bu konuda bir karar verilmesine gerek olmadan dava konusu vergi ve cezaya ili kin tahsil i lemlerinin kendili inden durmas, yani durdurulmas, d, r.

Di er taraftan bu hüküm vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerle ilgili her türlü i lemin de il, sadece bu konulara ili kin yap, lm, olan tarh i lemlerinin yürütülmesini kapsamaktadır. Dolay, s, yla bu konulara ili kin tahsil i lemlerini kapsamad, , gibi ayn, konulara ili kin genel nitelikteki i lemleri de kapsamamaktadır¹⁹. Örne in Cumhuriyet Kan, n, n bu konulara ili kin bir kararnamesinin veya Hazine ve Maliye Bakanl, , n, n bir genel tebli inin dava konusu yap, lmas, hâlinde bu hükümler de il, yürütmenin durdurulmas, hakk, ndaki genel hükümler (YUK m.27/1-3) uygulan, r. Ayr, ca Kanunun aç, k hükmü uyar, nca, ö26 nc, maddenin 3'üncü f, kras, na göre i lemden kald, r, lan vergi davas, dosyalar, nda tahsil i lemi devam eder. Bu ekinde i lemden kald, r, lan dosyan, n yeniden i leme konulmas, ile ihtirazi kay, tla verilen beyannameler üzerine yap, lan i lemlerle tâhsilat i lemlerinden dolayı, aç, lan davalar, tahsil i lemini durdurmaz. Bunlar hakk, nda yürütmenin durdurulmas, istenebilirö (m.27/4). Keza Kanun bu hükmün uygulanmas, n, vergi mahkemelerinde aç, lan davalarla s, n, rlam, oldu undan harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili olmakla birlikte idare mahkemelerinin görevine giren davalarda bu hüküm de il, yine bu konudaki genel kurallar uygulan, r²⁰.

5. Üçüncü Ki ilerin Davaya Ferö Müdahalede Bulunma Hakk, ve mkân, Do ar

Üçüncü ki ilerin bir davaya asli (HMK m.65) veya ferö müdahalede (HMK m.66-69) bulunabilmeleri için davan, n aç, lm, olmas, yeterlidir. Davan, n aç, lm, olmas, ndan maksat ise yukar, da belirtildi i gibi mahkemece dava dilekçesinin esas kayd, n, n yap, lm, olmas, d, r. Dolay, s, yla davan, n aç, lm, say, lmas, için davan, n ilk incelemesinin tamamlanm, olmas, ya da bu amaçla dosyan, n üye hâkime havalesinin yap, lm, olmas, na gerek yoktur. Dava dilekçesinin esas kayd, n, n yap, lmas, yla birlikte dava aç, lm, say, laca , ndan, di er ko ullar, n da bulunmas, kayd, yla, davaya asli ve ferö müdahalede bulunabilme hakk, da do mu olur²¹. Gerçi üçüncü ki ilerin bu a amada davadan haberdar olmalar, pek kolay de ildir fakat ihtimal d, , da de ildir.

¹⁸ Uyu mazl, k Mahkemesinin 22.10.2018 tarih ve E.2018/566, K.2018/643 say, l, karar, .

¹⁹ CANDAN Turgut: Aç, klamal, dari Yarg, lama Usulü Kanunu, 3. Bask, , Adalet Yay, nevi, Ankara, 2011, s.647 vd.

²⁰ Dan, tay 9. Dairesinin 25.6.2015 tarih ve E.2015/597, K.2015/8023 say, l, karar, .

²¹ Dan, tay, n aksi yönde kararlar, bulunmakla birlikte (Örne in bkz. Dan, tay 6. Dairesinin 12.4.2017 tarih ve E.2017/915, K.2017/2524 say, l, karar,), kanaatimizce idari yarg, da asli müdahale mümkün de ildir.

6. Tart, mal, Bir Sonuç: Davay, Geri Alma Yasa , lemeye Ba lar

Medeni yarg,lama hukukunda dava aç,lm,na ba lanan sonuçlardan biri de davay, geri alma yasa ,d,r. Buna göre, dava aç,ld,ktan sonra, daval,n,n aç,k muvafakati (r,zas,) olmad,kça davac, davas,n, geri alamaz (HMK m.123). Davan,n geri al,nmas, feragatten farklı,d,r. Feragat, davac,n,n, talep sonucundan k,smen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK m.307). Bu nedenle feragatin hüküm ifade etmesi, kar , taraf,n ve mahkemenin muvafakatine ba l, de ildir. Oysa davan,n geri al,nmas,, daval,n,n muvafakatine ba l,d,r. Çünkü davay, geri almak, feragat gibi dava konusu haktan vazgeçmek sonucunu do urmamaktadır. Davas,n, geri alan onu ilerde tekrar açabilme hakk,n, korumaktadır.

dari Yarg,lama Usulü Kanununun HMK hükümlerinin uygulanmas,n, öngördü ü konular aras,nda ödavadan feragatö bulunmaktadır, fakat ödavan,n geri al,nmas,ö bulunmamaktadır. YUKÖta da bu konuda bir hüküm bulunmamas,, bu müessesenin idari yarg,da uygulan,p uygulanmayaca , sorusunu akla getirmektedir. dari dava açma sürelerinin k,sa olmas, bu sorunun cevab,n, bir ölçüde önemsiz k,lsa da tamamen bertaraf etmemektedir. Ayr,ca sorunun cevab, teorik aç,dan da tart, lmaya de er bir konudur. Sorunun cevab, hakk,nda bir fikir vermesi için Frans,z hukukuna müracaat etmekte yarar olabilir. Frans,z hukukunda da davan,n geri al,nmas, ekinde bir yasal düzenleme yoktur. Buna kar ,l,k feragate ili kin hüküm vard,r. Nitekim dari Yarg, Kodunun (*Code de Justice Administrative*) R. 636-1 maddesi bu konuyu aç,kça düzenlemektedir. Feragat (*désistement*) kenar ba l,kl, bu maddede yer alan düzenlemeye göre taraflar veya vekilleri mahkeme kalemine verecekleri dilekçeyle feragat talebinde bulunabilirler. Feragat dilekçesi (talebi) dava dilekçesi hakk,ndaki hükümlere göre incelenir.

Feragate ili kin yasal düzenleme oldukça k,sa ve çok genel bir çerçeveden ibaret olmakla birlikte, zamanla yarg,sal içtihatlarla içi doldurulmu tur. Buna göre feragat, ödavadan feragatö (*désistement d'instance*) ve ödava konusu haktan feragatö (*désistement d'action*) olmak üzere iki farklı ekilde uygulanmaktadır.²² Davadan feragat, dava konusu haktan de il, sadece aç,lm, olan davadan vazgeçmek, onu imdilik için geri almak anlam,na gelmektedir. Dava konusu haktan feragat ise iddia yahut talep edilen haktan feragat etmek anlam,na gelmektedir. Dava konusu haktan feragat edildi inde, hak son bulaca ,ndan ayn, konuda bir daha dava aç,lmaz. Oysa davadan feragat etmekle, iddia veya talep edilen haktan vazgeçilmi olmad, , için tekrar söz konusu hakk,n tekrar dava konusu yap,lm,sa, mümkündür. Dolay,s,yla davadan feragat nispi, dava konusu haktan feragat ise mutlak ekilde uyuşmazl, , sona erdirir. Kimsenin kolay kolay dava konusu hakk,ndan feragat etmeyece i dü ünülecek olursa, pratikte daha ziyade davadan feragat durumuyla kar ,la ,l,r. Bu nedendir ki feragat beyan, aç,k olmad, ,nda dava konusu haktan de il, davadan feragat edildi i kabul edilir. Fakat bu durumun yarg,lama giderleri üzerinde bir etkisi yoktur. Ba ka bir ifadeyle hangi anlamda ele al,n,rsa al,n,s,n davadan feragat eden, yarg,lama giderlerine mahkûm edilir.²³ Dava hakk,ndan feragat, dava konusu hakk, ayn, mahkeme ya da ihtimale göre ba ka bir mahkeme önünde yeniden dava konusu yapmaya engel olmamakla birlikte, geri al,nan dava aç,lmam, say,laca , için dava açma süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.²⁴ Bu yola daha ziyade davan,n görevli olmayan yerde aç,ld, ,n,n sonradan fark edilmesi ve bir de idari eylemlerden do an zararlar,n tazmini amac,yla aç,lan davalarda dava öncesinde idareye ba vurma (önkarar) elde etme

²² DEBBASCH, Charles/RICCI, Jean-Claude: *Contentieux administratif*, 8. Bask., Dalloz, Paris, 2001, s.567-568; BROYELLE, s.191; LE BOT, s.232; GUYOMAR/SEILLER, s.241.

²³ Conseil d'État'ın içtihad, yak,n zamana kadar aksi yönde iken 2010 y,l,ndan itibaren bu istikamette de i meye ba lam, t,r. Emsal kararlar için bkz. GUYOMAR/SEILLER, s.241; RICCI, s.157; GOHIN, s.320-321. Frans,z hukukunda eskiden davadan feragat (davay, geri alma) ekinde bir hak tan,nmamaktayd,. Bu nedenle davadan feragat, dava konusu haktan feragat olarak kabul edilmekteydi. Bu kabulün alt,nda yatan ise idari yarg,da resen inceleme ve ara tırma ilkesinin geçerli olmas, ve özellikle de dava açma sürelerinin k,sa olmas, ve davay, geri alman,n bu süreler üzerinde etkili olmamas,d,r. Doktrin ve uygulamadaki bu geleneksel kabul, Conseil d'État'ın 29 Ocak 1932 tarihli *öDame veuve Jonson*ö karar,nda Hükümet Komiseri (Dan, tay Savc,s.) R. Latourneri taraf,ndan sistematize edildi ve ayn, zamanda yumu at,lm, t,r. Latourneri bu davada sundu u ögörü öünde feragat beyan,nda bulunan,n aç,k iradesinden anla ,lmad,kça feragatin dava konusu haktan feragat olarak kabul edilmesi gerekti i ileri sürülmü ve bu karardan itibaren uygulama bu ekilde ekillenmeye ba lam, t,r. Yani buna göre davac, dava konusu haktan feragat etmeden sadece dava hakk,ndan feragat edebilir. Fakat bunun için bu hususun feragat beyan,nda aç,kça ifade edilmi olmas, gerekir; aksi takdirde dava konusu haktan feragat etmi oldu u kabul edilecektir. Konuya ili kin daha fazla bilgi için bkz. DEBBASCH/RICCI, s.568-569; CHAPUS, s.950-951.

²⁴ ROUQUETTE, Rémi: *Petit traité du procès administratif*, 5. Bask., Dalloz, Paris, 2014, s.589.

mecburiyetinin yerine getirilmemi oldu onun sonradan fark edilmesi gibi hâllerde zamandan kazanmak amac,yla ba vuruldu u belirtilmektedir²⁵.

Anla ,laca , üzere dava konusu haktan feragat bizdeki feragat müessesesine, davadan feragat ise bizde medeni yarg,lama hukukunda uygulanan ödavan,n geri al,nmas,ö müessesesine kar ,l,k gelmektedir.

Frans,z hukukunda feragatin her iki çe idinin hüküm ve sonuç do urmas,, davan,n türüne göre de i mektedir. ptal davalar,nda, feragatin hüküm ve sonuç do urabilmesi için daval,n,n muvafakati veya mahkemenin kabulü gerekmez. ptal davalar,nda davas,ndan feragat eden ki i onu sonradan tekrar açma hakk,na sahiptir. Tabii bu arada dava açma süresi geçmemi ise²⁶. Tam yarg, davalar,nda ise tersi bir çözüm benimsenmi tir. Bu davalarda feragatin hüküm ve sonuç do urabilmesi için daval,n,n muvafakati aranmaktadır. Çünkü dava aç,lmas,yla, davac, ile daval, aras,nda bir uyu mazl,k ba , yahut ili kisi kurulmu olaca ,ndan bu a amadan sonra davac, art,k tek tarafl, bir irade beyan,yla bu ili kiye son veremez²⁷.

Yarg,sal içtihatlar,n eseri olan farklı uygulama iptal davalar,n,n objektif, tam yarg, davalar,n,n ise sübjektif karakterli olmas,yla aç,klanmaktadır²⁸. Frans,z hukukunda ayr,ca tam yarg, davalar, da objektif tam yarg, davalar, ve sübjektif tam yarg, davalar, olmak üzere ikiye ayr,lmaktadır. Burada sözü geçen tam yarg, davalar, sübjektif karakterli olanlardır. Bunlar, bizdeki tam yarg, davalar,na kar ,l,k gelenlerdir. Yani bir idari i lem, eylem veya sözle meden dolay, u ran,lan zarar,n tazmini amac,yla aç,lan davalard,r. Tam yarg, davalar,n,n di er grubunu te kil eden objektif nitelikli tam yarg, davalar, ise heterojendir ve iptal davas,na benzemektedirler. Bu grubun kapsam,na ise seçim uyu mazl,klar, ile ilgili davalar²⁹, vergi uyu mazl,klar, ile ilgili davalar, çevrenin korunmas, amac,yla yap, ve tesislerin tehlikelilikleri göz önünde bulundurularak yap,lan s,n,fland,rma veya tasnif i lemlerinden do an davalar³⁰, y,k,lmaya yüz tutmu yap,larla ilgili davalar³¹, s, ,nma talepleri ile ilgili uyu mazl,klardan do an davalar ve ba ,ms,z idari otoritelerce uygulanan yapt,r,mlarla ilgili uyu mazl,klardan do an davalar girmektedir³².

Kanaatimizce Frans,z hukukundaki bu çözüm tarz, bizde de uygulanabilir. Bu konuda yasal bir dayanak bulunmamas,, bu çözümün uygulanmas,na engel de ildir. Çünkü bu çözüm ekli, bir bak,ma genel bir usul kural,d,r. Nitekim Dan, tay da genel usul kurallar,n,n uygulanabilmesi için mutlaka aç,k bir yasal dayanak bulunmas,n, aramamaktadır. Yukar,da de indi imiz derdestlik hususu buna örnek verilebilir. Hatta bilindi i gibi Dan, tay HMKöya at,f yap,lan hâllerde dahi bu hükümleri idari davalar,n özelliklerini ve idari yarg,lama hukukuna hâkim olan ilkeleri göz önünde bulundurarak esneterek uygulamaktadır³³. Örne in düzenleyici i lemler ile davac,n,n menfaati yan,nda kamuyu da do rudan ilgilendiren sonuçlar, bulunan bireysel idari i lemlerin iptali amac,yla aç,lan davalarda belli bir a amadan sonraki feragat talepleri kabul edilmemektedir³⁴.

Hukukumuzda göre davac, davadan feragat etme hakk,na sahip oldu una göre ayr,ca davay, geri alma hakk,na sahip olmas,n,n gerek kendisi için gerekse kamusal aç,dan ne gibi bir yarar sa layaca , sorusu akla gelebilir. Sa layaca , yarar, her eyden önce, davac,n,n dava

²⁵ DEBBASH/RICCI, s.568; ROUQUETTE, s.589; ROUAULT, s.447.

²⁶ LE BOT, s.233.

²⁷ RICCI, s.158.

²⁸ RICCI, s.157; GOHIN, s.322.

²⁹ Seçim uyu mazl,klar,ndan maksat, siyasi seçimler (cumhurba kanl, ,, senato ve millet meclisi) d, ,nda kalan seçimlerle ilgili her türlü uyu mazl,kt,r. Bunlara, Avrupa Birli i kurumlar, için yap,lan seçimler, meslek odalar, ve çe itli komisyonlar için yap,lan seçimler ve mahalli idarelerce yap,lan referandumlar da dâhildir. Siyasi seçimlerle ilgili uyu mazl,klar, çözme görevi ise Anayasa Konseyine (Mahkemesine) aittir. Ancak bu seçimlerle ilgili uyu mazl,klarda da as,l uyu mazl,k konusundan ayr,labilir nitelikteki i lemlere kar , aç,lacak davalar birer iptal davas,d,r ve idare mahkemelerinin görevine girmektedir. Bkz. GUYOMAR/SEILLER, s.125-126.

³⁰ GUYOMAR/SEILLER, s.126.

³¹ GUYOMAR/SEILLER, s.127.

³² BROYELLE, s.52; GUYOMAR/SEILLER, s.127-128.

³³ SANCAKDAR, O uz: dari Yarg,lama Hukuku, 1. Bask,, Seçkin, Ankara, 2018, s.243.

³⁴ Örne in bkz. öBuna kar ,l,k düzenleyici i lemlere kar , ve kamu yarar,n, yak,ndan ilgilendiren konularda aç,lan iptal davalar,nda, i lemin yürütmenin durdurulmas, veya iptali karar, verildikten sonra, davac,ya davadan feragat etme hakk,n,n tan,nmas,, yap,lm, olan yarg,sal denetimin geçersiz say,lmas,, dolay,s,yla davac, iradesinin yarg, karar, üzerine ç,kmas, sonucunu do uraca ,ndan, kamu yarar,yla ve idarenin yarg,sal denetimi yoluyla hukukun üstünlü ünü sa lama amac,yla ba da mamaktadır,ö, Dan, tay 10. Dairesinin 20.12.2011 tarih ve E.2010/16395, K.2011/5749 say,l, karar,.

konusu hakk,ndan vazgeçmeden ve fakat devam etmesini istemedi i yarg,lamadan bir an önce kurtulabilmesine imkân tan,mas,d,r. Örne in davac, idari yarg,n,n görevine giren bir davay, yanl, yarg, yerinde açm, oldu unu fark ederse davas,n, geri al,p bu defa do ru yerde açmak suretiyle k,sa sürede amac,na ula bilir. Davac,n,n yarg, yolu (düzeni) konusunda yapaca , hata kendisine daha çok zaman kaybettirecektir. Örne in normalde adli yarg,n,n görevine giren bir davay, yanl, l,kla idari yarg, yerinde açarsa bu konuda verilecek görevsizlik (yarg, yolunun caiz olmamas,) karar,n,n kesinle mesi, daval,n,n tutumu ve çe itli ihtimallere göre y,llar, bulabilir. Davac,n,n bu kadar zaman, emek ve para israf etmemesi ve ayr,ca mahkemelerin de bu sebeple gereksiz yere i yükünün artmamas, için davay, geri alma imkân,n,n kabul edilmesi yerinde bir çözüm olabilir.

B. Dava Açman,n Maddi Hukuk Bak,m,ndan Do urdu u Sonuçlar

Dava aç,lm,as,, maddi hukuk ili kileri üzerinde de önemli sonuçlar do urmaktad,r. Bunlar, a a ,daki gibi s,ralayabiliriz.

1. ahsa Ba l, Haklar Malvarl, , Haklar,na Dönü ür

Dava açman,n yahut aç,lm, olmas,n,n (say,lm,as,n,n) maddi hukuk aç,s,ndan do urdu u en önemli sonuç, manevi tazminat talebi gibi ahsa ba l, baz, haklar,n malvarl, , haklar,na dönü mesini sa lamas,d,r. Malvarl, , haklar,na dönü en bu haklara ili kin dava hakk, ölenin mirasç,lar,na intikal etmektedir. Mirasç,lar, murisin sa l, ,nda açm, oldu u manevi tazminat davas,na onun halefi olarak devam edebilirler. Gerçi bu durum YUK ile aç,kça hüküm alt,na al,nmam, t,r. Fakat gerçek ki i davac,n,n dava devam ederken ölmesi hâlinde davay, takip yetkisinin onun mirasç,lar,na geçece i ekinde bir kural mevcuttur (m.26/1) Hangi konuda aç,lm, bulunan davalar bak,m,ndan bu hükmün uygulanaca , aç,k olmamakla birlikte, ölenin malvarl, , haklar,na ili kin davalar,n bu kapsamda oldu u söylenebilir. Dan, tay kararlar, da ayn, yöndedir.

ö2577 say,l, Kanun'un 26. maddesinin 3,yaln,z öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilirdi hükümünden kastedilen; münhas,ran ölenin ahs,na s,k, s,k,ya ba l, olan, ba kalar,na devir ve temlik veya miras yoluyla intikali mümkün olmayan haklarla ilgili davalard,r. Bunun d, ,nda, Türk Medeni Kanunu hükümleri uyar,nca, ölene ait bulunan bütün haklar, mallar ve borçlar mirasç,lara geçece inden, dava aç,lmakla mameleki niteli e dönü en haklar da ölenin malvarl, ,n,n bir bölümünü olu turaca ,ndan, aç,lm, bulunan bu tür davalar, ölenin mirasç,lar,n,n takip etme hakk, bulundu unun kabulü gerekir³⁵.

2. Tart, mal, Bir Sonuç: Daval, (Borçlu) dare Temerrüde Dü mü Olur

Özel hukuk ili kilerinde ve medeni yarg,lama hukukunda dava açmaya yani davan,n aç,lm, olmas,na ba lanan sonuçlardan biri de borçlunun (daval,n,n) temerrüde dü mesidir. Fakat bu durumun davan,n aç,ld, , tarihte mi yoksa dava dilekçesinin daval,ya tebli edildi i tarihte mi gerçekleşece i konusu tart, mal,d,r. Yarg,tay³⁶ ve doktrinde kimi müelliflere³⁷ göre davan,n aç,lm,as,ya birlikte borçlu (daval,) temerrüde dü mü olur. Buna kar ,l,k kimi müelliflere göre ise borçlu (daval,) ancak dava dilekçesinin kendisine tebli i üzerine böyle bir borcun borçlusu oldu unu ö renmi olaca ,ndan bu tarihten itibaren temerrüde dü mü olur³⁸.

dari yarg,lama hukukunda dava aç,lm,as,na böyle bir sonuç ba lan,p ba lanamayaca , tart, ,labilir. Fakat bundan önce tart, ,lm,as, gereken ba ka sorunlar ya da daha do rusu cevaplanmas, gereken ba ka birtak,m sorular vard,r. Örne in idari yarg,da ögerçekö zarar,n tazmini yahut ötam tazminö ilkesi geçerli³⁹ oldu undan ve bu ilkeler uyar,nca zarar,n meydana geldi i tarihten tazmin edilece i tarihe kadar geçen sürede enflasyon nedeniyle parada olu acak de er kayb, da esas zarar,n bir unsuru say,ld, ,ndan ve tazmini gerekti inden bunun yerine faiz uygulamas,na ba vurulmas, do ru mudur? darenin sorumlulu u kural olarak sözleşme d, , sebeplerden yani idari i lem ve eylemlerden kaynakland, ,na göre temerrüde dü ürülmesi için ihtar ya da onun yerine geçecek bir i lem (örne in idareye ba vuru yahut dava aç,lm,as,)

³⁵ Dan, tay 10. Dairesinin 16.10.2017 tarih ve E.2017/749, K.2017/4115 say,l, karar,.

³⁶ Örne in bkz. Yarg,tay 13. Hukuk Dairesinin 25.6.2015 tarih ve 18674/21964 say,l, karar, (KURU, Baki: stinaf Sistemine Göre Yaz,lm, Medeni Usul Hukuku, 1. Bask., Legal Yay,nc,l,k, stanbul, 2016, s.242 ve dipnot: 35).

³⁷ ÜSTÜNDA , Saim: Medeni Yarg,lama Hukuku, Cilt I-II, 7. Bask., Beta, stanbul, 2000, s.492.

³⁸ KURU, s.242 ve dipnot: 35.

³⁹ GÖZLER, Kemal: dare Hukuku, Cilt II, 3. Bask., Ekin Yay,nevi, Bursa, 2019, s.1420; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZG NER, Murat/KAYA, Cemil: Türk dari Yarg,lama Hukuku, 1. Bask., Sava Yay,nevi, Ankara, 2018, s.642.

yapılmas, art m,d,r? A a ,da yer verdi imiz Dan, tay kararlar,nda görülece i üzere bu sorular,n cevaplar, hakk,nda uygulamada birlik ve tutarlı,k olmad, , gibi, var,lan sonuçlar ve bunlar, kavramsalla t,rnak ve kuramsalla t,rnak için ba vurulan kavramlar da doktrinde genellikle ele tirilmektedir⁴⁰.

Temerrüt, ifade imkâns,ız,k ve alacakl,n,n temerrüdü gibi bir neden bulunmad, , hâlde, muaccel bir borcun zaman,nda ifa edilmemesidir. Ba ka bir ifadeyle borçlu, ifadan kaç,nmak için hakl, bir sebep yok iken borcunu ifa mükellefiyetini zaman,nda yerine getirmedi i takdirde, temerrüde dü er. Borçlunun bu davran, ,n,n yapt,r,m, ise alacakl,ya temerrüt faizi ödemektir. Dolay,s,yla temerrüt ihtar,, ifa zaman,n,n belirli ya da belirlenebilir olmad, , hâllerde, borçlunun do rudan do ruya temerrüdün a ,r sonuçlar, ile kar , kar ,ya kalmamas, engellemek amac,na hizmet eder. Fakat borçlunun temerrüde dü mesi için ihtar her durumda art de ildir. Nitekim Borçlar Kanununun konuyu düzenleyen 117öncü maddesi ihtar art,n, kural olarak akdi borç ili kileri için aramakta, sözle me d, , borç ili kileri için ise bunu aramamaktadır.

Nitekim Kanunun 117öncü maddesine göre, öhaks,z fiilde fiilin i lendi i, sebepsiz zenginle mede ise zenginle menin gerçekle ti i tarihte borçlu temerrüde dü mü olurö⁴¹. Borçlar Kanununun bu hükümlerinden hareket edilecek olursa tam yarg, davalar,nda da idarenin temerrüde dü mesi için ihtar art, gerekmez. Çünkü idarenin sorumlulu u kural olarak sözle me d, , ili kilerden yani idarece tek tarafl, olarak in a ve icra edilen idari i lem ve eylemlerin yol açt, , zararlardan do maktadır.

Di er taraftan borçlunun temerrüdü ve alacakl,n,n bu sebeple u rayaca , zarar, telafi etmek amac,yla hükmedilen temerrüt faizi i in mahiyeti gere i daha çok maddi zararlar için söz konusudur. Çünkü manevi zararlar, malvarl, ,nda meydana gelen somut bir azalma olmay,p ki inin manevi varl, ,nda ortaya ç,kan olumsuzluklar oldu undan, manevi tazminat de erinin yarg,lama sonucu para olarak belirlenmesi zarara u rayan, tatmin ve de bu zarar, meydana getireni cezaland,rma arac, olarak kullan,lmaktadır. Bu itibarla, ilk defa yarg, karar,yla para olarak de erlendirilebilen bir manevi tazminat,n önceden daval, taraf,ndan belirlenmesi ve de ödenmesinin mümkün olmamas, nedeniyle ödemede gecikmeden bahsedilemeyece i gibi, manevi tazminat,n esasen bütün bu hususlar dikkate al,narak ötkadirenö belirlenmesi nedeniyle de faiz uygulanmas, mümkün de ildir. Fakat mahkemece hükmedilen manevi tazminat,n ödenmesinde gecikme olursa YUKöün 28öncü maddesi hükümlerine göre faiz uygulanacaktır. Dolay,s,yla temerrüt (gecikme) faizi, maddi zararlar için söz konusudur ve alacakl,n,n alaca ,n, zaman,nda alamamas, nedeniyle u rad, , zarar, kar ,lamak üzere borçlunun ödedi i asgari bir maktu tazminat niteli indedir⁴². Ba ka bir ifadeyle, temerrüt faizi, zarar,n meydana geldi i tarih ile bunun tazmin edildi i tarih aras,nda olu an öek zararö,n tazminidir⁴³. Çünkü zarar görenin malvarl, ,nda olu an zarar,n gecikerek ödenmesi kar ,s,nda bu gecikmeden dolayı, para de erinde enflasyon nedeniyle de er kayb, meydana gelmiştir. te temerrüt faizi bu de er kayb,n, telafi etmektedir. Bu nedenle buna faiz demek yerine belki ek zarar,n tazmini demek daha do rudur ve ba lang,c,na da idarenin temerrüt tarihini (örne in idareye ba vuru) de il, zarar,n meydana geldi i tarihin esas al,nmas, gerekir⁴⁴. Fakat idari yarg, yerleri bunu genellikle temerrüt faizi olarak ifade etmekte ve öyle tan,mlamaktadırlar:

ÖFaiz; en basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu ba lam,nda; ki ilerin, idarenin eylem ve/veya i lemlerinden dolayı, u rad,klar, zararlar,n giderilmesi istemiyle ba vurmalar,na kar ,n, idarenin zarar, kendili inden ödemeyip, yarg, karar,yla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, idarenin temerrüde dü tü ü tarihten tazminat,n ödendi i tarihe kadar geçen süre için 3095 Say,l, Kanuna göre hesaplanacak tutar, ifade etmektedir⁴⁵.

Böyle olmakla birlikte e er mahkeme zarar tutar,n, hesaplarken zarar,n meydana geldi i tarihi de il de hüküm tarihini esas al,rsa haliyle böyle bir zarar olu mayacaktır. Daha do rusu bu zarar da kar ,lanm, olacakt,r, yani hükmedilen tazminata ayr,ca temerrüt faizi uygulanmas,na gerek kalmayacaktır. Ancak mahkemelerin bu konudaki uygulamas, istikrarlı, de ildir⁴⁶. Zarara yol açan sebebin bir idari i lem veya eylem olmas,na göre de bunun

⁴⁰ Örne in bkz. GÖZLER, s.1420-1428; AKYILMAZ/SEZG NER/KAYA, s.642-644.

⁴¹ ÖAncak sebepsiz zenginle enin iyiniyetli oldu u hâllerde temerrüt için bildirim artt,rö (m.117/2).

⁴² Yarg,tay Hukuk Genel Kurulunun 11.6.1997 tarih ve E.1997-11-278, K.1997/529 say,l, karar,.

⁴³ AKYILMAZ/SEZG NER/KAYA: s.643.

⁴⁴ AKYILMAZ/SEZG NER/KAYA, s.643.

⁴⁵ zmir Bölge dare Mahkemesi 6. dari Dava Dairesinin 12.2.2019 tarih ve E.2019/115, K.2019/229 say,l, karar,.

⁴⁶ Dan, tay,n uygulamas, ve ele tiri için bkz. GÖZLER, s.1409-1412.

de i ebilmesi tabiidir.

Örnek kabilinden olmak üzere yukarıda yer verdi imiz kararında görüleceği üzere Dan, tay temerrüt faizi uygularken 4.12.1984 tarih ve 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun hükümlerine göre belirlenen oranlar, esas almaktadır. Bu Kanun uygulama alanına, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hâllerle (m.1) sınırlanmış olması, Dan, tay hükümlerine başvurmakta tereddüt etmemesi ilginçtir. Fakat hâliyle sadece faiz oranları, bakımından bu Kanun hükümlerine müracaat edilmektedir. Buna karşılık söz konusu faize hangi tarihten itibaren hükmedileceği sorusunun cevabını, Dan, tay kendisi vermeye çalışmakta fakat ne yazık ki kararlarında belli bir sistematik ve tutarlılık yoktur. Bu konudaki uygulamayı, aşağıdaki başlıklar altında toplamak mümkündür⁴⁷:

a. Zararın meydana geldiği (olay) tarihi itibarıyla idarenin temerrüde düştüğüünü kabul eden kararlar

Dan, tay nispeten eski kararlarında bu tarihi esas alarak, görülmektedir. Fakat bu kararlar daha ziyade idari işlemlerden kaynaklanan zararların tazminine ilişkinidir. Daha somut olarak, kamu görevlileri hakkında yapılan işlemlerden doğan zararın tazmini amacıyla açılan tam yargı davalarıdır. Gözler'in ifade ettiği gibi, faiz zararının bir unsuru olduğuna göre bu kararların isabetli olduğu söylenebilir⁴⁸. Nitekim Yargıtayın uygulaması, da bu yöndedir⁴⁹. Bu konuda Dan, tayın kararları, örnek gösterebiliriz:

ÖBu nedenle olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte 15.108,90 liranın davalı idareden alınarak davacılar için verilmesine (...) oybirliğiyle karar verildi⁵⁰.

ÖKadrosuzluk ve makam tazminatı farkları, geç ödenmesi sebebiyle davacıların zararını karşılamak üzere, tahakkuk dönemi ile ödemenin yapıldığı tarih arasında geçen süre için yasal faiz ile letilmesi gerekeceğinden, mahkemece uygulanacak yasal faizin idareye başvuru tarihinden itibaren hesaplanması, yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir⁵¹.

b. Zararın tazmini amacıyla idareye başvuru tarihi itibarıyla idarenin temerrüde düştüğüünü kabul eden kararlar

Dan, tay idari eylemlerden kaynaklanan zararların tazmininde faize hükmederken birçok kararında bu tarihi esas almaktadır. Bunun nedeni idari Yargılama Usulü Kanununun 134'üncü maddesinde yer alan düzenlemedir⁵². Buna göre, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle örendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Dan, tay bu çerçevede idareye başvuru tarihini bir bakıma özel hukuk ilkinde olduğu gibi borçluya gönderilmiş bir öihtar olarak de erlendirmektedir.

ÖZarar idarenin hizmet kusurundan doğması, nedeniyle, idareye tazmin istemi ile başvuru yapıldığı tarihte idarenin temerrüde düştüğüünün kabulü gerekir⁵³.

ÖMeslekten çıkarılması dair işlemin iptali üzerine görevine başlatılacağına, dönemlere ait parasal hakları, da idarece ödenen davacıların faiz istemiyle idareye başvurduğu tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekir⁵⁴.

ÖBelirtilen durum nedeniyle, hukuka uygun bulunmayan T.C. Emekli Sandığı, Yönetim Kurulu kararına dayanarak, davacıların yetim aylıklarından kesilen 935,00 TL tutarının idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıların ödenmesi gerekmektedir⁵⁵.

⁴⁷ Dan, tay faiz uygulamasına ilişkin farklı kararlar hakkında çok sayıda örnek ve eleştirel açıklamalar için bkz. GÖZLER, s.1424-1427; AKYILMAZ/SEZGNER/KAYA, s.642-644.

⁴⁸ GÖZLER, s.1425. Aynı yönde bkz. AKYILMAZ/SEZGNER/KAYA, s.643.

⁴⁹ *ÖDava haksız eylemden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle davalı, olay tarihinde temerrüde düşmüştür. İstek halinde hükmedilen tazminata olay tarihinden faiz yürütülmesi gerekir*, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 25.4.2005 tarih ve E.2004/10119, K.2005/4369 sayılı kararı.

⁵⁰ Dan, tay 6. Dairesinin 17.11.1982 tarih ve E.1978/1400, K.1982/3761 sayılı kararı. Başka örnekler için bkz. GÖZLER, s.1425; AKYILMAZ/SEZGNER/KAYA, s.642.

⁵¹ Dan, tay 11. Dairesinin 11.6.2004 tarih ve E.2004/1236, K.2004/2781 sayılı kararı; aynı yönde bkz. Dan, tay 12. Dairesinin 30.11.1998 tarih ve E.1995/6978, K.1998/2918 sayılı kararı.

⁵² GÖZLER, s.1425.

⁵³ Dan, tay 10. Dairesinin 12.7.1995 tarih ve E.1994/7359, K.1995/3559 sayılı kararı.

⁵⁴ Dan, tay 12. Dairesinin 12.4.2011 tarih ve E.2009/300, K.2011/1636 sayılı kararı.

öDairemin yerle ik içtihatlar,nda, iptal ve tam yarg, davas,n,n birlikte aç,lmaz, ve tazmini istenen maddi zararlar için yasal faiz istenmesi durumunda, hükmedilecek maddi tazminat için davan,n (birlikte aç,lan iptal ve tam yarg, davas,n,n) aç,ld, , tarihten (varsa, bu davaya konu olan ba vuru tarihinden) itibaren faiz yürütülmesi gerekti i vurgulanmaktadır,⁵⁶.

c. Zarar,n tazmini amac,yla idareye yap,lan ba vurunun idarece aç,kça veya z,mnen reddi tarihi itibariyle idarenin temerrüde dü tü ünü kabul eden kararlar

Dan, tay,n bu yöndeki kararlar, da bir önceki ba l,k alt,nda yer alan kararlarda oldu u gibi YUKÖn 13öncü maddesi düzenlemesinden hareket etmektedir. Öncekilerden fark, ise idareye ba vuru tarihini de il, bu ba vurunun idarece aç,kça veya z,mnen reddi tarihini esas almalar,d,r.

öMaddi tazminat,n idareye yap,lan ba vurunun reddedildi i tarihten itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesine⁵⁷.

d. Dava aç,ld, , tarih itibariyle idarenin temerrüde dü tü ünü kabul eden kararlar

Dan, tay nispeten yeni say,labilecek kararlar,nda daha çok bu tarihi esas almaktadır. Daha do rusu, Dan, tay,n zaman içinde farklı,k gösteren uygulamas, bu merkezde birle mi gözükmetedir⁵⁸. Buna göre e er dava açmadan önce idareye ba vurulmu ya da adli yarg, yerine ba vurulmu ise bu tarihten; e er bu olas,l,klardan hiçbirini gerçekle memi ise yani do rudan idari yarg, yerinde dava aç,lm, ise dava tarihinden itibaren idare temerrüde dü mü say,lacak ve hükmedilecek maddi tazminata bu tarihten itibaren faiz yürütülecektir⁵⁹.

Bu uygulaman,n Borçlar Kanunu hükümlerinden ve Yarg,tay içtihatlar,ndan mülhem oldu u dü ünülebilir. Çünkü yukar,da da ifade etti imiz gibi, Borçlar Kanununun 117öncü maddesine göre, öMuaccel bir borcun borçlus, alacakl,n,n ihtar,yla temerrüde dü er.ö Fakat yukar,da da belirtildi i üzere bu hüküm akdi borç ili kileri için geçerlidir. Sözle me d, , borç ili kileri bak,m,ndan ise temerrüt için ihtar art de ildir. Nitekim Borçlar Kanununa göre öhaks,z fiilde fiilin i lendi i, sebepsiz zenginle mede ise zenginle menin gerçekle ti i tarihte borçlu temerrüde dü mü olurö (m.117). Yarg,tay kararlar,na göre de haks,z fiil hâlinde failin olay tarihinde temerrüde dü tü ü ve istek hâlinde hükmedilen tazminata olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekti i kabul edilmektedir⁶⁰. Borçlar Kanununun bu hükümlerinden ve Yarg,tay kararlar,ndan hareket edilecek olursa tam yarg, davalar,nda da idarenin temerrüde dü mesi için ihtar gerekmez. Çünkü idarenin sorumlulu u kural olarak sözle me d, , ili kilerden yani idarece tek tarafl, olarak in a ve icra edilen idari i lem ve eylemlerin yol açt, , zararlardan do maktadır. idarenin tazminle sorumlu oldu u zarar miktar,n,n bu a amada her zaman net ve kesin olarak belli olmamas, yahut bilinmemesi sonucu de i tirmez. dari eylemlerden kaynaklanan zarar,n tazmini için idareye ba vurma art,n,n bulunmas, da idarenin temerrüde dü ürülmesi için ihtar de il, söz konusu zarar,n tazmini amac,yla aç,lacak tam yarg, davas,n,n önko ulu niteli indeki yasal bir prosedürün yerine getirilmesinden ibarettir.

Dan, tay,n bu uygulamas, daha ziyade idare eylemlerden kaynaklanan zararlar,n tazminine ili kindir.

öKarar,n, maddi tazminata idari ba vuru tarihinden itibaren yasal faiz i letilmesine ili kin k,sm,na gelince; idari eylem ve i lemlerle ilgili davalarda izlenen ön karar veya idari silsileye yönelik ba vurular, dava öncesi bir uzla ma e iliminin görünümüdür. Dava öncesi bu geli imler, daval,n,n ödememe olgusunu belirlemede de yard,mc, olur. Yarg, aç,s,ndan ise dava aç,l,nca çeki me ba layacak ve olas, bir kabul durumunda daval,n,n ödememe iradesi sergilenmi olacakt,r. Bu bak,mdan, ödememe iradesinin yarg,sal süreçte kesinlik kazand, , dava tarihi, faizin de ba lang,c, olacakt,r. Bu durumda, hükmedilen maddi tazminata dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, idari ba vuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesinde hukuka uyarl,k bulunmamaktadır,⁶¹.

⁵⁵ Dan, tay 11. Dairesinin 17.2.2014 tarih ve E.2011/5443, K.2014/309 say,l, karar,.

⁵⁶ Dan, tay 5. Dairesinin 10.4.2002 tarih ve E.2000/623, K.2002/1607 say,l, karar,.

⁵⁷ Dan, tay 10. Dairesinin 18.2.1998 tarih ve E.1996/4835, K.1998/703 say,l, karar,; ayn, yönde bkz. Dan, tay 10. Dairesinin 16.11.1999 tarih ve E.1997/5989, K.1999/6046 say,l, karar,. Ba ka örnekler için bkz. GÖZLER, s.1426-1427; AKYILMAZ/SEZG NER/KAYA, s.643.

⁵⁸ AKYILMAZ/SEZG NER/KAYA, s.643.

⁵⁹ Dan, tay dari Dava Daireleri Kurulunun 2.12.2013 tarih ve E.2010/2742, K.2013/4312 say,l, karar,.

⁶⁰ Yarg,tay 4. Hukuk Dairesinin 25.4.2005 tarih ve E.2004/10119, K.2005/4369 say,l, karar,.

⁶¹ Dan, tay 8. Dairesinin 5.7.2004 tarih ve E.2003/5646, K.2004/3154 say,l, karar,.

e. Islaha ba vurulmas, hâlinde tazminat talebinin art,r,m,na ili kin dilekçenin idarenin kay,tlar,na girdi i tarih itibariyle idarenin temerrüde dü tü ünü kabul eden kararlar

Bilindi i üzere, tam yarg, (tazminat) davalar,nda ,slah yoluyla talep sonucunun artt,r,lmas, mümkündür. Bu imkân 11.3.2013 tarih ve 6459 say,l, Kanunla dari Yarg,lama Usulü Kanununun 160nc, maddesine eklenen hükümlerle sa lanm, t,r. Buna göre, ötam yarg, davalar,nda dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya di er usul kurallar, gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harc, ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere art,r,labilir ve miktar,n art,r,lmas,na ili kin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere kar , tarafa tebli edilirö. Artt,r,lan miktar bak,m,ndan hangi tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerekti i veya Dan, tay kararlar,nda kullan,lan ifadeyle söyleyecek olursak idarenin hangi tarihten itibaren ötemerrüdeö dü mü say,laca , konusunda da a a ,da yer verilen kararlardan görülece i üzere henüz yerle ik bir içtihat olu mad, , görülmektedir⁶².

ö2577 Say,l, Kanunda, tam yarg, davalar,nda, dava dilekçesindeki miktar,n art,r,m,na olanak tan,yan düzenleme uyar,nca, davan,n kabul edilmesi halinde art,r,lan tazminat miktar, yönünden faize, idarenin temerrüde dü tü ü tarih olan miktar art,r,m,na dair dilekçenin idareye tebli edildi i tarihten itibaren hükmedilmelidirö⁶³.

öBak,lan davada, davac,lar taraf,ndan, 16/05/2016 tarihli dilekçeyle bilirki i raporu uyar,nca tazminat miktar, artt,r,lm, , an,lan dilekçe 24/05/2016 tarihinde daval, idare kay,tlar,na girmi tir. Dolay,s,yla bak,lan davada art,r,lan tazminat miktar, bak,m,ndan, idarenin temerrüde dü tü ü tarih olan 24/05/2016 tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, artt,r,lan tazminat miktar,na, idareye ilk ba vuruldu u tarih olan 11/05/2015 tarihinden itibaren faiz yürütülmesinde hukuka uygunluk görülmemi tirö⁶⁴.

Sonuç olarak, dava aç,lmas,na idarenin temerrüdü sonucunu ba lamak idarenin sorumlulu una yol açan sebepler ve idari sorumlulu un niteli iyle pek ba da mad, ,n, söyleyebiliriz.

3. Tart, mal, Bir Sonuç: Zamana ,m, Süresi Kesilmi Olur

Dava açman,n zamana ,m, ve hak dü ürücü süreler üzerindeki etkisine gelince, Borçlar Kanunu zaman a ,m, süresini kesen sebepler aras,nda dava aç,lm, olmas,n, da saymaktadır (m.154/2). Bu nedenle medeni yarg,lama hukukunda dava aç,lmas,na ba lanan sonuçlar aras,nda zamana ,m, süresinin kesilmesi de say,lmaktadır. Kimi müellifler bu kural, idari davalara da te mil etmektedir⁶⁵. Bu görü ün Frans,z hukukundan mülhem oldu u anla ,lmaktadır. Gerçekten Frans,z hukukunda dava açmaya yahut aç,lmas,na ba lanan sonuçlardan biri de dava açma süresini kesmesidir. Fakat bu durum bütün davalar için de il, sadece belli sebeplere dayan,larak aç,lan tam yarg, davalar, bak,m,ndand,r. Söz konusu davalardan biri Medeni Kanunun 2241öncü (Eski Medeni Kanununun 2244öncü) maddesiyle düzenlenmi olup idareyle yapt, , sözleşme çerçevesinde bay,nd,rl,k eserini in a eden müteahhit ve bu çal, mada yer alan mimar,n sorumlulu u için öngörülen 10 y,ll,k süredir. Söz konusu ki ilerin yap,m i i ve eserdeki ay,p ve kusur nedeniyle sorumlulu u bu süre boyunca devam etmektedir. Bu süre içinde dava aç,ld, ,nda söz konusu süre kesilmi olur (MK, m.2241)⁶⁶. Keza benzer yönde bir düzenleme de 31 Aral,k 1968 tarih ve 68-1250 noğdu

⁶² Konu, biraz farklı, yönüyle adli yarg, yerlerinin uygulamalar,nda da tart, ma konusu olmu ve içtihad, birle tirme karar,yla çözüme kavu turulmu tur. Yarg,tay çtihad, Birle tirme Büyük Genel Kurulunun oyçoklu u ile verdi i 24.5.2019 tarih ve E.2017/8, K.2019/3 say,l, Karar,na göre, öbir miktar para alaca ,n,n faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesinin talep edildi i k,smi davada, dava konusu miktar,n k,smi ,slahla faiz talebi belirtilmeksizin artt,r,lmas, hâlinde, artt,r,lan miktar bak,m,ndan dava dilekçesindeki faiz talebine ba l, olarak faize hükmedilecektir.ö (RG: 27.9.2019, 30901)

⁶³ Dan, tay 15. Dairesinin 24.10.2017 tarih ve E.2017/1169, K.2017/5908 say,l, karar,

⁶⁴ Dan, tay 15. Dairesinin 9.1.2019 tarih ve E.2017/414, K.2019/59 say,l, karar,. Kar , oy yaz,s,nda ise öyle denmektedir: ödare Mahkemesince hükmedilen 125.474,07-TL'lik maddi tazminat miktar,n,n ,slah dilekçesiyle art,r,lan 75.474,07-TL'lik k,sm,na ,slah dilekçesinin mahkeme kayd,na girdi i 16/05/2016 tarihinden itibaren i leyecek yasal faizi ile birlikte hükmedilmesi gerekti inden, temyize konu istinaf karar,n,n bu gerekçeyle k,smen bozulmas,na karar verilmesi gerekti i oyuyla ço unluk karar,na gerekçe yönünden kat,lm,yoruzö.

⁶⁵ Örne in bkz. ONAR, s.1967; GÖZÜBÜYÜK, A. ref/TAN, Turgut: dare Hukuku (Cilt II), dari Yarg,lama Hukuku, 6. Bask., Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.965. Bu arada belirtelim ki ZABUNO LU (s.583-584) da dava aç,lmas,na ba lanan sonuçlar aras,nda zamana ,m, süresinin kesilmesini de saymakta ise de bundan maksad,n,n dava açma süresi oldu unu belirtmekte ve böylece di er yazarlardan ziyade farklı, ekilde ifade etmekle birlikte bizimle ayn, görü ü payla t, , izlenimi uyandırmaktadır.

⁶⁶ LE BOT, s.211-212.

Kanunun 20nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, sözleşme, kanun veya idarenin sorumluluğuna yol açan başka bir sebepten dolayı bulunan bir alacak, doğrudan doğruya takip eden yılın birinci gününden itibaren dört yıl içinde yazılı olarak talep edilmediği veya dava konusu yapılmadığı takdirde zamana şimdilik durdurulur. Conseil d'État'ın içtihatlarına göre davanın yalnızca kayıtlı olarak açılması, zamana şimdilik süresinin kesilmesini etkilemez. Kanun idare olarak, Devlet (merkezi idare), mahalli idareler ve kamu kurumları, belirtmişken Conseil d'État bölge idarelerini de bunlara dâhil etmiştir. Alacaklı, ise özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasında başka bir kamu tüzel kişisi de olabilir. Başka bir ifadeyle, bu Kanun hükümleri, kamu tüzel kişilerinin birbirine karşı, açacaklar, alacak davaları, hakkında da uygulanır⁶⁷.

Fransız hukukundakine benzer düzenlemelere hukukumuzda da rastlanmaktadır. Fakat bu düzenlemelere konu olan alacaklara ilişkin uyuşmazlıkların idari yargı düzeninin görevine girip girmediği tartışılmalıdır, bu alacaklar, talep için öngörülen süreler de hak düşürücü süre değil, zamana şimdilik süresi olarak kabul edilmiş ve öngörülen süre zarfında dava açılmaması da herhangi bir sonuç doğurmayabilir. Örneğin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 34üncü maddesine göre, *ölgili olduğu malî yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde alacaklılar, tarafından geçerli bir mazerete dayanmaksızın, yazılı talep edilmediğinden veya belgeleri verilmediğinden dolayı, ödenemeyen borçlar zamana şimdilik rayarak kamu idareleri lehine düşer*. Keza 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Hakkında Kanununun 97nci maddesine göre *bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde çalışmaması, gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanılması, tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısım, zamana şimdilik durdurulur*.

Kanaatimizce davanın açılmasıyla zamana şimdilik kesilecek işlemlerdeki düşüncede isabet yoktur. Çünkü idari yargıda dava açma süreleri maddi hukuka değil, yargılama hukukuna ilişkinidir. Yani dava açma süresi ile dava konusu hak ve dolayısıyla bu hakkın tabii olduğu zamana şimdilik veya hak düşürücü süre arasında bir bağlantı yoktur. Dava açma süresi, dava konusu haktan ayrı ve başka bir şekilde düzenlenmiştir. Genel kabul gören görüşe göre bu süre zamana şimdilik süresi değil, hak düşürücü süredir⁶⁸. Hak düşürücü süreler ise dava açılmasıyla kesilmez. Başka bir ifadeyle, dava açılmasıyla hak düşürücü süreler kesilmez, korunmuş olur. Yani dava süresinde açılmıyorsa, süre geçtikten sonra açılmıyorsa bu sebeple reddedilir. Kaldık ki Borçlar Kanununa göre dava açılması ile kesilmiş olan zamana şimdilik, dava süresince tarafların yargılama ile ilişkin her işlemden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlar (m.157). Aynı şekilde idari yargılama hukukunda da dava açılması ile zamana şimdilik kesilecek işlemler kabul edilecekse o zaman hem bu kural, hem de idari dava açma sürelerinin hak düşürücü nitelikte değil zamana şimdilik süreleri olduğu unutulmamalıdır. Oysa yerle ilgili anlayış ve uygulamaya göre bunlardan hiçbirini kabul etmek mümkün değildir.

Tartışılmalı, bir diğer husus ise müteselsil sorumluluk hâlinde borçlulardan birine karşı açılmıyolan davanın diğerleri bakımından da zamana şimdilik süresini kesip kesmeyeceğidir. Özel hukuk işlemlerinde ve madeni yargılama hukukunda bu soruya olumlu cevap verilmektedir. Buna göre, alacaklıların müteselsil borçlulardan (BK m.162 vd.) birine karşı açılmıyolduğu dava ile, diğer (dava edilmeyen) müteselsil borçlular hakkında da zamana şimdilik kesilmez olur (BK m.155/1)⁶⁹. İdarenin sorumluluğuna yol açan sebepler bakımından ve dolayısıyla tam yargı davalarında müteselsil sorumluluk hâline pek rastlanmamakla birlikte bunun bütünüyle ihtimal dışı olduğu da söylenemez⁷⁰. Danıştay bir kararında, Ankara Büyükşehir Belediyesi ile Çankaya Belediyesinin ayni konuya ilişkin olarak ayrı ayrı tesis ettikleri işlemler nedeniyle yol açılmıyolar, zarardan dolayı müteselsilen sorumlu oldukları, kabul etmiştir⁷¹.

Bu karara konu olan olayda, müteselsil borçlulardan yalnızca birine karşı açılmıyolan dava

⁶⁷ LE BOT, s.212, dipnot: 958; BEM, Anthony: *Le délai de prescription de l'action au titre des créances contre des personnes publiques* <https://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/delai-prescription-action-titre-creances-21220.htm> (Erişim Tarihi: 15.9.2019)

⁶⁸ *Dari dava açma sürelerinin niteliği hakkında görüş ve tartışmalar için İdari Yargıda Dava Açma Süreleri* (3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011) bakılmıyolabilir.

⁶⁹ KURU, s.242. Buna karşılık, Türk Ticaret Kanunu m.751/1 hükümlerine göre kambyo senetlerinde alacaklıların kambyo senedi borçlulardan birine karşı açılmıyolduğu dava ile, zaman aşımına uğramıyız davalı borçlu için kesilir; diğer borçlular için işlemeye devam eder. Keza faiz isteme hakkı saklı tutulmuş olsa bile aynı talep edilmemesi ise bunun için zaman aşımına kesilmez (Kuru, s.242).

⁷⁰ Tam yargı davalarında sorumlu kamu tüzel kişisinin belirlenmesi ve müteselsil sorumluluk durumlarının ilişkin olarak Türk ve Fransız hukukundan örnek yargısal kararlar ve genel açıklamalar için bkz. GÖZLER, s.1372-1381.

⁷¹ Danıştay 14. Dairesinin 6.2.2018 tarih ve E.2017/4111, K.2018/397 sayılı kararı.

di erine kar , zamana ,m,n, süresini keser miydi? dari yarg,da dava aç,lm,na zamana ,m, süresinin kesilmesi sonucunu ba layan görü ten hareket edilirse bu soruya olumlu cevap verilebilir. Fakat bize göre böyle bir durum yani sonuç gerçekle mez. Çünkü kendisine kar , dava aç,lm,na olan borçlu bak,m,ndan zamana ,m, süresinin kesilece ini kabul edersek dava aç,lan ki iye kar , da kesilmi olaca ,n, kabul etmi oluruz. Oysa idari yarg,da dava aç,lm,na böyle bir sonuç ba lanamayaca ,n, yukar,da ifade etmi tik.

4. Anayasa Mahkemesinin iptal Karar,n,n Sonuçlar,ndan Geçmi e Etkili ekilde Yararlanma

Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlar,n,n geriye yürümemesi kural,, iptaline karar verilen kanun hükümleri yürürlükte iken bu kanun hükümleri uygulanarak tesis edilen idari i lemlere kar , dava açm, olan ki iler bak,m,ndan kural olarak geçerli de ildir. Örne in iptaline karar verilen kanun hükümleri yürürlükte iken aç,lan ve fakat bu hükümler nedeniyle reddedilen bir dava iptal karar,ndan sonra tekrar aç,lacak olursa geçmi e yönelik haklar da talep edilebilecektir⁷². Oysa ilk defa iptal karar üzerine aç,lan bir davada ise sadece ileriye yönelik hak talebinde bulunulabilir. Ba ka bir ifadeyle, iptal karar,ndan önce aç,lan bir davayla hem geçmi e hem de gelece e ili kin haklar talep edilebilmekte iken iptal karar,ndan sonra aç,lan bir davayla ancak ve yaln,zca ileriye yönelik hak talebinde bulunulabilir. iptal karar,ndan önce dava açm, olan ki inin bu sonuçtan yararlanabilmesi için iptaline karar verilen kanun hükümlerinin iptali için Anayasaya ayk,r,l,k itiraz,nda bulunmu olmas, da gerekmez⁷³. Çünkü söz konusu haktan yahut sonuçtan yararlanabilmeyi böyle bir arta tabi k,lmak Anayasa Mahkemesini gereksiz ba vurulara bo maktan öte bir anlam ta ,mayacakt,r⁷⁴. Nitekim Dan, tay,n uygulamas, da bu yöndedir⁷⁵.

5. Frans,z Hukukuna Özgü Bir Sonuç

Frans,z hukukunda geleneksel olarak iptal kararlar,na ba lanan hukuki sonuçlar konusunda önemli içtihadı de i iklikler ortaya ç,km, t,r. Conseil d'État,ın 11 May,s 2004 tarihli *Association AC! et autres* karar,nda ortaya konan bu yeni yakla ,ma göre, hâkim iptal karar,n,n geçmi e yürümeyece ine ve gelecekte de belli bir tarihten sonra hüküm ifade edece ine karar verebilir. Amaç, üçüncü ki iler lehine olu mu ya da olu ma sürecinde bulunan hukuki ili kilerin iptal karar,ndan etkilenmesini önlemek ve iptal karar,n,n uygulanmas,n, kolayla t,r,makt,r⁷⁶. Hâkimin mecbur kald,kça ve istisnai olarak ba vurdu u bu uygulama nedeniyle ayn, i leme kar , aç,lm, davalar,n ret ile sonuçlanmas, kaç,n,lmazd,r. Bu nedenle söz konusu karar,n verilmesinden önce aç,lm, bulunan davalar,n bundan etkilenmemesi ilkesi benimsenmi tir. Buna göre iptal karar,ndan önce aç,lm, olan davalar bak,m,ndan bu karar normal etkilerini gösterecek, yani geriye yürür ekilde uygulanacakt,r⁷⁷.

IV. SONUÇ

Geni anlamda hukuki bir i lem say,labilecek olan dava aç,lm,na, i leminin maddi hukuk ve yarg,lama (usul) hukuku ili kileri üzerinde birtak,m sonuçlar do urmas, tabiidir. Bunlardan bir k,sm, pozitif hukuk kurallar,nca aç,kça düzenlenmi tir. Örne in vergi mahkemelerinde, vergi uyu mazl,klar,ndan do an davalar,n aç,lm,na, hâlinde tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunlar,n zam ve cezalar,n,n dava konusu edilen bölümünün tahsil i lemlerinin durmas, gibi (YUK m.27/4). Di erleri ise dolayl, yasal düzenlemelerin yorumundan hareketle yahut medeni yarg,lama hukukundaki uygulamalardan esinlenerek yarg,sal içtihatlarla ekillenmi tir. Örne in ayet daha önce temerrüt hâli gerçekle memi ise dava aç,lm,na,yla birlikte daval, (borçlu) idarenin temerrüde dü tü ünün kabulü gibi.

Dava aç,lm,na ba lanan sonuçlardan pozitif hukuk kurallar,nca aç,kça düzenlenmedi i hâlde doktrin ve yarg,sal içtihatlarla kabul edilenlerden bir k,sm,n,n isabeti tart, mal,d,r. Bunlar,n ba ,nda, dava aç,lm,na,yla zaman a ,m, sürelerinin kesilmesi gelmektedir. Çünkü yerle ik yarg,sal içtihatlar ve doktrindeki bask,n görü idari dava açma süresini zaman a ,m,

⁷² ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk dâre Hukuku, 1. Bask,, Yetkin Yay,nevi, Ankara, 2019, s.439.

⁷³ ULUSOY, s.440.

⁷⁴ ULUSOY, s.439-440.

⁷⁵ Örne in bkz. Dan, tay dari Dava Daireleri Kurulunun 8.10.2009 tarih ve E.2009/611, K.2009/1769 say,l, karar,.

⁷⁶ LE BOT, s.87, 266.

⁷⁷ BROUELLE, s.252.

süresi de il, hak dü ürücü süre olarak kabul etmektedir. Hak dü ürücü sürelerin kesilmeyece i ancak süresinde kullan,lmakla korunmu olaca , göz önünde bulundurulursa bu görü lerin isabetli olmad, , ya da en az,ndan kendi içinde çeli kili oldu u söylenebilir. Buna, daval,n,n (borçlunun) temerrüdünün ba lama an, da eklenebilir. Dan, tay,n kimi kararlar,na göre, hükmedilmesi davac, taraf,ndan talep edilmi olmak kayd,yla, mahkemece uygulanacak temerrüt faizinin ba lang,ç tarihi olarak, dava tarihi esas al,nmal,d,r⁷⁸. Bu kararlar,n do rulu u üphelidir. Çünkü Borçlar Kanununa göre öhaks,z fiilde fiilin i lendi i, sebepsiz zenginle mede ise zenginle menin gerçekle ti i tarihte borçlu temerrüde dü mü olurö (m.117). Yarg,tay kararlar,na göre de haks,z fiil hâlinde failin olay tarihinde temerrüde dü tü ü ve istek hâlinde hükmedilen tazminata olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekti i kabul edilmektedir⁷⁹. Borçlar Kanununun bu hükümlerinden ve Yarg,tay kararlar,ndan hareket edilecek olursa tam yarg, davalar,nda da idarenin temerrüde dü mesi için ihtar art, gerekmez. Çünkü idarenin sorumlulu u kural olarak sözleşme d, , ili kilerden yani idarece tek tarafl, olarak in a ve icra edilen idari i lem ve eylemlerin yol açt, , zararlardan do maktad,r. darenin tazminle sorumlu oldu u zarar miktar,n,n bu a amada her zaman net ve kesin olarak belli olmamas, yahut bilinmemesi sonucu de i tirmez. dari eylemlerden kaynaklanan zarar,n tazmini için idareye ba vurma art,n,n bulunmas, da idarenin temerrüde dü ürülmesi için ihtar de il, söz konusu zarar,n tazmini amac,yla aç,lacak tam yarg, davas,n,n önko ulu niteli indeki yasal bir prosedürün yerine getirilmesinden ibarettir.

Di er taraftan, dava aç,ld,ktan sonra davac,n,n iradi olarak davay, sona erdirebilmesi imkân,n,n feragatle s,n,rland,r,lm, olmas,n,n yerinde olup olmad, , tart, ,labilir. Ba ka bir ifadeyle, davan,n geri al,nmas, müessesenin bulunmamas, bir eksiklik olarak de erlendirilebilir. Davadan feragat imkân, bulundu una göre bunun ne gibi bir yarar sa layaca , sorusu sorulabilir. Sa layaca , yarar, her eyden önce, davac,n,n dava konusu hakk,ndan vazgeçmeden ve fakat devam etmesini istemedi i davadan bir an önce kurtulabilmesine imkân tan,mas,d,r. Örne in davac, idari yarg,n,n görevine giren bir davay, yanl, yarg, yerinde açm, oldu unu fark ederse davas,n, geri al,p bu defa do ru yerde açmak suretiyle k,sa sürede amac,na ula bilir. Davac,n,n yarg, yolu (düzeni) konusunda yapaca , hata kendisine daha çok zaman kaybettirecektir. Örne in normalde adli yarg,n,n görevine giren bir davay, yanl, l,kla idari yarg, yerinde açarsa bu konuda verilecek görevsizlik (yarg, yolunun caiz olmamas,) karar,n,n kesinle mesi, daval,n,n tutumu ve çe itli ihtimallere göre y,llar, bulabilir. Davac,n,n bu kadar zaman, emek ve para israf etmemesi ve ayr,ca mahkemelerin de bu sebeple i yükünün gereksiz yere artmamas, için davay, geri alma imkân,n,n yasal düzenleme olmaks,z,n dahi içtihatla kabul edilmesi yerinde bir çözüm olabilir.

⁷⁸ Dan, tay dari Dava Daireleri Kurulunun 2.12.2013 tarih ve E.2010/2742, K.2013/4312 say,l, karar,.

⁷⁹ Yarg,tay 4. Hukuk Dairesininin 25.4.2005 tarih ve E.2004/10119, K.2005/4369 say,l, karar,.


KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZG NER, Murat/KAYA, Cemil: Türk dari Yarg,lama Hukuku, 1. Bask., Sava Yay,nevi, Ankara, 2018.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TA PINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, 1. Bask., Yetkin Yay,nevi, Ankara, 2016.
- BROYELLE, Camille: Contentieux administratif, 4. Bask., LGDJ, Paris, 2016.
- BEM, Anthony: ödélai de prescription de l'action au titre des créances contre des personnes publiquesö <https://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/delai-prescription-action-titre-creances-21220.htm> (Eri im Tarihi: 15.9.2019)
- CANDAN, Turgut: Aç,klamal, dari Yarg,lama Usulü Kanunu, 3. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara, 2011.
- CHAPUS, René: Droit du contentieux administratif, 13. Bask., Montchrestien, Paris, 2008.
- DEBBASCH, Charles/RICCI, Jean-Claude: Contentieux administratif, 8. Bask., Dalloz, Paris, 2001.
- GOHIN, Olivier: Contentieux administratif, 8. Bask., LexisNexis, Paris, 2014.
- GÖZLER, Kemal: dare Hukuku, Cilt II, 3. Bask., Ekin Yay,nevi, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. eref/TAN, Turgut: dare Hukuku Cilt: II, dari Yarg,lama Hukuku, 6. Bask., Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- GUYOMAR, Mattias/SEILLER, Bertrand: Contentieux administratif, 3. Bask., Dalloz, Paris, 2014.
- KURU, Baki: stinaf Sistemine Göre Yaz,lm, Medeni Usul Hukuku, 1. Bask., Legal Yay,nc,l,k, stanbul, 2016.
- LE BOT, Olivier: Contentieux administratif, 1. Bask., Larcier, Bruxelles, 2014.
- ONAR, S,dd,k Sami: dare Hukukunun Umumi Esaslar,, Cilt: III, 3. Bask., smail Akgün Matbaas,, stanbul, 1966.
- RICCI, Jean-Claude: Contentieux administratif, 4. Bask., Hachette, Paris, 2016.
- ROUQUETTE, Rémi: Petit traité du procès administratif, 5. Bask., Dalloz, Paris, 2014.
- SANCAKDAR, O uz: dari Yarg,lama Hukuku, 1. Bask., Seçkin, Ankara, 2018.
- TUNCAY, Ayd,n H./ÖZDE , Orhan/BA PINAR, Recep: öd dari Yarg,lama Usulüö, Yüzy,l Boyunca Dan, tay, 2. Bask., Dan, tay Ba kanl, , Yay,n,, Ankara, 1986 s.598-729.
- ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk dare Hukuku, 1. Bask., Yetkin, Ankara, 2019.
- ÜSTÜNDA , Saim: Medeni Yarg,lama Hukuku, Cilt I-II, 7. Bask., Beta, stanbul, 2000.
- YEN CE, Kâz,m/ES N, Yüksel: dari Yarg,lama Usulü, Ar,san Matbaac,l,k, Ankara, 1983.
- ZABUNO LU, Yahya Kâz,m: dare Hukuku Cilt 2, Yetkin Yay,nevi, Ankara, 2012.

HAYAT S GORTALARINDA DOKTOR NCELEMES

PHYSICIAN EXAMINATION IN LIFE INSURANCE

Hediye BAHAR SAYIN*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.572477>

Makale Bilgi

Gönderilme: 31/05/2019
Kabul: 10/12/2019

Anahtar Kelimeler

Hayat Sigortası,
Sigortacı,
Sigorta Ettiren,
Doktor ncelemesi,
Sigorta Sözleşmesi.

Özet

Can sigortalarında, sigorta sözleşmesine konu rizikonun belirlenmesi açısından sigortalanan kişinin durumu ile ilgili bilgilerin doğru şekilde tespit edilmesi önem taşır. Uygulamada söz konusu bilgiler soru formlarıyla, yanıtlanmasıyla elde edilir. Fakat sağlık alanındaki bilgilere hâkimiyet uzmanlık gerektirdiğinden, sigorta ettiren tarafından söz konusu bilgilerin sigortacıya doğru ve eksiksiz şekilde yansıtılması, her zaman mümkün olmayabilir. Uygulamada, sigorta ettirenin soru formuna verdiği cevaplarında dikkat çekici bir durumun varlığı, veya sigorta meblağının yüksek olması halinde sigortalanan kişinin doktor incelemesinden geçirilmesinin taraflarca kararlaştırıldığı, görülmektedir. Doktor incelemesine ilişkin yegâne hüküm TTK m.1492'dir. Doktor incelemesi kenar başlı, alternatif yer alan düzenlemeye göre sigorta ettiren ile sigortacı arasında, sigorta edilecek kişinin doktor incelemesinden geçmesi kararlaştırılmırsa, olsa bile, sigortacı, sigortalanan kişiye bu incelemeyi yaptırmaya zorlayamaz. Hükümün gerekçesinde, düzenlemenin kişilik hakların, koruma altına alınması, vurgulanmaktadır. Bu çalışmada, kişilik hakların korunması, başlıca doktor incelemesine dair ilgili hükümün amaç ve kapsamının belirlenmesi, doktor incelemesine ilişkin düzenlemenin taraf yükümlülükleri açısından değerlendirilmesi ve sigortalanan kişinin doktor incelemesini kabul etmemesinin hukuki sonuçları, doktor incelemesi hedeflenmiştir.

Article Info

Received: 31/05/2019
Accepted: 10/12/2019

Keywords

Life Insurance,
Insurer,
Insurant,
Doctor's Examination,
Insurance Contract.

Abstract

It is significant to determine correct information relevant to health condition of the person to be insured with the purpose of identifying risk subject to insurance contract in life insurances. In practice, such information is obtained by answering the questionnaires. On the other hand, it may not always be possible for the insured to accurately and completely reflect such information to the insurer, since knowledge on health issues requires expertise. In practice, it is seen that parties agree that person to be insured will be examined by a physician in case there is remarkable condition in the answers to health surveys or the insurance amount is high. The sole provision relevant to physician examination is in Article 1492 of TCC. According to the Article, in spite of an agreement between the policyholder and the insurer providing that the person, on whose life insurance is to be taken out, shall sustain a medical doctor's examination, the insurer cannot force that person to undergo this examination. In the preamble of the provision, it is emphasized that this arrangement protects personal rights. In this study, it is aimed to determine the purpose and the scope of the provision relevant to physician information considering protection of personal rights, evaluation of liabilities of parties relevant to physician examination concept and legal consequences on the refusal of physician examination.



Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD.

 hediye@anadolu.edu.tr  <https://orcid.org/0000-0001-5175-8987>

I. G R

Can sigortalar,, insan hayat,yla ilgili sigortalardan olup çe itli rizikolar,n gerçekte mesi halinde ki inin mevcut ekonomik gücünün devam ettirilmesi amac,n ta ,r¹. Can sigortalar,n,n konusunu ki inin ölümü, kazaya u ramas, ya da hastalanmas, gibi olaylar olu turur. Bu kapsamda, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1487 ilâ 1520'nci maddeleri aras,nda öCan Sigortalar,ö bölümü alt,nda hayat sigortas,, kaza sigortas,, hastal,k ve sa l,k sigortas, türlerine yer verilmi tir. Söz konusu sigortalar,n konusunu insan hayat, ve sa l, , olu turdu undan, bu sigorta türünde sigortalanacak ki inin sa l,k durumu sigortac, aç,s,ndan büyük önem arz eder.

Hayat sigortas,n,n tan,m,n,n yap,ld, , TTK m.1487'ye göre; öSigortac,, belli bir prim kar ,l, ,nda, sigorta ettirene veya onun belirledi i ki iye, sigortal,n,n ölümü veya hayatta kalmas, hâlinde, sigorta bedelini ödemeyi üstlenirö. TTK'n,n 1492'nci maddesinde ise hayat sigortalar, için öDoktor incelemesiö konusu düzenleme alt,na al,nm, t,r. Doktor incelemesi mefhumu hayat sigortalar, aç,s,ndan önemlidir; zira sigortac,, doktor incelemesi sayesinde sigortalanacak ki inin sa l,k durumu hakk,nda do ru bilgiye kavu arak, çe itli aktüeryal hesaplar dâhilinde sigorta primini belirleme olana , bulur. Söz konusu inceleme, sigortac, aç,s,ndan özellikle sigorta bedelinin yüksek oldu u hallerde daha da önem arz eder.

TTK m.1492'de öDoktor incelemesiö kenar ba l, , alt,nda öSigorta ettiren ile sigortac, aras,nda, sigorta edilecek ki inin doktor incelemesinden geçmesi kararla t,r,lm, olsa bile, sigortac, sigortalanacak ki iyi bu incelemeyi yapt,rmaya zorlayamaz.ö hükmüne yer verilmi tir. Hükmün gerekçesinde;

Özellikle ölüm ihtimaline kar , yap,lan sigortada t,bbi muayene önem arz eder. Ki i ölüm halinden çekinerek, yaln,z ölüm ihtimaline kar , bir sigorta yapm, t,r. Bu nedenle bu tür sigortalar yap,l,rken sigortac,n,n azami derecede dikkat göstermesi gerekir. Ancak, sigorta ettiren ile hayat, sigorta sözleşme konu te kil eden sigortal,n,n ayn, ki i olmamas, halinde, sigortac, ve sigorta ettirenin sözleşme menin taraf, olmayan sigortal,n,n cismani varl, , üzerinde anla ma yapmalar, do al olarak sigortal,y, ba lamayacaktır.ö

ifadelerine yer verilerek, riziko ahs,n,n koruma alt,na al,nd, , vurgulanm, t,r.

Bu çal, man,n kapsam,n, hayat sigortalar,nda doktor incelemesi ve bu ba lamda TTK'n,n 1492'nci maddesi olu turmaktadır.² İlgili maddenin çal, ma konusu olarak seçilmesindeki en önemli sebep, hükmün ki ilik haklar,n, koruma alt,na almay, amaçlamas,d,r. Bu ba lamda, çal, ma çerçevesinde öncelikle hükmün amac, ve kapsam, belirlenmeye çal, ,lacak ard,ndan doktorun ve doktor incelemesinin hukuki niteli i taraf yükümlülükleri aç,s,ndan de erlendirilecek son olarak da sigortalanacak ki inin doktor muayenesini kabul etmemesinin hukuki sonuçlar, inceleme alt,na al,nacaktır.

II. HÜKMÜN AMACI, N TEL , UYGULAMA ALANI ve KAPSAMI

A. Hükmün Amac,

TTK madde 1492, doktor incelemesini düzenleyen yegâne hükümdür. İlgili metinde ödoktor incelemesiö kavram, aç,kl, a kavu turulmam, t,r. Söz konusu maddenin gerekçesinde ödoktor incelemesiö ba lam,nda öt,bbi muayeneöden bahsedilir. Muayene, hekimin hasta üzerindeki bulgular, belirlemesine ve do ru te his yapmas,na hizmet eden bir araç,t,r. Muayene te hisin bir parças, olup doktorun te hise yönelik hangi muayeneleri yapaca ,na ili kin genel bir kural da mevcut de ildir³. Muayene kapsam,nda ilgili üzerinde bedensel bir incelemenin gerçekte tirilmesi de mümkündür. TTK m.1492 gerekçesinde yer alan ösigortac, ve sigorta ettirenin sözleşme menin taraf, olmayan sigortal,n,n cismani varl, , üzerinde anla ma yapmalar, do al olarak sigortal,y, ba lamayacaktır,ö cümlesinde ösigortal,n,n cismani varl, ,ö ifadesine yer verildi inden, muayenenin bedensel bir inceleme oldu u sonucuna var,labilir. Bu ba lamda, doktorun sigorta sözleşme kapsam,nda sigortalanacak ki i üzerinde gerçekte tirece i öbedensel incelemeö faaliyetini ifade etmek üzere ömuayeneö kavram, yerine ödoktor

¹ B LGEN, Mahmut: Ö reti ve Uygulamada Sigorta Hukuku, Adalet, Ankara 2017, s.833; ULA , I ,l: Uygulamal, Can Sigortas, Hukuku, 2. Bask., Turhan, Ankara 2002, s.4; AYHAN, R.za/ÇA LAR, Hayrettin: Sigorta Hukuku Ders Kitab, C.II, Yetkin, Ankara 2018, s.112.

² İlgili düzenlemenin can sigortas, türlerinde uygulamas, için ileride bkz. I.C.Hükmün Uygulama Alan,.

³ Te his, t,bbi bir görü ve de erlendirme anlam,nda olup, hastal, ,n tan,nmas,n, ifade eder. HAKER , Hakan: T,p Hukuku 12. Bask., Seçkin, Ankara 2017, s.309 vd.

incelemesiö ifadesi kullan,ld , sonucuna var,labilir.

TTK madde 1492nin, Alman Sigorta Sözle mesi Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz (VVG)) § 151ø benzer ekilde kaleme al,nd, , görülür. VVG § 151ø göre; öHayat, üzerine sigorta yap,lacak ki inin doktor incelemesine tutulaca ,na ili kin anla ma ile sigortac,ya bu incelemenin yap,lmas,n, isteme hakk, kazand,r,lm, olmazö. Söz konusu hükmün öngörülmesinin en önemli sebebinin, sigorta sözle melerinde kararla t,r,lan doktor incelemesinin icra edilmemesi halinde, sigortac,lar,n iki y,la kadar prim ödenmesi ekinde sözle melere cezai art koymalar, yönündeki uygulamalar,n önüne geçilmesi oldu u ifade edilmi tir⁴. Dolay,s,yla Alman hukukunda hüküm, sigorta sözle mesi kapsam,nda kararla t,r,lan doktor incelemesinin fiilen gerçekleşmesi halinde, sigortac,ya cezai art ödenece ine ili kin sözle me hükümlerini bertaraf etmeyi amaçlar.

TTK madde 1492nin gerekçesinden anla ,ld, , üzere söz konusu düzenleme, sigorta ettiren ile ayn, ki i olmamas, halinde riziko ahs,n,⁵ da koruma alt,na almay, hedeflemektedir. Öngörülen koruma, söz konusu ah,slar,n ki isel verilerinin kaderini tayin etme hakk,na⁶ (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) (ki inin verileri üzerinde belirleme hakk,) ili kindir. Düzenleme, ilgililerin r,zas, olmaks,z,n ki ilik haklar,na müdahale edilmesini engellemektedir.

VVG § 151, doktor muayenesi konusunda ortaya ç,kan yükümlülü ün zorla yerine getirilmesini engellemeyi hedeflemektedir⁷. Ayr,ca söz konusu hükümden, sigortac,n,n sözle me gere ince cezai art talep edemeyece i de ortaya ç,kar. Doktrinde baz, yazarlar⁸ cezai art,n fahi olmas, halinde, bahsi geçen düzenlemenin uygulama alan, bulabilece ini savunurken baz, yazarlar⁹ cezai art,n miktar,n,n önemli olmad, ,n,, her cezai art,n sözle me taraflar,n, sözle me yükümlülüklerine uygun davranmaya te vik etmeyi amaçlad, ,n, ve bu sebeple her türlü cezai art,n ilgili hüküm taraf,ndan d, land, ,n, ileri sürmektedir. Sonuç olarak; Alman hukukundaki düzenlemenin hayat, sigorta edilecek ki iyi korumay, hedefledi i söylenebilir. Bu ki i, sigorta ettiren olabilece i gibi üçüncü bir ki i de olabilir.

⁴ LANGHEID, Theo/WANDT, Manfred: Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Auflage, C.H.Beck, München 2017, § 151, Rn. 1.

⁵ Hayat, üzerine sigorta yap,lacak ki iyi ifade etmek üzere sigorta doktrininde riziko ahs, (sigortal,) ifadesi kullan,l,r. Bu ba lamda, riziko ahs,, sigortalanan rizikoyu ta ,yan ki idir. Riziko ahs,, sigortac,n,n edim yükümlülü ünü do uracak olan rizikonun ahs,nda gerçekleşmesi gereken ki idir. ENOCAK, Kemal: Hayat, Sigorta Edilecek Ki i (Riziko ahs,), BAT DER, XXVIII(4), 2012, s.49.

⁶ Politik talepler do rultusunda 19. yüzy,l sonlar,nda, asl,nda bir ahlak felsefesi kavram, olan ökendi kaderini tayin hakk,ön,n anayasalarda düzenlenme alt,na al,nd, , görülmektedir. Bu politik talepler, uluslararası, hukuk alan,nda halklar,n kendi kaderini tayin hakk, ba lam,nda önemli bir yer bulur. Ayn, zamanda kendi kaderini tayin hakk,, ki ilik haklar, ba lam,nda da anayasalarda yer al,r. Bu çerçevede, özel ya am,n dokunulmaz alan,, kamusal gücün etkilerinin d, ,na ç,kar,lmaya çal, ,l,r. Bu alanda, bireyin ki ili ini geli tirmesi ve korumas, sa lan,r. Birey aç,s,ndan kendi kaderini tayin hakk,n,n anlam,, hakk,n anayasal ba lamda hangi hakka odakland, ,d,r. Bireyin vücut bütünlü ünün korunmas,n,n, kendi kaderini tayin hakk,n,n kapsam,nda olup olmad, , ise tart, mal,d,r. Alman hukukunda, ki inin kendi kaderini tayin hakk,n,n, beden bütünlü ünün dokunulmazl, , ba lam,nda Alman Federal Anayasas, (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)) § 2øye (öHerkes ba kalar,n,n haklar,n, ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallar,na ayk,r, dü memek ko uluyla, ki ili ini serbestçe geli tirme hakk,na sahiptir. Herkes, ya am ve beden bütünlü ünün korunma hakk,na sahiptir. Ki i özgürlü üne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak s,n,r,land,r,labilirö) dayand, , söylenebilir. Bu çerçevede, hastan,n bedensel ve ruhsal bütünlü ü üzerinde kendi kaderini belirleme hakk,n,n mevcut oldu u kabul edilir. Sa l,k hukuku alan,nda, kendi kaderini tayin hakk,; öhastan,n, uygun bir ayd,nlatma sonras,nda t,bbi müdahalenin olup olmayaca , ve nas,l olaca , konusunda karar verme hakk,ö ekinde somutla t,r,labilir. QUAAS, Michael/ZUCK, Rüdiger/CLEMENS, Thomas/GOKEL, Julia Maria: Medizinrecht, 4. Auflage, C.H.Beck, München 2018, § 2, Rn 35, 36. Türk hukuku aç,s,ndan 1982 Anayas,ın 17nci maddesinde, herkesin maddi ve manevi bütünlü ünü koruma ve geli tirme hakk,na sahip oldu u vurgulan,r. Bireyin onuru, maddi ve manevi varl, ,n, sürdürme hakk,, temel insan haklar,ndan olup anayasa ile güvence alt,na al,n,r. Kendi kaderini tayin etme hakk,, insan onuru ba lam,nda insan,n temel haklar, kategorisine girer. Devlet bireylerin kendi kaderini belirleme hakk,na sayg, göstererek bu husustaki kararlara sayg, duyan ve bu kararlar, destekleyen önlemleri almakla yükümlüdür. BA , Beyhan: -Hasta Vasiyetnamesi: Ötenazi Mi? Yoksa Kendi Kaderini Kendi Belirleme Hakk, M,ø Zeitschrift für die Welt der Türken 5(1), 2013, s.276 vd. Bu ba lamda, ki ili in serbestçe geli tirilmesini sa layacak tüm varl,klar ve bu çerçevede ki isel veriler koruma alt,ndad,r. Ki inin kendi kaderini tayin etme hakk,n,n bir uzant,s, olarak birey överileri üzerinde belirleme hakk,naö da sahiptir. Ki i, verileri üzerinde belirleme hakk, kapsam,nda, üçüncü ki ilerin özel alan, müdahalelerini önleyebilir. Ki i, ki isel verilerini payla ,p payla mayaca , ve kimlerle ne ölçüde payla aca , konusunda karar verme hakk,na sahiptir. DEM RAYAK, Ezgi Ba ak: Hayat ve Sa l,k Sigortas, Sözle melerinde Genetik Test Sonuçlar,n,n Kullan,lmas,, Adalet, Ankara 2014, s.48 vd.

⁷ LANGHEID, Theo/RIXECKER, Roland/GAL, Jens/GROTE, Joachim: Versicherungsvertragsgesetz, 6. Auflage, C.H.Beck, München 2019, § 151, Rn. 1

⁸ RUFFER, Wilfried/HALBACH, Dirk/SCHIMIKOWSKI, Peter (Editör): Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015, § 151, Rn. 2.

⁹ LANGHEID/RIXECKER/GAL vd., § 151, Rn. 1.

Söz konusu cezai art uygulaması, Türk hukukunda mevcut olmadıkça, görülmektedir¹⁰. Buna rağmen, sigorta ettiren ile sigortacı arasında, sigorta edilecek kişinin doktor incelemesinden geçmesi kararıyla, olsa bile, sigortacı, sigortalananın iyi bu incelemeyi yaptırmaya zorlayamaz. Örneğin TTK m.1492'de yer verilmiştir. Bu açıdan, kanun koyucunun, söz konusu hükmü hangi amaçla düzenleme altına almış olduğunu, cevaplanması gereken bir sorudur. Cevap, hükmün gerekçesinde aranabilir. Gerekçede, *özle menin taraf, olmayan sigortalı, cismani varlık, üzerinde sözle me taraflar, tasarruf etmesinin önüne geçilmeye çalışılmadıkça, ifadeyi almaktadır*. Dolayısıyla hükmün, sigortalananın kişisel hakları¹¹ özellikle cismani varlık¹² korunması, hedeflediği kabul edilebilir. Doktor incelemesi, sigortalananın cismani varlık ve vücut bütünlüğüne bir müdahaledir. Dolayısıyla, ilgilinin rızası, olmaksızın incelemenin gerçekleştirilmesi mümkündür. Hayat, sigorta edilecek kişinin sigorta ettirenden bir baskı, olmasının mümkündür. Bu halde, sigortacı ile sigorta ettiren, riziko ahs, doktor incelemesinden geçirilmesini kararıyla, olsa dahi bu karar, aynen ifas, sözle menin taraf, olmayan üçüncü kişiyi durumundaki kişiden talep edilmesi hukuken mümkündür. Bunun başlıca sebebi, sözle melerin ilke olarak sadece taraflar arasında borç ve alacak doğurmasıdır. Sözle me taraflar, üçüncü kişiyi aleyhine borç doğuramaz. Bu sözle me akdetmeleri mümkündür¹³. Bu husus, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biridir. Ancak sözle me akdedilmesi sırasında üçüncü kişiler aleyhine külfet yaratılabilmektedir¹⁴. Kişisel hakların korunması ve üçüncü kişiyi aleyhine sözle me yapmaması, konusundaki temel ilkeler dikkate alınmalıdır, TTK m.1492'de bu düzenlemeye yer verilmemesi halinde de aynı sonuçta ulaşılabilir, mümkün olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, hükmün riziko ahs, muayeneyi red etmesi halinde, sigorta ettirene herhangi bir yaptırım uygulanması, ihtimaline karşı, düzenleme getirdiğinin kabul etmesi, daha doğru bir yaklaşım olabilir¹⁵.

B. Hükmün Niteliği

TTK madde 1451'de sigorta sözleşmelerine TTK'da hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁶. Ancak TTK m.1451, sigorta sözleşmelerine uygulanacak hükümleri sırasıyla düzenlememiştir. Sigorta hukukunda, akdedilen sigorta sözleşmelerinde sigortacı, karıştırmada sigortalı, emredici hükümlerle koruma altına alınmıştır¹⁷. Bu bağlamda, hükümlerin uygulanması sırasıyla belirlenmesi önem taşımaz. Sigorta sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda Sigortacı, Kanunu, ardından emredici nitelikteki ticari hükümler, sigorta genel ve özel şartları, yedek nitelikteki ticari hükümlerin ardından Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulamaz, söylenebilir¹⁸.

Kişilerin kesin olarak uymak zorunda oldukları, ve aksine işlem yapmaması için hükümlere emredici hükümler olarak adlandırılır. Emredici hükümlere, kanunlarda, taraflardan yalnız birini ya da

¹⁰ ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Erhi, Sigorta Hukuku, Altıncı, Kitap C.III (Can Sigortalar), XII Levha, İstanbul 2017, s.53.

¹¹ Kişisel hakları, kişinin toplumsal içindeki saygınlığı, ve kişiyi serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkları, tümü üzerindeki haklarıdır. DURAL, Mustafa/ÖZÜ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt I Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Filiz, İstanbul 2016, s.100. Kişisel hakların korunması, ilkesi, Anayasamızın 17. maddesinde *Herkesin ya da ama, maddi varlık, korunma ve geliştirmeye hakkı, sahip olduğu ifadeyi ile vurgulanmıştır*, gibi Türk özel hukukunun temel prensiplerinden biridir. Kişisel hakları, maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğüne ilişkin de haklarıdır. ÖZTAN, Bilge: Ahs, Hukuku Hakikî Ahs, 6. Baskı, Turhan, Ankara 1994, s.118 vd.

¹² Kişiler, hayatları, sağlıkları, beden bütünlüklerini çirneyerek, cismani varlıkları, veya onun esaslı unsurları, bozacak şekilde sözle me yapamazlar. Türk Medeni Kanunu (TMK) m.23 gereğince, bir kimsenin beden bütünlüğüne ihlal edecek sözle meler geçerli değildir. AKPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATE, Derya: Türk Medeni Hukuku Bağımlı Hükümleri Kişiler Hukuku C.I, 12. Baskı, Beta, İstanbul 2015, s.360 vd.

¹³ Sözle meler ilke olarak, taraflar arasında, lehe ve aleyhine hak ve borçlar doğurur. Bununla birlikte taraflar, üçüncü kişiyi yararına sözle me yapmaları mümkündür. EREN, Fikret: 6098 Sayılı, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Yetkin, Ankara 2014, s.214.

¹⁴ Doktor incelemesinin borç mu, külfet mi olduğu hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. III. Doktor incelemesinin Tarafların Borç Ve Yükümlülükleri Açısından Değerlendirilmesi.

¹⁵ ÜNAN (Can Sigortalar), s.53 vd.

¹⁶ Eski TTK m.1264/1'de ise sigorta kitabında hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağı düzenleme altına alınmaktaydı. TTK m.1451'de gerçekleştirilen düzenleme ile TTK çerçevesinde ticari bir kişiyi olan sigortacı, hakkında, bu kişiyi hüküm bulunmayan hallerde uygulanması, gereken hükümlerin teknik olarak Borç Kanunundan önce Ticaret Kanununun diğer hükümleri olduğu vurgulanmıştır (TTK m.1451 Gerekçesi).

¹⁷ MEM, s.133.

¹⁸ ATAMER, Kerim: Sigorta Sözle meleri Uyuşmazlıkları Uygulanacak Hükümler, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu (19-20/11/2004), TBB Yayını, İstanbul 2004, s.122.

her ikisini veya genel ahlak ve kamu düzenini koruma amacıyla yer verildiği görülür¹⁹. Bir hukuk kuralının emredici olup olmadığı, genellikle onun yazılı biçimi veya ifade tarzından anlaşılır. Bir hükmün emredici karakter taşıdığı, hükmün lafzından anlaşılabilir, hallerde, kamu yararına, kamu düzeni, genel ahlak, kişilik hakları, ve zararların korunmasına ilişkin hükümlerin emredici karakter taşıdığı, kabul edilir²⁰.

TTK madde 1492 öSigorta ettiren ile sigortacı arasında, sigorta edilecek kişinin doktor incelemesinden geçmesi kararıyla, olsa bile, sigortacı, sigortalı olacak ki iyi bu incelemeyi yaptırmaya zorlayamaz ifadesi ile emredici karakter taşıdığı, Özüde riziko ahs, kişilik hakları, korumayı amaçlamaması, sebebi ile TTK'nın 1492'nci maddesinin emredici karakter taşıdığı, kabul edilmelidir. Ayrıca TTK 1520'nci maddesinde, sigorta hukuku açısından koruyucu hükümler toplu olarak düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda üç farklı hüküm yer almaktadır. İlk fıkrada sayılan maddelerin ihlali halinde sözleşmelerin geçersizliktir, ikinci fıkrada sayılan maddelerin ihlali halinde sözleşmeler artları, geçersizliktir, üçüncü fıkrada sayılan maddelerin ihlali halinde ise art yerine Kanun hükmünün uygulanması, bulacağına yer verilir. Doktor incelemesini içeren 1492. madde üçüncü grup hükümler arasında yer almaktadır. TTK m.1520/3 uyarınca, TTK'nın 1492'nci maddesinin, sigorta ettiren, sigortalı, ve lehtar aleyhine de iştirilmesi mümkündür. De iştirilmesi halinde, TTK hükümleri uygulanması, bulacaktır. Bu düzenleme de hükmün emredici karakterine işaret etmektedir²¹. Benzer şekilde, Alman hukukunda da VVG § 151'ın emredici karakter taşıdığı, kabul edilmektedir²².

Sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren ve sigortalı, lehine de iştirilebilen aleyhine de iştirilemeyen hükümlere yer, emredici hükümler adı verilir. Böylece sigorta ettiren açısından, asgari bir koruma standardı, getirilir. Ayrıca bu hükümlerin sigorta ettiren lehine de iştirilmesi mümkündür²³. Bu bağlamda, TTK m.1492'nin yer, emredici karakter taşıdığı, bir hüküm olduğu söylenebilir.

C. Hükmün Uygulama Alanı,

TTK'nın 1492'nci maddesinde yer alan doktor incelemesine dair düzenlemeye öHayat sigortası, ö bağımlı, altında yer verilmiştir. TTK m.1510/2'de hayat sigortaları, kişilik hükümlerin kaza sigortaları, hakkında da uygulanması, vurgulanmıştır. TTK m.1519'da ise hastalık ve sakatlık sigortaları, uygulanacak hükümler kapsamında 1492'nci maddenin de yer aldığı, belirtilmiştir. Dolayısıyla, her ne kadar hayat sigortaları, kapsamında düzenlenmiş olsa da ilgili hükmün, uygun ölçüde Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan can sigortası, türlerinde de uygulama alanı bulması, mümkündür. Alman hukukunda da ilgili düzenlemeye hayat sigortaları, kapsamında yer verilmiştir. Hükmün diğer can sigortası, türlerinden hastalık sigortası,na da uygulanabileceği doktrinde kabul edilmektedir²⁴. Ayrıca ilgili düzenlemenin mesleki görevsizlik sigortası,na da uygulanması, VVG § 176 hükmü gereği söz konusudur²⁵.

D. Hükmün Kapsamı,

TTK m.1492'nin gerekçesinde ösigorta ettiren ile hayat, sigorta sözleşmesine konu tekil eden sigortalı, aynı, kişilik olmaması, halinde ifadesine yer verilmiştir. Buradan bahsi geçen hükmün sadece hayat, sigorta sözleşmesine konu tekil eden riziko ahs, kişilik korumayı amaçladığı, anlamı, çarpıcıdır. Ancak TTK m.1492'nin lafzında, bu husus açık değildir. Hükmünde yer alan öSigorta edilecek ahs, ifadesinin ösigorta ettiren ve/veya üçüncü bir şahs, riziko ahs, olarak yorumlanması, da mümkündür. Sigorta ettirenin riziko ahs, olarak doktor incelemesini kabul edip, incelemenin icrasını amaçlaması, bu kararından çeşitli sebeplerle dönmesi de bir olasılıktır. Sigorta edilecek ahs, kişilik verilerinin kaderini tayin hakkı, ve cismani varlığı, üzerindeki hakları, konusundaki açıklamalar, sigorta ettirenin kişilik hakları, açısından da

¹⁹ MEM 10, Tekin: öSigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Artları, Yargısal Denetimi ö Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları, ve Geleceği Sempozyumu (19-20/11/2004), TBB Yayını, İstanbul 2004, s.130.

²⁰ Hükmün emredici karakterinin belirlenmesi bağlamında hükmün lafzının, ruhu ile kontrol edilmesi, hükmün amacı, ve korumaya çalışılması, menfaatinin araştırılması, gerekir. Ö UZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Baskı, Vedat 2016, s.87 vd.; ANTALYA, Ö. Gökhan/TOPUZ, Murat: Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar, Bağımlı Hükümleri C.I, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s.418 vd.

²¹ MEM 10, Tekin: Sigorta Sözleşmeleri Artları, Yargısal Denetimi, XII Levha, İstanbul 2016, s.62, 65.

²² PROLS, Jürgen/MARTIN, Anton: Versicherungs-vertragsgesetz, 30. Auflage, C.H.Beck, München 2018, § 151, Rn. 6a LANGHEID/RIXECKER/GAL vd., § 151, Rn. 6.

²³ MEM 10 (Yargısal Denetim), s.58.

²⁴ Bu hususta bkz. DEM RAYAK, s.149, dph. 432.

²⁵ RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 1

geçerlidir. Sigorta ettiren, doktor incelemesine tabi olmay, kabul etse bile sigortac,n,n bu incelemeyi zorla yerine getirmesi mümkün olmamal,d,r.

III. S GORTA SÖZLE MES AÇISINDAN DOKTOR MUAYENES N N ÖNEM

Sigorta sözleşmelerinde sigortac, ve sigortal, çe itli hak, borç ve yükümlülüklerle sahiptir. Sigortac,n,n en önemli borcu rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta tazminat,n, ödemek, sigorta ettirenin en önemli borcu ise sigorta primini ödemektir. Her sözleşme mede oldu u gibi sigorta sözleşmelerinde de sözleşme taraflar,n,n edimleri aras,nda bir denge olmas, gerekir. Bu bağlamda, sigortac,n,n sigorta primini belirlerken, riziko analizi yapmas, ihtiyac, ortaya çıkar. Belirlenen prim ve üstlenilen riziko aras,nda denge sağlanmal,d,r. Buna, öprimin rizikoya uygun olmas, ilkesiö denir.

İlgili ilkenin gerçekleşmesi için sigortac,n,n rizikoya ilişkin hususlar hakkında bilgi sahibi olmas, gerekir. Türk hukukunda sigorta ettirenin rizikoya ilişkin olarak bildirdi i hususlar, sigortac, ile paylaşılmas,na, sigortaya yönelik olarak öbeyan yükümlülüğü söz konusudur.

Can sigortalarında sigortac,, riziko ahs,n,n sağlanma durumuna ilişkin beyan edilen bilgilerden yola çıkarak sigorta primini tespit eder. Riziko ahs,n,n sağlanma durumuna ilişkin bilgiler ise sigorta ettirenin özellikle de riziko ahs,n,n hâkimiyeti alan,ndadır. Sigortac,n,n, sigorta primini doğru tespit etmesinde rizikoya ilişkin hususlar hakkında tam ve doğru bilgi sahibi olmas, büyük önem arz eder. Sigorta ettirenin bildirdi i bazı hususlar, gizlemesi, eksik bildirmesi sigorta priminin doğru tespit edilememesine sebebiyet verir²⁶. Bu bağlamda, özellikle hayat sigortalarında doktor incelemesiö, sigortac,n,n rizikoya ilişkin doğru bilgi sahibi olmas,na ve sigorta priminin doğru tespit edilmesine hizmet eder.

IV. DOKTOR İNCELEMES N N TARAFLARIN BORÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Borç ilişkileri, bir veya birden çok edim yükümlülüğü ile bunlara karşılık gelen alacak veya alacaklar, içerir. Yükümlülük oluşturan davranışlar aynı zamanda edim niteliğindedir. Bunlar, talep ve dava edilebilirlikle bağlantılı olmaksızın alacaklı, açısından edim menfaati oluşturmaz²⁷.

Sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinde yükümlülüklerin birincil ve ikincil olarak ikiye ayrılmas, mümkündür. Birincil yükümlülükler, sözleşme meden doğanın her türlü yükümlülük olup asli ve yan yükümlülük şeklinde iki bağlamda alt,nda incelenebilir. İkincil yükümlülükler ise asli edim yükümlülüğünün borçlular tarafından ihlal edilmesi halinde ödenmesi gereken tazminat yükümlülüğüdür. Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin türünü, tipini, özelliklerini ve niteliklerini belirleyen, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asli borçtur. Yan edim yükümlülüğü ise sözleşmenin amaca uygun olarak gerçekleşmesini sağlayan, sözleşme ilişkisi üzerinden beklenen menfaatin dolaylı şekilde elde edilmesine yardımcı olan yükümlülüklerdir. Yan yükümlülükler ise sözleşme meden doğanın ve edim yükümlülükleri dışında kalan diğer yükümlülüklerdir²⁸.

TTK m.1401 gereğince, ösigorta sözleşmesi, sigortac,n,n bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatinin zarar uğratılma tehlikesinin, rizikonun meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmay, yükümlendiği sözleşmedir. Sigorta sözleşmesinde tarafların borç ve yükümlülüklerine bakıldığında; sigortac,n,n rizikoyu tanımlama, aydınlatma ve poliçe verme yükümlülüğü söz konusudur. Buna karşılık sigorta ettiren açısından ise prim ödeme borcu, bilgi verme ve ara tırma yapılmas,na izin verme, zarar önleme, azaltma, sigortac,n,n rücu hakları,n, koruma ve beyan yükümlülüklerinden (sözleşmenin yapılmas,na, s,ras,nda/devam, süresince/riziko gerçekleştiğinde) bahsedilebilir. TTK m.1435'te, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü kapsamında, sözleşmenin yapılmas,na, s,ras,nda beyan yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sigorta ettiren tarafından, sigorta sözleşmesi açısından önemli hususlar,n sigortac,ya bildirilmesi

²⁶ DEM RAYAK, s.68 vd.

²⁷ ADAY, Nejat: Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı, Ve Sonuçları, Beta, İstanbul 2000, s.148.

²⁸ EREN, s.31 vd.

doktrinde ökülfeö olarak de erlendirilmektedir²⁹. Bu ba lamda külfet kavram,n,n aç,klanmas, gerekir.

Borç ili kileri kapsam,nda yükümlülük içermeyen baz, davran, lar,n varl, , gündeme gelebilir. Bunlara külfet (Obliegenheit) ad, verilir. Külfet³⁰, hukuki bir olumsuzlu u engellemek isteyen ki inin bulunmas, gereken bir davran, t,r. Burada teknik anlamda bir borç söz konusu de ildir. Külfete konu davran, ta bulunmay, reddeden veya ihm al eden ki i, bu davran, , gerçekte tirmeye mecbur k,l,namaz ve bu ihlalinden sorumlu tutulamaz³¹.

Külfet kavram,na ili kin kurumsal tart, malar, sigorta hukuku alan,nda ortaya ç,km, t,r. Sigorta hukukunda külfetlerin amac,, sigortac, taraf,ndan üstlenilen riziko ve rizikonun gerçekte mesi halinde ödenmesi gereken sigorta tazminat, aras,ndaki teknik dengenin sa lanmas,d,r³². Sözle me ile üçüncü ki i aleyhine yükümlülük yüklenemezken, sözle me ile üçüncü ki i aleyhine külfet yüklenmesi mümkündür. Bu ba lamda, üçüncü ki i lehine yap,lan sigorta sözle melerinde üçüncü ki i aleyhine külfet yarat,lmas, do al kabul edilmektedir³³.

Doktor incelemesinin, külfet kurumu ile örtü üp örtü medi i u ekilde de erlendirilebilir: Öncelikle, sözle me görü meleri s,ras,nda yo unla an taraf ili kilerinin, külfetlerin ortaya ç,kmas,na sebebiyet vermesi mümkündür. Doktor incelemesi de genellikle sigorta sözle mesinin kurulmas, safhas,nda gündeme gelmektedir. Bu kapsamda, sigortac,n,n riski ve dolay,s,yla ödenecek primi do ru ekilde tespit etmesi için sözle me görü meleri s,ras,nda sigorta edilecek ahs,n doktor incelemesine tabi tutulmas, kararla t,r,labilir. Doktor incelemesine tabi olacak ah,s, sigorta ettirenin kendisi olabilece i gibi üçüncü bir ah,s da olabilir. Bu husus, külfetlerin sözle menin taraf, veya üçüncü bir ah,s aleyhine yarat,labilmesi ile uyumludur. Doktor incelemesinin, söz konusu ah,slar aç,s,ndan külfet niteli inde oldu unun kabul edilmesi menfaatler dengesine de uygundur. Zira TTK m.1492øde doktor incelemesinin zorla icras,n,n mümkün olmad, , vurgulanm, t,r. Külfetlerin ihlali halinde kar , taraf,n edim menfaati ihlal edilmedi i için ifa ve tazminat davas, aç,lmas,na da gerek duyulmamaktad,r. Külfetin ihlali halinde taraflar,n taleplerinin ayn, içerik ve kapsamda devam, mümkün olmad, ,ndan, borç ili kisinin ifa talebi muhafaza edilmeksizin sonuçland,r,lmas,, ba ka bir ifadeyle tasfiye edilmesi söz konusu olur³⁴. Sigortac,, hayat, üzerine sigorta yap,lacak ki inin doktor incelemesinden geçmeyi kabul etmemesi üzerine, sigorta sözle mesi akdetmekten kaç,nacak veya mevcut artlar, a ,rla t,rarak sözle me akdetmek isteyecektir. Külfete konu davran, ta bulunmay, reddeden veya ihm al eden ki i, bu davran, , gerçekte tirmeye mecbur k,l,namaz. Bu ba lamda, doktor incelemesinin ifas,n,n da talep edilmesi mümkün de ildir. TTK m.1492øde aç,k ekilde bu hususu düzenlenmi tir.

Riziko ve buna ba l, olarak primin do ru tespiti ba lam,nda doktor incelemesinin gerçekte tirilmesinde hem sigortac, hem de sigorta ettirenin yarar, mevcuttur. Sigorta ettiren/riziko ahs, aç,s,ndan doktor incelemesi ökülfeö niteli inde olmas,n,n sigortac, aç,s,ndan geçerli olup olmad, , de erlendirilmesi gereken bir konudur: Sözle me görü meleri

²⁹ ÖZTAN, F,rat: Sigorta Akdinin nikad,nda hbar Mükellefiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Ara tırma Enstitüsü, Ankara 1966, s.31; ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu erhi, Alt,nc, Kitap, Sigorta Hukuku C.I (Genel Hükümler), XII Levha, stanbul 2016, s.408; AYDIN, Sevgican: Sigorta Ettirenin Sözle me Öncesi Beyan Yükümlülü ünün hlali ve hlal Halinde Sigortac,n,n Haklar,-Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan ndirim Hakk,-, Seçkin, Ankara 2018, s.13 vd.; ÖZTÜRK, Y,ld,r,m: Sigorta Sözle melerinde Akit Öncesi hbar Külfeti Ve Buna Ba lanan Hukuki Sonuçlar, Ankara 2014, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yay,nlanmam, Yüksek Lisans Tezi, s.68 vd.

³⁰ Borç ili kileri, taraflar aras,nda hak ve yükümlülükler içerir. Yükümlülükler, borç ili kisinin tasfiyesine, sonuçland,r,lmas,na hizmet ederken; külfetler borç ili kisinin ola an mecras,nda sonuçland,r,lmas, için yasa koyucunun ili kinin çerçevesini belirlemesine; külfete ayk,r,l,k halinde ise borç ili kisinin daha farklı bir mecrada sonuçlanmas,na hizmet eder, (ADAY, s.151 vd.).

³¹ TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELO LU, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, stanbul 2016, s.96 vd.; EREN, s.45. öKülfetö kavram,n,n çerçevesini çizmek her zaman kolay de ildir. Edim, alacakl,ya genel olarak bir menfaat, ba ka bir deyi le edim menfaati sa lar. Külfet ise kar , taraf aç,s,ndan edim menfaati olarak de erlendirilmeyen davran, kurullar,d,r; yaln,zca sözle menin ifas,na yard,mc, olur. Bunlar, alacakl,n,n edim menfaati elde etmesine veya bu menfaatin korunmas,na hizmet etmez. Edimin ifas, alacakl,n,n edim menfaatini kar ,larken, külfetlerde böyle bir edim menfaatinden söz edilemez. Aksine külfetin ifa edilmesi dolayl, ekilde de olsa alacakl, ve borçlunun menfaatinedir, ÖZDAMAR, Mehmet: Sigortac,n,n Sözle me Öncesi Ayd,nlatma Yükümlülü ü, Yetkin, Ankara 2009, s.125; ADAY, s.148.

³² ADAY, s.155, dpn. 631.

³³ ADAY, s.206 vd.

³⁴ ADAY, s.153.

s,ras,nda kararlarla t,r,lan doktor incelemesinin gerçekle tirilmesi için sigortac,n,n doktor grevlendirmemesi veya görevlendirmede gecikmesi mümkündür. Birbiriyle sözle me görü melerine giri en taraflar aras,nda içeri i genel davran, /koruma yükümlülüklerinden olu an bir borç ili kisi do maktad,r. Bu borç ili kileri edim yükümlülü ünden ba ,ms,z borç ili kisi olarak nitelendirilmekte olup kayna ,n, dürüstlük kural, olu turmaktad,r. Edim yükümlülü ünden ba ,ms,z borç ili kilerinden ileri gelen koruma yükümlülü ü, yan yükümlülük niteli inde olup yükümlülü ün ihlali halinde di er taraf aleyhine söz konusu ihlalden kaynaklanan zarar,n tazmin edilmesi gerekir³⁵. Bu ba lamda, sigortac, a,s,ndan doktor incelemesinin gerçekle tirilmesi için doktor görevlendirilmesine ili kin i lemlerin, edim yükümlülü ünden ba ,ms,z bir borç ili kisi niteli inde oldu u söylenebilir. Bu ba lamda, sigortac,n,n incelemeyi gerçekle tirecek bir doktoru hiç veya makul bir sürede tayin etmemesi halinde, sigorta ettirenin bu ihmalden kaynaklanan bir zarar, söz konusu ise sigortac, söz konusu oldu u zarar, tazminle yükümlü olmal,d,r.

V. S GORTA SÖZLE MES AÇISINDAN DOKTORUN HUKUK N TEL ve SORUMLULUK

A. Hukuki Nitelik

TTK m.1492de doktor ile kastedilen t,p doktor olup, hekim olarak da ifade edilmektedir. Hekim, genel anlamda hastan,n sa l, ,na kavu mas, amac,yla müdahalede bulunan ve hukuk düzeninde kendisine t,p mesle in icra etme yetkisi tan,nm, ki iyi ifade eder³⁶. Doktor, t,p ve uzmanl,k e itimi s,ras,nda kazanm, oldu u bilgi, beceri ve tutum çerçevesinde, t,bbi ilke ve yöntemleri uygulayarak birey ve toplumu sa l,k sorunlar,ndan, hastal,klardan ve yaralanmalardan koruyucu tedbirleri al,r, tan,, tedavi ve rehabilitasyon uygulamalar, yapar ve olas, komplikasyonlar,n önlenmesi için al, ,r³⁷.

Sigortac, ile sigorta ettirenin sigortalanacak ahs,n doktor incelemesinden geçmesinin kararlarla t,r,lmas, halinde, sigortac,, incelemeyi ancak bir doktor arac,l, , ile gerçekle tirebilir. Sigortac,n,n, söz konusu incelemeyi kendi anla mal, oldu u bir hastane bünyesinde al, an doktora yapt,rmas, mümkündür. Uygulamada, bu yola ba vuruldu u görülmektedir. Bununla birlikte, taraflarca, sigorta ettiren/riziko ahs,n,n tayin etti i bir doktor taraf,ndan incelemenin gerçekle tirilmesinin kararlarla t,r,lmas, da mmkndr³⁸. Her iki halde de inceleme ile görevlendirilen doktorun sözle me ili kisi a,s,ndan hukuki niteli inin belirlenmesi önem arz eder. Alman hukukunda, taraflar aras,ndaki sözle meye göre doktor, sigortac,n,n veya sigorta ettirenin ifa yard,mc,s, olarak kabul edilmektedir³⁹. Bu noktada, sigorta sözle mesinin taraflar, a,s,ndan doktorun ifa yard,mc,s, niteli inin Türk hukuku a,s,ndan de erlendirilmesi gerekir:

Öncelikle alacakl,n,n menfaati olmad, , sürece borçlu, borcunu bizzat ifa etmek zorunda olmad, , vurgulanmal,d,r. Borçlunun borç ili kisinden do an haklar,n, bizzat kullanmas, da her zaman mümkün olmayabilir. Bu gibi hallerde, borçlu üçüncü ki inin yard,m,na ihtiyaç duyar. Alacakl,n,n hakk,n, kullanmas, veya borçlunun borcunu ifa etmesi s,ras,nda üçüncü bir ahs,n yard,m,ndan yararlan,lmas,, toplum hayat,n,n karma ,k yap,s,, i letmelerin örgütlenme biçimi, i bölümü, yabanc, i gücüne ihtiyaç gibi sebeplerden kaynaklanabilir. Bu noktada *ifa yard,mc,s,* kavram, gündeme gelir. Doktrinde *ifa yard,mc,s,* kavram, e itli ekillerde tan,m lanm, t,r. enocak göre, *ifa yard,mc,s,*, borçlunun bilgisi ve iradesi dâhilinde, borçluya ait yükümlülü ü ifa eden veya ifa faaliyetlerine kat,lan ki idir⁴⁰. Eren göre, borçlunun borcunu ifa ederken kulland, , yard,mc, ki iye *ifa yard,mc,s,* ad, verilir⁴¹. Kocayusufpa ao lu vd. göre ise ifa yard,mc,s,, borçlunun iradesi ile onun ,kar,na ve onun sorumlulu u alt,nda

³⁵ DEM RC O LU, Huriye Reyhan: Güven Esas, Uyar,nca Sözle me Görü melerindeki Kusurlu Davran, tan Do an Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumlulu u), Yetkin, Ankara 2009, s.161; EREN, s.42 vd.

³⁶ KILIÇ GÜNE , Bahu: Hekimin Hukuki Sorumlulu u, Legal, stanbul 2016, s.17.

³⁷ Sa l,k Meslek Mensuplar, le Sa l,k Hizmetlerinde al, an Di er Meslek Mensuplar,n,n ve Görev Tan,m lar,na Dair Yönetmelik Ek-1, A

³⁸ PROLSS/MARTIN, § 151, Rn. 4; RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 12.

³⁹ PROLSS/MARTIN, § 151, Rn. 4; RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 12.

⁴⁰ ENOCAK, Zarife: Borçlunun fa Yard,mc,lar,ndan Dolay, Sorumlulu u (fa Yard,mc,s,), Day,nlarl,, Ankara 1995, s.104.

⁴¹ EREN, s.1070 vd. Borçlar Kanunu m.116 uyar,nca, borçlunun yard,mc,lar,n fiillerinden sorumlu olabilmesi için borçlunun borcun ifas,n, veya borç ili kisinden do an hakk,n kullan,lmas,n, bu ahsa b,rakm, olmas, gerekir.

borçluya yardım eden ki idir⁴². Hukuki ili kilerin ve i letme organizasyonlar,n,n karma ,k yap,s, gere i sadece sözleşmelerin ifas, a amas,nda de il, daha sözleşme meydana gelmeden, sözleşme hazırlık a amas,nda da yardım, ki ilerden yararlanılas, kaç,n,lmazd,r. Bu zorunluluk kendisini sadece sözleşmenin ifas, a amas,nda de il, sözleşme öncesi görüşmeler a amas,nda da göstermektedir. Sözleşme öncesi görüşmeler esnas,nda kullanılan bu yardım, ki iler öngörü me yardım,mc,s,ö veya öinâkad yardım,mc,s,ö olarak adlandırılır⁴³. Kocayusufpa ao lu vd.ının öifa yardım,mc,s,ö tan,m, asl,nda öngörü me yardım,mc,s,n,ö da kapsar niteliktedir. Bu ba lamda, ifa yardım,mc,s, sadece borcun ifas,nda de il, sözleşme öncesinde ve sözleşme s,ras,nda borçluya yardım eden ki i olarak kabul edildi inde; ifa yardım,mc,s,n,n görüşme yardım,mc,s,n, da kapsayan genel bir kavram oldu u söylenebilir.

Sigortacı,n,n doktor incelemesini bizzat gerçekleştirilmesi mümkündür de ildir. Bu noktada, borçlunun iradesi ile onun ç,kar,na ve onun sorumlulu u alt,nda borçluya yardım eden bir ki iye yani öifa yardım,mc,s,na/görüşme yardım,mc,s,naö ihtiyaç duyulur⁴⁴. Dolay,s,yla söz konusu ili kide doktor, ifa yardım,mc,s,/görüşme yardım,mc,s,d,r⁴⁵. Külfetlerin ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ifa yardım,mc,s,/görüşme yardım,mc,s, kullanılabilmektedir⁴⁶. Doktor incelemesinin sözleşmenin kurulması a amas,na ili kin sigorta ettiren/riziko ahs, aç,s,ndan külfet, sigortacı, aç,s,ndan edim yükümlülüğünden ba ,ms,z bir borç ili kisi (yan yüküm) oldu u kabulünde, sözleşme görüşmelerinde de ifa yardım,mc,s,/görüşme yardım,mc,s, kullanılabilece ini vurgulamak gerekir.

Doktorun hukuki niteliğinin temsil ili kisi aç,s,ndan da de erlendirilmesi gerekir: Temsil, bir kimsenin, hüküm ve sonuçlar, ba ka bir ki i nin hukuk alan,nda do mak üzere o ki i nin ad ve hesab,na hukuki i lem yapma yetkisidir. Temsil çe itli aç,lardan türlere ayrılır. Temsil olunan ad,na irade beyan,nda bulunma yetkisi bulunmay,p sadece kendisine yöneltilen irade beyanlar,n, kabul yetkisi bulunan temsil ili kisine öpasif temsilö ad, verilir⁴⁷. Pasif temsilde, temsilciye karar , yap,lm, beyan, bizzat temsil olunana yap,lm, gibi hüküm do urur⁴⁸. Doktor, sigortacı,n,n pasif temsilcisi⁴⁹ olarak kabul edilebilir⁵⁰. Zira doktorun, soru formundaki sorular, sigortalanan ki iye yöneltilen cevaplar, sigortacı,ya iletmesi pasif temsil ili kisi ile birebir örtü mektedir. Doktorun baz, hallerde sigortalanan ki i nin üzerinde t,bbi inceleme yapması,, onun pasif temsilci s,fat,na gölge dü ürmemesi gerekti i kanaatindeyiz. Zira doktor, sigortalanan ahsa herhangi bir beyanda bulunup, sözleşme ili kisi kurulması,n, sa lamaz, o sadece mesleki bilgisi kapsamında sigortalanan ki i nin sa lık durumunu tespit eder. Bu tespit, sigortalanan ahsa soru sorulması,n, ve bedensel incelemeyi de içerir⁵¹. Bu bak,mdan doktor kendisine verilen soru formu kapsamında yer alan sorular, sigortalanan ki iye yöneltilen, mesleki bilgisi kapsamında ki i üzerinde bedensel inceleme yapan, bu s,rada rizikoyu tespit etmek için bizzat sorular soran, elde etti i sonuçlar, sigortacı,ya ileten pasif temsil yetkisine sahip öifa yardım,mc,s,/görüşme yardım,mc,s,ö konumundadır. Doktor, genellikle sigorta şirketlerinin anlaşılmal, oldu u hastanelerde çal, an ki idir. Fakat sigorta ettiren veya sigortalanan ki i taraf,ndan doktorun tayin edilmesi de söz konusu olabilir. Bu halde,

⁴² KOCAYUSUFPA AO LU, Necip/HATEM , Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III, 7. Bask., Filiz, stanbul 2016, s.23.

⁴³ Görüşme yardım,mc,s,n,n ad ve hesab,na görüşmelerde bulundu u ki iye sosyal veya ekonomik aç,dan ba l, olmas, gerekmez. Ba ,ms,z ekilde faaliyet gösteren doktor gibi üçüncü ki iler görüşme yardım,mc,s, olarak atanabilir, ENOCAK (fa Yardım,mc,s,), s.282.

⁴⁴ Doktrinde külfetlerin yerine getirilmesinde de ifa yardım,mc,s,ndan yararlanılas,n,n mümkün oldu u kabul edilmektedir, EREN, s.1073; ENOCAK (fa Yardım,mc,s,), s.294 vd.

⁴⁵ ERO LU, Sevilay: Hastalık Sigortası, Sözleşmenin Kurulması,nda hbar Külfeti, Seçkin, Ankara 2005, s.249; AYDIN, s.341.

⁴⁶ ENOCAK (fa Yardım,mc,s,), 87 vd.; EREN, s.1073.

⁴⁷ O UZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, Vedat, stanbul 2017, s.231; EREN, s.424 vd.; KOCAYUSUFPA AO LU/HATEM /SEROZAN/ARPACI, s.632.

⁴⁸ KOCAYUSUFPA AO LU/HATEM /SEROZAN/ARPACI, s.632.

⁴⁹ Haberci, bir ba kas,na ait irade beyan,n, di er bir kimseye ileten, ula t,ran ki idir. Temsilci ise, temsil olunan,n iradesini nakleden araç,dan farklıdır. Temsilci, kendisine verilen yetki kapsamında kiminle, hangi artlarda i lem yapacağı, hususunda ba ,ms,z ekilde karar almak suretiyle olunan iradesini beyan ederek i lem yapar. Pasif temsilciye yapılan irade beyan, ister yazılı, ister sözlü olsun ona ula t, , anda temsil olunana da ula m, sayılır. Bu aç,dan beyan,n temsil olunana veya pasif temsilciye ulaşılmas, aras,nda fark yoktur, KOCAYUSUFPA AO LU, Necip/HATEM , Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.I, 6. Bask., Filiz, stanbul 2014, s.633 vd.

⁵⁰ LANGHEID/RIXECKER/GAL vd. § 151. Rn. 3; RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 12.

⁵¹ Doktor incelemesi ve muayene aras,ndaki fark konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. I. A. Hükmün Amacı,

doktorun sigorta ettirenin veya sigortalanacak ki inin pasif temsilcisi ve ifa yard,mc,s,/görü me yard,mc,s, olarak kabul edilmesinde sak,nca yoktur⁵².

B. Doktorun Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

Sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce sigortacı, tarafından görevlendirilen ve ifa yard,mc,s,/görü me yard,mc,s, olarak kabul edilen doktorun kusurundan sorumluluk, zarar görenin korunması, aç,s,ndan önem arz eder.

Sigorta ettiren, soru listesinde yer alan sorulara tam ve açık şekilde cevap vermesine rağmen cevaplar bazen hallerde doktor tarafından kayda alınmayabilir. Söz konusu durumda dahî sigorta ettirenin ilgili sorulara cevapları, kabul edilir. Bu sonuç, incelemeyi gerçekleştiren doktorun sigortacıya yakın bir hizmet ilisi içinde olup olmadığını, ya da muayenenin gerçekleştirmesinde sigortacı tarafından seçilip seçilmediğiyle bağlantılıdır. Zira doktorun sigortacı, pasif temsilcisi olması, bakımında, doktorla paylaşılan bilgi, sigortacı, bilgisi olarak kabul edilir⁵³.

Doktorun sigortalanan kişiye inceleme sebebiyle zarar vermesi ihtimali de mevcuttur. Sözleşme görüşmeleri sırasında ifa yard,mc,lar,n,/görü me yard,mc,lar,n,n kusurlarından (zarar görenin korunması, amacıyla) yard,mc, kullanan taraf sorumlu tutulur. Bu sorumluluğun dayanağı, ne olduğu hususu ise tartışmalıdır: Bir görüşe göre; sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan sorumluluk haksız fiil sorumluluğudur. Bu bakımdan yard,mc, kişilerin kusurlarından sorumlulukta da Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.66 uygulanır. Hâkim görüşüne göre ise sözleşme görüşmelerinin bakımında taraflar arasında özen ve koruma (bilgi verme, aydınlatma) borcu doğar. Söz konusu hukuki ilinin temeli, Türk Medeni Kanunu (TMK) m.2'dir. Tarafların TMK m.2'den kaynaklanan güveni ihlal etmeleri, taraf iradesinin değil, tamamen kanuni bir yükümlülüğün ihlalidir. Bu yükümlülüğün ihlali halinde doğacak sorumluluğa TBK 112 vd. maddelerinin uygulanması gerekir⁵⁴. TBK m.116, mevcut bir borç ilisi içerisinde ifa yard,mc,s, kullanan kişilerin sorumluluğunu düzenler. Sözleşme görüşmelerinde yard,mc, kişinin karıştığı taraflara verdiği zarardan sorumluluk, culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan) sorumluluğu kapsamında değerlendirilir⁵⁵. İlgili sorumluluğun söz konusu olabilmesi için sigortacı, ifa yard,mc,s,na kendi adı ve hesabına görüşmelerde bulunması için başvurmuş olması gerekir⁵⁶.

ifa/görü me yard,mc,s,n,n eylemlerinden sorumluluk çerçevesinde, sigortacı, görevlendirilen doktor tarafından ihmalin geciktirilmesinden de sorumludur. Sigortacı, yanından doktorun kendisi de inceleme dolayısıyla sigorta ettirenin uyarılması, zarardan sorumlu tutulabilir⁵⁷.

Doktor tarafından sigorta edilecek şahsın yanlı yönlendirilmesi ise sigorta ettirenin kusurunu ortadan kaldırır. Fakat doktorun yanlı yönlendirmesine rağmen ihbar kulfeti üzerine düşen şahsın kusurlu olması sonuç meydana gelmez⁵⁸. Sigortacı, muayene sırasında sigorta edilecek şahsın kendi kusuru ile meydana gelen zarardan ise sorumlu değildir.

VI. S GORTA SÖZLE MES NDE KULLANILACAK SA LIK B LG LER

Sigorta sözleşmesinin akdedilmesinden önce⁵⁹ doktor incelemesinin gerçekleştirilmesi kararlıdır, ndan, bu noktada sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne de inmek gerekir. Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesi akdedilirken sigorta konusu menfaatin durumu ve niteliği hakkında gerçeğe uygun beyanda bulunmakla yükümlüdür. TTK m.1435 gereği; sigorta ettiren sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği ve bilmesi gereken tüm önemli hususlar, sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Hangi bilgilerin sigorta sözleşmesi gereği önemli olduğu, sigortacı, genellikle sigorta ettirene göre daha iyi bilmektedir. Bu

⁵² LANGHEID/RIXECKER/GAL vd., § 151, Rn. 3.

⁵³ PROLSS/MARTIN, § 151, Rn. 4; LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 4, 7; AYDIN, s.341.

⁵⁴ ENOCAK (İfa Yard,mc,s,), s.267 vd.

⁵⁵ ENOCAK (İfa Yard,mc,s,), s.277 vd.; DEMİR ÖZLU, s.271; EROĞLU, s.248.

⁵⁶ EROĞLU, s.248; ENOCAK (İfa Yard,mc,s,), s.210.

⁵⁷ PROLSS/MARTIN, § 151, Rn. 4; LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 4, 7.

⁵⁸ EROĞLU, s.248 vd.

⁵⁹ TTK m.1492'de yer alan öf sigorta edilecek kişilerin öf ifadesi, doktor incelemesinin sözleşme öncesi yerine getirilmesi gereken bir inceleme olduğu ortaya koyar, (ÜNAN (Can Sigortalar.), s.53).

sebeple uygulamada, rizikonun kapsamı, belirlemek için liste usulü⁶⁰ olarak bilinen bir yöntem kullanılmaktadır. Bu yöntemde sigortacı, sigorta konusu menfaat hakkında sözleşme açısından önem taşıyan hususlara ilişkin sorular içeren bir liste (soru formu) hazırlanmaktadır (TTK m.1436/1). Sigorta ettiren de burada yer alan yazılı sorulara tam ve doğru cevap vermek suretiyle beyan yükümlülüğü yerine getirir⁶¹. Özellikle doktor incelemesi gerçekleştirilmeden hayat sigortası, akdedildiği durumda, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne ilişkin TTK m.1436'da yer alan söz konusu düzenleme uygulama alanı bulur.

Sigortacı, ve sigorta ettiren, hayat sigorta sözleşmesi akdedilmesinden önce riziko açısından doktor incelemesine tabi olması, da kararlaştırılabilir. Hayat sigortası,na ilişkin sözleşmenin akdedilmesi, doktor incelemesinin gerçekleştirilmesine ve inceleme sonucuna bağlı olarak, gerçekleştirilebilir. Uygulamada doktor incelemesine, sigortalının sağlık durumuna ilişkin soru formunda dikkat çekici bir durumun tespit edilmesi veya sigorta bedelinin yüksek olması, halinde başvurulan görülmektedir⁶².

A. Geçmiş Muayene Bilgileri

Doktor, sigortalanan kişi üzerinde gerçekleştirildiği incelemede elde ettiği bilgileri sigortacıya bildirir. Doktor incelemesi, bazı hallerde sigortalanan kişinin aile doktorunca da gerçekleştirilebilir. Söz konusu durumda aile doktorunun sigortalanan kişinin açık iradesi olması, ona ait daha önceki tedavi bilgilerini sigortacı ile paylaşması, mümkün değildir. Bu bağlamda, sigortacı, sigortalanan kişinin daha önceki tedavilerine ilişkin tıbbi bilgilerini edinmeyeceği gibi bu bilgileri dikkate de alamaz⁶³. Varolan bu sonuç, kişisel verilerin korunmasıyla ilgili düzenlemeler⁶⁴ ve doktorun sırlama yükümlülüğü (BK md. 502 vd.) ile de örtülmektedir.

Sigortacı, ilgili kişiye ait tıbbi bilgileri (daha önceden sigortalının almış olduğu tedavilere ilişkin) riziko hesaplamasında dikkate alması, hususu Alman hukukunda uzun süre tartışılmıştır. Uygulamada doktorun yükümlülüğü, sağlık raporunun ekli olduğu formu doldurmaktır. Fakat bu form, sigorta ettirenin daha önceden gerçekleştirilen tedavileri ve sağlık durumunun sigortacı ile paylaşılması, hususunda talimatlar içermemektedir. Form daha önceden meydana gelen hastalıkların beyan edilmesi veya yapılan tedavilere ilişkin bilgi edinilmesini amaçlayamaz⁶⁵. Alman hukukunda bu sonucun VVG § 70 II'deki hukuki düzenlemeyle örtülmesi kabul edilir. Çünkü VVG § 70'de yer alan düzenlemede, sigorta sözleşmesinin temsilci

⁶⁰ Uygulamada soru listesi hayat, sağlık, ticari krediye ilişkin sigorta sözleşmelerinde kullanılmaktadır. ÜNAN (Genel Hükümler), s.426. Liste usulünde sigortacı, tarafından hazırlanan sorular sigorta ettirence cevaplanır. Liste usulünde sigorta ettiren sigortacı, tarafından hazırlanan sorulara cevap vermek dışında herhangi bir külfete katlanmamaktadır. Fakat sorulmamasına rağmen önemli durumu ihbar etmemekte kötüniyet söz konusu ise ihbar külfeti ihlal edilmiş sayılır, ENOCAK, Kemal -Sorumluluk Sigortaları,nda Sözleşme Öncesi İhbar Külfeti (İhbar Külfeti), ÜNAN, Samim/YAZICIO LU, Emine (ed). Sigorta Hukuku Sempozyumları,, XII Levha, İstanbul 2018, s.185; EKER ÖZ, Zehra -Sözleşme Öncesi İhbar Görevi ÜNAN, Samim/YAZICIO LU, Emine (ed.) Sigorta Hukuku Sempozyumları,, XII Levha, İstanbul 2018, s.159 vd.; HACIÖMERO LU, Ouzhan (2015) -Sigorta Sözleşmelerinin Kurulu Safhasındaki Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğünün Culpası in Contrahendo Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi TFM, S.2, s.59. TTK m.1436/2 gereğince, sigortacı, sigorta ettirene soru listesi dışında ek soru yöneltilmesi mümkündür.

⁶¹ ENOCAK (İhbar Külfeti), s.185. Liste yönteminin uygulanmaması, halinde öbayan yöntemi adıyla verilen yöntem uygulanır. Bu yöntemde, ihbar yükümlülüğünün sigortacı, iradesi veya sözleşme koşulları,na etki edecek önemli halleri bildirmesi esasına göre hareket edilir. Beyan yönteminde sigorta ettiren, sigortacı, üstlendiği rizikoyla ilgili önemli durumlar, kendiliğinden sigortacıya ihbar eder, (EKER ÖZ, s.60).

⁶² LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 1. Alman hukukunda genel sigorta artları,nda doktor incelemesi yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme olmadıkça, gibi incelemenin gerçekleştirilmesi memnun sonuçları,na ilişkin de bir düzenleme yoktur. Bu durumun perde arkasında, sigorta sözleşmesi öncesinde muayenenin kararlaştırılmaması, yer almaz. Eğer sigortalının, sağlık hakkında yazılı olarak sorulan sorulara verdiği cevaplar yeterli değil ise sigortacı, sigortalanan kişiden doktor raporu göndermesini talep eder veya doktor muayenesi teklif eder, (RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 11).

⁶³ LANGHEID/RIXECKER/GAL vd., § 151, Rn. 3. Doktor, hayat veya mesleki iş göremezlik sigortaları,nda sigortacı, talebi üzerine yine sigortacı, tarafından önceden hazırlanan soru formu doğrultusunda bir doktor raporu hazırlar ve sigorta talep eden, doktor huzurunda beyan ettiği çerçevesinde sigortacı, tarafından hazırlanan sorular, cevaplar. Böylece, verilen görevin doktor tarafından yerine getirilmesi suretiyle yöneltilen sorular; sigortacı, sorular, paylaşılan cevaplar ise sigortacıya karışık, verilmiş cevaplar olarak kabul edilir. Doktor, söz konusu durumda verilen cevaplar, kabul etmekle görevlidir ve sigorta başvurusunu alması, açısından sigorta acentesi/temsilcisi ile iletişimi tutulur. Doktor, kendisiyle paylaşılan cevaplar, kayda almaya bile doktora söylenenler sigortacıya söylenmiş olarak kabul edilir, (RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 12).

⁶⁴ Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik m.4/1, g ve 7.

⁶⁵ LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 8.

arac,l, ,yla akdedilmesi halinde, temsilcinin bilgisi ile sigortac,n,n bilgisi hukuken e it olarak kabul edilmektedir⁶⁶. Fakat burada iki önemli husus vard,r. İki doktorun hasta hakk,ndaki bilgisinin doktor-hasta ili kisine dayanmas, bir di eri de doktorun elde etti i bilgilerin sigortac,n,n doktoru bu amaçla görevlendirmesinden sonra elde edilmi olmas,d,r⁶⁷.

Doktorun bilgisinin temsil görevi d, ,nda ve ilgili sigorta sözleşmesi ile ba lant,l, olmaks,z,n elde edilmesi hali, bu kural,n istisnas,n, olu turur. Bu tür bir istisnan,n mevcut oldu u hallerde, doktorun özel bilgisiö söz konusu olup, ilgili bilgi sigorta sözleşmesinin akdedilmesinde dikkate al,namaz⁶⁸. Doktor, sigortac, taraf,ndan sigorta ettirenin beyanlar,n, almak ve inceleme s,ras,nda sigorta edilecek ahs,n sa l, ,n,n hali haz,r durumuna ili kin bilgileri sigortac,ya iletmekle görevlendirilmektedir. Doktorun ilgili ah,sta daha önceden gerçekle tirdi i muayeneler dolay,s,yla elde etti i bilgi, sigortac,n,n verdi i görevin yerine getirildi i s,rada elde edilmedi inden, söz konusu bilgi sigortac, aç,s,ndan VVG § 70 II ba lam,nda özel bilgiö olarak kabul edilir. E er doktorun görevlendirmesi, sigortal,n,n sa l,k durumuna ili kin bilgilerin geni kapsamda payla ,lmas,n, içeriyor ise daha önceki muayeneler s,ras,nda elde edilen doktor bilgisi sadece VVG § 70 kapsam,nda özel bilgi say,lmaz⁶⁹. VVG § 70ın benzeri bir düzenleme TTKda mevcut de ildir. Ancak TTK m.1412de öSigorta ettirenin bilgisine ve davran, ,na hukuki sonuç ba lanan durumlarda, sigortadan haberi olmas, art, ile sigortal,n,n, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalar,nda da lehtar,n bilgisi ve davran, , da dikkate al,n,rö düzenlemesine yer verilir. Bu ba lamda, sigorta ettirenin bilgi ve davran, lar,na hukuksal sonuç ba land, , hallerde madde kapsam,nda yer alan ki ilerin bilgi ve davran, lar, sigorta ettirenin bilgi ve davran, lar, gibi sonuç do uracaktır. Hüküm aç,k ekilde sigorta ettireni, sigortal,, lehtar, temsilciyi düzenlemektedir. Sigortac,ya ili kin aç,k bir hüküm bu ba lamda mevcut de ildir. TTKda VVG § 70 II benzeri bir düzenlemeye özellikle can sigortalar,nda sigortac,-doktor ili kisi aç,s,ndan ihtiyaç bulunmaktadır.

B. Mesleki Bilgi

Sigortac, taraf,ndan görevlendirilen doktorun bilgi formunun düzenlenmesinde sigortac,ya kendi ihtisas alan, sebebiyle sigortal, ki inden elde etti i bilgileri aktarmas,, doktorun önceki muayene bilgilerini veya özel bilgileri sigortac, ile payla amayaca , hususuna hanel getirmez. Zira sigortac, taraf,ndan doktor tam olarak bu amaçla görevlendirilir. Bu ba lamda, riziko incelemesi doktora b,rak,lm, t,r. Doktordan mesleki bilgisi kapsam,nda sigorta edilecek ahs,n t,bbi durumunu tespit etmesi beklenir⁷⁰. Sigorta ettirenin ihbar külfeti aç,s,ndan, sigortac, taraf,ndan görevlendirilen doktorun muayene s,ras,nda ö rendi i riskli durumlar, sigortac,ya bildirilmi say,lmal,d,r⁷¹.

VII. S GORTALANACAK K İN N DOKTOR İNCELEMESİNİ REDDETME

Ki ilik, maddi ve manevi bir bütünlüktür. Ki inin maddi bütünlü ünü, hayat, beden taml, , ve sa l,k gibi de erler olu turur. Ki inin hayat,, sa l, , ve beden taml, , üzerindeki haklar, mutlak haklardan olup, kural olarak ki inin r,zas, olmadan bu de erlere herhangi bir müdahale yapılamaz⁷². Ki inin beden taml, ,na yapılan müdahaleler, ki ilik haklar,n, ihlal eder. Müdahale, ki inin beden taml, ,n, korumak amacıyla yapılsa dahi kural olarak hukuka ayk,r,d,r. Buna ba l, olarak doktorun hastalara yaptı , müdahalelerde de hukuka ayk,r,l,k mevcuttur. Bu

⁶⁶ VVG § 59 II anlam,nda ösigorta temsilcisiö, bir sigortac, veya sigorta temsilcisi taraf,ndan mesleki olarak sigorta sözleşmelerine arac,l,k etmesi veya sigorta sözleşmesi akdetmesi için görevlendirilen kimsedir. VVG § 70e göre, önemli oldu u ölçüde sigortac,n,n bilgisi ise sigorta temsilcisinin, sigorta temsilcisinin bilgisi ise sigorta ettirenin bilgisi olarak kabul edilir. Temsilcinin temsilcilik faaliyeti d, ,nda ve ilgili sigorta sözleşmesi ile alakal, olmaks,z,n edindi i bilgiler özel bilgilerö olarak kabul edilir ve rizikonun tespit edilmesine dair de erlendirmede dikkate al,nmaz. Örne in, temsilci bir do um günü partisinde tan,mad, , bir davetlinin hastal, ,n, ö renmesinin ard,ndan, ilgili davetlinin tesadüfen temsilciye hastal,k sigortas, yaptı,rmak için ba vurmas, ve söz konusu hastal,ktan bahsetmemesi halinde, temsilci partide edindi i bilgiyi kullanamaz. Fakat temsilciye hastal,k ve hayat sigortas, akdedilmesi konusunda ba vurulmas, halinde, hastal,k sigortas, konusunda payla ,lan bilgiler, hayat sigortas, aç,s,ndan önemli oldu u ölçüde dikkate al,n,p, hesaba kat,l,r, (PROLSS/MARTIN, § 70, Rn. 6,7). Bununla birlikte sigorta artlar, aç,s,ndan önemli say,labilecek tarafs,z bir ili ki olmaks,z,n sigorta temsilcisinin edindi i mesleki bilgi, sigortac,n,n bilgisi olarak kabul edilemez, (LANGHEID/RIXECKER, § 70, Rn. 4).

⁶⁷ AYDIN, s.342.

⁶⁸ LANGHEID/WANDT, § 70, Rn. 1.

⁶⁹ LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 10.

⁷⁰ LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 9.

⁷¹ ERO LU, s.207.

⁷² DURAL/Ö ÜZ s.104 vd.; ÖZTAN, s.119 vd.; ANTALYA/TOPUZ, s.190 vd.

müdahaleyi hukuka uygun hale getiren, ki inin r,zas,d,r⁷³. Ki inin r,zas, olmadan gerçekte tirilen t,bbî müdahale ve ameliyatlar ise bilimin çizdi i s,n,r,lar içerisinde yüksek amaçlarla daha aç,k bir ifade ile ki inin hayat,n, kurtarmak maksad, ile yap,lm, olduklar,ndan gerçekte ve teknik anlamda ki ili e yönelmi hukuka ayk,r, sald,r, söz konusu de ildir⁷⁴.

TTK m.1492'de düzenlenen doktor incelemesi, ki ilik haklar, ba lam,nda de erlendirildi i takdirde; doktorun riziko ahs, üzerinde gerçekte tirece i inceleme ancak ilgilinin r,zas,n,n olmas, halinde hukuka uygun olur. Aksi takdirde ilgilinin r,zas, d, ,nda gerçekte en inceleme öyüksek amaçö daha aç,k bir ifade ile öki inin hayat,n, kurtarma amac,ö ta ,mad, , için hukuka ayk,r,l,k arz eder.

Doktor incelemesinin reddi sözleşme görüşmeleri s,ras,nda gündeme gelebilir. Sözleşme görüşmeleri s,ras,nda incelemesinin gerçekte tirilmesi kabul edilmesine rağmen devam eden süreçte sigortalanacak ki inin incelemenin fiilen gerçekte tirilmesine izin vermemesi de söz konusu olabilir.

Sözleşme görüşmeleri s,ras,nda sigortacı,n,n doktor incelemesi talebi konusunda taraflar,n uyu ma sa layamamalar, halinde, sözleşme ili kisi meydana gelmeyecektir⁷⁵. Sigortacı,n,n doktor incelemesi talebinin sigorta ettiren veya riziko ahs,nca kabul edilmemesi, sözleşme öncesi riziko belirlemesi yap,lamamas,na sebebiyet verebilir. Bu ba lamda, sigortacı,, sözleşme akdetme önerisini reddedebilir⁷⁶.

Sigortacı, ve sigorta ettiren, riziko ahs,n,n doktor incelemesine tabî tutulmas,n, kararlar t,rsalar bile sözleşmenin akdedilmesi s,ras,nda ve sözleşme süresince doktor incelemesinin icras,n,n zorla yerine getirilmesi mümkün de ildir. Bununla birlikte, sigortalanacak ki inin ba lang,çta doktor incelemesini kabul etmesine rağmen fiilen ba layan incelemenin devam etmesine izin vermemesi mümkündür⁷⁷. Sigortalanacak ki inin, muayene s,ras,nda elde edilen verilerin doktor taraf,ndan sigortacı,ya verilmesini reddetmesi de söz konusu olabilir⁷⁸. Ayn, hukuki yarar, sigortalanacak ki inin sigorta ettiren olmas, halinde de söz konusudur. Sigorta ettiren, doktor incelemesini kabul etse bile bunun zorla icra edilmesi mümkün de ildir⁷⁹.

Kararla t,r,lan muayenenin gerçekte memesi halinde sigortacı,, sözleşmeyi hiç akdetmeyebilece i gibi taraflarca önceden kararla t,r,lan artlarla da akdetmeyebilir. Bu husus, sözleşme özgürlü ü ilkesinin bir yansı,mas,d,r. Söz konusu halde özellikle uygun rizikolar,n kapsam d, , b,rak,lmas, hususunda taraflar,n anlaş,ma, dü ünülebilir. Fakat bu durum, riziko analizinin toptan gerçekte memesine sebebiyet vermemelidir⁸⁰.

Sözleşme görüşmelerinin gerçekte mesli taraflara ilgili sözleşmeyi akdetme yükümlülü ü yüklemesi⁸¹. Bu aç,dan, sözleşme öncesinde doktor muayenesi gerçekte mi olsa bile sigortacı, aç,s,ndan akit yapma zorunlulu u söz konusu de ildir. Sözleşme görüşmeleri sebebi ile taraflar aras,nda hâs,l olan güven ili kisi sigortacı, aç,s,ndan TMK m.2 ba lam,nda bir yükümlülük doğurur. Bu kapsamda, sigortacı, taraf,ndan, sigorta ettirenin ba vurusunun uygun bir süre içinde cevaplandır,lmas, gerekir⁸².

Sigorta sözleşmeleri, Tüketicinin Korunması, Hakk,nda Kanun m.3/1 (TKHK) ba lam,nda ötüketici i lemiödir⁸³. Doktor incelemesi talebinin sigortalanacak ki i taraf,ndan reddinin TKHK aç,s,ndan da de erlendirilmesi gerekir. TKHK m.6/2'ye göre, öHizmet sa lamaktan hakl, bir

⁷³ DURAL/Ö ÜZ, s.105.

⁷⁴ AK PEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATE , Derya: Türk Medeni Hukuku Ba lang,ç Hükümleri Ki iler Hukuku C.I, 12. Bask., Beta, stanbul 2015, s.362, 384; ÖZMAN, Kemal M./SEÇ L , Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Ki iler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Ki iler), 9. Bask., Filiz, stanbul 2009, s.136 vd.

⁷⁵ RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn.3.

⁷⁶ LANGHEID/RIXECKER, § 151, Rn. 2; LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 4a.

⁷⁷ RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 6; LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 2.

⁷⁸ LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 2.

⁷⁹ Sigorta ettirenin sözleşme mesli bir yükümlülük olarak doktor incelemesine girmesi gerekti i görüşü için bkz. BOZKURT, Tamer: Sigorta Hukuku, 11. Bask., XII Levha, stanbul 2018, s.237.

⁸⁰ PROLSS/MARTIN, § 151, Rn. 5.

⁸¹ ERO LU, s.195.

⁸² RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 13.

⁸³ Tüketicici lemi; mal veya hizmet piyasalar,nda kamu tüzel ki ileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun ad,na ya da hesab,na hareket eden gerçek veya tüzel ki iler ile tüketiciler aras,nda kurulan, eser, ta ,ma, simsar,l,k, sigorta, vekâlet, banka,l,k ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki i lemini ifade eder (TKHK m.3/1).

sebepl olmaks,z,n kaç,n,lamazö. Sigortalananak ki inin doktor incelemesini reddetmesi durumunun, hizmet sa layan yani sigortac, aç,s,ndan hakl, sebepl te kil edipl etmedi i tart, ,labilir. ncelemenin gerçekle memesi halinde sigortac,ya sözle me akdetmekten kaç,nma hakk,n,n tan,nmas, TTK m.1492nin amac, ile örtü memektedir. Çünkü bu durumda ilgili ahs,lar sigorta korumas,ndan mahrum kalmaktad,r. Bu halde, rizikonun tam belirlenememesi sebebiyle sigortac,n,n daha fazla prim talep etmesinin daha uygun olaca , söylenebilir⁸⁴.

VIII. BEYAN YÜKÜMLÜLÜ ÜNÜN İHLAL

TTK m.1492, sigortalananak ki inin doktor incelemesini reddetmesi halinde düzenlemektedir. İlgili düzenleme TTK m.1435 vd.ıda düzenlenen beyan yükümlülü ünü ortadan kald,rmamaktad,r⁸⁵. Zira her iki düzenleme farklı amaçlara hizmet etmektedir. Beyan yükümlülü ünün doktora kar , yerine getirilmesi TTK m.1492 kapsam,na girmemektedir. Söz konusu yükümlülü ünün sigortac,y, temsilen doktora kar , ifa edilmesi gereken hallerde, sigortalananak ki inin görevlendirilen doktora sa l,k durumu hakk,nda bilgi vermemesi, yanl, bilgi vermesi veya sigortalananak ki i yerine ba ka bir ahs,n doktor incelemesine sokulmas, durumlar,yla kar ,la ,labilir:

Doktor, sigortac, taraf,ndan haz,rlanan soru listesindeki sorular, sigortalananak ahsa yöneltebilece i gibi muayene s,ras,nda kendisi de rizikoya ili kin sorular sorabilir. Doktor gerçekle en muayene ve soru cevaba ra men sigorta edilecek ki inin sa l,k durumuna tam anlam,yla vak,f olmayabilir. Dolay,s,yla doktor incelemesi sigorta ettirenin beyan yükümlülü ünü tam anlam,yla ortadan kald,rmaz. Zira muayene s,ras,nda sigortalananak ki inin sa l,k durumuna ili kin tüm hususlar,n tespiti mümkün olmayabilir. Ancak doktor taraf,ndan tespit edilen ve tespit edilebilecek a ikâr durumlar için sigorta ettirenin beyan yükümlülü ü söz konusu de ildir. Sigorta ettirenin bu hususlara ili kin beyanda bulunmamas, halinde sigortac, beyan yükümlülü ünün ihlali sebebi ile sigorta sözle mesinden cayma hakk,ndan yararlanamaz⁸⁶.

Sigorta edilecek ahs,n sigortac, taraf,ndan görevlendirilen doktora yanl, veya eksik bilgi vermesi beyan yükümlülü ünün ihlali anlam,na gelir. Fakat sigortalananak ahs,n tüm bilgilerini doktora vermesine veya doktorun sigortalananak ki inin hâlihaz,rdaki sa l,k durumunu tespit etmesine ra men bu bilgilerin doktor taraf,ndan önemsiz say,larak sigortac,ya bildirilmemi olmas, halinde, sigortac, beyan yükümlülü ünün ihlal edildi ini ileri süremez⁸⁷.

Sigortalananak ki inin doktor incelemesine tabi tutulmas,, ilgiliyi beyan yükümlülü ünden kurtarmaz. Ancak muayene s,ras,nda doktorca elde edilen riziko bak,m,ndan önemli bulgular, sigortac,ya isnat edilece inden (doktorun bilgisi, sigortac,n,n bilgisi say,ld, ,ndan) söz konusu bilgiler ba lam,nda sigortac,n,n beyan yükümlülü ünün ihlal edildi ini ileri sürmesi de mümkün olmaz. Ancak, görevlendirilen doktorun i birli i ile sigortalananak ki i yerine ba ka bir ahs,n doktor incelemesine tabi tutulmas, halinde, doktorun bilgisi sigortac,n,n bilgisi olarak kabul edilemez⁸⁸. Doktorun bu durumdan haberi olmamas, halinde ise doktorun bilgisi sigortac,ya atfedilemeyece inden, sigortac, sigorta sözle mesinden cayabilir. Ayr,ca sigorta ettirenin doktor ile anla arak muayene edilen ahs,n sa l,k durumunu sigortac, dan saklamas, halinde de sigortac, sigorta sözle mesinden cayma hakk,n, kullanabilir⁸⁹.

IX. DOKTOR NCELEMES NE L K N MASRAFLAR

Taraflar, doktor incelemesinden kaynaklanan masraflara kimin hangi oranda kat,laca ,na sözle me özgürlü ü çerçevesinde karar verebilirler. Sigortac,n,n bu çerçevedeki tüm masraflar, sigorta ettirene yükleyip yükleyemeyece i ise aç,k de ildir⁹⁰. Esasen sigortac, masraflar, k,smen sözle menin akdedilmesi s,ras,nda yönetim gideri olarak sigorta ettirenin ödedi i primlerden

⁸⁴ ÜNAN (Can Sigortalar,), s.54.

⁸⁵ AYDIN, sözle me d, , bir ki i olan riziko ahs,n,n (doktor incelmesine tabi ki inin) beyan yükümlüsü olarak kabul edilmemesi gerekti i kanaatindedir. Ayr,nt,l, bilgi için bkz. AYDIN ,s 85.

⁸⁶ AYDIN, s.342 vd.

⁸⁷ ERO LU, s.216.

⁸⁸ LANGHEID/WANDT, § 151, Rn. 11; ERO LU, s.208 ve 217 dpn. 697de yer alan Yarg,tay Hukuk Genel Kurulu 6.2.1974 tarih ve 1973/11-159E ve 1974/93 say,l, karar,.

⁸⁹ AYDIN, S.343.

⁹⁰ RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 12.

almak⁹¹ veya ayr, hesaplamakta serbesttir⁹².

Doktor incelemesinin sigortalanan ki i taraf,ndan reddedilmesi halinde, sigortac, kar ,s,nda çe itli ihtimaller belirir. Öncelikle sözleşme akdedilmesinden önce incelemenin reddedilmesi halinde, sigortac, rizikoyu tespit edemiyor ise sigortac,n,n sözleşme akdetmekten vazgeçmesi gündeme gelir. Sözleşmenin akdedilmesinden sonra incelemenin reddedilmesi halinde, sigortac,n,n sözleşmenin fesih edip edemeyece i ve inceleme hususunda herhangi bir masraf yap,lm, ise sigorta ettirenden bu masraflar,n kar ,lamas,n, talep edip edemeyece i gündeme gelir. Alman hukukunda bu hususlar tart, mal,d,r. Böyle bir yükümlülü ün VVG § 151 ba lam,nda cezai art anlam,na gelmedi i sürece mümkün oldu u kabul edilmektedir⁹³. Türk hukuku aç,s,ndan TKHK md. 6/2 dikkate al,nmak kayd, ile cezai art anlam,na gelmedi i sürece vazgeçmenin ve masraf talebinin mümkün oldu u kabul edilebilir.

Sigortalanan ki inin sigorta ettiren olmas, halinde, sigorta ettiren sözleşme akdedilmesi s,ras,nda doktor incelemesine tabi olmak isteyip istemedi ine karar vermelidir. ncelemeyi kabul etmesine ra men uygulama s,ras,nda bundan vazgeçmesi halinde, incelemeden kaynaklanan giderlere sigorta ettirenin katlanması, gerekir. ncelemeye tabi olma karar,na ra men incelemenin reddi halinde, uygun bir sözleşme cezas, veya masrafa katlanması,, incelemeye tabi olma karar,n,n önemine i aret edecektir⁹⁴.

X. SONUÇ

Can sigortalar,nda, sigorta sözleşmesine konu rizikonun belirlenmesi aç,s,ndan sigortalanan ki inin sa l,k durumuna ili kin bilgilerin do ru ekilde tespit edilmesi önem ta ,r. Sigortalanan ki iye ait sa l,k bilgilerinin doktor incelemesi suretiyle elde edilmesi, riziko analizi ve prim tespiti i lemlerinin do ru ekilde yap,lm,na hizmet eder. Doktor incelemesine ili kin yegâne hüküm TTK m.1492'dir. TTK m.1492'de öDoktor incelemesi kenar ba l, , alt,nda ö*Sigorta ettiren ile sigortac, aras,nda, sigorta edilecek ki inin doktor incelemesinden geçmesi kararla t,r,lm, olsa bile, sigortac, sigortalanan ki iyi bu incelemeyi yapt,r,maya zorlayamaz.*ö ifadelerine yer verilmi tir. Madde gerekçesinde ö*sözleşmenin taraf, olmayan sigortal,n,n cismani varl, , üzerinde sözleşme taraflar,n,n tasarruf etmesinin önüne geçilmeye çal, ,ld, ,ö belirtilmi tir. İlgili hüküm sigortalanan ah,s üzerinde yap,lacak bedensel incelemeyi düzenleme alt,na al,r. Ki ilik haklar,n,n korunması, ve üçüncü ki i aleyhine sözleşme yap,lamamas, ilkeleri dikkate al,nd, ,nda, hükmün riziko ahs,n,n incelemeyi reddetmesi halinde, sigorta ettirene herhangi bir yapt,r,m uygulanması, engelleme amac, ta ,r. Bu durum, doktor incelemesinin sigortalanan ki i aç,s,ndan külfet olarak nitelendirilmesiyle de uyumludur. Zira külfete konu davran, ta bulunmay, reddeden veya ihmal eden ki i bu davran, , gerçekte tirmeye mecbur k,l,na ve bu ihlalinden sorumlu tutulamaz.*

ncelemenin gerçekte memesi halinde sigortac,ya sözleşme akdetmekten kaç,nma hakk,n,n tan,nması, TTK m.1492'nin amac, ile örtü memektedir. Çünkü sigortac,n,n sözleşme akdetmekten kaç,nması, halinde, sigortalanan ah,s, sigorta korumas,ndan mahrum kalma korkusu ile (bir anlamda zorla) doktor incelemesine katılmak zorunda kalacaktır. Doktor incelenmesinin gerçekte memesi sebebi ile rizikonun tam belirlenememesi halinde sigortac,n,n sözleşme akdetmekten kaç,nmak yerine daha fazla prim talep etmesinin hükmün amac,na daha uygun bir yakla ,m olaca , söylenebilir.

Sigorta ettiren ve sigortac, aras,nda akdedilen sözleşme sigortalanan ki inin doktor incelemesine tabi olmas, kararla t,r,lsa bile sigortalanan ki inin r,zas, olmaks,z,n incelemenin gerçekte tirilmesi mümkün de ildir. Ayr,ca sigortalanan ki inin r,zas,na binaen ba layan

⁹¹ Prim, iki k,s,mdan oluşur; safi prim ve sigorta giderleri. Safi prim rizikonun kar ,l, ,d,r. Buna sigorta i lemleri dolay,s,yla yap,lacak tüm masraflar eklendi inde gayri safi prim oluşur. Tarifelerde gösterilen bu primdir. KENDER, Rayegân: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Bask., XII Levha, İstanbul 2017, s.237; B LGEN, s.75. Sigortac,l,k Kanunu m.12 gere ince, sigorta tarifeleri, sigortac,l,k esas,na ve genel kabul görmü aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta irketleri taraf,ndan serbestçe belirlenir. Serbesti ilkesine baz, istisnalar getirilmesi mümkündür. Primin bu ilkeyi ihlal eder ekilde belirlenmesi halinde, sigorta sözleşme meleri tüketici i lemi say,ld, , için haks,z art say,l,r. TKHK m.5 gere ince, haks,z art; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşme dâhil edilen ve taraflar,n sözleşme eden do an hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kural,na ayk,r, dü ecek biçimde tüketici aleyhine dengesizli e neden olan sözleşme artlar,d,r. Bu haks,z artlar sigorta ettiren bak,m,ndan kesin olarak hükümsüzdür, (AYHAN/ÇA LAR, s.184).

⁹² RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 7.

⁹³ RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 9.

⁹⁴ RUFFER/HALBACH/SCHIMIKOWSKI, § 151, Rn. 4.

inceleme s,ras,nda sigortalananın ki inin incelemenin devam,na veya gerçekte en incelemeye ra men elde edilen bilgilerin sigortacı ile paylaşılması,na izin vermemesi halinde, doktorun incelemeye devam etmesi veya inceleme sonuçları,na, sigortacı ile paylaşılması, mümkün de ildir.

Doktor, sigortacı ile olan ili kisi aç,s,ndan görü me yardım,mc,s,/ifa yardım,mc,s, s,fat,na sahip olup, inceleme sebebi ile vermi oldu u zararlardan ifa yardım,mc,s,n,n vermi oldu u zararlara ili kin düzenlemeler uyar,ncada da sorumlu tutulur. Doktor, sigortacı taraf,ndan, sigorta ettirenin beyanları,na almak ve inceleme s,ras,nda sigorta edilecek ahs,na sa l, ,n,n hâli hazırdaki durumuna ili kin bilgileri sigortacıya vermekle görevlendirilir. Bu görevi yerine getirirken, doktorun mesleki bilgisi çerçevesinde de erlendirmelerini sigortacı ile paylaşılması, esastır. Bu bağlamda VVG § 70'de yer alan düzenlemede, sigorta sözleşmesinin temsilci aracılığıyla akdedilmesi halinde, temsilcinin bilgisi ile sigortacı,na,n bilgisi hukuken e it olarak kabul edilmektedir. Sigortalananın ki iye ili kin önceki muayene bilgilerinin veya özel bilgilerin doktorca sigortacı ile paylaşılması, ise mümkün de ildir. TTK m.1412'de sigortalananın temsilcisi ve lehtar,na davranışları,na,n sigorta ettirene mal edildi i görülür. Hükümde yer alan ki ilerin bilgi ve davranışları, sigorta ettirenin bilgi ve davranışları, gibi sonuç doğurur. Ancak sigortacı, aç,s,ndan benzer bir düzenlemeye TTK'da yer verilmedi i görülür. TTK'da, VVG § 70 benzeri bir düzenlemeye yer verilmesi hususu üzerinde dü ünülmesi gerekir.

Doktor incelemesi sigortacı, aç,s,ndan bazı masraflara sebebiyet vermektedir. Sigortalananın ahs,na incelemeden vazgeçmesi halinde, inceleme amaç,na yönelik herhangi bir masraf yapılmı ise bunun talep edilmesi mümkün olmalıdır. Sigortalananın ahs,na incelemeye mecbur kalacak nitelikteki taleplerin cezai art anlam,na gelebilece i ve bunda hükmün amacı ile bağda mayaca , gözden kaçırılmamalıdır.

Sözleşme görüşmelerinin gerçekte mesli taraflara ilgili sözleşmeyi akdetme yükümlülüğü yüklenmez. Bu açıdan, sözleşme öncesinde doktor muayenesi gerçekte mi olsa bile sigortacı, aç,s,ndan akit yapma zorunluluğu söz konusu de ildir. Sözleşme görüşmeleri sebebi ile taraflar arasında hâsıl olan güven ili kisi sigortacı, aç,s,ndan TMK m.2 bağlamında bir yükümlülük doğurur. Bu kapsamda, sigortacı taraf,ndan, sigorta ettirenin bava vurusunun uygun bir süre içinde cevaplandırılması, gerekir. Sigorta edilecek ahs,na doktor incelemesini reddetmesi halinde sigortacıya sözleşme akdetmekten kaçınma hakkı,na,n tanınması, TTK m.1492'nin amacı ile örtü memektedir. Bu durumda ilgili ahs,lar sigorta koruması,ndan mahrum kalmaktadır. Bu halde, rizikonun tam belirlenememesi sebebiyle sigortacı,na,n daha fazla prim talep etmesinin daha uygun olacağı , söylenebilir.

KAYNAKÇA


- ADAY, Nejat: Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı, Ve Sonuçları, Beta, İstanbul 2000.
- AK PEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATE , Derya: Türk Medenî Hukuku Bağlamında Hükümleri Ki iler Hukuku C.I, 12. Baskı, Beta, İstanbul 2015.
- AK PEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATE , Derya: Türk Medenî Hukuku Bağlamında Hükümleri Ki iler Hukuku C. I, 12. Baskı, Beta, İstanbul 2015.
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat: Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar, Bağlamında Hükümleri C. I, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- ATAMER, Kerim: -Sigorta Sözleşmeleri Uyumlu,klar,nda Uygulanacak Hükümler Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları, ve Gelece i Sempozyumu (19-20/11/2004), TBB Yayını, İstanbul 2004, s.109-122.
- AYDIN, Sevgican: Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacı,na,n Hakları,-Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan İndirim Hakkı,-,Seçkin, Ankara 2018.
- AYHAN, R,za/ÇA LAR, Hayrettin: Sigorta Hukuku Ders Kitabı, C. II, Yetkin, Ankara 2018.
- BA , Beyhan: -Hasta Vasiyetnamesi: Ötenazi Mi? Yoksa Kendi Kaderini Kendi Belirleme Hakkı, M,?ø Zeitschrift für die Welt der Türken 5(1), 2013, s.275-289.
- BALGEN, Mahmut: Ö retisi ve Uygulamada Sigorta Hukuku, Adalet, Ankara 2017.
- BOZKURT, Tamer: Sigorta Hukuku, 11. Baskı, XII Levha, İstanbul 2018.
- DEM RAYAK, Ezgi Başak: Hayat ve Sağlık Sigortası, Sözleşmelerinde Genetik Test Sonuçları,na,n Kullanılması, Adalet, Ankara 2014.
- DEMİR Ö LU, Huriye Reyhan: Güven Esası, Uyar,ncada Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranışın Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin, Ankara 2009.
- DURAL, Mustafa/Ö Z, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt I Ki iler Hukuku, 17. Baskı, Filiz, İstanbul

- 2016.
- EREN, Fikret: 6098 Sayılı, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Yetkin, Ankara 2014.
- EROLU, Sevilay: Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında Hükümler, Yetkin, Ankara 2005.
- HACIOĞUROĞLU, Oğuzhan: "Sigorta Sözleşmelerinin Kurulması Safhasındaki Sigorta Ettiğinin Beyan Yükümlülüğünün Culpam in Contrahendo Sorumluluğuna Açısından Değerlendirilmesi" TFM, S.2, 2015, s.49-70.
- HAKER, Hakan: Tıp Hukuku 12. Baskı, Yetkin, Ankara 2017.
- KENDER, Rayegân: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, XII Levha, İstanbul 2017.
- KILIÇ GÜNE, Bahadır: Hekimin Hukuki Sorumluluğuna, Legal, İstanbul 2016.
- KOCAYUSUFPAOĞLU, Necip/HATEM, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III, 7. Baskı, Filiz, İstanbul 2016.
- LANGHEID, Theo/R. XECKER, Roland/GAL, Jens/GROTE, Joachim: Versicherungsvertragsgesetz, 6. Auflage, C.H.Beck, München 2019.
- LANGHEID, Theo/WANDT, Manfred: Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Auflage, C.H.Beck, München 2017.
- MEMİŞ, Tekin: "Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Hükümler, Yargısal Denetim ve Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu (19-20/11/2004)", TBB Yayını, İstanbul 2004, s.123-149.
- MEMİŞ, Tekin: Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Hükümler, Yargısal Denetim, XII Levha, İstanbul 2016.
- ÖZMAN, Kemal M./SEÇEL, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 9. Baskı, Filiz, İstanbul 2009.
- ÖZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Baskı, Vedat, İstanbul 2016.
- ÖZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, Vedat, İstanbul 2017.
- ÖZDAMAR, Mehmet: Sigortacı Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Yetkin, Ankara 2009.
- ÖZTAN, Bilge: Hukuk Hukukî Hükümler, 6. Baskı, Turhan, Ankara 1994.
- ÖZTAN, Fırat: Sigorta Akdinin Nihai Hükümler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1966.
- ÖZTÜRK, Yıldırım: Sigorta Sözleşmelerinde Akit Öncesi Hükümler ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, Ankara 2014, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi.
- PROLSS, Jürgen/MARTIN, Anton: Versicherungsvertragsgesetz, 30. Auflage, C.H.Beck, München 2018.
- QUAAS, Michael/ZUCK, Rüdiger/CLEMENS, Thomas/GOKEL, Julia Maria: Medizinrecht, 4. Auflage, C.H.Beck, München 2018.
- RUFFER, Wilfried/HALBACH, Dirk/SCHIMIKOWSKI, Peter (Editör): Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015.
- EKER ÖZ, Zehra: "Sözleşme Öncesi Hükümler Görevi", ÜNAN, Samim/Yazıcıoğlu, Emine (ed.) Sigorta Hukuku Sempozyumları, XII Levha, İstanbul 2018, s.156-172.
- ENOCAK, Kemal: "Sorumluluk Sigortalarında Sözleşme Öncesi Hükümler", ÜNAN, Samim/YAZICIOĞLU, Emine (ed.), Sigorta Hukuku Sempozyumları, XII Levha, İstanbul 2018, s.181-193.
- ENOCAK, Kemal: Hayat, Sigorta Edilecek Kişiler (Riziko Hükümleri), BAT DER, XXVIII(4), 2012, s.47-82.
- ENOCAK, Zariye: Borçlunun Faide Yararından Dolay Sorumluluğuna, Dayanıklı, Ankara 1995.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELOĞLU, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, İstanbul 2016.
- ULAŞ, İsmail: Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, 2. Baskı, Turhan, Ankara 2002.
- ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Hükümleri, Altıncı, Kitap, Sigorta Hukuku C. I (Genel Hükümler), XII Levha, İstanbul 2016.
- ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Hükümleri, Sigorta Hukuku, Altıncı, Kitap C. III (Can Sigortaları), XII Levha, İstanbul 2017.

TÜRK YE BANKALAR B RL B REYSEL MÜ TER HAKEM HEYET

THE BANKS ASSOCIATION OF TURKEY CUSTOMER COMPLAINTS ARBITRATION PANEL

Zeynep BAHADIR*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.649124>

Makale Bilgi

Gönderilme: 20/11/2019
Kabul: 16/12/2019

Anahtar Kelimeler

Türkiye Bankalar
Birli i,
Bireysel Mü teri
Hakem Heyeti,
Alternatif
Uyu mazl,k Çözüm
Yöntemleri,
Bireysel Mü teri,
Tüketici
Uyu mazl,klar,.

Article Info

Received: 20/11/2019
Accepted: 16/12/2019

Keywords

The Banks Association
of Turkey,
Customer Complaints
Arbitration Panel,
Alternative Dispute
Resolutions,
Customer,
Consumer Disputes.

Özet


5411 sayılı, Bankacılık Kanununun 80. maddesinin j bendine dayanarak, Türkiye Bankalar Birli i nezdinde Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kurulmu tur. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin amacı, Türkiye Bankalar Birli i üyeleri ile bireysel mü teriler arasındaki uyu mazlıkların değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulması, temin etmi olan uyu mazlıklarla ilgili Bireysel Mü teri Hakem Heyeti incelemeye yapamaz. Ayrıca bireysel nitelik taşıyan ticarî, zirai ve benzeri faaliyet konularıyla ilgili bankacılık işlemlerinden kaynaklananlar ile tüzel kişiler tarafından yapılan başvurular da Bireysel Mü teri Hakem Heyetince incelenemez. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin kararları, bağlayıcı, olmasından, uyu mazlık hakkında yargı yoluna başvurulabilir. Ancak Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin tutar, işlem başına 2019 yılı için 3.692 TL'ye kadar olan uyu mazlıklarla ilgili kararları, yargı yolu açık olmak üzere bankalar tarafından uygulanmak zorundadır. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteliği, bir çeşit alternatif uyu mazlık çözümü yöntemidir. Bu sayede yargının yükünün azaltılması, ile uyu mazlıkların daha az masraf ve emekle daha hızlı çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır.

Abstract

Customer Complaints Arbitration Panel has been established in reliance upon provisions of paragraph (j) of Article 80 of the Banking Law no. 5411. The purpose of this Arbitration Panel is evaluation and resolution of disputes that may arise between the Association's members on one side and their individual customers on the other side. Complaints which are already referred to courts, or the Insurance Arbitration Commission, or the Consumer Arbitration Panels, cannot be examined by Customer Complaints Arbitration Panel. In addition, applications arising out of banking transactions which are related to commercial, agricultural, etc. issues but are non-individual and which are filed by legal entities cannot be examined by Arbitration Panel. Since the decisions of the Customer Complaints Arbitration Panel are not binding, it is possible to be taken legal action against the dispute. However, the decisions of the Customer Complaints Arbitration Panel regarding disputes amounted up to TL 3.692 per transaction for 2019 must be enforced by the banks, providing that all judicial remedies are reserved in connection therewith. Customer Complaints Arbitration Panel is a kind of alternative dispute resolutions. The purpose of this way is to reduce workload of the judiciary, resolve disputes faster with less expense and effort.



Bu eser [Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Ar . Gör. Dr., Ankara Hac, Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku ABD.
 zeynep.bahadir@hby.edu.tr ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7293-8060>

I. G R

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 80. maddesinin 5. bendine göre Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile diğer kanunlarla tanımlanan, müracaat hakları saklı kalmak kaydıyla üye bankalar ve bireysel mü teriler arasındaki ihtilafların derlendirilmesi ve çözüme kavuşturulması, temin etmek üzere hakem heyeti oluşturmakla görevli ve yetkili kurulmuştur. Bu hükme dayanarak, Türkiye Bankalar Birliği bünyesinde, bireysel bankacılık hizmetleriyle ilgili olarak mü terilerin bankalarla ya da diğer anlaşımların derlendirilmesi için başvurabilecekleri Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kurulmuştur.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin amacı, Birlik üyesi bankalar ile bireysel mü teriler arasındaki anlaşmazlıkların incelenmesi ve taraflar arasında uzlaşma sağlanması olarak ifade edilmektedir. Bireysel Mü teri Hakem Heyetine başvurulabilecek konular, sadece gerçek kişiler olup, gerçek kişilerin bireysel içerikli olmayan örneğin ticarî veya ziraî faaliyetleri, Hakem Heyetinin faaliyet alanı değildir. Bu kapsamda gerçek kişilerin bireysel içerikli olan bankacılık işlemlerinden, banka ve kredi kartları, tüketici kredileri, sigortacılık işlemleri gibi faaliyetleri, aynı zamanda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla tâbi birer tüketici işlemidir. Zira ticarî veya meslekî olmayan amaçla hareket eden gerçek kişiler, 6502 sayılı Kanun anlamında tüketici sayılmamıştır. 6502 sayılı Kanunun 68. maddesinin 5. fıkrasına göre ise tüketicilerin, tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğuna rağmen, ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmaları mümkündür. O hâlde gerçek kişilerin bankalardaki bireysel işlemleriyle ilgili gidebilecekleri Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin görevleri, hukukî statüsü ve verebileceği kararlar ile bu kararların bağlayıcılığı olup olmadığı, bu kararlara karşı gidilebilecek hukukî yollar gibi bazı hususların medenî usûl hukuku yönünden incelenmesi kanaatimizce önem arz etmektedir.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle, Bireysel Mü teri Hakem Heyetiyle ilgili genel bilgilere genel hatlarıyla yer verilmiştir; daha sonra bu çalışmamızın esas önem arz eden Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin verdiği kararların hukukî niteliği, Hakem Heyetinin tarafsız olup olmadığı, sorunu ve Hakem Heyetine başvurunun zamanında ve hak dü ürücü sürelerle etkisi medenî usûl hukuku kapsamında incelenmiştir. Çalışmamızın her ne kadar Türkiye Bankalar Birliği nezdinde kurulan Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ilkin olsa da, yapılacak tespitler Türkiye Katılım Bankaları Birliği Bireysel Mü teri Hakem Heyeti için de geçerlidir.

II. B İREYSEL MÜ TER HAKEM HEYET İLE İLGİLİ GENEL B İLGİLER

A. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin Kurulu Amacı,

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin amacı, Bankacılık Kanununun 80. maddesinin 5. bendinde, Birlik üyesi bankalar ile bireysel mü teriler arasındaki anlaşmazlıkların incelenmesi ve taraflar arasında uzlaşma sağlanması olarak ifade edilmektedir. Bu sayede yargı ve keza Tüketici Hakem Heyetlerinin yükünün azalması amaçlanmaktadır; aynı zamanda bireysel mü terilerin bankalarla arasındaki anlaşmazlıkların, bundan uzlaşma sağlanmasını, noktasında, uyuşmazlıkların yargıya intikal etmesinden önce Hakem Heyeti vasıtasıyla çözümünü istemek usûl ekonomisini de gerçekleştirmektedir. Zira Hakem Heyetinin tarafların uzlaşmasını sağlama sonucunda, bireysel mü teriler bundan zaman kaybını önleyerek, bu kişilerin uyuşmazlıklarını, biran evvel çözmesini temin etmesidir. Ayrıca Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin sunduğu hizmetler ücretsizdir. O hâlde Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin amacı, usûl ekonomisini temin etmek olarak ifade etmek kanaatimizce yanlı olmayacaktır. Zira bireysel mü teriler bundan uyuşmazlıkların daha basit, ucuz ve daha hızlı bir şekilde çözümü Hakem Heyeti vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.

Bu noktada, usûl ekonomisi bundan, Bireysel Mü teri Hakem Heyetine başvurma, Heyetin verdiği kararlar bağlayıcı olmadığından ve bu kararlara karşı yargı yoluna gitmek mümkün olduğu için, aynı zamanda uyuşmazlıkların uzatılmadan, bir fonksiyonu meydana getirdiğini ifade etmek gerekir. Bireysel mü teri veya banka, Hakem Heyetinin verdiği karardan tatmin olmadığı takdirde yargı yoluna başvurabileceğinden, Hakem Heyetinde geçen süre, uyuşmazlıkların çözümünü kısıtlamak yerine, bilakis uzamasına sebebiyet verici bir fonksiyon meydana getirmektedir. Ancak doktrinde, özellikle arabuluculuk özelinde, anlaşma

¹ Bundan sonra Birlik olarak ifade edilecektir.

sa lanamamas, hâlinde dava yoluna gidilmesinin uyu mazl,k çözüm sürecinin uzat,lmamas, olarak görülmemesi gerekti i; zira alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,n,n, dava yolundan önce ba vurulmas, ihtiyarî olan bir ön ad,m ekinde düzenlenmesinin, bu yollar,n amac,na ve temelinde yatan gönüllülük ilkesine uygun oldu u; ayr,ca bu yollar,n hak arama özgürlü ünü k,s,tlamamas,n,n bir meziyet olarak görülmemesi gerekti i ifade edilmiştir².

Burada getirilebilecek bir di er çözüm de, Hakem Heyetinin ba lay,c, nitelikte kararlar vermesi ve kararlar,n ilâm niteli ine haiz olmas,, bu sayede uyu mazl,k kesin olarak çözülece inden usûl ekonomisi ilkesine daha çok hizmet edilece idir. Ayn, ele tiri Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetlerinin ba lay,c, kararlar vermedi i 4077 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanunonun yürürlükte oldu u dönemde de getirilmiştir³.

Kanaatimizce, Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteli ine bak,ld, ,nda⁴, Hakem Heyetine ba vurunun zorunlu de il, bilakis gönüllülük esas,na dayanmas, ve kararlar,n,n ba lay,c, olmamas, son derece önemlidir. Zira Hakem Heyetinin ba lay,c, nitelikte kararlar vermesi, hak arama özgürlü ü ile adalete eri im hakk,n, k,s,tlayaca ,ndan, adil yarg,lanma hakk,n, ihlal edecektir. Bu husus da Hakem Heyetinin hukuk düzenimizdeki mevcudiyetiyle ilgili önemli bir sorun te kil edecektir. Bireysel Mü teri Hakem Heyetine gidilmesinin gönüllülük esas,na dayanmas, ise verdi i kararlar,n benimsenmesi ve yarg,ya ba vuru say,s,n, azaltmas, bak,m,ndan önemlidir. O hâlde bireysel mü teriler uyu mazl,klar,n,n daha h,zl, bir ekinde çözümlenmesini istiyorsa, Tüketici Hakem Heyetine, Sigorta Tahkim Komisyonuna veya yarg,ya henüz intikal etmemi uyu mazl,klarda Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ba vurabilir.

B. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin Hukukî Dayana ,

Bireysel Mü teri Hakem Heyeti, 5411 say,l, Bankac,l,k Kanunonun 80⁴nci maddesinin *öj* bendi kapsam,nda, Türkiye Bankalar Birli i bünyesinde kurulmu tur. Bankac,l,k Kanunonun ilgili maddesine göre, *ö4077 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun hükümleri ve di er kanunlarla tan,nm, müracaat haklar, sakl, kalmak kayd,yla üyeler ve bireysel mü terileri aras,ndaki ihtilaflar,n de erlendirilmesi ve çözüme kavu turulmas,n, temin etmek üzere haz,r,layacaklar, ve Kurulca onaylanan usûl ve esaslar dâhilinde hakem heyeti olu turmakö* Türkiye Bankalar Birli i ve Türkiye Kat,l,m Bankalar, Birli için görev ve yetkileri aras,ndadır.

Bankac,l,k Kanunonun 80⁴nci maddesinin *öj* bendine dayan,larak ve Bankac,l,k Düzenleme ve Denetleme Kurumunun⁵ uygunluk görü üyle *öBireysel Mü teri Hakem Heyetinin Olu umu, Çal, ma Esas ve Usûlleri Hakk,nda Tebli ö⁶* haz,r,lanm, t,r. Bu tebli in amac,, *öBirlik üyeleri ile bireysel mü terileri aras,ndaki uyu mazl,klar,n de erlendirilmesi ve çözüme kavu turulmas,n, temin etmek üzere Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin olu umu, yetki, görev ve sorumluluklar, ile Heyete ba vuruya ili kin usûl ve esaslar, düzenlemektirö* (Tebli m.1).

Bunun yan, s,ra, *öBireysel Mü terilerce Yap,lan Ba vurular, De erlendirmede Bankalar,n Uymalar, Gereken Asgari Esas ve Usûllerö* de Bankac,l,k Kanunonun 76⁴nc, maddesinin birinci f,kras, ile 80⁴nci maddesinin *öcö* bendine dayan,larak haz,r,lanm, t,r.

C. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin Olu umu

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin nas,l olu turulaca ,, Tebli ⁴ncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Bireysel Mü teri Hakem Heyeti, Türkiye Bankalar Birli i bünyesinde görev yapmak üzere kurulur ve Birlik taraf,ndan gerekli görülürse birden fazla Heyet kurulabilir.

Bu Tebli ile 14 May,s 2013 tarihli *öMü teri ikâyetleri Hakem Heyetinin Olu umu, Çal, ma Esas ve Usûlleri Hakk,nda Tebli ö* hükümleri yürürlükten kald,r,lm, t,r. Tebli

² ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyu mazl,k Çözümü, Cilt 2, 4. Bask,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2016, s.974-975.

³ ULUKAPI, Ömer: *öTüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun Çerçevesinde Uyu mazl,klar,n Çözüm Yollar,* (Tüketici Mahkemeleri)ö, SÜHFD, 5(1-2), 1996, Prof. Dr. M. akir Berkioye Arma an, s.81.

⁴ Ayr,nt,l, bilgi için bkz. III/A.

⁵ Bundan sonra Kurum olarak ifade edilecektir.

⁶ Bundan sonra Tebli olarak ifade edilecektir.

hükümlerine göre olu turulmas, gereken Heyet ya da Heyetlerin ise en geç 30 Eylül 2017 tarihine kadar olu turulmas, gerekmektedir. Bu kapsamda, Türkiye Bankalar Birli i nezdinde dört adet Hakem Heyeti olu turulmu tur. Bu Heyetler; öBanka Kartlar, ve Kredi Kartlar, Bireysel Mü teri Hakem Heyetiö, öTüketici Kredileri Bireysel Mü teri Hakem Heyetiö, öSigortac,l,k lemleri Bireysel Mü teri Hakem Heyetiö ile öDi er Bankac,l,k Ürün ve Hizmetleri Bireysel Mü teri Hakem Heyetiödir.

Tebli ın 4üncü maddesine göre Hakem Heyeti,

öikisi Kurum taraf,ndan, üçü de Birli in Heyet üyesi olarak belirledi i bankalar taraf,ndan görevlendirilen be temsilciden olu ur. Banka temsilcilerinin hukuk, iktisat, finans, maliye, bankac,l,k, i letmecilik, kamu yönetimi, i letme mühendisli i veya endüstri mühendisli i alanlar,nda en az lisans düzeyinde ö renim görmü ve bankac,l,k alan,nda en az 7 y,l deneyim sahibi olmas,, bankalarda imza yetkisini haiz görevli olarak çal, ma artlar,n, ta ,mas, ve haklar,nda (Bankac,l,k) Kanunün 26nc, maddesinin ikinci f,kras, hükümlerinin uygulanmam, olmas, zorunludur.

Birlik taraf,ndan belirlenecek süre zarf,nda, Hakem Heyeti olu umu için hukukçu ve/veya bankac,ö temsilcisi ile görev yapmak üzere üye aday, olan banka isimleri Birli e iletilir. Birlik, aday olan bankalar aras,ndan üç as,l üç yedek üye seçer. Birlik taraf,ndan üye olarak seçilen bankalar, birer temsilci bildirir. Her bir Heyetin üye temsilcilerinden en az birinin, hukuk alan,nda lisans düzeyinde ö renim görmü olmas, artt,r. Heyet kendi içinden bir Ba kan seçerö.

Görüldü ü üzere Bireysel Mü teri Hakem Heyeti üyelerinden en az birinin hukukçu olmas, zorunludur. Heyet ba kan,n,n ise hukukçu olma zorunlulu u yoktur. Tüketici Sorunlar, Hakem Heyeti kararlar,n,n tüketici mahkemesinde delil olarak kullan,ld, , 4077 say,l, Kanunün yürürlükte oldu u dönemde, kararlar,n delil mahiyeti sebebiyle, heyetin olu umu bak,m,ndan ba kan,n hukukçu olmamas,, karar,n yaz,lmas, ve gerekçelendirilmesi hususunda yetersiz olaca ,, taraflara yeteri kadar iddia ve savunma hakk, tan,nmadan ve gösterilen deliller titizlikle incelenmeden kararlar verilmesi sebebiyle ele tirilmi ti⁷. Her ne kadar Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar,n,n delil olarak kullan,labilece ine dair bir düzenleme bulunmasa da⁸, ayn, ele tirinin burada da getirilmesi mümkündür.

Hakem Heyetinin,

öasil üye temsilcilerinden toplant,ya kat,lamayanlar,n yerine görev yapmak üzere asil üye temsilcilerinin niteliklerini haiz birer yedek üye temsilcisi belirlenir. Asil ya da yedek üye bankalar,n temsilcilerinin toplant,ya kat,lamad, , durumda, o toplant,ya münhas,ran en çok bir Birlik çal, an,, kat,lamayan Banka temsilcisinin yerine görev yapar. Banka temsilcisinin yerine görev yapacak Birlik yetkilisinin, hukuk, iktisat, finans, maliye, bankac,l,k, i letmecilik, kamu yönetimi, i letme mühendisli i veya endüstri mühendisli i alanlar,nda en az lisans düzeyinde ö renim görmü olmas, ve haklar,nda (Bankac,l,k) Kanunün 26nc, maddesinin ikinci f,kras, hükümleri uygulanmam, olmas, zorunludurö.

öKurum temsilcileri birden fazla Heyette asil ve yedek olarak görev yapabilirler. Belirli bir bankac,l,k ürün ya da hizmetiyle ilgili birden fazla Heyet olu turulmas, hâlinde, Banka temsilcileri de ayn, bankac,l,k hizmet ve ürünüyle ilgili birden fazla Heyette görev yapabilir. Kurum temsilcileri ve Birlik yetkilileri için ikinci f,krada belirtilen yedi y,ll,k süre art, aranmazö.

Tebli ın 5öncü maddesine göre ise, öüye bankalar,n görev süresi iki y,ld,r. Süresi biten üyenin ayn, göreve yeniden seçilmesi mümkündürö.

öA ,r bir hastal,k veya rahats,zl,k nedeniyle i görememe, ölüm, vesayet alt,na al,nma, istifa hâlleri ile üye Banka temsilcileri için geçerli olmak üzere, 4üncü maddede belirtilen artlar,n kaybedilmesi veya mazeretsiz olarak bir takvim y,l,nda toplam iki toplant,ya kat,lmama hâllerinden birinin varl, , durumlar,nda, temsilcilerin görevi son bulur. Banka temsilcilerinin mazeretlerine ba l, olarak görevlerine devam edip etmeyecekleri Birlik taraf,ndan de erlendirilir. Görevi son bulan ya da görevi de i en ve Heyetteki görevine devam edemeyen banka temsilcisinin ya da Kurum temsilcisinin yerine, o bankadan ya da Kurumdan yeni bir temsilci bildirmesi talep edilir. Birlik taraf,ndan talep edilen sürede, ilgili banka taraf,ndan yeni bir temsilci bildirilmedi i takdirde, Heyete üye olmak için ilgili dönemde aday olmu bankalardan, bir temsilci bildirmesi talep edilir. Yeni temsilci, yerine geçece i temsilcinin kalan süresi boyunca görev yaparö.

⁷ PEKCANITEZ, Hakan: öTüketici Sorunlar, Hakem Heyetiö, Makaleler Cilt I, On ki Levha Yay,nlar,, stanbul, 2016, s.359.

⁸ Ayr,nt,l, bilgi için bkz. III/A.

D. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin Görev ve Yetkileri

Bireysel Mü teri Hakem Heyeti, Birlik üyesi bankalar ile bireysel mü teriler aras,nda ortaya ç,kan uyu mazl,klar, de erlendirmek ve çözüme kavu turmakla görevli ve yetkilidir. Hakem Heyeti, Tebli ón 7ónci maddesinde belirtilen uyu mazl,klar d, ,ndaki tüm uyu mazl,klar, inceler. Heyete ba vurulamayacak bu uyu mazl,klar ise Tebli ón 7ónci maddesinde u ekilde belirtilmi tir;

õa. Banka genel müdürlü ü veya ilgili ubenin cevap tarihini izleyen altm, gün içinde ve ba vuru formu ile birlikte Heyete iletilmek üzere Birli e ula mayan ba vurularö,

õb. Ba vuruya konu i lem veya eylemin gerçekte ti i tarihten itibaren iki y,l içinde Heyete iletilmek üzere Birli e ula mayan ba vurularö,

õc. Yarg,ya, Sigorta Tahkim Komisyonuna veya Tüketici Hakem Heyetlerine intikal etmi olanlarö,

õç. Bireysel nitelik ta ,mayan ticarî, ziraî ve benzeri faaliyet konular,yla ilgili bankac,l,k i lemlerinden kaynaklananlar ile tüzel ki iler taraf,ndan yap,lan ba vurularö,

õd. Bankalar,n personeli hakk,ndaki ba vurular veya sunduklar, ürün ve hizmetler hakk,nda genel mahiyet ta ,yan ba vurularö,

õe. flâs veya tasfiyesine karar verilen bir bankan,n ald, , kararlarla ilgili olanlarö,

õf. Kanunlarda suç olarak öngörülen fiillerö,

õg. Henüz gerçekte memi i lemlerle ilgili olanlarö,

õ . Daha önce Heyet taraf,ndan incelenmi ve karara ba lanm, olanlarö,

õh. Ba vuru sahibinin itiraz hakk, sakl, kalmak kayd,yla, ba vuru sahibi ile banka aras,nda çözüme kavu turulmu olan ba vurularö,

õ., Bankalar,n kredi politikalar, ve kredi de erlendirme, izleme, risk yönetimi ile ilgili olanlarö,

õi. Bankalar,n yurt d, , ubelerince yap,lan i lemlerle ilgili olanlarö.

Görüldü ü üzere her türlü uyu mazl,k Hakem Heyetiönin görev ve yetkisi dahilinde de ildir. Bu kapsamda özellikle önem arz eden husus, Tüketici Hakem Heyetine, Sigorta Tahkim Komisyonuna veya yarg,ya intikal etmi uyu mazl,klarla ilgili Bireysel Mü teri Hakem Heyetiöne ba vurulamayaca ,d,r. Ayr,ca Hakem Heyetine iletilmesinden sonra, Tüketici Hakem Heyetine, Sigorta Tahkim Komisyonuna veya yarg,ya intikal ettirilen ba vurulara ili kin de Heyetin görevi son bulur. Bireysel nitelik ta ,mayan ve tüzel ki iler taraf,ndan yap,lan ba vurular,n da Hakem Heyetince incelenmesi mümkün de ildir.

E. Bireysel Mü teri Hakem Heyetine Ba vuru Usûlü ve Ba vurunun ncelenmesi

Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ba vuru usûlü ile yap,lan ba vurunun nas,l incelenece i de bir ba ka önemli hususu te kil etmektedir. Bu konulara ili kin düzenlemeler Tebli ón 8 ve devam, maddelerinde yer almaktadır.

Öncelikle, Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ba vurulmadan önce Tebli ón 8ónci maddesine göre;

õba vuru, ba vuru sahibi taraf,ndan bankan,n genel müdürlü üne veya ilgili ubesine yaz,l, olarak, internet sayfas, üzerinden veya e-posta yoluyla iletilir.

Genel müdürlük veya ilgili ube taraf,ndan ba vuru sahibine yaz,l, ba vurusunun al,nd, ,na dair tarih ve banka yetkilisinin imzas,n, ta ,yan bir belge verilir. Ba vurunun e-posta yoluyla gerçekte tirilmesi durumunda ise, ba vurusunun al,nd, , ba vuru sahibine ayn, yolla bildirilir. Ba vurunun internet sayfas, üzerinden yap,lmas, hâlinde, ba vurunun yap,ld, ,n, kan,tlay,c, ve tarihini de içerecek ekilde üretilmi bilgi, ba vuru sahibine e-posta yoluyla iletilir veya ba vurunun sonunda, not al,nmas, uyar,s,yla ekranda gösterilmek suretiyle bildirilir.

Bu Tebli kapsam,nda do rudan Kuruma yap,lan yaz,l, ba vurunun, Kurum taraf,ndan Birli e intikal ettirilmesi hâlinde ise, ekinde banka yan,t, olmayan ba vurular, yan,t,n ba vuru sahibine bildirilmesini teminen Birlik taraf,ndan ilgili bankan,n genel müdürlü üne yönlendirilir. Birli e ula mas,n, takiben, bu ba vurular hakk,nda yap,lacak i lemler bak,m,ndan i bu Tebli ón 7ónci maddesi

ve 100uncu maddesinin hükümleri sakl,d,r.

Kuruma do rudan yap,lan ancak ekinde banka yan,t, olan ba vurular,n, do rudan Heyet gündemine al,nmak üzere Kurum taraf,ndan Birli e yönlendirilmesi hâlinde ise, Birli e ula mas,n, takiben, bu ba vurular hakk,nda yap,lacak i lemler bak,m,ndan, i bu Tebli ğın 70nci madde hükümleri, 100nci f,k,ras,n,n (a) bendi hariç olmak üzere sakl,d,r. Kuruma do rudan yap,lan ve Kurum taraf,ndan Birli e intikal ettirilen ba vurunun, daha önceden Birli e de yap,lm, olmas, ve söz konusu ba vuruya Birlik taraf,ndan i lem yap,lm, olmas, hâlinde, i bu maddenin üçüncü ve dördüncü f,k,ras, uygulanmazö.

Bireysel mü terilerin ba vurusu üzerine banka taraf,ndan yap,lacak i lemler, Tebli ğın 90uncu maddesinde düzenlenmi tir. Bu maddeye göre ise,

öbanka genel müdürlü ü veya ilgili ube, ba vuru sahibinin ba vurusunun al,nd, , ya da Birlik taraf,ndan yönlendirildi i tarihten ba layarak otuz gün içinde ba vuru sahibine ba vurusu hakk,nda olumlu ya da olumsuz bir cevap vermek zorundadır. Banka genel müdürlü ünce konunun iç denetim birimine aktar,lm,as,n,n uygun görülmesi hâlinde, gerekli incelemelerin yap,labilmesi için söz konusu süre en fazla on gün uzat,l,r. Bu durum ba vuru sahibine ba vurusunu yapt, , yolla bildirilir. Banka ve kredi kartlar,na ili kin ba vurular hakk,nda, 5464 say,l, Banka Kartlar, ve Kredi Kartlar, Kanunuğun ilgili hükümleri sakl,d,rö.

Ba vuru sahibi taraf,ndan, Tebli ğın 100uncu maddesine göre,

öbanka genel müdürlü ü veya ilgili ubece verilen cevap,n yeterli bulunmamas, durumunda, cevap,n verildi i tarihten veya bankaca süresinde cevap verilmemi olmas, hâlinde cevap verilmesi gereken sürenin bitimini izleyen altm, gün içinde Birlik taraf,ndan olu turulan ba vuru formunun doldurulmas, yoluyla Heyete ba vuruda bulunulabilir. Ba vuru formunda i lemin ve talebin ne oldu unun somut ve aç,k olarak belirtilmesi zorunludurö.

Tebli ğın 110nci maddesine göre ise;

öusulüne uygun olarak yap,lm, olan ba vurularla ilgili olarak ba vurunun kayda al,nd, , tarihten itibaren Birlik taraf,ndan, on be gün içinde ilgili bankadan konuya ili kin görü leri ile gerekli bilgi ve belgeleri iletmesi istenir. Bu süre Kurum taraf,ndan do rudan gündeme al,nmak üzere Birli e yönlendirilen ba vurular için ba vurunun kayda al,nd, , tarihten itibaren otuz gündür. İlgili banka taraf,ndan, istenilen bilgi ve belgelerin, Birlik taraf,ndan bankaya ula t,r,lm,as,n, izleyen yirmi gün içinde Birli e iletilmesi zorunludur. Bankan,n Birli e iletice i yaz,l, talebi üzerine bu süre bir defaya mahsus olmak üzere on gün uzat,labilir.

Banka taraf,ndan, Birli e ba vurunun çözümlendi ine ili kin yan,t verilmesi hâlinde, banka yan,t,n,n al,nmas,n, izleyen yirmi gün içinde söz konusu ba vurunun gündemden ç,kar,ld, , hakk,nda Birlik taraf,ndan ba vuru sahibine bilgi verilir. Ba vuru sahibinin, ba vurusunun gündemden ç,kar,lm,as,na ili kin itiraz, olmas, hâlinde, Birli in bildirim yaz,s,n,n ula t, , tarihten itibaren otuz gün içinde itiraz,n, yaz,l, olarak Birli e bildirmesi gerekir.

Ba vuruya ili kin itiraz, i bu Tebli ğın 70nci maddesindeki hükümler sakl, kalmak kayd,yla Birlik taraf,ndan de erlendirilir. Ba vurunun yeniden gündeme al,nmas, halinde, i bu Tebli ğın 120nci maddesinin 100nci f,k,ras,nda yer alan 90 günlük süre, ba vuru sahibinin itiraz,n,n al,nd, , tarihte ba lar.

Banka taraf,ndan bu maddenin birinci f,k,ras,nda belirtilen süreler geçtikten sonra iletilen bilgi ve belgeler hakk,nda Heyete bilgi verilir. Süresi d, ,nda gönderilen bilgi ve belgelerin de erlendirmeye al,n,p al,nmayaca ,n, Heyet belirler.

Heyet, ba vurular,n de erlendirilmesi sürecinde ara karar vermek suretiyle taraflardan süre vererek ek delil, bilgi ve belge isteyebilir. Heyetin ara karar vermesi, i bu Tebli ğın 120nci maddesinin 100nci f,k,ras,nda yer alan 90 günlük süreyi durdururö.

Hakem Heyeti incelemesini yaparken ve karar verirken, bu konuda herhangi bir düzenleme olmasa dahi, sadece tek taraf, dinleyerek karar vermemelidir. Zira Heyet önünde çözülen uyu mazl,klar çeki meli yarg,ya dahil olan uyu mazl,klar oldu undan, Heyetin mutlaka iki taraf, da dinleyerek karar vermesi gerekir; aksi takdirde hukukî dinlenilme hakk, ihlal edilmi olur⁹.

Taraflar, ve konusu ayn, olan bir uyu mazl,kla ilgili Hakem Heyetine birden fazla ba vuru yap,lm,as,yla ilgili Tebli ğde herhangi bir düzenleme olmamakla birlikte, bu hususun mümkün olmad, ,n, ifade etmek gerekir. Aksi takdirde derdestlik itiraz,nda bulunulabilmelidir.

⁹ AKCAN, Recep: öHal Hakem Heyetiö, DEÜHFD, 16, Özel Say, 2014, (Bas,m: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcan,tezö Arma an, s.27-28.

F. Bireysel Mü teri Hakem Heyeti Kararlar,

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin toplanmas, ve karar nisab, Tebli ın 13üncü maddesinde düzenlenmi tir. Bu maddeye göre;

*õ*Toplant, gündemi, Birlik taraf,ndan ba vuru tarihleri esas al,narak tespit edilir ve toplant,dan en az yedi gün önce yaz,l, olarak temsilcilere bildirilir. Birlik, banka kartlar, ve kredi kartlar, ile ilgili ba vurular,n gündemde oldu u toplant,lara, Bankalararas, Kart Merkezi A. .den bir yetkili davet edebilir. Söz konusu irketi temsilen toplant,ya kat,lacak bir as,l bir yedek yetkili i bu Tebli ın yürürlü e girdi i tarihte, Bankalararas, Kart Merkezi A. . taraf,ndan Birli e, yaz,l, olarak bildirilir. Toplant,ya kat,lan Bankalararas, Kart Merkezi A. . yetkilisi, temsilcilerin talebi hâlinde görü verebilir; ancak oy hakk, bulunmad, , için karara ili kin oylamaya kat,lamaz.

Heyet, en az üç temsilcinin veya Birlik yetkilisi ile iki temsilcinin haz,r bulunmas,ya ve yap,lan ba vurulara ili kin i yükü dikkate al,narak toplan,r. Her halükârda heyette bir Kurum temsilcisi ve bir hukukçu banka temsilcisi bulunmas, zorunludur. Kararlar salt ço unluk ile al,n,r. Temsilciler ve Birlik yetkilisi çekimsiz oy kullanamazlar

Temsilcilerin toplant,larda bulunmalar, esast,r. Banka temsilcilerinden mazeretli olanlar, mazeretlerini Birli e yaz,l, olarak bildirir. Bu durumda Birlik taraf,ndan toplant,ya yedek üyelerden birinin ayn, statüdeki temsilcisi davet edilirö.

Görü me ve oylaman,n nas,l yap,laca , ise Tebli ın 14üncü maddesinde düzenlenmi tir. Buna göre;

*õ*Ba vurular, tarih s,ras,na göre görü üdür. Ba kan ba vurunun görü ülmesinde söz isteyenlere bir s,ra dâhilinde söz verir. Görü meler tamamland,ktan sonra gündem maddesi oylamaya sunulur. Oylamalar aç,k oyla yap,l,r. Heyette görü ülererek karara ba lanan bir ba vuru hakk,nda tekrar oylama yap,lamaz. Yarg, mercilerince karara ba lanabilecek ba vurular ile maddî ve manevî tazminat talepleriyle ilgili ba vurular hakk,nda Heyet görevsizlik karar, verebilirö.

Hakem Heyetinin ba vuruyu sonuçland,rmas, ve kararlar,n, ilgililere bildirmesi ile bu kararlar,n etkileri, Tebli ın 12üncü maddesinde düzenlenmi tir. Buna göre;

*õ*Heyet taraf,ndan banka ile ba vuru sahibi aras,ndaki ihtilafl, husus incelenerek, ba vurunun kayda al,nd, , tarihten itibaren en geç 90 gün içinde gerekçeli olarak sonuçland,r,l,r ve verilen karar 20 gün içinde Birlik taraf,ndan ilgili bankan,n genel müdürlü üne ve ba vuru sahibine bildirilir.

Heyet, ayn, Heyet türü ile ilgili olmak üzere, birden fazla say,da i leme ili kin ayn, ki i taraf,ndan yap,lan her bir ba vuruyu tek bir ba vuru gibi ele alarak karara ba layabilir. Heyetin, tutar, i lem ba ,na 2.528,20 TLöye kadar olan (2019 y,l, için 3.692 TL) uyu mazl,klarla ilgili kararlar, yarg, yolu aç,k olmak üzere bankalar taraf,ndan uygulan,r. Banka, karar,n kendisine ula mas,n, izleyen 15 gün içinde; karar,n gere ini yerine getirir, ba vuru sahibini bilgilendirir ve her bir i lem ile ilgili Birli e yaz,l, olarak bilgi verir. Ba vuru sahibi, Heyet karar,na ili kin Birlik taraf,ndan kendisine gönderilen yaz,n,n ula ma tarihini izleyen 15 günlük sürenin bitimini takiben Birli e karar,n uygulanmad, , konusunda yaz,l, olarak ba vuruda bulunabilirö.

O hâlde 2019 y,l, için 3.692 TLöye kadar olan uyu mazl,klarla ilgili kararlara bankalar uymak zorundayken¹⁰; 3.692 TLın üstündeki uyu mazl,klar bak,m,ndan ise sadece bu mebla a kadar olan k,sma uyma zorunluluklar, olup, mebla , a an k,s,m bak,m,ndan böyle bir zorunluluk yoktur. Burada belirtilen üst s,n,r, her sene Ocak ay,nda, Türkiye statistik Kurumu taraf,ndan yay,mlanan y,ll,k tüketici fiyat endeksi de i im oran,nda artt,r,l,r.

Hakem Heyeti kararlar, her ne kadar ba lay,c, nitelikte olmasa da, t,pk, Tüketici Sorunlar, Hakem Heyeti kararlar,n,n ba lay,c, olmad, , (4077 say,l, Kanunün yürürlükte oldu u) dönemdeki kararlar, bak,m,ndan doktrinde kabul edildi i gibi, uyu mazl,k konusu, taraflar,n iddia ve savunmalar,, ileri sürdükleri deliller ile varsa bilirki i raporunun de erlendirilerek gerekçeli olarak yaz,lmas, gereklidir¹¹. Bu hususa ili kin düzenleme Tebli ın 16üncü maddesinde yer almaktad,r. Bu maddeye göre Hakem Heyeti kararlar,nda ökarar,n tarih ve say,s,, karar, veren temsilcilerin ad ve soyadlar, ve imzalar,, taraflar,n ad, unvan ile ba vuru sahibinin TC kimlik numaras,, ba vuru ve savunman,n özeti, incelenen ve tart, ,lan teknik ve hukukî konular,n özeti, ileri sürülen bütün delil ve aç,klamalar,n de erlendirilmesi, karar,n

¹⁰ Bankalar,n bu kararlara uymamas,n,n sonuçlar, için bkz. II/G.

¹¹ PEKCANITEZ, Tüketici, s.364.

gerekçesi ve dayana ,, muhalif kalan temsilcilerin gerekçeleri, sonuç ve konusu parayla ölçülebilen ba vurularda karara konu olan tutarö,n bulunmas, zorunludur. Ayr,ca 17ünci maddeye göre, öHeyet kararlar, ile ba vuru konusu belgelerin be y,l süre ile saklanmas, zorunludur.

G. Bireysel Mü teri Hakem Heyeti Kararlar,na Kar , Ba vuru Yollar,

Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar, taraflar, ba lay,c, nitelikte de ildir. Bu sebeple, verilen karar, kabul etmeyen taraf, uyu mazl, ,n türüne göre, Tüketici Hakem Heyetine, Sigorta Tahkim Komisyonuna, tüketici mahkemesine yahut da görevli genel mahkemeye ba vurabilir. Bu kapsamda Birlik üyesi bankalar taraf,ndan 2019 y,l, için 3.692 TLöye kadar olan uyu mazl,klar bak,m,ndan Hakem Heyeti kararlar,n, uygulama zorunlulu u bulunsa da, karardan tatmin olmayan bankalar,n da yarg, yoluna ba vurmas, mümkündür. Ayr,ca bu kararlar ba lay,c, olmad, ,ndan cebrî icras, da mümkün olmamakta ve her ne kadar 3.692 TLöye kadar olan kararlar,n bankalar taraf,ndan uygulanma zorunlulu u bulunsa dahi, bu karar, uygulamayan bankalar için cebrî icra yoluna gidilememektedir.

Bu mebla a kadar olan uyu mazl,klarla ilgili banka karar, uygulamazsa, bireysel mü terilerin ba vurabilece i yol ise Tebli ün 20üncü maddesinde düzenlenmi tir. Buna göre;

öTebli ø ayk,r, davrand, , iddia edilen bankalar,n mensubu oldu u Birli e yaz,l, olarak bildirilmesi hâlinde ba vuru, Birlik Yönetim Kurulu taraf,ndan belirlenecek usûle göre karara ba lan,r. Bu Tebli ün 8üncü maddesinin 2 numaral, f,kras,, 9üncü maddesi ile 12üncü maddesinin 2 numaral, f,kras,na ayk,r, davrand, , iddias,ya bankalar hakk,nda yap,lan ba vurular Birlik Yönetim Kurulunca karara ba lan,r ve bu karar sonucunda söz konusu Tebli hükümüne ayk,r, davrand, , tespit edilen bankalar hakk,nda, Kanunun 81üncü maddesinin 3 numaral, f,kras, uyar,nca i lem tesis edilirö.

Bankac,l,k Kanununun 81üncü maddesinin 3üncü f,kras,na göre ise, kurulu birliklerinin ald, , genel ya da özel nitelikteki karar ve tedbirlere zaman,nda ve tam olarak uymayan üyeler hakk,nda birliklerin yönetim kurulunca iki bin Türk Liras,ndan yirmi bin Türk Liras,na kadar idarî para cezas,na karar verilir. O hâlde bankalar,n Heyet kararlar,na uymamas,n, sonuc, idarî nitelikte bir yapt,r,ma ba lanm, t,r.

Özetle, Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin olumlu veya olumsuz her türlü karar,na kar ,, uyu mazl,k limiti ne kadar olursa olsun yarg, yolu her iki taraf bak,m,ndan da aç,kt,r. Bu sayede taraflar,n hak arama hürriyetleri ve adil yarg,lanma haklar, da k,s,tlanmam, olmaktadır. Bankalar için sadece limite kadar olan uyu mazl,klar bak,m,ndan kararlar, uygulama zorunlulu u olup, yarg, yoluna ba vurmalar, bak,m,ndan önlerinde herhangi bir engel yoktur.

Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar, ne maddî anlamda kesin hüküm ne de benzer uyu mazl,klar bak,m,ndan emsal te kil eder. Zira bu kararlar birer yarg, karar, de ildir. Bu sebeple bu kararlara kar , kanun yoluna ba vurma imkân, da söz konusu de ildir. O hâlde gerek bankan,n gerek bireysel mü terinin karardan tatmin olmamas, durumunda ba vurabilece i tek yol, yarg, yoludur.

III. B REYSEL MÜ TER HAKEM HEYET NE L K N HUKUKÎ SORUNLAR

A. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin ve Verdi i Kararlar,n Hukukî Niteli i

Bankac,l,k Kanunu ve ilgili Tebli kapsamında Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin olu mu, görev ve yetkileri, Heyete ba vuru süreci ile Heyetin ba vuruyu incelemesi ve karar vermesiyle ilgili yap,lan tespit mahiyetindeki aç,klamalardan sonra, ortaya konmas, gereken en önemli husus Hakem Heyetinin ve verdi i kararlar,n hukukî niteli idir. Bu noktada öncelikle Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteli ine bakmak gerekir.

1. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin Hukukî Niteli i

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin verdi i kararlar ba lay,c, olmad, ,ndan ve bu kararlara kar , yarg, yolu aç,k oldu undan, bir ba ka ifadeyle Heyet kararlar, uyu mazl, , sona erdirici bir mahiyete sahip olmad, ,ndan, öncelikle ifade etmek gerekir ki, Bireysel Mü teri Hakem Heyeti bir tahkim kurulu, Hakem Heyetince yap,lan inceleme de bir hakem yarg,s, de ildir. Bu kapsamda Tüketici Sorunlar, Hakem Heyeti kararlar,n, ba lay,c, olmad, , ve kararlar,n sadece delil niteli inde oldu u 4077 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanunun yürürlükte oldu u dönemde, Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetinin hukukî niteli iyle

ilgili yapılan tespitler bize yol gösterebilir.

Doktrinde bir görü , Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetinin uyu mazl,klar, çözümede bir nevi arabulucu oldu unu, bir ba ka ifadeyle sulhe te vik eden bir heyet oldu unu kabul etmektedir¹². Bir ba ka görü ise Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetine ba vurunun gönüllülük esas,na dayanmas,, kararlar,n ba lay,c, nitelikte olmamas, ve taraflar,n karara uyma zorunlulu u bulunmamas, sebebiyle bir alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi te kil etti i yönündedir¹³.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteli inin bir nevi arabulucu oldu dü ünülebilse de, Hukuk Uyu mazl,klar,nda Arabuluculuk Kanunu anlam,nda bir arabuluculuk faaliyeti olmad, ,n, ifade etmek gerekir. Zira arabuluculuk, taraflar, bir araya getirerek kendi çözümlerini kendilerinin bulmalar,n, sa layan bir alternatif uyu mazl,k çözüm yoludur. Oysa Bireysel Mü teri Hakem Heyeti, bir tahkim kurulu gibi uyu mazl, , çözmektedir. O hâlde arabulucunun karar verme yetkisi yokken, Hakem Heyeti uyu mazl, , çözen bir karar vermektedir. Ayr,ca Hukuk Uyu mazl,klar,nda Arabuluculuk Kanunu anlam,nda arabuluculukta taraflar,n avukatlar,n,n da, arabulucu ve taraflar,n yan, s,ra imzas, bulunuyorsa, imzalanan anla ma metni ilâm niteli inde belge niteli indeyken, avukatlar,n imzas,n,n olmad, , durumlarda mahkemeden al,nan icra edilebilirlik erhiyle ilâml, icran,n konusunu olu turabilmektedir (HUAK m.18). Oysa Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar,n,n ba lay,c,l, , yoktur ve cebrî icraya konu olmas, mümkün de ildir.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteli inin alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi olup olmad, ,n, tespit edebilmek için, öncelikle genel hatlar,yla alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerine bakmakta fayda vard,r.

Alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi, taraflar aras,nda uyu mazl,k bulunan konunun, genellikle ba ,ms,z, tarafs,z ve objektif bir üçüncü ki i taraf,ndan, taraflar, bir araya getirmek suretiyle ileti im kurmalar,n,n ve uyu mazl,k konusu hususunda çözüme ula malar,n,n sa lanmas,n, yahut da taraflara üzerinde anla abilecekleri çözüm önerileri sunarak uyu mazl, ,n çözümünü amaçlayan seçimlik nitelikteki her türlü yöntem olarak ifade edilebilir¹⁴. O hâlde uyu mazl, ,n çözümünü yarg, yoluna ba vurmada sa layan alternatif yollara, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi denebilir. Birçok alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi mevcuttur. Arabuluculuk, uzla t,rma, müzakere, mini yarg,lama, teknik bilirki ilik, ön hakemlik, üçüncü ki inin sözle meye müdahalesi, tarafs,z ön de erlendirme, vak,alar,n tespiti, arabuluculuk-tahkim bu yöntemlere örnek olarak verilebilir¹⁵. Bu yöntemler tahdidi de ildir.

¹² ULUKAPI, s.80; UYUMAZ, Alper: öTüketici Hukukundan Do an Uyu mazl,klar,n Alternatif Çözüm Yollar,ö, SÜHFD, 20(1), 2012, s.121-122, 129.

¹³ ERMENEK, brahim: öYarg, Kararlar, I , ,nda Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Ç,kan Sorunlara li kin Çözüm Önerileriö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1-2), 2013, s.623-624; Özbek, Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetlerinin, tüketici mahkemelerinin yan,nda yer alan bir alternatif uyu mazl,k çözüm yolu oldu u, de eri belli bir miktar,n alt,nda olan uyu mazl,klarda da ba vurunun zorunlu olmas,na ve alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin alt,nda yatan gönüllülük ilkesine uymamas,na ra men, bir alternatif uyu mazl,k çözüm yolu oldu u görü ündedir, ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyu mazl,k Çözümü, 2. Bask,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2009, s.710.

¹⁴ TANRIVER, Süha: öHukuk Uyu mazl,klar, Ba lam,nda Alternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar, ve Özellikle Arabuluculukö, TBB Dergisi, 64, 2006, s.151; ÖZEKES, Muhammet: Pekcan,tez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bas,, On ki Levha Yay,nlar,, stanbul, 2017, s.2807; ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyu mazl,k Çözümü, Cilt 1, 4. Bask,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2016, s.191-192; ÖZBEK, Mustafa: öDünya Çap,ndaki Adalete Ula ma Hareketiyle Ortaya Ç,kan Geli meler ve Alternatif Uyu mazl,k Çözümüö, AÜHFD, 51(2), 2002, s.137-138; ÖZBAY, brahim: öAlternatif Uyu mazl,k Çözüm Yöntemleriö, EÜHFD, 10(3-4), 2006, s.460; ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar,, Seçkin Yay,nlar,, Ankara, 2003, s.30; GÖKSU, Mustafa: Alternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar, ve Tahkim, Seçkin Yay,nlar,, Ankara, 2019, s.18; KEKEÇ, Elif K,smet: Arabuluculuk Yoluyla Uyu mazl,k Çözümünde Temel A amalar ve Taktikler, 3. Bask,, Adalet Yay,nevi, Ankara, 2016, s.13; UYUMAZ, s.105-106; AZAKLI ARSLAN, Betül: Medenî Usûl Hukuku Aç,s,ndan Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2018, s.23; BULUR, Alper: öAlternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar, ve Arabuluculuk Yöntemiö, Ankara Barosu Dergisi, 65(4), 2007, s.31.

¹⁵ TANRIVER, Arabuluculuk, s.160 vd.; ÖZEKES, s.2810 vd.; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Vedat Kitapç,l,k, stanbul, 2018, s.606; ATALI, Murat/ERMENEK, brahim/ERDO AN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 2. Bas,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2019, s.767; ÖZBEK, Geli meler, s.138 vd.; ÖZBAY, s.464 vd.; GÖKSU, s.22; KEKEÇ, s.18 vd.; UYUMAZ, s.108 vd.; ERSEN PERÇ N,

Bir yöntemin alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi olabilmesi için ise doktrinde üç kriter benimsenmiştir. Bu kriterler, *ö taraflar,n sürece gönüllü olarak kat,lmaz,ö, ö taraflar,z üçüncü kiinin tavsiyelerinin veya verdi i kararlar,n ba lay,c, olmamas,ö, ö taraflar,n süreden veya verilen karardan tatmin olmamas, durumunda yarg,ya ba vurma hakk,na sahip olmas,ö,d,r*¹⁶. Bu kriterler kapsamında de erlendirildi inde, Bireysel Mü teri Hakem Heyeti, ba vurunun gönüllü olmas,, kararlar,n,n ba lay,c, olmamas, ve bu kapsamda yarg,ya ba vurma hakk,n,n bulunmas, bak,m,ndan alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin her üç kriterini de sa lamaktadır. Her ne kadar belirli bir mebla a kadar verilen kararlar,n bankalar taraf,ndan uygulanma zorunlulu u bulunsa da, bu kararlar bak,m,ndan yine de yarg, yolu aç,kt,r. Ayr,ca Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin düzenlenme amac, dü ünüldü ünde, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin yarg,n,n i yükünü hafifletmesinin yan, s,ra, dava yoluna oranla yarg,lama giderlerini azaltma, emek ve zamandan tasarruf sa lama amac,yla¹⁷ da uyum içindedir.

O hâlde kanaatimizce Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteli i, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi olarak kabul edilmelidir. Zira kamu düzenine ayk,r,l,k olu turmad, , sürece ve taraflar,n üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin hukukumuzda uygulanmas, mümkündür¹⁸. Her ülke kendi art ve gerekliliklerine göre, çe itli alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerini benimseyebilece i gibi, karma yöntemler ya da ba ka alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemleri olu turabilir¹⁹.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin inceleyebilece i uyu mazl,klar, taraflar,n üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyu mazl,klar oldu undan, ister tüketici uyu mazl,klar,ndan kaynaklans,n ister di er uyu mazl,klar olsun, Hakem Heyetine ba vurulmas,n,n önünde bir engel yoktur. Her ne kadar zay,f konumda olan tüketicinin korunmas, bak,m,ndan Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun kamu düzenini ilgilendiren düzenlemeler içerse de²⁰, bu durum uyu mazl,k konusunun içerik itibariyle de kamu düzenine ilikin oldu u anlam,na gelmez²¹. Ayr,ca Hakem Heyetine ba vurunun gönüllülük esas,na dayanmas,, kararlar,n,n ba lay,c, olmamas, ve kararlara kar , yarg, yolunun aç,k olmas,, kanaatimizce zay,f konumda olan tüketicilerin haklar,n, zedelememekte ve kamu düzenine ayk,r,l,k olu turmamaktadır. 6502 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun'un 68'inci maddesinin 5'inci f,kras,na göre de alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerine ba vurma mümkündür. Doktrinde, bu hükme göre, tüketici olmayan taraf,n uyu mazl,k ç,kt, ,nda her halükârda Tüketici Hakem Heyetine ba vurma zorunda oldu u; tüketicinin ise alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,na ba vurma ile

Gizem: öAlternatif Uyu mazl,k Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculu un Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeriö, MHB, 31(2), s.181; BULUR, s.32.

¹⁶ TANRIVER, Arabuluculuk, s.151-152; ÖZEKES, s.2807; ERMENEK, s.579; ÖZBEK, AUÇ-2, s.837; ILDIR, s.27-29; KEKEÇ, s.14; UYUMAZ, s.106; AZAKLI ARSLAN, s.30; ERSEN PERÇ N, s.182 vd.; BULUR, s.31.

¹⁷ TANRIVER, Arabuluculuk, s.158; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.609; ÖZBEK, AUÇ-1, s.284 vd.; ÖZBEK, AUÇ-2, s.809 vd.; ÖZBEK, Geli meler, s.149; ÖZBAY, s.459-460; ATALI/ERMENEK/ERDO AN, s.767; GÖKSU, s.21; KEKEÇ, s.87 vd.; UYUMAZ, s.106.

¹⁸ TANRIVER, Arabuluculuk, s.152; ATALI/ERMENEK/ERDO AN, s.766; GÖKSU, s.17; BULUR, s.32-33.

¹⁹ TANRIVER, Arabuluculuk, s.160; UYUMAZ, s.108.

²⁰ ERMENEK, s.602-603; öi 4077 Say,l, Kanunun amac,n, belirleyen ., maddesinin aç,k hükmü ile yasan,n bütününden, Anayasan,n 172. maddesinde yer alan -Devlet, tüketicileri koruyucu ve ayd,nlat,c, tedbirleri al,r, tüketicilerin kendilerini koruyucu giri imlerini te vik ederö hükmü do rultusunda, birey olarak daha zay,f ve korunmaya muhtaç durumda olan tüketicilerin, sat,c,, sa lay,c, vs. kar ,s,nda daha etkin bir ekilde korunmas,n, sa lamak, sosyal ve iktisadi hayattaki geli meler kar ,s,nda, ça da hukuka uygun olarak bu yasan,n haz,rılan,p ç,kar,ld, , anla ,lmaktadır. Tüketicinin sa l, ,n,, güvenli ini, ekonomik ç,karlar,n, korumak, ayd,nlatmak her eyden önce Devletin Anayasa ile üstlendi i görevleridir. Bu yasa ile kamunun yarar,n,n korunmas,, sosyal düzen ve adaletin, tüketiciler ile sat,c,lar-sa lay,c,lar vs. aras,nda kapsaml, bir ahengin sa lanmas, amaçlanm, t,r. Bu kanun ile tüketici korunurken ayn, zamanda kamu düzeninin sa lanmas, amaçlanm, oldu undan, kanunun do rudan kamu düzeni ile ilgili oldu unda hiç tereddüt edilmemelidir. Tüketicinin korunmas,n, amaçlayan 4077 Say,l, Kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olmas,, bu yasan,n 22. maddesi ile tüketici sorunlar, hakem heyeti olarak bir hakem heyeti olu turulmas,ndan, yasa koyucunun böylece z,mnen özel tahkim yolunu kapad, ., 23. maddesindeki bu kanunun uygulamas, ile ilgili her türlü ihtilaf,n tüketici mahkemelerinde görülece i ekindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile aç,kça belirlendi i ve bu kanunun uygulanmas,ndan ç,kan ihtilaflar,n mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bak,lmaz, gerekti i, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyece inin kabulü gerekir. Somut olayda, taraflar aras,ndaki paket tur tatil sözle mesinden do an ihtilaf, 4077 Say,l, Kanunun 1,2, 3/c-f ve 23. maddeleri nazara al,nd, ,na bu yasa kapsam,nda kalmakta ve ihtilaf, çözümede tüketici mahkemeleri görevli oldu undan, sözle medeki tahkim art, geçersizdir. Uyu mazl, ,n hakemler vas,tas, ile çözümlenme olana , yoktur ö, Yarg,tay 13. HD., 25.9.2008, Esas 2008/3492, Karar 2008/11120, www.kazanci.com, Eri im: 14.10.2019.

²¹ ERMENEK, s.603.

Tüketici Hakem Heyetine ba vurmak aras,nda seçim hakk,na sahip oldu u ifade edilmi tir²². Ancak bu yolun haks,z art niteli inde sözleşle meye eklenmesi hâlinde, sözleşle mede yer alan bu art tabii ki kesin olarak hükümsüzdür²³.

2. Bireysel Mü teri Hakem Heyeti Kararlar,n,n Hukukî Niteli i

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteli i tespit edildikten sonra, Heyetin verdi i kararlar,n hukukî niteli ini tespit etmek gerekir. Bu noktada Hakem Heyetinin hukukî niteli inden yola ç,karak bir sonuca ula ,lmal,d,r.

Doktrinde, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemleri neticesinde var,lan çözümün mahkeme d, , sulh sözleşle mesi niteli inde oldu u kabul edilmi tir²⁴. Burada mahkeme d, , sulh sadece maddî hukuka ili kin etki do urup, usûl hukuku alan,nda etkiye sahip de ildir. Ancak mahkeme d, , sulhün mahkeme içi sulhe dönü türülmesi durumunda, mahkeme içi sulhe ili kin kurallar uygulan,r²⁵. Böyle bir ihtimalde, mahkeme d, , sulh sözleşle mesinin mahkemede okunmas, ve bu durumun tutana a yaz,lmas, ile tutana ,n sulhe ili kin bölümünün taraflarca imzalanmas, gerekir (HMK m.154/3-ç). Mahkeme d, , sulh sözleşle mesinin yaz,l, ekilde yap,lmas, durumunda, sulh metninin ayr,ca duru ma tutana ,na geçirilmesine ihtiyaç olmay,p, sulh sözleşle mesinin mahkemeye verildi inin tutana a yaz,lmas, yeterlidir²⁶. Mahkeme d, , sulhün varl, , di er tarafça kabul edilmedi i takdirde ise, mahkeme d, , sulhe dayanan taraf,n sulhün varl, ,n, ispat etmesi gerekir²⁷.

Bireysel Mü teri Hakem Heyeti taraf,ndan verilen kararlar,n mahkeme d, , sulh sözleşle mesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyece i noktas,nda ise ikili bir ayr,m yapmak gerekir. Öncelikle, Hakem Heyetinin hukukî niteli i alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi oldu undan, Hakem Heyetinin verdi i kararlar da mahkeme d, , sulh sözleşle mesi gibi nitelendirilebilir. Zira mahkeme d, , sulh sözleşle mesinde de, sulh kesin hüküm te kil etmez ve icraî niteli e sahip de ildir. Ayr,ca mahkeme d, , sulh sadece maddî hukuka ili kin etki do urup, usûl hukuku alan,nda etkiye sahip olmad, ,ndan, Hakem Heyetince verilen kararlar,n yarg, yoluna ba vurmay, engellememesiyle de uyum içerisindedir. Ancak sulh bir sözleşle medir ve taraflar,n kar ,l,kl, fedakarl,kta bulunarak aralar,ndaki uyu mazl, , sonland,rılmak üzere anla malar, gerekir. Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar, bak,m,ndan yap,lmas, gereken ay,r,m ise bu noktada kar ,m,za ç,kmaktad,r. Hakem Heyetince verilen karar,n taraflar, tatmin etmemesi ve özellikle yarg, yoluna ba vurulmas, ihtimalinde burada bir sulh sözleşle mesi

²² ATALI, Murat: 66502 say,l, Kanunın Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetlerine li kin Hükümlerinin De erlendirilmesiö, Prof. Dr. Ejder Y,lmazın Arma an, Cilt 1, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2014, s.405; BUDAK, Ali Cem: 66502 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanunın Göre Tüketici Hakem Heyetleriö, DEÜHFHD, 16, Özel Say, 2014, (Bas,m: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcan,tezæ Arma an, s.85; ERMENEK, s.603-604; ÖZBEK, AUÇ-2, s.977-978.

²³ Alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,na ba vurulmas,na ili kin sözleşle me artlar,, taraflar,n tahkim veya dava yoluna ba vurma hakk,n, ellerinden almamas, sebebiyle tek ba ,na tüketici aleyhine dengesizli e yol açmamaktad,r, ÖZBEK, AUÇ-2, s.978; Tüketici aleyhine getirilen söz konusu art,n geçerli olup olmad, , ise tüketici aleyhine dengesizli e neden olup olmad, ,na göre belirlenmelidir, ATALI, s.405.

²⁴ ÖZBAY, s.472; ERDO AN, Ersin/CÖMERT, Bü ra: öArabuluculuk Sonunda Haz,rılan Anla ma Belgesinin Hukukî Niteli i ve Anla ma Belgesine Kar , Ba vurulabilecek Hukukî Çarelerö, Terazi Hukuk Dergisi, 13(138), 2018, s.34; arabuluculuk ve uzla tırma hukukumuzda ayr, birer düzenlemeye sahip oldu undan ve sonucunda bir anla ma ya da uzla ma belgesi düzenlendi inden, mahkeme d, , sulhe ili kin bir incelemeye gerek yoktur, zira sonuçlar, kanunda aç,kça düzenlenmi tir, GÖKSU, s.24.

²⁵ TANRIVER, Süha: öMahkeme Huzurunda Yap,lan Sulhlerö, AÜSBFD, 49(1), 1994, s.338-339; TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2016, s.1029; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TA PINAR AYVAZ, Sema/HANA ASI, Emel: Medenî Usûl Hukuku, 5. Bask,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara, 2019, s.567, 570; ATALI/ERMENEK/ERDO AN, s.580; ERDO AN/CÖMERT, s.33; Mahkeme d, , sulhün, mahkeme içi sulhe dönü türülemeyece ine ili kin aksi yöndeki görü ü için bkz. ÖNEN, Ergun: Medenî Yarg,lama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972, s.88.

²⁶ TANRIVER, Usûl, s.1029; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR AYVAZ/HANA ASI, s.567.

²⁷ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR AYVAZ/HANA ASI, s.570; ö...mahkeme d, , sulhün taraflar, ba lamas, ve mahkemeye dikkate al,nmas, iki hâlde mümkündür. Birinci hâlde, taraflar mahkeme d, ,nda sulh olduklar, sözleşle meyi mahkemeye verip, buna göre sulh olduklar,n, bildirmi lerse, bu husus mahkemeye tutana a geçilir, taraflara okunur ve imza ettirilir, bu hâlde mahkeme d, , sulh, mahkeme içi sulhe dönü tür. İkinci hâlde ise, taraflar ikisi birlikte davaya bakan mahkemeye sulh olduklar,n, bildirmezler ve taraflardan biri böyle bir sulh sözleşle mesini inkâr ederse mahkeme d, , sulhe dayanan taraf bunu kan,tılamakla yükümlüdür...ö, Yarg,tay 11. HD., 14.05.2001, Esas 2001/2135, Karar 2001/4185, www.kazanci.com, Eri im: 12.10.2019.

oldu unu söylemek mümkün de ildir. Zira sulh kar ,l,kl, ve birbirine uygun irade beyanlar,yla kurulan bir maddî hukuk sözleşmesi oldu undan, burada taraflar,n birbirine uygun irade beyanlar,n,n varl ,ndan söz edilemez. E er taraflar Hakem Heyeti karar,na kar , ç,kmaz ve karara uyma yönünde iradeleri olu ursa, bu durumda z,mnî bir sulh sözleşmesi kuruldu u kabul edilebilir²⁸. Mahkeme d , , sulh sözleşmesinin yapıl , , kural olarak herhangi bir ekil art,na tâbi olmamakla birlikte, sadece sözleşmenin ispat, bak,m,ndan yapıl , ekli önem arz etmektedir²⁹. Bu sebeple böyle bir ihtimalde, z,mnî bir sulh sözleşmesi kuruldu unu kabul etmek mümkündür. Fakat burada dahi Hakem Heyetinin karar, de il, taraflar,n kar ,l,kl, ve birbirine uygun irade beyanlar, mahkeme d , , sulhü meydana getirir³⁰. Ancak taraflardan biri Heyet karar,na ra men bu uyu mazl , , yarg, yoluna ta ,rsa, böyle bir durumda kar ,l,kl, ve birbirine uygun iradenin varl ,ndan söz etmek ve bu kapsamda Hakem Heyeti karar,n, mahkeme d , , sulh olarak nitelendirmek mümkün gözükmemektedir.

Mahkeme d , , sulhte taraflardan birinin sulhün varl ,n, ispat etmesi durumunda, mahkeme d , , sulhün mahkeme içi sulhe dönümesi ise, kanaatimizce Heyet kararlar, bak,m,ndan geçerli de ildir. Zira burada Hakem Heyetinin hukukî niteli i, her ne kadar alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi olsa da, arabuluculuk veya uzla madan farklı olarak, taraflar,n uyu mazl,k konusunda kar ,l,kl, ve birbirine uygun iradeleriyle anla malar,, bir ba ka ifadeyle taraflar,n müzakeresi de il, tahkim yarg,s,nda oldu u gibi Hakem Heyetinin verdi i bir karar söz konusudur. O hâlde Heyet karar,n,n mahkeme içi sulhe dönü mek üzere yarg,lamaya ta ,nabilmesi için iki taraf,n da karara uyma yönünde iradeleri gereklidir. Hakem Heyeti karar,n,n ise ispat edilerek mahkeme içi sulhe dönümesi bu sebeple mümkün de ildir.

İkinci ihtimal ise, Hakem Heyeti karar,n,n her iki taraf,n kar ,l,kl, fedakarlıklar,n, içermemesi, bir ba ka ifadeyle sadece tek taraf,n fedakarlıktan bulundu u bir karar,n olması durumunda, taraflar,n hakem heyeti karar,na uyma yönünde iradeleri olu sa dahi bunun bir mahkeme d , , sulh olmayacağıdır. Zira sulh sözleşmesinin en önemli unsuru, taraflar,n kar ,l,kl, fedakarlıktan bulunmasıdır. Bu ihtimalde taraflar arasında borç ili kisi varsa, Heyet karar,na uyma iradesi bir borç ikrarı, yahut da taraflardan birinin borcundan kurtulması, söz konusuysa ibra sözleşmesini meydana getirmektedir³¹. O hâlde kar ,l,kl, fedakarlık bulunmayan, sadece tek taraf,n fedakarlığıyla sonuçlanan bir Heyet karar,n,n taraflarca benimsenmesi durumunda, karar,n içeri ine göre borç ikrarı, yahut ibra sözleşmesi kar ,m,za ç,kmaktadır. Ancak burada da belirtmek gerekir ki, borç ikrarı, veya ibra sözleşmesini meydana getiren Heyet karar, de il, taraflar,n karara uyma yönündeki iradeleridir.

Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar,n,n, yarg, yoluna başvuruldu unda delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı ise bir ba ka önemli hususu te kil etmektedir. Burada bize, Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetinin ba lay,c, olmayan kararlar verdi i 4077 say,l, Kanun'un yürürlükte oldu u dönemdeki tespitler yard,mc, olabilir. Ancak 4077 say,l, Kanun'un 22. maddesinde Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetinin, belirli bir mebla ,n üzerindeki uyu mazlıklar bak,m,ndan verdi i kararlar,n tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilece i açık bir şekilde düzenlenmekteydi. Benzer bir şekilde 5957 say,l, Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinli i Bulunan Di er Mallar,n Ticaretinin Düzenlenmesi Hakk,nda Kanun'un 10. maddesine göre de, belirli bir mebla ,n üzerinde bulunan uyu mazlıklar bak,m,ndan Hal Hakem Heyetinin verece i kararlar ba lay,c, de ildir ve bu kararlar,n asliye ticaret mahkemesinde delil olarak ileri sürülebilece i kabul edilmektedir. Oysa Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar, bak,m,ndan kararlar,n ba lay,c, olmaması, d ,nda, delil olarak kullanılabilece ine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. O hâlde Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar,na delil mahiyetinin atfedilip edilemeyece ini delil sistemimiz içerisinde incelemek gerekir.

Öncelikle, Hakem Heyeti kararlar,, taraflarca hazırlanmış ve imzalanmış bir sulh sözleşmesi niteli i taşıyan, bu kararlar adi senet olarak nitelendirilemez. Keza taraflardan biri yarg, yoluna başvurduğuna göre, taraflar,n birbirine uygun kar ,l,kl, irade

²⁸ Mahkeme d , , sulh sözleşmesinin z,mnî olarak kurulabilece ine dair bkz. HIZIR ASRAV, Fatma: Sulh Sözleşmesi, Adalet Yay,nevi, Ankara, 2019, s.145.

²⁹ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR AYVAZ/HANA ASI, s.570; HIZIR ASRAV, s.145; sulh sözleşmesi maddî hukuk taraf,ndan ekil art,na ba lanmış ifa i lemlerini içeriyorsa, i lemin tâbi oldu u ekil art,na uyulması zorundadır. HIZIR ASRAV, s.146 vd.

³⁰ ERMENEK, s.625.

³¹ ERDO AN/CÖMERT, s.31, 34.

beyanlar, bulunmad, ,ndan, burada bir sulh sözleşmesi oldu unu dahi söylemek mümkün de ildir. Bir belgenin senet olabilmesi için senedin kendi aleyhine kullanılacak ki i taraf,ndan hazırlanması, gerekir. O hâlde Hakem Heyeti kararlar, senet hükmünde de ildir.

Hakem Heyeti kararlar, n, n takdiri delil olarak kullanılabilenine dair de açık bir düzenleme yoktur. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanununda takdiri deliller tahdidi olarak belirlenmemi , bilakis Kanunun 192nci maddesinde belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörülmemeyen hâllerde, Kanunda düzenlenmemi olan diğer delillere de başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu noktada, Bireysel Müteri Hakem Heyeti kararlar, n, n takdiri delil olarak kullanılmaması gerekir. Fakat her durumda bu kararlar, n mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için, taraflara e it iddia ve savunma hakkı tanınması, olması, gösterilen deliller incelenerek ve gerekçe gösterilerek karar verilmesi gerekir³².

Öncelikle, Hakem Heyetince verilen kararlar, n belge olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin üzerinde durulmalıdır. Belge, uyuşmazlık konusunu ispata elverişli bilgi taşıyan, c, s, d, r (HMK m.199). Hukuk Muhakemeleri Kanununun 192nci ve 199uncu maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, Hakem Heyeti kararlar, n, n takdiri delil olarak belge mahiyetinde kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak burada Hakem Heyeti kararlar, n, n temsil yeteneği yoktur. Delilin temsili niteliği ile kastedilen, delilin olgunun gerçekleştirdiği konusunda hâkime kanaat verici olmasıdır³³. Bu noktada bilirkişi, keşif gibi delillerin de temsili niteliği olmadığı, ³⁴ düşünülebilirse de, onlara delil mahiyetini kazandıran kanunî düzenlemedir. O hâlde delil niteliğine sahip olunabilmesi için ya vakıf, temsil niteliğinin bulunması, yahut da kanun tarafından o niteliğinin verilmesi gerekir. Bu çerçevede, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 192nci maddesi kapsamında bir delil yargılamaya dahil edilmek isteniyorsa, kanaatimizce vakıf, temsilî niteliğinden haiz olmalıdır.

Bu noktada, Bireysel Müteri Hakem Heyeti kararlar, n, n uzman görüşü sayılmaması, da akla gelebilecek bir başka husustur. Zira Hakem Heyetinin oluşumu dikkate alınarak, ,nda, alan,nda uzman kişilerden meydana geldiği görülmektedir. Hatta taraflar, n kendi belirleyecekleri uzmanlardan aldıkları, görüşten, tarafsız ve objektif olması, sebebiyle güvenilirliği bakımından bir fark da vardır.

Uzman görüşü, davanın taraflarından birisinin, konunun uzmanından, uzmanlık alan, n, n verilerine dayanarak, oy ve görüşünü içeren bilimsel mütalaa alınmasıdır³⁵. Görüşü alan, n uzman, n, iğinin ehli olması, ile objektif ve tarafsız olması, alanın mütalaanın içinde yer alması, , bakımından son derece önemlidir³⁶. O hâlde bu yönüyle bakıldığında, Hakem Heyeti kararlar, n, n uzman görüşü olabileceği düşünülebilir. Ancak bir görüşün, Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında uzman görüşü olabilmesi için taraflar ile üçüncü kişilerin uzman görüşü alınması, yönünde anlaşılmalıdır, gerekir. Hakem Heyeti ile taraflar arasında uzman görüşü alınması, na dair bir anlaşılma olmadıkça, , gibi, Hakem Heyetinin uzman görüşü verme yönünde saiki de yoktur. Hakem Heyeti kararlar, n, n uzman görüşü sayılmabilmesi ancak konunun uzmanından alınmayan her görüşü, uzman görüşüdür şeklinde geniş yorum yapılmaması, hâlinde mümkün olup, bu ihtimalde dahi Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında Hakem Heyeti kararlar, na uzman görüşüdür demek mümkün de ildir.

Kanaatimizce burada tartışılması gereken asıl husus Hakem Heyeti kararlar, n, n delil niteliğindedir. Heyetçe yapılan inceleme sonucu dosyada yer alan bilgi ve belgelerin delil olarak kullanılmaması, da, Dosyada bulunan bilgi ve belgelerin uyuşmazlık konusu vakıflar, ispata elverişli bilgi taşıyan, c, s, olma özelliğine sahip olduğu ve vakıflar, temsil kabiliyetinin bulunduğu açıktır. Özellikle Hakem Heyetince yapılan inceleme sırasında, tarafların bir vakıf, ikrar edebileceği yahut da istenilen bilgi ve belgelerin banka tarafından Birlikçe ibraz edilme zorunluluğundan bulunduğu düşünüldüğünde, bunların çekimi vakıflar, ispata elverişli olduğu ortadadır. Bu kapsamda dosyada bulunan bu bilgi ve belgelerin yargılamaya

³² PEKCANITEZ, Tüketici, s.365; ERMENEK, s.625.

³³ KONURALP, Halûk: Medenî Usûl Hukukunda İspat Kuralları, n, n Zorlanan Şahırlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.10.

³⁴ KONURALP, s.12.

³⁵ TANRIVER, Usûl, s.971.

³⁶ TANRIVER, Usûl, s.971.

s,ras,nda takdiri delil olarak kullan,ımas, kanaatimizce mümkündür. Ku kusuz taraflarca zaten sahip olunan bir belge varsa, bu belgenin sadece Hakem Heyeti önünde sunuldu u için daha sonra aç,lacak davada kullan,ılamayaca , ileri sürülemez. Burada önem arz eden, özellikle Heyete ibraz edilmesine ra men, banka taraf,ndan yarg,lamaya dahil edilmeyen birtak,m bilgi ve belgeler mevcutsa, bunlar,n yarg,lamada kullan,ılabilmesi gerekti idir. Sulh müzakereleri s,ras,nda yap,lan ikrar,n taraflar, ba lamayaca ,na veya arabuluculuk müzakereleri s,ras,nda ileri sürülen beyan ve belgelerin kullan,ılamayaca ,na dair hükümlerin, Hakem Heyeti incelemesi bak,m,ndan da geçerli olaca , dü ünülebilse de, Heyetçe yap,lan inceleme bir müzakere de ildir. Burada yap,lan inceleme daha ziyade, tahkim yahut devlet yarg,s,ndaki gibidir. Bu konuda aç,k bir düzenleme de bulunmad, ,na göre, delil yasaklar,n, burada uygulamamak gerekir. Bu bilgi ve belgelerin delil olarak kullan,ılabilmesi sayesinde, uyu mazl,k mahkeme önüne geldi inde, tahkikat,n daha k,sa sürede sonuçland,r,ımas, da sa lanm, olur³⁷.

Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetleri ile Hal Hakem Heyetlerinin ba lay,c, olmayan nitelikteki kararlar, ile Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar, aras,nda asl,nda herhangi bir fark yoktur. Fakat yarg,lamada delil olarak kullan,ımas, gereken, kararlar,n kendisinden ziyade inceleme s,ras,nda ortaya ç,kan bilgi ve belgelerdir. O hâlde dosyada yer alan bilgi ve belgelerin takdiri delil olarak kullan,ımas, noktas,nda, hâkim bunlar, di er delillerle birlikte serbestçe de erlendirmelidir. Elbette bir vak,an,n ispat, için kesin delil gerekiyorsa, bu durumda o vak,an,n ispat,nda kullan,ımlar, mümkün de ildir. Ancak dosyada yer alan bir belge ku kusuz senet niteli i de ta ,yabilir.

B. Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin Tarafs,z Olup Olmad, , Sorunu

Alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinde, sürece kat,lan üçüncü ki ilerin meslekî uzmanl,klar,n,n yan, s,ra, tarafs,z ve ba ,ms,z olmas, gerekir. Bu tarafs,zl,k ve ba ,ms,zl, ,n sa lanamamas, ve meslekî yeterliliklerinin bulunmamas,, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerine hem üpheyle yakla ,ımas,na hem de bu yöntemlerin kendisinden beklenen etkiyi do uramamas,na sebep olabilir³⁸. Bunun d, ,nda gerek yarg, yoluyla gerek herhangi bir alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemiyle uyu mazl,klar çözüldükten, taraflar,n e it haklara sahip olmas,, hukukî dinlenilme hakk, ile silahlar,n e itli i ilkesinin gerçekte mesi gerekir. Bu kapsamda Bireysel Mü teri Hakem Heyeti taraf,ndan yap,lan inceleme esnas,nda da ayn, hak ve ilkelerin dikkate al,nmas, zorunludur. O hâlde Hakem Heyeti taraf,ndan yap,lan incelemenin hukukî dinlenilme hakk, ile silahlar,n e itli i ilkesine uygun olabilmesi için, öncelikle bu heyetin tarafs,z ve ba ,ms,z bir ekilde olu mas, gerekmektedir. Zira tarafs,zl,k, her iki tarafa e it mesafede bulunulmas,yla birlikte, adil bir yarg,laman,n gerçekte mesi, hukukî dinlenilme hakk, ve silahlar,n e itli i, taraflar,n e it kat,l,m, ve e it muamele görmesiyle ve bu kapsamda üçüncü ki inin tarafs,zl, ,yla sa lanabilir³⁹.

Bu noktada öncelikle, Anayasa Mahkemesi'nin 1136 say,l, Avukatl,k Kanunu'nun 167'inci maddesinde düzenlenen Baro Hakem Kurulu ile ilgili karar,na, ilgisi sebebiyle de inmek ve tespitlerine yer vermek gerekti i kanaatindeyiz. Avukatl,k Kanunu'nun Baro Hakem Kurulunu düzenleyen ilgili maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 2003/98 Esas, 2004/31 Karar ve 3.3.2004 tarihli karar,yla iptal edilmi tir. iptal edilen madde u ekildedir;

öAvukatl,k sözle mesinden ve vekâlet ücretinden kaynaklanan her türlü anla mazl,klar, hukukî yardım,n yap,ld, , yer barosu hakem kurulunca çözümlenir. Hakem kurulu, baronun bulundu u yarg, çevresinin en k,demli asliye hukuk hakimi ile baro yönetim kurulunca seçilecek, yönetim kuruluna seçilme yeterlili ini ta ,yan iki avuktan olu ur. Kurula asliye hukuk hâkimi ba kanl,k eder...ö

Baro Hakem Kurulunun Anayasa'ya ayk,r,l, , iddias,n,n dayand,r,ld, , Anayasa maddeleri ise Anayasa'n,n 2, 9, 10, 36, 37 ve 138'inci maddeleridir. Anayasa Mahkemesi yapt, , inceleme sonucunda Baro Hakem Kuruluna ili kin düzenlemeyi alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemleri bak,m,ndan önemli say,lacak u gerekçelerle iptal etmi tir:

öAnayasa'n,n 9. maddesinde, yarg, yetkisinin Türk Milleti ad,na ba ,ms,z mahkemelerce kullan,laca , öngörölmü tür. Bu madde uyar,ınca, yap,lacak yarg,laman,n ki iler yönünden gerçek bir güvence olu turabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek -Herkes, me rû vas,ta ve

³⁷ PEKCANITEZ, Tüketici, s.347.

³⁸ TANRIVER, Arabuluculuk, s.159.

³⁹ KEKEÇ, s.63.

yollardan faydalanmak suretiyle yarg, mercileri önünde davac, veya daval, olarak iddia ve savunma ile adil yarg,lanma hakk,na sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaç,namazø denilmi tir. Anayasaø,n 141. maddesiyle de davalar,n en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçland,r,lmas, görevi yarg,ya verilmi tir. Bu görevin a ,r i yükü alt,nda yerine getirilmesi zorla t,kça, uyu mazl,klar,n çözümü için alternatif yöntemlerin ya ama geçirilmesi, yarg,ya ili kin anayasal kurallar,n etkilili inin sa lanmas, bak,m,ndan gerekli görülebilir. Bu durumda yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye ba vurmada önce aralar,ndaki uyu mazl, , k,sa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna ba vurma yükümlülüü ünü getirebilir. Ancak bu a amadan sonra karar, benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz a amas,nda yarg, yolunun aç,k tutulmas,, hakem kurullar,n,n olu umunun ve çal, ma yönteminin, uzmanl, ,n önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayr,ca hakem kurullar,n,n tarafs,zl, , ve ba ,ms,zl, , , uzman niteli i ile bu kurullar,n alaca , kararlar,n ba l, olaca , usûl ve esaslar,n yönetmeli e b,rak,lmay,p yasa ile düzenlenmesi de zorunludur. tiraz konusu kural, yukar,da aç,klanana nedenlerle, Anayasaø,n 9. ve 36. maddelerine ayk,r,d,r, iptali gerekir.ö

Görüldü ü üzere karar,n gerekçesinde, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinin hak arama özgürlü ünün önünde engel de il, bilakis bu yöntemlerin yarg,ya ili kin anayasal kurallar,n etkinli inin sa lanmas, bak,m,ndan gerekli oldu u; ancak karar, benimsemeyen tarafa yarg, yolunun aç,k tutulmas,, hakem heyetinin tarafs,z ve ba ,ms,z olmas,, heyetin alaca , kararlar,n ba l, olaca , usûl ve esaslar,n ise yönetmelikle de il, kanun ile düzenlenmesinin zorunlu oldu u hususlar, ifade edilmi tir.

Alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemleri, devlet yarg,s,na alternatif olu turma amac, gütmeyen inden, hak arama özgürlü üne ve keza yarg, yetkisinin Türk milleti ad,na ba ,ms,z ve tarafs,z mahkemelerce kullan,laca ,na ili kin Anayasaø,n 90uncu maddesine ayk,r,l,k te kil etmemektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesiø,nin ilgili karar, , , ,nda Bireysel Mü teri Hakem Heyetine bakt, ,m,zda, alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi olmas, ve kararlar,na kar , yarg, yolunun aç,k olmas, sebebiyle, Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hak arama hürriyetini ve Anayasaø,n 90uncu maddesini ihlal etti i söylenemez.

Bireysel Mü teri Hakem Heyeti tarafs,zl, , ve ba ,ms,zl, , bak,m,ndan incelenecek olursa, heyette iki Bankac,l,k Düzenleme ve Denetleme Kurumu temsilcisi, üç de banka temsilcisi olmak üzere toplam be temsilci görev yapar.

öTemsilciler ve Birlik yetkilisi, bizzat kendileri, e leri ve üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dâhil) kan ve s,hrî h,s,mlar, ile ilgili ya da mensubu oldu u banka ile ilgili ba vurular,n görü ülmesi ve karara ba lan,lmas,nda görev alamaz. Bankalararas, Kart Merkezi A. . yetkilisi, bizzat kendisi, e i ve üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dâhil) kan ve s,hrî h,s,mlar,na ili kin ba vurulara görü veremez. Bu durumda, toplant,ya ayn, statüdeki yedek üye temsilcilerinden biri kat,l,r; Birlik ve Bankalararas, Kart Merkezi A. . yetkilileri yerine ilgili Kurulu taraf,ndan uygun artlarda ba ka bir yetkili belirlenirö (Tebli m.13/2).

Bu noktalar bak,m,ndan Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin üyelerinin tarafs,zl, ,n, ve ba ,ms,zl, ,n, sa lama yönünde düzenlemelere sahip oldu u görülmektedir. Ayr,ca doktrinde, alternatif uyu mazl,k çözüm yollar,nda yarg,sal faaliyet bulunmad, ,ndan, arabulucunun hâkimler kadar ba ,ms,z bir kimli e sahip olmas,na gerek bulunmad, , ifade edilmi tir⁴⁰. Ancak Hakem Heyetini olu turan üyelere bak,ld, ,nda, bireysel mü terileri temsil eden herhangi bir üyenin Heyette yer almad, , görülmektedir. Bu noktadan Hakem Heyetinin olu um ekli ele tirilmeye aç,kt,r.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ili kin usûl ve esaslar,n düzenleni ekline bak,ld, ,nda ise, Anayasa Mahkemesi karar,n,n aksine, Bankac,l,k Kanunuø,nun 800ncü maddesinin öjö bendine dayan,larak öBireysel Mü teri Hakem Heyetinin Olu umu, Çal, ma Esas ve Usûlleri Hakk,nda Tebli ö ile düzenlendi i görülmektedir. Bu noktadan Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin, Anayasa Mahkemesiø,nin arad, , kriteri sa lamad, , söylenebilir. Tüketici Hakem Heyetlerinin çal, ma usûl ve esaslar,n,na da yönetmelikle belirlenmesi doktrinde ayn, ekilde ele tirilmi tir⁴¹. O hâlde Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ili kin usûl ve esaslar ile tâbi oldu u yarg,lama kurullar,n,n tebli le de il, Bankac,l,k Kanunuøyla düzenlenmesi

⁴⁰ ÖZBEK, AUÇ-1, s.206.

⁴¹ BUDAK, s.89, 101.

gerekirdi.

C. Bireysel Mü teri Hakem Heyetine Ba vurunun Zamana ,m, ve Hak Dü ürücü Sürelere Etkisi

Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ba vurulan uyu mazl,klarda zamana ,m, ve hak dü ürücü sürelerin ak, beti bak,m,ndan inceleme yapmak önem arz eden bir ba ka husustur. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu'nun 158'inci maddesinde düzenlenen altm, günlük ek sürenin Hakem Heyetine ba vurulan uyu mazl,klarda uygulan,p uygulanmayaca ,n,n da ayr,ca üzerinde durulmas, artt,r.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteli ini bir tür alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi olarak tespit etmi tik. Alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerine ba vuruldu unda, dava aç,ımas,na ba lanan sonuçlar do mamaktadır⁴². O hâlde alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemlerinde, uyu mazl,k çözüme kavu turulurken, zamana ,m, ile hak dü ürücü sürelerle ve özellikle yarg,ya ba vurma imkân,n,n yitirilmemesine dikkat edilmelidir⁴³. Ayn, husus Bireysel Mü teri Hakem Heyeti için de geçerlidir.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ili kin Türkiye Bankalar Birli i taraf,ndan haz,rılanan bilgi bro üründe de, Heyet taraf,ndan ba vurular,n incelenmesinin, uyu mazl, ,n mahkeme veya tahkime intikaline ili kin yasal süre s,n,rlamalar,n, durdurmayaca , belirtilmi tir. Tebli de ise zamana ,m, ve hak dü ürücü sürelerle ili kin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Evvela olmas, gereken bak,m,ndan, Hakem Heyetine ba vurulmas, ile zamana ,m, süresinin kesildi i ve hak dü ürücü sürelerin korundu u dü ünülebilir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesine göre alacakl,, dava veya def'oluyla mahkemeye veya hakeme ba vurma sa zamana ,m, süresinin kesilece i kabul edilmi tir. Ayr,ca dava aç,ımas,ya hak dü ürücü süreler de korunur. Ancak Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin yapt, , inceleme hakem yarg,s, olmad, ,ndan, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemesini uygulama imkân, yoktur.

Bir alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemine ba vuruldu u vakit zamana ,m, süresi kesilmedi inde, anla ma sa lanamad, ,nda zamana ,m, süresinin dolmas, veya yetersiz kalmas, gibi bir sonuçla kar ,la ,labilece inden, yarg, yoluna ba vurma güçle ebilir veya imkân,s,z hâle gelebilir⁴⁴. Bu durum da adaletle eri im hakk,n, s,n,rlar⁴⁵. Bu sebeple olmas, gereken bak,m,ndan, herhangi bir alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemine ba vuruldu unda, zamana ,m, süresinin kesilece ine dair bir düzenlemenin mevzuat,m,za eklenmesi gerekir. Ancak doktrinde, bu tip bir hükmün sorun ç,karmamas, ad,na, hangi alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemine ba vuruldu unda zamana ,m, süresinin kesilece i ile bu uyu mazl,k çözüm yönteminin ba lama ve bitme zaman,n,n kesin olarak belirlenmesi gerekti i ifade edilmi tir⁴⁶.

Hukuk Uyu mazl,klar,nda Arabuluculuk Kanunu'na bakt, ,m,zda ise, 16'nc, maddenin 2'nci f,kras,nda arabuluculuk sürecinin ba lamas,ndan sona ermesine kadar geçirilen sürenin, zamana ,m, ve hak dü ürücü sürelerin hesaplanmas,nda dikkate al,nmayaca , özel olarak düzenlenmektedir. Ancak Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî niteli i alternatif uyu mazl,k çözüm yöntemi olmakla birlikte, Hukuk Uyu mazl,klar,nda Arabuluculuk Kanunu anlam,nda arabuluculuk olmad, ,ndan, bu hükmün uygulanma imkân, mevcut de ildir. Benzer düzenleme Tüketici Hakem Heyetleri bak,m,ndan da mevcuttur. O hâlde Bireysel Mü teri Hakem Heyetine ba vuru ile süreler kesilmeyecek veya durmayacak, i lemeye devam edecektir. Aksinin kabulü için bu hususun mutlaka kanunî bir düzenlemede yer almas, gerekmektedir.

Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar, bak,m,ndan üzerinde durulmas, gereken bir ba ka husus ise Türk Borçlar Kanunu'nun 156'nc, maddesinin 2'nci f,kras,n,n uygulan,p uygulanmayaca ,d,r. Bu maddeye göre, borç bir senetle ikrar edilmi veya mahkeme ya da hakem karar,na ba lanm, ise, yeni zamana ,m, süresi on y,ld,r. Ancak Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlar,nda taraflar,n bu yönde irade beyanlar, mevcut olmad, ,ndan, borç ikrar,n,n varl, ,n, kabul etmek de mümkün de ildir. O hâlde Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmü de burada uygulanmamaktadır.

⁴² UYUMAZ, s.124.

⁴³ ERSEN PERÇ N, s.184.

⁴⁴ ÖZBEK, Mustafa: öAvrupa Birli inde Alternatif Uyu mazl,k Çözümüö, TBB Dergisi, 68, 2007, s.300.

⁴⁵ ÖZBEK, Avrupa Birli i, s.300.

⁴⁶ ÖZBEK, Avrupa Birli i, s.300.

Türk Borçlar Kanununun 158. maddesinde ise, *ödava veya defa; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması, ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması, yahut vaktinden önce açılması, olması, nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamana, m, veya hak dü ürücü süre dolmuş sa, alacaklı, alım, günlük ek süre içinde hakları, n, kullanabilir* hükmü yer almaktadır. Bu hükmün Bireysel Mü teri Hakem Heyetine başvurulan bireysel mü teriler bakımından uygulanıp uygulanamayacağına baktığımızda ise; burada düzenlenen alım, günlük ek süreden faydalanabilmek için, zamana, m, süresinin davanın açılması, ndan sonra dolmuş olması, gerekir ve bu şekilde alım, günlük ek süreden yararlanarak yeniden dava açılmasıdır⁴⁷. O hâlde Hakem Heyetine başvurulduğunda bir dava açılması,, hatta bir yargılama faaliyeti söz konusu olmadıkça, ndan, alım, günlük ek süreden yararlanmak da mümkün değildir.

IV. SONUÇ

Yargılamanın yükünü hafifletmek ve taraflar arasında uzlaşma bilincinin oluşmasını sağlamak bakımından, alternatif uyu mazlık çözüm yöntemlerinin uygulanması, ve keza tevik edilmesi son derece önemlidir. Bireysel Mü teri Hakem Heyeti de, uyu mazlıkların çözümünü bakımından basit, ucuz ve çabuk olduğu takdirde, önemli bir alternatif uyu mazlık çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak verdiği kararlar, n delil niteliği dahi düzenlenmediğinden, Hakem Heyetine başvurulmuş uyu mazlıklar bakımından Heyetin yapacağı, inceleme zaman kaybına sebebiyet verebilmektedir. Heyetin yapacağı, inceleme süresince zamana, m, ve hak dü ürücü süreler de iletileceğinden, Bireysel Mü teri Hakem Heyeti kararlarına takdiri delil olma noktasında dahi olsa herhangi bir sonuç bağlanmazsa, Hakem Heyetine başvurmak, kanaatimizce uyu mazlık, , uzatmaktan başka bir fonksiyonu yerine getirmeyecektir. Bunun doğal bir sonucu olarak da uygulanması, son derece az olacaktır.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin başvurulan, nitelikte karar vermesi gerektiği ileri sürülebilirse de, o vakit karşımıza hak arama özgürlüğü ve adalet erişimi hakkının sağlanması, gibi bir sonuç çıkmaktadır. Böyle bir başvurulan, lık Heyetin alternatif uyu mazlık çözüm yöntemi olma niteliğiyle de başvurulan, mamaktadır. Ayrıca bireysel mü terilerle bankalar arasındaki uyu mazlıkların birçoğunu tüketici ile ilgili olarak, ndan, Tüketici Hakem Heyeti ile aralarında görev uyu mazlık, , çikma ihtimalini de gündeme getirmektedir.

Bir alternatif uyu mazlık çözüm yöntemi olan Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin kararlarına, n mahkeme dairesi, sulh sözleşmesi gibi nitelendirilmesi ve kararlarına, n yargıya intikal etmesi durumunda en azından mahkeme dairesi, sulhün ispatı, hâlinde ona bağlanan sonuçların geçerli olması, dü ünülebilir. Ancak mahkeme dairesi, sulhün geçerli olabilmesi için tarafların kararları, lık, ve birbirine uygun irade beyanları, gereklidir. Oysa burada Hakem Heyetince verilen bir karar söz konusu olup, tarafların birbirine uygun iradeleri mevcut değildir. Zira Bireysel Mü teri Hakem Heyeti, başvurulan, olmayan bir tahkim gibidir ve Heyetin yaptığı, inceleme de daha ziyade yargılamaya yakındır.

Bireysel Mü teri Hakem Heyetinin hukukî anlamda tam bir karar, lık, , yoktur. Bireysel mü terilerin, Birlik üyesi bankalarla ya da, , uyu mazlıklarda Hakem Heyetine başvurusu, n, verdiği kararlara delil niteliği dahi tanınmadıkça, dü ünüldüğünde ve karardan tatmin olmayan tarafın yargı yoluna başvurusu, muhtemel olduğundan, kanaatimizce bireysel mü terilere sağladığı, herhangi bir fayda yoktur. Bu noktada Hakem Heyetince verilen kararların, n olmasa da, inceleme sırasında dosyaya giren bilgi ve belgelerin takdiri delil olarak yargılamada kullanılabilecek olması,, bireysel mü terileri Hakem Heyetine başvurma konusunda daha istekli kılabilir.

⁴⁷ PEKCANITEZ, Hakan: Pekcan,tez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bas., On iki Levha Yayınları,, İstanbul, 2017, s.1173.


KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep: öHal Hakem Heyetiö, DEÜHFD, 16, Özel Say, 2014, (Bas,m: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcan,tezæ Arma an, s.19-34.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TA PINAR AYVAZ, Sema/HANA ASI, Emel: Medenî Usûl Hukuku, 5. Bask., Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2019.
- ATALI, Murat: ö6502 say,l, Kanunün Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetlerine li kin Hükümlerinin De erlendirilmesiö, Prof. Dr. Ejder Y,lmazæ Arma an, Cilt 1, Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2014, s.397-418.
- ATALI, Murat/ERMENEK, brahim/ERDO AN, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 2. Bas., Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2019.
- AZAKLI ARSLAN, Betül: Medenî Usûl Hukuku Aç,s,ndan Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2018.
- BUDAK, Ali Cem: ö6502 say,l, Tüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanunæ Göre Tüketici Hakem Heyetleriö, DEÜHFD, 16, Özel Say, 2014, (Bas,m: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcan,tezæ Arma an, s.77-103.
- BULUR, Alper: öAlternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar, ve Arabuluculuk Yöntemiö, Ankara Barosu Dergisi, 65(4), 2007, s.30-46.
- ERDO AN, Ersin/CÖMERT, Bü ra: öArabuluculuk Sonunda Haz,rılanan Anla ma Belgesinin Hukukî Niteli i ve Anla ma Belgesine Kar , Ba vurulabilecek Hukukî Çarelerö, Terazi Hukuk Dergisi, 13(138), 2018, s.27-47.
- ERMENEK, brahim: öYarg, Kararlar, I , nda Tüketici Sorunlar, Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Ç,kan Sorunlara li kin Çözüm Önerileriö, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1-2), 2013, s.563-629.
- ERSEN PERÇ N, Gizem: öAlternatif Uyu mazl,k Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculu un Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeriö, MHB, 31(2), s.177-201.
- GÖKSU, Mustafa: Alternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar, ve Tahkim, Seçkin Yay,nlar., Ankara, 2019.
- HIZIR ASRAV, Fatma: Sulh Sözle mesi, Adalet Yay,nevi, Ankara, 2019.
- ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar., Seçkin Yay,nlar., Ankara, 2003.
- KEKEÇ, Elif K,smet: Arabuluculuk Yoluyla Uyu mazl,k Çözümünde Temel A amalar ve Taktikler, 3. Bask., Adalet Yay,nevi, Ankara, 2016.
- KONURALP, Halûk: Medenî Usûl Hukukunda spat Kurallar,n,n Zorlanan S,n,rlar., Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2009.
- ÖNEN, Ergun: Medenî Yarg,lama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972.
- ÖZBAY, brahim: öAlternatif Uyu mazl,k Çözüm Yöntemleriö, EÜHFD, 10(3-4), 2006, s.459-475.
- ÖZBEK, Mustafa: öAvrupa Birli inde Alternatif Uyu mazl,k Çözümüö (Avrupa Birli i), TBB Dergisi, 68, 2007, s.265-320.
- ÖZBEK, Mustafa: öDünya Çap,ndaki Adalete Ula ma Hareketiyle Ortaya Ç,kan Geli meler ve Alternatif Uyu mazl,k Çözümüö (Geli meler), AÜHFD, 51(2), 2002, s.121-162.
- ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyu mazl,k Çözümü, 2. Bask., Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2009.
- ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyu mazl,k Çözümü (AUÇ-1), Cilt 1, 4. Bask., Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2016.
- ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyu mazl,k Çözümü (AUÇ-2), Cilt 2, 4. Bask., Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2016.
- ÖZEKES, Muhammet: Pekcan,tez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bas., On ki Levha Yay,nlar., stanbul, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan: öTüketici Sorunlar, Hakem Heyetiö (Tüketici), Makaleler Cilt I, On ki Levha Yay,nlar., stanbul, 2016, s.345-368.
- PEKCANITEZ, Hakan: Pekcan,tez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bas., On ki Levha Yay,nlar., stanbul, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Vedat Kitapç,l,k, stanbul, 2018.
- TANRIVER, Süha: öHukuk Uyu mazl,klar, Ba lam,nda Alternatif Uyu mazl,k Çözüm Yollar, ve Özellikle Arabuluculukö (Arabuluculuk), TBB Dergisi, 64, 2006, s.151-177.
- TANRIVER, Süha: öMahkeme Huzurunda Yap,lan Sulhlerö, AÜSBFD, 49(1), 1994, s.333-348.
- TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku (Usûl), Cilt I, Yetkin Yay,nlar., Ankara, 2016.
- ULUKAPI, Ömer: öTüketicinin Korunmas, Hakk,nda Kanun Çerçevesinde Uyu mazl,klar,n Çözüm Yollar, (Tüketici Mahkemeleri)ö, SÜHFD, 5(1-2), 1996, Prof. Dr. M. akir Berkioye Arma an, s.77-101.
- UYUMAZ, Alper: öTüketici Hukukundan Do an Uyu mazl,klar,n Alternatif Çözüm Yollarö, SÜHFD, 20(1), 2012, s.103-132.

TÜRK HUKUKUNDA YER NE GETİRİLMİŞ BAĞIŞLAMIN GERİ ALINMASI VE BGB. 313. ÇERÇEVESİNDE ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEME KARARININ DÜNDÜRDÜKLERİ

WITHDRAWAL OF EXECUTED DONATION IN THE TURKISH LAW AND SUGGESTIONS FROM THE GERMAN FEDERAL COURT OF JUSTICE WITHIN THE FRAME OF BGB Art.313

Çi dem Mine YILMAZ*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.633622>

Makale Bilgi

Gönderilme: 16/10/2019
Kabul: 16/12/2019

Anahtar Kelimeler

Bağışlama,
Bağışlama, geri
Alınması,
İstenebilirlik
Esas,
İstenebilirlik
Çökmesi.

Özet

Bağışlama sözleşmesinin, sözleşme taraflarından sadece bağışlayan, alana borç yükleyen bir sözleşme olması sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzda, bağışlayan, ve onun malvarlığını korumaya yönelik düzenlemeler öngörülür. Bu sözleşme ile bağışlanan, yani kendisine değer kazandırılan kişinin zenginleştirilmesi amaçlanmaktadır. Çalınan, madda, Türk hukukunda yapılmış bağışlama, geri istenebilirliği için bağışlamaya özgü sebepler ve bağışlama durumunda hangi hukuki kurumlara başvurulabileceği Alman Medeni Kanunu, Bürgerliches Gesetzbuch'ta (BGB) yer alan östenebilirlik münasebeti esas, östenebilirlik felsefesine de değinilerek açıklanmaya ve önerilerde bulunulmaya çalışılmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Bundesgerichtshof'un, (BGH) yerleşik içtihat hukuku uyarınca, evliliği iliştirkin bağışlama durumu, eplerden birinin diğerine bir mal varlığını, evlilikten dolayı, ve evlilikle hayat birliğini gerçekleştirilmesi ve oluşturulması, muhafaza edilmesi veya güvence altına alınması, maksadıyla vermesi, bununla evlilik ya am birliğini var olması, ve bu birliktelik dâhilinde verdiği bu mal varlığından ve onun getirilerinden istifade etmeye devam etmesi östenebilirlik veya beklentisi içinde olmasıyla mevcut olur. Bağışlama, münasebeti esas, burada yatmaktadır. Ne var ki, eplerin yasal mal rejimi çerçevesinde, evlilikten dolayı, bağışlama halleri durumu mevcutsa iade istemlerinin - bir mal ayrılığı, rejiminin mevcut olması,ndan farklı olarak östenebilirlik BGB Art. 313 uyarınca halledilmesi bir istisnadır. Federal Mahkemeye göre, kazanç denkleştirilmesi gerçekleştirilir ve yalnızca bunun uygun olmayan bir sonucu yol açması durumunda BGB Art. 313. uyarınca bir iade istemi dündürülebilir.

Article Info

Received: 16/10/2019
Accepted: 16/12/2019

Keywords

Donation,
Principle of Transaction
Connection,
Withdrawal of Donation,
Collapse of Transaction
Connection.

Abstract

Since the donation contract is a contract that burdens only the donating party with debt, the provisions aiming to protect the donor (i.e., the donating party) and his/her assets were set forth in Turkish Code of Obligations Nr. 6098. With this contract burdening a single party with debt, it is aimed to enrich the donee, who is provided with value. In this study, besides making suggestions, it is also aimed to explain to which legal bodies one might apply in order to withdraw the donation by mentioning the philosophy of the principle of transaction connection, which is regulated in German Civil Law (Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]), besides the reasons specific to donation and the donation itself. According to the settled case law of German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) (BGH), a marriage-related donation occurs when an asset is donated because of the marriage and in order to construct, maintain or secure a spousal partnership and with the idea of continuing the marriage community and benefiting from the asset and its revenues during the marriage. The connection of donation depends on this principle. However, if the spouses have made a donation because of the marriage and within the scope of marital property (different from the regime of separation of estates), then, it is an exception to perform the retrocession in accordance with BGB. Art. 313. According to the Federal Court, the acquisition equalization is performed and then a retrocession transaction according to BGB Art. 313 may be considered only if the equalization yields an unsuitable situation.

 Bu eser [Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Östenebilirlik Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.
 cigdemineyilmaz@gmail.com ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2961-0040>

I. G R

Alman Medeni Kanununun 313. maddesinde düzenlenen öi lem temelini bozulmas,ö kanunda yer alan pek çok hukuki düzenlemeyle de benzerlik göstermektedir. Hukuki ihtilaflar,n baz,lar,nda bu düzenlemelerin yar, abilece i kabul edilmektedir. Nitekim çal, ma konumuza esas Federal Mahkeme karar,na konu te kil eden, öyerine getirilmi ba , laman,n geri al,nmas,ö halinde, e ler aras,ndaki geçerli olan mal rejiminin tasfiyesine ili kin hükümler ya da ba , lama sözleşle mesinin saik hatas, sebebiyle iptali gibi farklı, hukuki kurumlara müracaat,n mümkün olabilece i ileri sürülebilir. Ne var ki hakk,n ileri sürülmesinin süre ile k,s,tland, , bu hallerde, mevcut hukuki sonuca katlanmak, hak ve nesafet duygusunu zedelemektedir. Esasen Türk Borçlar Kanununda ba , layan, koruyucu da pek çok hüküm bulunmaktadır.¹ Lakin bu hükümlerin yetmemesi kar ,s,nda BGB 313 ile ba , layan,n korunmas, mümkün olabilecektir. Nitekim BGB 313 ile sözleşle menin yap,lmas, s,ras,nda sözleşle menin amac, ve ekonomik de eri için önemli olan her türlü hal ve ko ulun sözleşle menin yap,lmas,ndan sonra de i mesi de öi lem temeliö olarak kabul edilmektedir.

lem temelini düzenleyen Alman Medeni Kanununun 313. maddesi, ilk f,kras,yla sözleşle menin yap,lmas,ndan sonra ko ullar,n ve durumun de i mesini, ikinci f,kras, ile ise sözleşle menin yap,lmas, s,ras,nda yanl, tasavvurlar,n da birinci f,krada belirtilen durumlarla e oldu unu düzenlemektedir. Alman hukuku bu hükümlerle Türk- sviçre hukukundan farklı, olarak taraflar,n esasl, saik hatalar,n, da i lem temeli kapsam,nda ele alm, t,r ki, bu da iki hukuki düzenleme aras,nda kar ,m,za ç,kan en önemli farktır. Zira Türk Borçlar Kanunu madde 138de, ancak taraflardan kaynaklanmayan ve al, agelmi olan sözleşle me risklerini a an, daha çok her iki taraf, da etkileyen enflasyon, deprem gibi felaketlerin sözleşle meyi temelden sarst, , kabul edilip, uyarlamas, kabul edilmektedir. Oysa, ço u zaman öevlilik gibi çok uzun sürmesi beklenen bir ili kinin varl, , dolay,s,yla ba , lamada bulunuldu unda, bu evlilik münasebetinin ortadan kalkmas, sonucu art,k i lemin temelden çöktü ü kabul edilmelidir.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA BA I LAMA SÖZLE MES

A. Ba , lama Sözle mesine li kin Temel Esaslar

Ba , lama sözleşle mesi TBK'n,n 285-298. maddelerinde düzenlenmi olup, 285. maddede tan,m lanm, t,r. Bu tan,m dan ç,kar,ld, , üzere, ba , lama sözleşle mesi, temlik borcu do uran, ivazs,z, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşle medir². Ba , lama sözleşle mesi, taraflar,n kar ,l,kl, ve birbirine uygun irade beyanlar,yla kurulmakta olup, kural olarak ba , lanan mal,n teslimi gerekmemektedir. Ancak sadece ba , layan,n, ba , lanana belli bir de er vermesi veya vermeyi üstlenmesinden dolayı, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşle medir³. Ba , lama sözleşle mesinin unsurlar,; *ökazand,rma yoluyla zenginle tirme, kar ,l,ks,z (ivazs,z) olma ve anla maö* ekinde kabul edilmektedir.

Ba , lama sözleşle mesi ile ba , layan,n malvarl, ,ndan aynı hak, alacak hakk, ya da ba ka malvarl, , de erlerinin, ba , lanan,n malvarl, ,na devri borcu üstlenilmektedir⁴. Ba , lama sözleşle mesinin unsurlar,ndan ilki *ökazand,rma yoluyla zenginle tirmeo* dir. Sat,m sözleşle mesine konu olabilen her ey ba , lama sözleşle mesinin mevzuunu te kil edebilir. Ba , lanan mal, ba , lanan,n aktifinde art, a yol açabilece i gibi pasifinin de azalmas,n, sa layabilir. Nitekim borcun ibras, veya borcun devral,nmas, gibi i lemler ba , lama olarak kabul edilmektedir⁵.

¹ Bu nitelikteki hükümler için bkz. 6098 say,1, TBK. m. 286, 287, 288, 293; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç li kileri, 11. Bask., Yetkin Yay,nevi, Ankara 2018, s.236 vd; OLG AÇ Senai: Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri II, stanbul 1966, s.217; EREN Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s.298 vd; ZEVKL LER, Ayd,n/GÖKYAYLA, K.Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 165 vd.; KILIÇO LU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.190 vd; YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) stanbul 2012, s.163 vd; GÜMÜ , Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2012, s.245 vd; SEROZAN Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Onikilevha Yay,nc,l,k, 4. Bas., s.289.

² EREN, s.298; ARAL/AYRANCI, s.236; ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.165; KILIÇO LU, s.190; YAVUZ, s 163.; GÜMÜ , s.246; SEROZAN, s.287.

³ OLG AÇ SENA , Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, stanbul 1966, s.217; EREN, s.298; ARAL/AYRANCI, s.236; ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.165; KILIÇO LU, s.190; YAVUZ, s 163.; GÜMÜ , s.246; SEROZAN, s.287.

⁴ TANDO AN Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, Cilt: I/1, Evrim Da ,t,m, stanbul 1988, s.342; ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.166.

⁵ TANDO AN, s.345.

TBK m.285/II'de ise *õHenüz edinilmemi olan bir haktan feragat etmek veya bir miras, reddetmek, ba , lama de ildirö* diyerek ba , lanan,n malvarl , nda art, la beraber, ba , layan,n malvarl , ndan bir de erin ç,kmas,n,n gereklili i belirtilmektedir. Doktrininde baz, yazarlara göre⁶ kar ,l,ks,z emek harcayarak hizmet etme; e lerden birinin, di er e in evlilik birli inin giderlerine kat,lmas,n, isteme hakk,ndan vazgeçmesi; önal,m ve al,m hakk,ndan vazgeçilmi olmas, ba , lama olarak de erlendirilemez. Bu ihtimallerde, malvarl , ndan ç,kan de ere kar ,l,k di erinin malvarl , nda meydana gelecek azalman,n önlenmesi ya da bu de ere kar ,l,k ba kas,n,n malvarl , nda art, meydana gelmesi gibi do rudan do ruya ba l,l,k yoktur⁷. Zira bu i lemde ba , layan, kendisi için bir alacak hakk, kazanmak için de il, bir kar ,l,k elde etme amac, olmaks,z,n hareket eder ve bu yolla ba , lanan alacak hakk, kazan,r⁸. Kan,mca, her sözle mede bulunmas, gereken *õedimö* yükümü, ba , lama sözle mesinde ba , layan taraf için *õba , lanan mal,n kendi malvarl , ndan ç,kmas, veya malvarl , na girmesi gereken de erin girmemesiö* olarak de erlendirilebilir.

Ba , lama sözle mesinin ikinci unsuru olan *õKar ,l,ks,zl,kö*⁹, ba , layan,n ba , lanan, kar ,l,ks,z zenginle tirme (animus donandi) amac, ile hareket etmesidir. Ancak ba , laman,n kabul edilebilmesi için bu amaç zorunlu olup, hukuki i lemin saiki, bir ba ka deyi le bu amaca iten sebep aranmamal,d,r¹⁰. Ba , layan,, ba , lama yapmaya sevkeden saik, sayg,nl,k kazanma, minnet duyma, iyilik, yard,m ya da ac,ma duygusu olabilir¹¹. Ba , lama sebebi d, ,nda bir sebep, örne in ifa sebebiyle yap,lan kazand,rma ba , lama de ildir¹².

õAhlaki bir ödevin yerine getirilmesiö nin ba , lama niteli inde olmad, , düzenlenerek (TBK m.285/III), ba , lama saikinin ne ahlâkî yükümlülük ne de tamamen kar ,l,ks,zl,k d, ,nda ba ka bir sebebin olmas, gerekti i vurgulanmak istenmi tir. Nitekim baz, yazarlara göre¹³, yasal yükümlülük olmadan yak,nlar,na nafaka vermeyi üstlenme; tan,ma veya babal,k hükmü olmamas,na ra men evlilik d, , çocu a nafaka verme; bah i ya da örf adet gere i ufak hediyeler de ba , lama kabul edilmemelidir. Kan,mca, ba , lama kabul edilmemesi gereken kar ,l,ks,z kazand,rmalar,n temelinde yatan dü ünçe, bu yolda bir tercih yap,ld, ,nda kanunun zaten bu ki ilere nafaka borcu yüklemek imkân, tan,mas, ya da bir hizmet kar ,l, , memnuniyetin bu ba , lamalar,n saiki olarak kabul edilebilece i dü ünçesidir. Bir ba ka deyi le evlilik d, , çocu a nafaka verme hâlinde, dava aç,ld, , takdirde, nafakan,n kanuni bir yükümlülü e dayanacak olmas, dü ünçesinin egemen oldu u dü ünülebilir. Bah i ya da örf gere i verilen hediyelerin, bir hizmet alma kar ,l, ,nda duyulan memnuniyet saiki ile yap,lmas,, hizmet kar ,l, ,nda verilen edimle beraber tamamlay,c, edim olarak dü ünülebilece ini gösterir. Serozan,ñ ifade etti i üzere, menfaatler durumuna en uygun dü en nitelendirmeyi benimsemek yerinde olur¹⁴. Oysa ki TBK anlam,nda ba , lama sözle mesinde, tam, s,f,r bir kar ,l,ks,zl,k olmal,d,r. Nitekim TBK 285/III'te *õAhlâkî bir ödevin yerine getirilmesi de ba , lama say,lmazö* diyerek, yasal yükümlülü ün söz konusu olmadan, borcun yerine getirilmesi gayesi yani *õcausa solvendio* ile hareket edildi i¹⁵ inanc,n,n hâkim oldu u kabul edilmi tir. Tando an'a göre, ahlâkî ödevlerin ifas,n,n ba , lama hükümlerine tabi tutulmamas,, özellikle bunlar,n yerine getirilmesini ekil bak,m,ndan güçle tirmemek ve caymaya imkân vermemek içindir¹⁶.

Salt *õsynallagmaö* ba lant,s, de il, ayn, zamanda *õcausaö* (sebeb) veya *õcondictioö* (art) ba lant,s, da kazand,rmay,, ivazs,z olmaktan ç,kar,p ivazl, hale getirebilir. *õBirlikte olma, bak,p gözetme, eve veya i e dönme, belirli bir mesle i ö renmeö* kay,tl, kazand,rmalar arta, yüklemeye ya da amaca ba l, bir ba , lama say,labilecekleri gibi, atipik ivazl, bir kazand,rma

⁶ ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.166 dipnot 6'da an,lan yazarlar.

⁷ ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.166.

⁸ HAMAMCIO LU VARDAR Gül ah: Ba , lama Sözle mesi, Adalet Yay,nevi, 2016 s.17.

⁹ EREN, s.290; ARAL/AYRANCI, s.240; ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.167; KILIÇO LU, s.192; YAVUZ, s 165.; SEROZAN, s.288.

¹⁰ YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) , Beta Yay,nevi, stanbul 2018, s.207.

¹¹ HAMAMCIO LU VARDAR, s.30.

¹² EREN, s.279.

¹³ FEYZ O LU, s.327; TANDO AN, s.341.

¹⁴ SEROZAN, 291.

¹⁵ TANDO AN, s.347

¹⁶ TANDO AN, s.347.

da say,labilir¹⁷.

Adet üzere verilen hediyelerin ba , lama say,l,p say,lmayaca , noktas,nda doktrinde farklı görü ler bulunmaktad,r. Bask,n görü e göre¹⁸ adet üzere hediye ya da bah i verilmesinde *öeksik bir borcun ifas*,ö niteli i vard,r. öyle ki; ola an, adet üzere hediye verilmesini temelinde görgü kurallar,, görgü kurallar,n,n temelinde de ahlaki ödev yer ald, ,ndan, kanunda aç,kça ola an hediyelerin eksik borç niteli i düzenlenmemi olsa da TMK ve TBK'n, özel nitelikli baz, hükümlerden yola ç,karak ola an hediyelerin eksik borç niteli i oldu u kabul edilmelidir. Bu dü ünçe kabul edildi i takdirde adet üzere verilen ola an hediyeler ister ahlaki vazifenin ifas, kabul edilsin, ister görgü kural,n,n ifas, kabul edilsin ba , lama te kil etmez¹⁹. Aksi yönde görü e göre TMK m.565/I,b. 3æte adet üzere verilen hediyelerin tenkise tabi olmad, , ancak ba , lama niteli inde oldu u savunulmu tur²⁰. Bu görü sahiplerinden Gümü²¹, mutad ba , lamalar,n bir hat,r ili kisine dayal, ivazs,z kazand,rma oldu unu dü ünmektedir.

Ba , lama sözle mesinin üçüncü unsuru olan **öAnla maö** bu sözle menin iki tarafl, bir hukuki i lem oldu unu göstermektedir. ki tarafl, hukuki i lem olan sözle melerde bulunmas, gereken icap ve kabulden, ökabulö , kazand,r,c, i lemin özellikle ödölöy,ö oldu u hallerde önem arz etmektedir. Bir kimsenin ba kas,na olan borcunu üstlenmek, ödemek; üçüncü ki i lehine art ya da kazand,rma gibi kazand,r,c, i lemler bu tür i lemlerdir. Bir ba ka deyi le, lehine kazand,rma yap,lan ki i ile kazand,rmay, yapan ki i kazand,rman,n kar ,l,ks,z oldu u hususunda uyu mad,kça ba , lama sözle mesinin kuruldu u kabul edilemez²². Sözle menin kurulabilmesi için ba , layan,n ba , lama kast,na sahip olmas,, ba , layan,n da ba , layan,n ba , lama kast,n, bilmesi gereklidir. Kabul aç,k olabilece i gibi z,mni de olabilir. Elden ba , lamada mal,n geri yollanmamas,, bir kimse lehine aç,lan hesaptan ki inin para çekmesi z,mni kabul say,lmaktad,r. Anla may, sa layacak taraflardan ba , lanan,n ay,rt etme gücüne sahip olmas, yeterli iken, ba , layan,n tam ehliyetli olmas, gerekmektedir²³.

1. Ba , lama Sözle mesinin Çe itleri

a. Ba , lama Taahhüdü

Ba , lama taahhüdü, bir ba ka deyi le, öba , lama sözü vermeö, borçland,r,c, i lem niteli inde olup, ileride ba , lama sözle mesi yap,laca ,na ili kin bir vaat de ildir. Ba , lama sözü vermenin geçerlili i, ta ,n,r,lar için yaz,l, ekil art,na ba lanm, ken²⁴, ta ,nmazlar için²⁵ resmi ekil gereklidir. ekle uymaman,n yapt,r,m, öhükümsüzlükö olmas,na ra men, ba , lama konusu ta ,n,r TBK m.288/III. c. 1 uyar,nca ba , layan taraf,ndan yerine getirildi inde, a a ,da ele al,nacak olan ö elden ba , lamaö olarak kabul edilecektir. Ayn, f,kran,n son cümlesi gere ince geçerlili i resmi ekle ba lanm, olan ba , lamalarda bu hükmün uygulanmas, imkan, yoktur.

b. Elden Ba , lama

TBK m.289da düzenlenen, ba , lama sözle mesinin bir türü olan öelden ba , lamaöda taahhüt ve tasarruf a mas, birlikte gerçekleştirilmektedir. öyle ki ba , lama konusu ey, sözle menin yap,ld, , anda ba , lanana devredilmektedir. Sadece ta ,n,r ve ki isel haklar bu tür

¹⁷ SEROZAN, s.288.

¹⁸ TONGS R Ferih Bedii: Ba , lama, stanbul 1953, s.41; TANDO AN, s.348.

¹⁹ VARDAR HAMAMCIO LU, s.103.

²⁰ DURAL Mustafa/ÖZ Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, stanbul 2015 N.1136; O UZMAN M. Kemal: Miras Hukuku, stanbul 1995, s.222.

²¹ GÜMÜ , s.247.

²² Federal Mahkeme kararlar,nda üçüncü ki inin haberi olmaks,z,n onun ad,na bankaya k,ymetli evrak tevdi edilmesinde BGE 67 II 95; üçüncü ki i hesap,na banka hesap, aç,t,r,lmas,nda BGE 64 II 361; bir kimsenin borçlusuna borç konusu olan eyi ivazs,z olarak üçüncü bir ki iye vermesi halinde BGE 49 II 94 ivazs,zl,k hususunda anla ma; BGE 69 II 309da yerine getirilmesi ba , layan,n ölümüne ba l, ba , lamalarda, ba , layan hayattayken ba , lanan,n kabulüne ihtiyaç oldu u belirtilmektedir.

²³ EREN, s.282; ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.169.

²⁴ Ba , lama taahhüdüne yüklemekle eklenmi se ba , lama taahhüdünün yaz,l, ekilde yap,lmas, yeterli olup, yüklemekle yaz,l, ekilde kararlar t,r,lmam, sa da geçerlidir. TANDO AN, s.349; YAVUZ, s.230.

²⁵ Tapuya kay,t,l, olmayan ta ,nmazlarla ilgili ba , lama taahhüdünün hangi ekle ba l, oldu u tart, mal,d,r. öyle ki; bu tür ta ,nmazlar,n devri halinde esasen mülkiyet de il zilyetlik devredilmektedir. Bu tip ta ,nmazlar ancak tapuya kayd, yap,ld, ,nda üzerinde mülkiyet söz konusu olabilece inden, devredilmesi halinde mülkiyet de il zilyetlik devredilmektedir. Yarg,tay zilyetli i hak olarak kabul etti inden doktrinde haklar,n ba , lama taahhüdünün de ta ,n,r,lar,n ba , lanmas,na ili kin kurallara tabi olup yaz,l, ekilde yap,lmas, gerekti i savunulmaktad,r.

ba , lamaya konu olabilirler. ekle ba l, olmayan elden ba , lama teslim yoluyla gerçekte mektedir. Teslim ise zilyetli in haz.rlar aras,nda devri ekinde olabilece i gibi, hükmen teslim, k,sa elden teslim havale yoluyla zilyetli in teslimi, araçlar,n teslimi ekinde de gerçekte ebilir.

c. Yüklemeli Ba , lama

TBK m.291øde öBa , layan, ba , lamas,na yüklemeler koyabilirö diyerek ba , lama sözle mesine yükleme konulabilece i, II. f,kras,nda da ba , layan,n, sözle me gere ince kabul edilmi bu yüklemelerin yerine getirilmesini isteyebilece i düzenlenmi tir. Ancak sözle meyle kararla t,r,lan bu yükleme, sözle mede kar ,l,k olu turan, synallagma edim de il, yan, ferç edim niteli inde olmal,d,r. Zira ba , lama sözle mesi için ökar ,l,ks,zl,kö olma, sözle menin unsuru oldu undan, teknik anlamda yükümlülük olmayan ö yüklemeö olmal,d,r. Yük olu turan, yan nitelikli edimin ba , layana kar , yerine getirilmesi zorunlu de ildir. Ba , layan,n, ba , layan, ya da bir yak,n,n, tedavi ettirmesi, belirli ki ilere okuma yazma ö retmesi²⁶ gibi yüklemeler öngörülebilir. Ancak bu yüklemeler hukuka, ahlaka, kamu düzenine, ki ilik haklar,na ayk,r, ya da imkâns,z olmamal,d,r. Ba , layan,n, yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilmesi için, öncelikle ba , lanan de eri ba , lanana vermesi gerekir. 291. Maddenin son f,kras,na göre, yüklemeli ba , lamalarda, ba , lama konusunun de eri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflar,n, kar ,lamaz ve a an k,s,m kendisine ödenmezse ba , lanan, yüklemeyi yerine getirmekten kaç,nabilir. Maddenin bu f,kras, ile de ba , laman,n övazs,zl,kö özelli i esas al,nm, , yüklemenin synallagma olu turmas, engellenmi tir.

d. Ko ullu Ba , lama

TBK m.290/Iøde öBa , lama, bir ko ula ba lanarak yap,labilirö eklindedir. Bu aç,k ifadeyle ba , laman,n ko ula, arta ba lanabilece i ifade edilmi tir. Gerek ba , lama taahhüdü gerekse elden ba , lama ko ula ba l, olarak yap,labilir. Ko ul, geciktirici olabilece i gibi bozucu da olabilir. Ancak elden ba , lamada ba , lama konusu teslim edildi inden geciktirici ko ula ba lanmas, mümkün de ildir²⁷. Ko ulun hukuka ya da ahlaka ayk,r, olmas, durumunda, ba , lama sözle mesi geçersiz kabul edilmektedir²⁸. Ko ulun imkans,z olmas,nda ise, geciktirici ko ul varsa sözle me geçersiz, bozucu ko ul varsa sözle me geçerlidir.

e. Ba , layana Dönme Ko ullu Ba , lama

Ba , lanan,n, ba , layandan önce ölmesi halinde ba , lanan eyin, ba , layan,n malvarl, ,na dönmesinin kararla t,r,labilece i TBK m.292øde düzenlenmi tir²⁹. Esasen, böyle bir ihtimalin³⁰, ba , lama sözle mesine öko ulö olarak eklenmesinin yeterli olabilece i dü ünülebilir. Ne var ki TBK m.292/IIødeki öBa , lama konusu, ta ,nmaza veya ta ,nmaz üzerindeki ayni hakka ili kin ise, ba , layana dönme ko ulu tapu siciline erh verilebilirö ifadesi, ayr, düzenlemeyi anlaml, k,lmaktad,r. öyle ki; tapu siciline erh edilebilecek hususlar s,n,r,l, say,da oldu undan³¹ bu düzenlemenin ayr,ca yap,lmas, zorunlulu u vard,r. Ba , lama konusu ba , lanan,n malvarl, ,na girdi inden, ba , lanan serbestçe bu e ya üzerinde tasarrufta bulunabilecektir. erh sayesinde üçüncü ki i erhten haberi bulunmad, ,n, iddia edemeyecektir. Bir ba ka deyi le, ba , lama yoluyla ta ,nmaz,n temlikî hâlinde, ba , lanan, ba , layandan önce ölmü se, ba , layan üçüncü ki iye kar , istihkak ve tapu tescilinin iptali davas, açabilecektir³².

f. Yerine Getirilmesi Ba , layan,n Ölümüne Ba l, Ba , lama

TBK m.290/IIøde ifade edilen, yerine getirilmesi ba , layan,n ölümüne ba l, ba , lama sa lararas, yap,lan, ba , lama taahhüdü niteli indedir. Taraflar aras,ndaki sözle me, ölüme ba l, tasarruf niteli inde olmay,p, borçlar hukuku niteliklidir. Ba , lama sözle mesi kurulmakta

²⁶ ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.174.

²⁷ FEYZ O LU, s.362-363.

²⁸ ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.174.

²⁹ <http://proxy.uludag.deepknowledge.net/MuseSessionID=0211lse65/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.html>

³⁰ ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.176.

³¹ Ba , layana dönme ko ulu d, ,ndaki ko ullar tapu siciline erh edilemezler.

³² <http://proxy.uludag.deepknowledge.net/MuseSessionID=0211lse65/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.html>

ancak sözleşme menin ifas, ba , layan,n ölümü ko uluna ba lanmaktadır. Ancak kanun koyucu bu tür ba , lamay, da 290/II ile ölüme ba l, tasarruflara ili kin kurallara ba l, k,lm, t,r. Bu sebeple böyle bir ko ula ba lanan ba , lama miras sözleşmesi biçiminde yap,lmal,d,r³³.

B. Ba , laman,n Geri Al,nmas,

TBK'da, öBa , laman,n ortadan kalkmas,ö ba l,kl, 295 vd. maddelerinde, yerine getirilmi ve henüz yerine getirilmemi ba , laman,n ortadan kalkmas,na ili kin düzenleme mevcuttur. Çal, ma konusunun ele al,nmas,na sebep te kil eden Federal Mahkeme karar,n,n incelenmesine geçilmeden önce TBK m.295'ın de erlendirilmesi gerekmektedir. İlgili hükümde ba , lanan,n, ba , layan veya yak,nlar,ndan birine kar , a ,r suç i lemesi, ba , layan veya yak,nlar,ndan birine kar , kanundan do an yükümlülüklerine önemli ölçüde ayk,r, davranmas, ya da yüklemeli ba , lamada yüklemeyi yerine getirmemesi, geri al,nma sebepleri olarak düzenlenmi tir. Bu hakk,n kullan,lmasya bir hukuki ili ki ortadan kalkmaktadır. Geri alma, yenilik do uran bir hakt,r.

1. Ba , laman,n Geri Al,nmas, Sebepleri

Ba , lamay, geri alma nedenleri TBK 295 ve 296'da düzenlenmi tir. 295. maddede elden ba , lama veya yerine getirilmi ba , lama sözü için geri alma nedenleri düzenlenmi ken, 296. maddede henüz yerine getirilmemi ba , lama sözü için bu nedenler belirtilmi tir. Çal, ma konumuz aç,s,ndan esas al,nacak olan ve Türk hukuk uygulamas,na yeni bir bak, aç,s, sa lamaya çal, aca ,m,z nokta, 295. madde ve bu maddeye at,f yapan 296. maddenin 1. bendidir. 295. maddede düzenlenen hususlar Medeni Kanun madde 510'da düzenlenen *ömirasç,l,ktan ç,karma* sebepleri ile k,smen ayn,d,r. ne benzer sebeplerdir³⁴. Sebeplerden ilki, 1. bentte düzenlenen ba , lanan,n, ba , layan ya da yak,nlar,ndan birine kar , a ,r bir suç i lemesidir. Ba , lanan,n i ledi i suçtan dolayı, mahkûm olmas, art, aranmamakta, kald, ki hakk,nda kovu turma yoluna ba vurulmam, olsa dahi³⁵ ba , laman,n geri al,nabilece i kabul edilmektedir. Her ne kadar maddede *öa ,rö* kavram, geçse de, suçun niteli inin önemli olmad, ,, takibi iste e ba l, bir suç hakk,nda ikayette bulunulmamas,n,n dönme hakk,n, engellemeyece i doktrinde³⁶ kabul edilmektedir. Yeter ki bu suç ba , lamadan sonra i lenmi olsun³⁷. Suçun kime kar , i lendi i noktas,nda yaln,zca kan ba , ya da kay,n,h,s,ml, , de il, çok yak,n dost, arkada gibi ki ilerinde yak,n kavram, içerisinde kabul edilmesi gerekti i doktrinde kabul edilmektedir³⁸.

295. maddenin II. bendinde ise ba , lanan,n, ba , layan ya da onun ailesine kar , yasa gere i yükümlü oldu u ödevlerine önemli biçimde ayk,r, davranmas, hali de elden ba , lama veya yerine getirdi i ba , lama sözünü geri alma sebebi olarak kabul edilmi tir. E lerin sadakat yükümüne ayk,r, davranmas,, ortak konuttan ayr,lmaz,, di er e e ya da yak,nlar,n,n can,na kast etmesi ekindeki davran, lar,n maddede öngörülen ko ulu gerçeikle tirdi i ku kusuzdur. Öte yandan, Kanunda ifade edilen *ökanundan do an yükümlülüklerine önemli ölçüde ayk,r, davranma* art, her olay,n kendi özellikleri dâhilinde hakim taraf,ndan takdir edilecektir.

296. maddenin I. bendinde ise 295. maddeye at,f yaparak *öba , lama sözü verme* öde de ba , layan,n, elden ba , lan,lan bir mal,n geri verilmesini isteyebilece i, sebeplerin olmas, halinde sözün geri al,nabilece i ve onu ifadan kaç,nabilece i düzenlenmi tir. Bu itibarla e llerden birinin, di er e e veya aile çevresinden efrad,ndan birine kar , belirtilen ailevi yükümlülüklerle ayk,r, davranmas, halinde ba , lama sözünden dönebilece i düzenlenmi tir. Ancak, di er e in birlikte kusuru, e in yükümlü bulundu u aile ödevlerine önemli olarak ayk,r, davranmas,na sebebiyet verirse, böyle bir durumda koca art,k ba , lamadan dönme hakk,n, kullanamaz.

295. madde d, ,nda TMK m.557 vd. da düzenlenen yan,lma, aldatma, korkutma gibi sebeplerin yol açt, , irade bozuklu u nedeniyle iptal davas,, TMK m.565/III ve IV'æ göre tenkis

³³ TANDO AN, s.352.

³⁴ Ayn, yönde bkz: Yar. 1. HD, 05.10.2005, E. 9758, K. 10438. <http://proxy.uludag.deepknowledge.net/MuseSessionID=02111se65/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.html>

³⁵ ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.179.

³⁶ ZEVKL LER/GÖKYAYLA, s.180.

³⁷ Yar. 4. HD. 29. 12. 1931, 4551/3391. S.K.

³⁸ TANDO AN, s.379

davas,, K m.278 ve devam,na göre yap,lm, olan muvazaal, ba , laman,n iptali davas,, TMK. m.122öye göre ni an,n bozulmas, halinde hediyeilerin iadesi davas, da ba , lama hukuku d ,nda kalan ortadan kalkma sebebi olarak kabul edilmektedir³⁹. Bo anma ise doktrinde kendi ba ,na ba , laman,n ortadan kalkma sebebi olarak görülmemekte, böyle bir durumda doktrinde baz, yazarlarca sebepsiz zenginle meye dayanan geri verme davas, aç,laca , dü ünülmektedir⁴⁰.

2. Ba , laman,n Geri Al,nmas, Hakk,n,n Kullan,lmas,

Geri alma hakk,n,n kullan,lmas, 297. maddede düzenlenmi tir. Geri alma hakk,n,n baz, yazarlarca ki iye s,k, s,k,ya ba l, bir hak oldu undan kural olarak mirasç,lara geçmedi i⁴¹, ancak istisnaen baz, hallerde mirasç,lar taraf,ndan ileri sürülebilece i dü ünülmektedir. 297. maddenin ruhu TMK 565/I, 570 ile uyumlu olup ba , lama ile mirisin malvarl ,ndan ç,kan mal terekeye dahil olmas, gerekli iken tereke d ,nda kalmakta oldu undan bu hak mirasç,lar taraf,ndan da ileri sürülebilmelidir. Nitekim, ba , layan bir y,ll,k süre dolmadan ölürse, geri alma hakk, mirasç,lar,na geçer ve mirasç,lar, bu sürenin sona ermesine kadar bu hakk, kullanabilirler. Ba , layan, sa l ,nda geri alma sebebini ö renememi se, mirasç,lar,, ölümünden ba layarak bir y,l içinde ba , lamay, geri alma hakk,n, kullanabilirler. Ba , lanan, ba , layan, kasten ve hukuka ayk,r, olarak öldürür veya onun geri alma hakk,n, kullanmas,n, engellerse, mirasç,lar, ba , lamay, geri alabilirler⁴².

ifa edilmemi ba , lama kadar, ifa edilmemi ba , laman,n da geri al,nmas,n,n mümkün oldu u hakl, olarak dü ünülmektedir⁴³. Ba , lama sözü veren taraf,n, sözünü yerine getirmeden ba , lanan taraf,ndan kasten öldürülmesi halinde, terekeye dahil olan borç kendili inden sona ermelidir. Bu i lemin geri al,nmas,na izin vermeyip, i lemin tenkise tabi oldu unu kabul etmek ba , lanan taraf, ödüllendirmek anlam,na gelir ve adil olmaz. Zira sakl, pay ihlal edilmedikçe ifa edilmemi ba , lama sözü tenkise tabi olmayacaktır⁴⁴. Nitekim TBK 297/IVöün sadece ba , lama de il, ba , lama sözünü de içerir ekilde geni yorumlanmas, maddeyle güdülen amaca da uygundur. Nitekim hüküm, sistematik yorumu tabi tutuldu unda da, öBa , laman,n Ortadan Kalkmas,ö isimli bölüm, öBa , laman,n geri al,nmas,ö ve öBa , lama Sözüünün Geri Al,nmas,ön, takip eden maddedir. Bu sebeple de, yerine getirilmemi ba , lama sözünün mirasç,lar taraf,ndan ileri sürülebilmesi, tart, mas,z kabul edilebilmelidir.

III. ALMAN YÜKSEK FEDERAL MAHKEMES KARARLARI I I INDA ö LEM ESASININ ÇÖKMES ö

A. lem Esas,n,n Çökmesine li kin Genel Esaslar

Alman Medeni Kanunuğun, öSözle melerin Uyarlanmas, ve Sona Ermesiö üst ba l, , alt,nda düzenledi i, 313.⁴⁵ maddesinin I. f,kras, öBir sözle menin temeli haline gelen ko ullar sözle menin yürürlü e girmesinden sonra önemli ölçüde de i tiyse ve taraflar bu de i ikli i bilselerdi sözle me yapmayacaklar veya ba ka artlar alt,nda yapacaklard, ise, somut olay,n tüm ko ullar,n,, özellikle de sözle menin veya yasal riskin da ,l,m,n, göz önünde bulundurarak, taraflardan birinin sözle meyi de i iklik olmaks,z,n makul bir ekilde yerine getirmesi beklenemez.ö eklindedir. II. f,kras,nda ise öSözle menin temeli durumuna gelen, temel tasavvurlar,n yanl, ç,kmas, hali de hal ve durum de i ikli i ile e tirö diyerek sözle menin temeli haline gelen maddi unsurlar,n, yanl, oldu u durumlar, ko ullar,n de i mesine e de er tutulmu ve bu hallerde sözle menin uyarlanmas, mümkün de ilse veya bir taraf,n kabul etmesi makul bir ekilde beklenemezse, dezavantajl, taraf,n sözle meyi iptal etmesi ya da devam eden yükümlülükler durumunda feshedebilmesi kabul edilmemi tir.

Kanun koyucu, i lem temelinin tam tan,m,n, yapmam, t,r. Ancak maddede i lem temelinin hem ba tan eksikli i, hem de sonradan ortadan kalkmas, düzenlenmi tir. Alman hukukunda gerek doktrin gerekse yarg, kararlar, çerçevesinde ösübjektif i lem temeliö nin tan,m, yap,labilmektedir. lem temeli, sözle menin içeri i olmayan ama sözle me akdedilirken her iki taraf,n ya da en az,ndan sözle menin bir taraf,n,n sahip olup di er taraf,n bildi i ve buna kar ,

³⁹ EREN, s.298.

⁴⁰ EREN, s.298 dipnot 4öte an,lan yazarlar.

⁴¹ EREN, s.301.

⁴² EREN, s.304; ARAL/AYRANCI, s.241; GÜMÜ , s.250 vd.

⁴³ VARDAR HAMAMCIO LU, s.356.

⁴⁴ VARDAR HAMAMCIO LU, s.356.

⁴⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1146

ç,kmad, , sözle menin kurulmas, a amas,nda taraflar, yönlendiren, belirli ortak tasavvur ya da beklentiler olarak tan,mılanmaktadır⁴⁶. Art. 313ün I. f,kras, ile ösözle menin yap,lmas,ndan sonra ko ullah,n ve durumun de i mesio, II. f,kras, ile ise ösözle menin yap,lmas, s,ras,nda yanl, tasavvurlarö i lem temelinin eksikli i olarak kabul edilmi tir. Çal, ma konumuz aç,s,ndan Art. 313/IIün esaslar,n,n aç,klanmas, gerekir.

BGB Art. 313ün uyu mazl,klarda uygulanmas, için bir tak,m artlar gerekmektedir. Bunlar; Sözle menin kurulmas, s,ras,nda temel tasavvur olan i lem temelinde sonradan meydana gelen a ,r de i iklik bulunmas, ve sözle meyle ba l,l, ,n katlan,lmaz olmas,d,r. Katlan,lmazl, ,n tespitinde taraflar,n olay, öngörmü olup sonuçlar,n, öngörmemi olmalar, hali, yine sözle menin süresi ve türü gibi hususlar,n da dikkate al,nmas, gerekti i kabul edilmektedir.

lem temelinin aç,klanmas,nda öamac,n çökmesiö kavram, belirlenmelidir. öyle ki; edim ifas, mümkün olmas,na ra men, alacakl, edimle art,k amac,na ula amayaca ,, edimin ifas,nda herhangi bir menfaati kalmam, sa bu durumda amac,n çökmesi gündeme gelir. Nitekim, sözle mede yer almay,p, sözle menin kurulmas,nda önemli rol oynayan baz, amaçlar olabilir. Doktrinde de⁴⁷ amac,n çökmesi, denge bozulmas, 313. madde kapsam,nda de erlendirilmektedir.

B. BGHnin XII ZR 189/06 Nođu Karar,nda BGB Art. 313ün Etkisi

1. Karara Konu Olay

Alman Federal Adalet Mahkemesi BGH'nin, 03.02.2010 tarihli XII ZR 189/06 karar,, kay,n evlatlar,na önemli bir para ba , layan ve evlili in bozulmas,ndan sonra bu paran,n iadesini talep eden kay,n ebeveynin açt, , dava sonucu ortaya ç,km, t,r. Federal Yüksek Mahkemede görülen bu davada BGH karar, uyar,nca kay,n ebeveynlerin ba , lad, , mallar,n iade talebi art,k kolayla t,r,lm, ko ullah alt,nda mümkündür.

Karara konu olayda; Davac, ebeveynin k,z, 1990 y,l,ndan itibaren evlilik d, , bir hayat arkada l, , içinde ya amaktad,r. 1994 y,l,nda daval, ile beraberlikten ilk ortak çocuklar, do mu tur. K,zlar,n,n hayat arkada , olan daval,, 1996 y,l,nda aç,k artt,rmadan bir ev sat,n al,p aile olarak bu eve ta ,nd,klar,nda, kay,n ebeveyn kendisine 58.000 DM para havale etmi tir. Çift 1997 y,l,nda evlenmi , 2002 y,l,nda bo anm, lard,r. E ler, aralar,nda kazanç denkle tirmesi yapmay, reddetmi lerdir. Söz konusu ev ise hali haz,rda eski kocan,n tek ba ,na mülkiyetindedir.

Dava sürecinde kay,n ebeveyn eski kay,n altsoya havale edilen 58.000 DM. mebla ,ndaki paran,n iadesini talep etmektedir. BGH, davac,y, hakl, buldu u karar,n, u ekilde gerekçelendirmi tir: Kay,n ebeveyn öz çocuklar,n,n e lerine, evlilik ya am birli inin kolayla t,r,lm, maksad,yla mal varl, , ba , lad,klar,nda, imdiye kadar olan içtihadı göre mahkemelerin "isimlendirilmeyen ba , lamalar" ad, alt,nda e ler aras,nda denkle tirdi i bir hukuki münasebet do ard,. E lerin, yasal mal rejimi olan kazanç birli i içerisinde ya am, olmalar, durumunda kay,n ebeveyn verdikleri mallar,n iadesini esasen talep edemezler. Ancak kay,n ebeveynin verdi i bu tür mallar art,k hediye olarak kabul edilmek zorundadır, zira kay,n ebeveyn mallar,n, verdiklerinde kendilerinin art,k bunlardan "istifade etmeyeceklerini" bilmektedir. Ne var ki kay,n ebeveynin ba , lad,klar, mallardan istifade edememelerine ra men, evlili e dair verdikleri hediyelerde ömünasebet esas,n,n ortadan kalkmas,ö prensiplerinin uygulanabilirli i devam eder. öyle ki; bu tür hediye etmelerin dile getirilmemi sözle me esas,, çocuklar,n,n ve kay,n evlatlar,n aras,ndaki evlilik, ya am ortakl, ,n,n devam etmesidir. Kay,n ebeveyn, çocuklar,n,n verdikleri hediyeden sürekli istifade etmesini ister. Evlili in bozulmas, durumunda bu münasebet esas, ortadan kalkm, olur. Bundan dolayı, mahkemece yap,lacak bir sözle me uyarlamas, yoluyla en az,ndan k,smi bir iade i lemi imkân,n,n yolu aç,lacaktır. Söz konusu karara göre, bu husus e lerin yasal mal rejimi kazanç birli i içerisinde ya am, olmalar, durumunda da geçerlidir. Hediyein iadesi i lemi esas olarak mal rejimi hukukuna dair tetkiklerden ba ,ms,z olarak yürütölmek zorundadır. Kay,n ebeveynin kendi çocuklar,, hediye edilen bir evde düzenli olarak oturmak gibi, bu hediyeden uzun bir süre istifade ettiyse, yaln,zca

⁴⁶ NCE Nurten: Alman Hukukunda fa mkans,zl, , ile lem Temelinin Bozulmas, Aras,ndaki li ki, Legal Hukuk Dergisi, 14(165), 2016, s.4855.

⁴⁷ STÜRNER, s.725

k,smi bir iade dikkate al,n,r.

BGH'nin 26.11.2014, Dosya No: XII ZB 666-13⁴⁸ karar,nda özet olarak; Kay,n ebeveynin kay,n çocuklar,na, çocuklar,n,n sürekli olarak orada ya amas,n, bir ta ,nmaz kredisinin yönetimi için verdikleri hediyein münasebet olarak say,lmaz,, yaln,zca geri ödemenin esas,n, te kil edebilir. Buna kar ,l,k talep edilen faizin, sürekli geçim giderlerini kar ,lamaz, sebebiyle iade hakk, vermeyece i ifade edilmektedir. Dava seyrinde, daval,n,n hukuki itiraz, üzerine Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi 12. Hukuk dairesinin 21 Kas,m 2013 tarihli karar,, yarg,lama giderleri hususunda ve daval,n,n aleyhine karar verildi i kadar,yla iptal edilmi tir. Dava, iptal edildi i kapsamda yeniden görülme ve karar verilmesi amac,yla, hukuki itiraz davas,n,n giderleri de dahil olmak üzere, Eyalet Yüksek Mahkemesine iade edilmi tir.

Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin gerekçeli karar,nda da davac,n,n, daval,n,n eski kay,npederi olup, k,z,n,n daval, ile olan evlili inin bozulmas,ndan dolayı,, önceden vermi oldu u parasal hibelerin iadesini istedi i, 1996 y,l,nda nikâhlar, k,y,lan çiftin ayn, y,l bir adet tek aile konutu arsas,n, yar,s,na ortak olarak sat,n ald, , ve finanse etmek için bir kredi kullandı,, daval, ve e inin bu evli çifte evlilikleri boyunca çe itli mebla larda para hibe etti i, daval, ile davac,n,n k,z,n,n fiilen 2008 y,l,nda ayr,ld,, evlili in ise 9 ubat 2011 tarihli kararlar yasal olarak yürürlü e giren bo anmayla son buldu u ve e lerin de 16 Eylül 2011 tarihinde noter huzurunda bir bo anmadan do an sonuçlar anla mas, imzaladı,, belirtilmi tir. Daval,n,n, eski e ine 75.000 þ tutar,nda bir ödeme ve geriye kalan borçlar, üstlenme kar ,l, ,nda ev arsas,ndaki yar, mülkiyet pay,n, devretti i anla ,lm, t,r. E lerin bunun yan, s,ra birbirlerine kar , muhtemelen mevcut olan kazanç denkle tirme haklar,n,n tatmin edilmi oldu u hususunda anla t,, anla ,lm, t,r.

Davac,, - kendisinin ve e inin kendisine devretti i haklar,ndan - yapt,klar, hibelerin yar, miktarda iadesi olarak 32.000,04 þ tutar,nda bir geri ödeme iddia etmi , yerel mahkeme davay, yaln,zca 852,15 þ tutar,nda yapılm, olan di er bir hibe hususunda kabul etmi , Eyalet Yüksek Mahkemesi ise, davac,n,n itiraz, üzerine, 1997'den 2008'e kadar yapılan ayl,k ödemeler için de oransal denkle tirme hakk,n, kabul etmi ve davac,ya ilaveten 12.700 þ tutar,nda hak tan,m, t,r. Daval, ise hukuki itirazda bulunarak, Yerel Mahkeme karar,n,n yeniden tesis edilmesini istemektedir.

2. Karar,n Gerekçeleri

Eyalet Yüksek Mahkemesi içtihad,na göre davac, ve e inin ayl,k olarak yapt,klar, hibeler her iki e e verilen hediyeler olarak nitelendirilmelidir. Zira, hibeler yaln,zca k,z, de il, ayn, zamanda daval,y, da zenginle tirmi tir. Hibelerin daval,n,n k,zlar,yla olan evlili i münasebetiyle verilmi olmas,, bunlar,n hediye olarak tasnif edilmesine ayk,r, de ildir. Daval,n,n bizzat dile getirdi ine göre bu paralar kendisine ekonomik aç,dan fayda sa lam, t,r. Ödemelerin münhas,ran k,z,n kiras,z oturmas,n, sa lamak için oldu una dair di er aç,klamas, bu nedenle önemsizdir.

BGB Art. 313/Iø'deki münasebet temelinin ortadan kalkmas,na dair esaslar hediyelere de uygulanabilir. Davac,, ayl,k yapılan ödemelerin e ler için anla ,l,r ekilde olarak evin finanse edilmesine katkı sa lamak ve böylelikle daimi mal varl, , olu turma amac,yla yapıld, ,n, ve ailenin günlük geçimini sa lamas,na katkıda bulunmak için yapılmad, ,n, ispat etmek istemi tir. Ödemelerin daval,n,n cari hesab,na havale edilmesinin nedeni de kredi sorumlulu unun bu hesapta oldu undandır. Mebla ,n, kay,n ebeveynin hediye alanlar taraf,ndan anla ,l,r fikirleri uyar,nca evin ihtiyaçlar, için verilmi olmas, durumunda, gerçekten bu gaye için kullan,l,p kullan,lmam, olmas, önem arz etmemektedir. Münasebet esas,, evlili in bozulmas, ve ortak mülkiyet pay,n,n daval,n,n e i taraf,ndan devral,nmas, ile ortadan kalkm, t,r. Davac, ve e i, daval,y, yaln,zca k,zlar,yla evli oldu undan ve kay,n evlatlar,na da verilen bu hediye ile k,zlar, ve torunlar,na sürekli olarak bir aile yuvas, olu turmu olacaklar, veya finanse etmi olacaklar,n, dü ündüklerinden dolayı, dâhil etmi tir. 2008 y,l,nda gerçekleşen bo anma ve sonrasında davac,n,n k,z,n,n ortak mülkiyet pay,n, para kar ,l, ,nda devralmas,yla münasebet esas, ortadan kalkm, t,r.

Ba , lama sözle melerinin uyarlanması, tüm ilgili durumlar,n topluca de erlendirilmesini

⁴⁸ Karar bulundu u yer: Open Jur 2015, 1281, Mahkeme Esas No: 12 UF 51/13.

gerektirmektedir. Ba , lama sayesinde olu an mülkiyet durumunun muhafaza edilmesiyle davac, ve e i kabul edilemeyecek derecede ma dur olacakt,r. Bu durum özellikle k,zlar,n,n daval,ya verilen hediyelerden art,k uygun bir ekilde istifade edemeyece inden kaynaklanmaktadır. K,zlar,n,n daval,ya yasal mal rejimi içerisinde ya am, olmas,, münasebet esas,n,n ortadan kalkmas,ndan dolayı, gerekli olan bir uyarlamay, olas,l,k d , b,rakmaz.

Yüksek Mahkemenin gerekçesine göre, kay,n ebeveynlerin ba , lar,ya göttükleri maksada ula ma süresi, hediye alanlar,n ortalama ömürleri ile ölçülemez. Bilakis maksada ula ma, uzun süreli bir evlilikte e e verilen nafakan,n zamansal k,s,tlamas,na dair içtihadı göre yeterli olarak görüldü ü gibi normal durumda 20 y,ll,k bir evlilik süresinde vuku bulur. Ayr,ca normalde öz çocu un ve torunlar,n,n söz konusu evde oturmalar,n, sa lamak beklentilerin öncelikli gayesi olup bu durum ise en geç erginlikle sa lanm, olacakt,r.

Eyalet Yüksek Mahkemesi ayl,k parasal hibeleri kay,n ebeveynlerin daval,ya da yapt , hediyeler olarak görmü tür. Daval,n,n iddias,na göre; "*daval, kay,n ebeveynlerin yapt,klar, ödemelerin münhas,ran k,zlar,n,n kira ödemededen oturmas,n, sa lama amaçlı, oldu unu ifade etmi tir. Ödemeler evin sat,n al,nmas,ndan ve nikâh,n k,y,lmas,ndan önce havale edilmi ve ailenin ya am standard, ile gelirini yükseltmi tir. Ödemelerin mebla ,, tam olarak e lerin önceden oturdu u ve kay,n ebeveynlerin intifa hakk, alt,nda bulunan evde kiras,z oturma de eri kadard,r. Kay,n ebeveynler di er k,zlar,na da ayn, mebla da ödemeler yapm, t,r.*" Ancak bu ifade ne daval,ya yapılan bir hibeyi, ne de bunlar,n ücretsizliklerini reddetmektedir. Yine daval,n,n ifadesine göre nikahtan ve evin sat,n al,nmas,ndan önce de havale edilen ödemeler kar ,l,ks,z olup, bunlar kay,n ebeveynlerin sahip oldu u intifa hakk,ndan dolayı, bir kar ,l,ktan ba ,ms,z gerçekleşmekteymi . Ayr,ca daval,n,n ifadesinden ödemelerin ailenin gelirini yükseltti i ve böylelikle kendisinin her halükarda dolayı, olarak bunlardan istifade etmi oldu u anla ,lmaktadır. Daval, taraf,ndan ifade edilen ödemelerin yapıld,klar, zamanda da do rudan kendisine aktar,lm, olmas, da gerekli de ildir. Çünkü Eyalet Yüksek Mahkemesinin tespitlerine göre nikahtan sonra bu tutarlar her halükarda daval,n,n cari hesab,na havale edilmi olup buna kar , herhangi bir itirazda bulunulmam, t,r. Ancak daval, bunun aksine yine de kay,n ebeveynlerin ödemelerinin münhas,ran k,zlar, için oldu unu iddia etmi se Eyalet Yüksek Mahkemesi bu somutla t,r,lmam, ifadeyi isabetli olarak dikkate al,nmaz olarak görmü ve dolayı,s,ya daval,n,n - zaten yaln,zca bir genelleme olan - kan,t gösterimine uyararak hareket etmemi tir.

Davac, ve e inin kendi mal varl ,ndan yapt , ayl,k havaleler de BGB Art. 516. uyar,nca verdi i ve daval,y, da zenginle tiren kar ,l,ks,z mal varl , hibeleridir. Zenginle me, paran,n ba ka türlü kullan,m,na bak,lmaks,z,n, her seferinde daval,n,n hesab,na bakiye kaydedilmesiyle mevcut olmu tur (bkz. Kurul Karar, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rn. 60). Nihayetinde hibelerin uzun bir süre boyunca ayl,k olarak devaml, art arda ödenmi olmas,, hediye olarak de erlendirilmesi bak,m,ndan önem ta ,mamaktadır. Davac,n,n k,z,n,n, ebeveynleri taraf,ndan, hibelerin dolayı, ortak al,c,s, olarak dü ünülmü olmas,, davac,n,n iddia etti i para talebini mebla lar,n yar, tutar,na s,n,rlam, olmas,ya dikkate al,nm, t,r.

Kay,n ebeveynlerin yapt , hibeler kurulun yeni içtihad,na göre BGB Art. 516. I. f,kras,n,n dava konusu ko ullar,n, çocu un evlili i için gerçekle tinde de yerine getirmektedir. Özellikle de hibelerin kar ,l,ks,z olu una dair bir fikir birli i noksanl, , mevcut de ildir⁴⁹. Kay,n ebeveynlerin yapt , hibeler hediye olarak de erlendirilse dahi BGB Art. 313. I. f,kras, uyar,nca münasebet esas,n,n ortadan kalkmas, prensipleri uygulanabilir⁵⁰.

BGH'n,n yerle ik içtihad,na göre münasebet esas,, her iki taraf,n münasebet iste inin bu fikirler üzerine bina edilmi olmas, durumunda her iki sözleşme taraf,n,n sözleşmenin as,l içeri ine al,nmayan ancak sözleşme imzalan,rken aç , a ç,kan ortak fikirleri ile sözleşme taraflar,ndan birinin belli olup mevcut olan veya gelecekte olmas, muhtemel belli ba l, durumlara dair kar , tarafça sorun te kil etmeyen fikirleridir. Bu durum, ebeveynlerin fikrine göre, müstakbel kay,n evlatlar, ve k,zlar, aras,ndaki ya am birlikteli inin devam etmesi ve buna göre verdikleri hediyein sürekli olarak kendi çocuklar,na fayda sa layaca ,ysa evlili in bozulmas, durumunda münasebet esas,n,n ortadan kalkmas, prensiplerine göre hediyelerin

⁴⁹ Kurul karar, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rn.21

⁵⁰ Bkz: Kurul kararlar, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rn. 25 vd.; 21 Temmuz 2010 tarihli - XII ZR 180/09 - FamRZ 2010, 1626 Rn. 13 ve 20 Temmuz 2011 tarihli - XII ZR 149/09 - FamRZ 2012, 273 Rn. 21

iadesi i lemleri söz konusu olur⁵¹.

Hibeye ba l, olan, kendi öz çocu unun hediyeen sürekli olarak istifade edece i beklentisi, yaln,zca hibe nesnel oldu unda ya da de erinin kar ,l, ,yla al,c,n,n (efektif) mal varl, ,n, daimi olarak artt,rma için belirlenmi oldu unda hakl,d,r. Kay,n ebeveynler yaln,zca bu takdirde çocuklar,n,n hibeden daimi bir ekilde istifade edece ini bekleyebilir. Ancak kay,n ebeveynler kay,n evlatlar,na sürekli giderlerini özellikle de günlük tüketimini kar ,lamak için herhangi bir mebla hibe ediyorsa bu ekilde al,c,n,n hediye dolay,s,ya zenginle mesi söz konusu olsa dahi bundan kendi, çocuklar, için kullan,labilir mal varl, , kalmaz. Kay,n ebeveynler borçlardan kurtarma maksad,ya hibede bulunuyorsa hibenin al,c,n,n mal varl, ,n, daimi olarak artt,r,p artt,rmad, , ve ne miktarda artt,rd, , önemlidir⁵².

Kay,n ebeveynlerin verdi i hediyeen kendi çocuklar,n,n da daimi ekilde istifade etmesine dayanan münasebet esas,, kendi çocuklar, hediyeen dü ünülen kapsamda istifade edemedi inde k,smen ortadan kalkar. ayet bu durum çocuklar,n,n hibe al,c,s,ya olan evlili inin bozulmas,n,n bir sonucuysa münasebet esas, buna uygun olarak, ebeveynlerin beklentisinin aksine, çocuklar,n,n faydalanmas,n,n zaman,nda önce bitti i kadar,ya ortadan kalkar⁵³. Böylelikle kay,n ebeveynlerin iade talebi haklar,, kendi çocuklar, kay,n ebeveynler taraf,ndan finanse edilmi olan bir ta ,nmaz,n ortak mülkiyet sahibi oldu undan ve ayr,ld,ktan sonra da orada oturdu undan dolay, dahi reddedilemez⁵⁴.

Münasebet esas,n,n ortadan kalkmas, tek ba ,na BGB Art. 313.F,kra I. uyar,ınca sözleşme uyarlamas,n, hakl, k,lmaz. Bilakis münferit vakan,n tüm detaylar,, özellikle de sözleşme mesel veya yasal risk da ,l,m, göz önünde bulundurularak, de i memi sözleşme de ,srar etmenin hibe eden ad,na kabul edilemez oldu u, di er bir ko ul olarak eklenmelidir. Bu ifade ile, sözleşme imzalan,rken mevcut olan veya ortak beklenti olan ko ullardaki her köklü de i imin bir sözleşme uyarlamas, ya da feshine hakl, dayanak te kil etmeyece i BGB Art. 313/III ile dile getirilmektedir. Bunun için, bunun da ötesinde üzerinde anla ,lan düzenlemede ,srar etmenin hibe eden için kabul edilemez bir sonuca yol açmas, gerekmektedir⁵⁵. Bu durumun mevcudiyetiye ancak tüm ko ullar göz önünde bulundurularak kapsaml, bir menfaat de erlendirmesinin yap,lmas, vas,tas,ya belirlenebilir⁵⁶.

Evlili in devam etmesi hibenin münasebet esas, olsa dahi, kay,n ebeveynlerin hediye vermesi durumunda kay,n evlat ile çocuklar, aras,ndaki evlili in bozulmas,, otomatik olarak de il, bilakis yaln,zca hediyeenin tutulmas,nda ,srar etmenin kabul edilemez olu unun tespit edilmesi durumunda bir sözleşme uyarlamas, hakk, dö urur. Burada, Kurul içtihad,na göre de, esas al,nmas, gereken kriterler kay,n ebeveyn hibeleridir. Evlilik mal varl,klar, hukuku unsurlar, art,k dikkate al,nmaz⁵⁷. Karar,n gerekçesinde, evlilik süresinin yan, s,ra di er faktörlerle birlikte kay,n ebeveynlerin ve e lerin ki isel ve ekonomik durumlar,, hibelerden kaynaklanm, olup kay,n evlattâ hâlâ mevcut olan mal varl, , artmas, ve ayr,ca hibe edenin verilen hediyeeye ba l, olan ya l,l,ktaki bak,m,na dair beklentileri önem arz etmektedir⁵⁸.

Bahsedilen ko ullar mevcutsa ve ba ,layan,n bir sözleşme uyarlama hakk, varsa uyarlama, münferit vakan,n tüm ayr,nt,lar,n,n de erlendirilmesiyle gerçekle melidir⁵⁹. Özellikle de al,c,n,n yan,nda hâlâ mevcut olan hibe kaynakl, mal varl, , art,r,m,n,n yüksekli i

⁵¹ Bkz: Kurul kararlar, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rn. 26 ve 21 Temmuz 2010 tarihli - XII ZR 180/09 - FamRZ 2010, 1626 Rn. 14.

⁵² Bkz: 20 Temmuz 2011 tarihli kurul karar, - XII ZR 149/09 - FamRZ 2012, 273 Rn. 31.

⁵³ Bkz: BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rn. 59 20 Temmuz 2011 tarihli - XII ZR 149/09 - FamRZ 2012, 273 Rn. 29; bkz. 7.09. 2005 tarihli senato karar,- XII ZR 316/02 - FamRZ 2006, 394, 395.

⁵⁴ Bkz: 20.07. 2011 tarihli kurul karar, - XII ZR 149/09 - FamRZ 2012, 273 Rn. 30.

⁵⁵ BGH'n,n 1.02. 2012 tarihli karar,- VIII ZR 307/10 - NJW 2012, 1718 Rn. 30 dbb.; ayr,ca bkz. kurul kararlar, BGHZ 172, 22 = FamRZ 2007, 983 Rn. 24 nafakaya dair, 19 Eylül 2012 tarihli - XII ZR 136/10 - FamRZ 2012, 1789 Rn. 25 e ler aras,nda adland,r,lmayan hibelerin denkle tirmesine dair

⁵⁶ BGHZ 181, 77 = NJW-RR 2010, 960 Rn. 72; kurul karar, BGHZ 165, 1 = FamRZ 2006, 607, 609; Ayr,ca bkz. önceki hukuki duruma dair kurul kararlar, BGHZ 142, 137 = FamRZ 1999, 1580, 1583 ve BGHZ 127, 48 = FamRZ 1994, 1167, 1168

⁵⁷ Bkz: Kurul kararlar, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rn. 58 ve 20 Temmuz 2011 tarihli- XII ZR 149/09 - FamRZ 2012, 273 Rn. 28

⁵⁸ Buna dair bkz. ör. 07 .09. 2005 tarihli kurul kararlar, - XII ZR 316/02 - FamRZ 2006, 394, 395 vd.; 28 Ekim 1998 - XII ZR 255/96 - FamRZ 1999, 365, 366 f. ve 4 ubat 1998 tarihli - XII ZR 160/96 - FamRZ 1998, 669, 670; Wever E lerin mal rejimi hukuku d, ,ndaki mal varl, , çeki mesi 6. Bask., Rn. 562 vd.

⁵⁹ Bkz: Kurul karar, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rn. 58.

dikkate alınması, d. r. Uyarılma ve iade talebi hakkı, prensip olarak münasebet esasının ortadan kalkması, durumunda hâlâ var olan, ölçülebilir ve aynı zamanda bu hakkı yukarıya, do sınırlayan bir mal varlığı, artırım, ko ulunu öngörmektedir⁶⁰.

Öngörülen çerçeve içerisinde hangi kapsamda bir sözleşme uyarılması, ve iadenin gerekli olduğu, bunların yanı sıra hibe eden kayınlı ebeveynlerin münasebet esasına, tekil eden fikirlerinin ne derece gerçekleştirebileceği de bu uyarılamada dikkate alınmalıdır⁶¹. Burada kayınlı ebeveynlerin amaçları, için iyi niyet kurallarına göre belli olduğu kadar,yla ne bekleyebildikleri de erlendirilmelidir. Ancak buna karşın, özellikle taşınmazlarda - somut kanıt olmaksızın dü ünülen kullanılm süresinin geçtiği evlilikte genel zamansal sınırlar belirtilemez. Bundan dolayı, Eyalet Yüksek Mahkemesinin 20 yıl, bir evlilik süresine ulaşılması, vada veya torunlar re it olduğu anda satış, alınıp taşınmaz kullanılm süresinin artması kolayca yeterli olarak görülmesi gerektiğine dair kararları yaygınlaştırmaktadır⁶². Bu ise kayınlı ebeveynlerin baştan beri çocukları, yalnızca sınırlı bir süre hibeden istifade edeceği ve hibe edilen - veya bunun yerine satış, alınıp - diğeri bir taşınmazda yaklaşıklık olarak torunların evden taşınmasıyla birlikte artıktırılmayacakları, fikrini taşındıkları, gerektirecektir. İlgili somut delillerin noksanlığından dolayı, böyle bir kanıtın dayanağı mevcut değildir. Özellikle de bunun için bir yaşam tecrübesi belirtilemez. Hukuki itirazda öne sürülen hediye iadesinin talebi için BGB Art. 528. uyarınca geçerli olan on yıl, sürenin esas alınması, ise hiç hukuka uygun değildir. BGB 528. maddesinin esas aldığı, vaka terkihi, zaten öncelikle BGB 528. maddesinin hediye iadesini gelecekteki kullanılm,na dair belli bazı beklentileri başlatmamak, olmasından dolayı, eldeki davayla karşılaştırmaz.

Bu esaslar dikkate alınarak, vada Eyalet Yüksek Mahkemesi, delillerin sağlanmasından sonra davacı ve karşı taraf,ndan aylık olarak yapılacak ödemelerin emeller taraf,ndan anlaşılır bir şekilde evlerinin finans edilmesi ve böylelikle daimi mal varlığı, olu turmaya katkıda bulunma amaçlı olduğu kanıtlanarak görülmektedir. Buna göre ödemelerin davalının cari hesabına havale edilmesinin nedeni de kredi sorumluluğunun bu hesaptan olduğu undandır. Ancak bu anlayışın, kendi çocukları, hediye daimi bir şekilde istifade etmesi gerektiği de erlendirmesini taşınmamaktadır. Bu tür bir karar, belirtildiği gibi, yalnızca hediye nesnel olması, ya da en azından diğer kararla, ıyla alınıp mal varlığı, daimi şekilde arttırılması, amaçlı olması durumunda haklıdır. Münasebet esasına bağlı olan bir hibe, prensip olarak aylık münferit meblağlarla sağlanacak, biçimde de yerine getirilebilir. Ancak kayınlı ebeveynlerin baştan beri uzun bir süre boyunca aylık ödemeler yapacakları,na dair anlaşılır bir kasıtlı gütmeleri durumunda buna da aynı şekilde, zamanla yaptıkları, yardimlerle kendi çocukları, daimi bir şekilde istifade edeceği önemli büyüklükte bir mal varlığı, olu turma beklentisi başlı olabilir. Aylık olarak havale edilen meblağlarla daimi süreyle kullanılm amaçlı bir mal varlığı, olu turma, yalnızca bu vasiyetle kredi borçları, geri ödemesi amaçlı olması, kadar,yla vuku bulmuştur. Buna karşın faiz payı, ise bu tür bir mal varlığı, olu turma unsuru tekil etmemektedir. Ancak hibe edilen meblağlar düzenli (kredi) masraflarının ödemesi amaçlı olup mal varlığı, daimi bir şekilde arttırılmaması, aksine - ev kirası, ödemeye benzer şekilde - barınma ihtiyaçları, karşılama ve böylelikle geçimlerini sağlama amaçlı olmuştur⁶³. Böylelikle kayınlı ebeveynlerin ödemelerinin ne derece kızları, daimi istifadesi amaçlı olduğu sorusuna dair tespitler noksan değildir.

Eyalet Yüksek Mahkemesinin taraflara, kredi borçları, aylık ödemelerle hangi kapsamda geri ödemesinin amaçlandığı, ve ne gibi bir oran, faizlere gideceğinin açıklanması, kavu turulması, için yeniden durumları, ifade etme imkânı sağlaması, gerekmektedir. Kısım amaca ulaşmadan zorunlu olarak iade talebi tutar, do mamaktadır. Kısım amaca ulaşmaması, yalnızca bariz olarak sonuçta tüm koşullar göz önünde bulundurularak varlığını, gereken uygunluk de erlendirmesine aktarılır. Eyalet Yüksek Mahkemesi sonuç olarak bu çerçevede, davalıya kalan mal varlığı, de erinin, hediye varlığı, devam ettirmesini davacı ve emeller için, her iki tarafın gelir ve mal varlığı, durumları, bakım,ndan da kabul edilemez olarak gösteren bir

⁶⁰ Bkz: 20 Temmuz 2011 tarihli kurul kararı, - XII ZR 149/09 - FamRZ 2012, 273 Rn. 31

⁶¹ Bkz: Kurul kararları, BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rn. 59 ve 28 Ekim 1998 - XII ZR 255/96 - FamRZ 1999, 365, 367

⁶² Eyalet Yüksek Mahkemesi gibi OLG Düsseldorf da FamRZ 2014, 161 ve OLG Frankfurt 04.06. 2012 tarihli karar, - 6 UF 12/12 - juris; Haußleiter/Schulz Ayrılma ve boşanmada mal varlığı, rejimi çekilmesi 5. baskı, böl. 7 Rn. 231; Bütçe FuR 2011, 664, 665.

⁶³ Evlilik dışı yaşam ortaklığı, vada yapılacak, lamalar için bkz: 8 Mayıs 2013 tarihli kurul kararı, - XII ZR 132/12 - FamRZ 2013, 1295 Rn. 23, 25.

büyükölü e ula ,p ula mad , ,na dair karar almak durumunda olacakt,r. Bu ba lamda daval,n,n ayl,k hibelerin eskiden uyguland , , gibi, devaml, bar,nma giderlerinin de olu tu u çerçevede hareket etti ine dair ifadeleri de önem kazanabilir.

IV. TÜRK HUKUKUNA L K N DE ERLEND RME

A. Türk Hukukunda lem Esas,n,n Çökmesi

Türk mevzu hukukunda öi *lem esas,n,n çökmesi*ö 6098 say,l, Türk Borçlar Kanunu ile ilk kez kar ,m,za ç,km, t,r. Borçlar Kanunu'nun öBorçlar,n ve Borç li kilerinin Sona Ermesi, Zamana ,m,ö ba l,kl, Üçüncü Bölümünün ö Sona Erme Halleriö nin, birinci ayr,m,nda ö *fa mkâns,zl* ,ö alt,nda k,smi ifa imkans,zl , ,n, takip eden 138. Maddesinde ö *A ,r, fa Güçlü üö* düzenlenmi tir. 6098 say,l, TBK'dan önce, i lem esas,n,n çökmesi, öa ,r, ifa güçlü üö durumunda dürüstlük ilkesine dayanarak gerekçelendirilip, hakimin hukuk yaratmas, yoluyla çözümleniyordu. Kanun koyucu ihtiyaçlar kar ,s,nda düzenlemeye gitmi ve 138. maddeyi ihdas etmi tir.

TBK m.138. öyledir: Sözle menin yap,ld , ,s,rada taraflarca öngörölmeleyen ve öngörölmesi de beklenmeyen ola anüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya ç,kar ve sözle menin yap,ld , ,s,rada mevcut olgular,, kendisinden ifan,n istenmesini dürüstlük kural,na ayk,r, dü ecek derecede borçlu aleyhine de i tirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemi veya ifan,n a ,r, ölçüde güçle mesinden do an haklar,n, sakl, tutarak ifa etmi olursa borçlu, hakimden sözle menin yeni ko ullara uyarlanmas,n, isteme, bu mümkün olmad , , takdirde sözle meden dönme hakk,na sahiptir. Sürekli edimli sözle melerde borçlu, dönme hakk,n,n yerine fesih hakk,n, kullan,r.

138. madde, mücbir sebep noktas,na gelmemi ancak umulmayan hal say,lan durumlarda, di er baz ,artlar,n da gerçekle mesiyle, öngörölmezlik teorisi⁶⁴ çerçevesinde, sözle meye ba l, kalmaktan kurtulma imkan, sa lamaktad,r. TBK m.138'ın verdi i imkan, *Pacta Sund Servanda*öya ba l, kalman,n yaratt , olumsuzluklar, düzeltme, sözle me içi dengeyi yeniden sa lamad,r. lem temelinin ne oldu u hususu ise aç,kl, a kavu turulmal,d,r. Sözle menin i lem temeli, belirli olgular,n varl , ,na veya gelecekte gerçekle ece ine ili kin olup, sözle menin kurulu unu etkilemi ortak tasavvurlard,r⁶⁵. Ne var ki sözle me kurulurken borçlunun önceden kestirebilece i ve göze alm, say,labilece i, onun kendi etki ve egemenlik çevresinden, öz ya am ili kilerinden, kendi gev ek, ba , bozuk tutumundan kaynaklanan geli meler 138'ın uygulanmas,n, gerektirmez.

B. Türk Hukukunda Münasebet Esas,n,n Çökmesini Uygulanabilir K,lan Haller

1. Hukuki lemlerde Sebep Kavram,

Her hukuki i lemin, dolay,s,yla her kazand,rman,n mutlaka bir hukuki sebebi vard,r⁶⁶. Zira sebep, kazand,rmay, i leme kat,lan ki iler yönünden, özellikle kazanan yönünden hakl, göstermeye yarar. Örne in mülkiyetin devrinde, mülkiyet hakk,n,n malik A'dan B'ye geçmesi için, bunu hakl, gösterecek hukuki bir sebebe ihtiyaç vard,r. Ancak bu hakl, sebep sonunda mal,n maliki A yerine B olabilir. Kazand,r,c, i lemlerde sebep kural olarak muhatap ile anla arak, baz , durumlarda ise yaln,z kazand,rman,n tek tarafl, irade beyan,yla belirlenir⁶⁷. ki tarafl, hukuki i lemlerde, özellikle sözle melerde, kazand,r,c, i lemin sebebini taraflar anla mayla belirler. Örne in A'n,n B'ye 100 bin lira vermesi durumunda, bu kazand,rman,n ifa, alacak, ba , lama ya da teminat sebebiyle mi verildi i hususunda taraflar,n anla mas, gerekir. Taraflar iradelerini sözle menin sebebi üzerinde birbirine uygun olarak beyan etmi olmal,d,rlar. rade beyanlar, hem hukuki i lem hem de sebep üzerinde bir bütün olarak birbirine uymal,d,r⁶⁸.

⁶⁴ TÜZÜNER Özlem/ÖZ Kerem: A ,r, fa Güçlü üne li kin çitihat ncelemesi, Ankara Barosu Dergisi, 2015/3, s.421-470. Bu teori global ekonomik sistemin do urdu u olumsuzluklar, bertaraf etme amac,n, gütmektedir, TÜZÜNER/ÖZ, s.427.

⁶⁵ TEK NAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUO LU Haluk/ALTOP Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, stanbul 1993, s.1005.

⁶⁶ EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Genel) Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2014, s.186.

⁶⁷ Vekilin yapt , , giderlerde ve vak,f kurmada kazand,r,c, i lemin sebebini yaln,z vekil veya vak,f kurucusu belirler; Eren, Genel, s.186.

⁶⁸ EREN, Genel, s.186.

Taraf veya taraflar,n hukuki i lem ile do rudan do ruya ula mak istedikleri amaca, hukukta *ösebepe*, causa, ad, verilir. Modern hukukta, kazand,rma sebepleri, ifa, alacak, ba , lama ve teminat olarak kabul edilmektedir⁶⁹. Elden ba , lamada kazand,ran, bir borcu ifa veya kar , edim elde etme amac,yla yapmaz. Burada i lemle güdülen do rudan do ruya amaç, sadece kar , taraf,n malvarl , n,n kar ,l,ks,z olarak ço alt,lmas,d,r.

2. Münasebet Esas,n,n Uygulanabilirli i

Hukukumuzda Yarg,tayön yerle ik içtihad,na göre⁷⁰, dü ün s,ras,nda kad,na tak,lan ziyinet e yas, *öba* , *lanm*, ö ve mal rejiminin tasfiyesi a amas,nda da kad,n,n ki isel mal, olarak kabul edilmektedir. *öBa* , ö niteli inde kabul edilmesi sebebiyle de ihtilaf halinde bu mallar ancak kanunda s,n,r,l, olarak say,lan sebeplerin varl , halinde talep edilebilecektir. Bir ba ka deyi le, mevzu hukuk ve Yüksek yarg, kararlar, çerçevesinde, dü ünde tak,lan ziyinetler ancak ba , laman,n geri al,nmas, hukuki sebebine dayanmal,d,r.

Elden ba , lamada ba , lama konusu teslim edildi inden geciktirici ko ula ba lanmas, mümkün de ildir. Konu aç,s,ndan incelemeye de er Yarg,tayön bir karar,nda⁷¹, davac, kay,nbaba, daval, eski gelinine kar , dava açm, t,r. Davas,nda, daval,n,n o luyla 2009 y,l,nda bo and, ,n,, bo anmadan 4 y,l önce, daval,n,n o luna ev ald,rd, ,, davac,n,n da, o lunun maddi durumu olmad, , ve o lunun bo anmamas, için kendisinin bir miktar para yard,m,nda bulundu unu, o anda yaz,l, bir belge almad, ,n,, daval,n,n o lunu aldatmas, sebebiyle bo and, ,n, belirtmi ve bu paran,n daval,dan tahsilini istemi tir. Tan,k beyanlar, dikkate al,nd, ,nda, davac,n,n evlili in devam, esnas,nda daval, ve dava d, , o luna verdi i paran,n ba , lama niteli inde bulundu u anla ,lm, t,r. Söz konusu kararda; TBKön,n 244üncü maddesinde⁷², ba , lamadan rücu artlar, düzenlendi i ve ba , lanan,n ba , layana yahut yak,nlar,ndan birine kar , a ,r bir suç i lmesi halinde de ba , lamadan dönülebilece i ancak, ilk derece mahkemesinin karar,ndan, evlili in, evlilik birli inin temelinden sars,lmas, dolay,s,yla sonland, , anla ,lmaktad,r. Bu sebeple Yarg,tay ba , lamadan rücuya dayanan alacak davas,n, reddetmi tir.

Yarg,tayön bir ba ka karar,nda da⁷³ evlilik birli ini terk eden, ihtara ra men eve dönmeyen ve bu nedenle hakk,nda bo anma karar, verilmi olan e e kar , ba , lamadan dönme hakk, do du u kabul edilmi tir. Karara konu olayda Borçlar Kanunu⁷⁴ 244/2. maddesi gere ince; ba , lamadan yararlanan ki i, ba , layana veya ailesine kar , kanunen yükümlü oldu u görevleri önemli derecede ihlal eder ise ba , layan ba , tan dönebilir, denilmektedir. Yarg,tay ba ka bir karar,nda da daval,n,n, sadakat yükümüne ayk,r, davranarak, ortak hayat, terk etmesi sebebiyle ba , layan,n dönme hakk, oldu unu, davac, kocan,n kar,s,na ba , lamada bulunmas,n,n dayana , kalmad, ,⁷⁵ karar,n kesinle mesi ile rücu sebebinin ö renildi i, ö renmeden itibaren de sürenin ba layaca ,n, kabul etmi tir. Bir ba ka Yarg,tay karar,nda ise⁷⁶ daval,n,n ba , layana ve yak,nlar,na kar , yasal yükümlülüklerini yerine getirmede i; yak,nlar, kavram,na torun ve gelinin de girdi i, bu sebeple de ba , lamadan dönmenin kabul edildi i görülmektedir.

⁶⁹ EREN, Genel, s.184.

⁷⁰ Yar. 6. HD. 21.06.2011 t. 2160 Esas, 6813 K; Yar. 6. HD. 06.02.2012 t. 2011/12866 Esas, 2012/1476 K.

⁷¹ Yar. 13. HD. 31.10.2011 t., 7648 Esas, 15707 K. <http://proxy.uludag.deep-knowledge.net/MuseSessionID=0211lrp5j/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.html>

⁷² 818 Say,l, Borçlar Kanunu.

⁷³ Yar. 2. HD. 22.10.2007 t., 2006/19365, 2007/14089 k. <http://proxy.uludag.deep-knowledge.net/MuseSessionID=0211lrp5j/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.html>

⁷⁴ 818 say,l, Borçlar Kanunu.

⁷⁵ Yar. 4. HD. 03.02.2003 t. 2002/14963 Esas, 2003/1168 k. <http://proxy.uludag.deep-knowledge.net/MuseSessionID=0211lrp5j/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.html>

⁷⁶ Yar. 1. HD. 24.12.1987 t. 10026 Esas, 12868 k. <http://proxy.uludag.deep-knowledge.net/MuseSessionID=0211lrp5j/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.html>

V. SONUÇ

TBK'da ba , lamadan dönme nedenleri kanunda say,lm, olup, çal, ma konusuyla s,n,r,l, olarak Yüksek yarg, kararlar, ele al,nm, t,r. Bu sebeplerden herhangi birinin bulunmad, , ya da ko ullu ba , laman,n da yap,lmad, , bir durumda ba , layan,n iradesinin ba , lad, , andaki gibi oldu unu mu kabul etmek yoksa mevcut BGH. Karar, çerçevesinde bir çözüm aray, , içine girmenin gereklili i de erlendirilmi tir. Yarg,tay kararlar,nda da, hakl, sebeplerin varl, , halinde ifa edilen ba , lamadan dönüldü ü görülmü tür.

TBK'n, n 138. Maddesinde düzenlenmi olan *öClausula Rebus Sic Stantibus*ö, öngörülmezlik teorisinden beslenmekte olup, bu teorisinin yans,mas, olan kanun hükümlerine ihtiyac,n gerçek temelini tek ba ,na ortaya koymamaktad,r. öyle ki; BGB. 313'ü taraflar,n sözleşme menin yap,lm,mas, esnas,nda yanl, tasavvurlar, yani esasl, saik hatalar, da i lem temeli kapsam,nda ele al,nm, t,r⁷⁷. Buna göre sözleşme menin yap,lm,mas, s,ras,nda sözleşme menin amac, ve ekonomik de eri için önemli olan her türlü hal ve ko ulun sözleşme menin yap,lm,mas,ndan sonra de i mesi durumlar, da i lem temeli olarak kabul edilir. 313. Maddenin uygulanabilmesi için sözleşme menin kurulmas, esnas,nda temel bir tasavvur bulunmal,, ancak ko ullar sonradan a ,r de i ikli e u ram, olmal,d,r. De i ikli in tespitinde sözleşme menin süresi ve niteli i de önemlidir.

*öClausula Rebus Sic Stantibus*ö teorisinin temelinde dair ileri sürülen görü llerden, sözleşme menin beklentinin *kurucu artö* oldu u dü üncesi çal, mada esas al,nan BGH karar,n,n temelinde yatmaktadır. 19. Yüzy,lda Alman Hukukçu Windscheid, bir sözleşme menin kuran ahs,n beklenti bilincinin varl, ,n, ortaya koymu tur⁷⁸. Bu görü e göre, o sözleşme menin geçerli ve ayakta olabilmesi için bu kurucu art,n genelle mesi gerekir. lem temeline Oertmann, kurucu unsur, (Voraussetzung) kurucu art kadar uç olmayan, sübjektif bir temelle aç,klama getirmi tir. Oertmann'ın görü üne göre; sözleşme menin kurulmas, s,ras,nda kar , tarafça anlam, bilinen ve taraflarca itiraza u ramam, olan artlar ve unsurlar i lem temelidir⁷⁹.

Hukuki i lemin tüm unsurlar,yla de erlendirilmesi sonunda ba , lamadan öte, çal, mada ele al,nan BGH. Karar,nda oldu u üzere, amaca ba l, oldu una kanaat getirildi inde, yap,lan hukuki i lem *öamaca ba l, ba , lamaö*⁸⁰ olarak nitelendirilmelidir. Bu hukuki i lemin hukuki sonucu da, i lem temelinin çökmesi, geri alma ve edim zenginle mesiyle iade istemi veya do rudan edim zenginle mesiyle iade istemi ekinde olmal,d,r. Bir ba ka deyi le, iade talebinin, sebepsiz zenginle me, imkâns,zl,k, esasl, unsurlarda temel hatas,, gabin ve ahlaka ayk,r,l,k halleri ile kar ,lanamad, , hallerde, hukuki mesnedini ömünasebet esas,n,n ortadan *kalkmas,ö* ile bulacak düzenleme ile aç,kl, a kavu turulmas, kanaatimce yerinde olacaktır.

⁷⁷ NCE, s.4855.

⁷⁸ AKYOL ener: Dürüstlük Kural, ve Hakk,n Kötiye Kullan,lm,mas, Yasa , Filiz Kitabevi, stanbul 1995, s.79.

⁷⁹ AKYOL, s.81.

⁸⁰ SEROZAN, s.288; Yazar, amaca ba l, ba , lamay,, öba , l,yorum benimle birlikte kalas,n diyeö ekinde örnekleme tir.


KAYNAKÇA

- AKYOL ener: Dürüstlük Kural, ve Hakk,n Kötüye Kullan,ımas, Yasa ,, Filiz Kitabevi, stanbul 1995.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç li kileri, 11. Bask., Yetkin Yay,nevi, Ankara 2018.
- DURAL Mustafa/ÖZ Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, stanbul 2015.
- EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay,nevi, Ankara 2018.
- EREN Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay,nevi, Ankara 2018.
- GÜMÜ , Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapç,ı,k, stanbul 2012.
- HAMAMCIO LU VARDAR Gül ah: Ba , lama Sözle mesi, Adalet Yay,nevi, 2016.
- NCE Nurten: Alman Hukukunda fa mkans,zl , ile lem Temelinin Bozulmas, Aras,ndaki li ki, Legal Hukuk Dergisi, 14(165), 2016.
- KILIÇO LU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- O UZMAN M. Kemal: Miras Hukuku, stanbul 1995.
- OLGAÇ Senai: Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri II, stanbul 1966.
- SEROZAN Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Onikilevha Yay,nc,ı,k, 4. Bas.,, stanbul 2019.
- TANDO AN Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, Cilt: I/1, Evrim Da ,t,m, stanbul 1988.
- TEK NAY Selahattin SulhiAKMAN Sermet/BURCUO LU Haluk/ALTOP Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, stanbul 1993.
- TONGS R Ferih Bedii: Ba , lama, stanbul 1953.
- TÜZÜNER Özlem/ÖZ Kerem: A ,r, fa Güçlü üne li kin çtihat ncelemesi, Ankara Barosu Dergisi, 2015/3, s.421-470.
- YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) , Beta Yay,nevi, stanbul 2018.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) stanbul 2012.
- ZEVKL LER, Ayd,n/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç li kileri, Turhan Kitabevi, Ankara. 2019.

TÜRK HUKUKUNDA OLA ANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNELER YLE KAMU GÖREV N DEN HRAÇ ED LEN PERSONEL N OHAL LEMLER NCELEME KOM SYONU SONRASINDA DAR YARGIYA BA VURMA SÜRES SORUNU

THE PROBLEM OF APPLYING TO THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION PERIOD AFTER
THE COMMISSION FOR THE INVESTIGATION OF THE STATE OF EMERGENCY OF
PERSONNEL EXPLEDDED FROM PUBLIC SERVICES BY THE EXTRAORDINARY STATE OF
LAW IN TURKISH LEGAL SYSTEM

Murat Bu ra TAHTALI*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.605365>

Makale Bilgi

Gönderilme: 15/08/2019
Kabul: 25/12/2019

Anahtar Kelimeler

*Ola anüstü Hal,
Kanun Hükmünde
Kararname,
dare Hukuku,
dari Yargılama
Hukuku,
hraç.*

Özet

Türkiye'de 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen hain darbe girişimi nedeniyle ülke genelinde kamu düzeninin ciddi oranda bozulması, sonucunda 21 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla ola anüstü hal rejimine geçilmesi ve Ola anüstü Hal Kanunu da kendiliğinden yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'un 4. maddesinin verdiği yetkiyle Cumhurbaşkanınca, Bakanlar Kurulu kararıyla pek çok sayıda Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmış ve bu kararnemelerle yüz binin üstünde kamu görevlisi, görevlerinden ihraç edilmiştir. Yapılan ihraç işlemlerine karşı, yargı yoluna başvuru konusundaki kararlar, gidermek için çıkarılan 685 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamu görevinden ihraç edilen personel için kural olarak idari yargıya başvurmadan önce ola anüstü hal döneminde yapılan işlemleri incelemekle görevlendirilen komisyona başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Yapılan bu başvuruya idarenin 60 gün içinde yanıt vermemesi halinde dari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri gereğince idari yargı organları önünde, ihraç işlemlerine karşı, dava yolunun açılması, sorusunun cevabı, yargılamanın seyri ve komisyonun dosya yükü ve hak arama hürriyeti bakımından son derece önemlidir.

Article Info

Received: 15/08/2019
Accepted: 25/12/2019

Keywords

*Extraordinary Situation,
Delegated Legislation,
Administrative Law,
Administrative
Procedure Law,
Expulsion.*

Abstract

After the treacherous coup attempt took place in Turkey on July 15, 2016, across the country because of disruption of public order, As of 21 July 2016, the state of emergency regime was introduced and the Law of State of Emergency entered into force automatically. By the decision of The Council of Ministers convened under the authority of the President under the authority granted by Article 4 of this Law and with these decrees, more than one hundred thousand public officials were expelled from their posts. By the decree Law 685 which issued to eliminate to confusion about the application to the judiciary against the expulsion, as a rule, it is obliged to apply to the commission assigned to examine the transactions performed during the state of emergency before applying to the administrative judiciary for personnel expelled from public services. It is extremely important in terms of the course of the proceedings, the file burden of the commission and the freedom to seek rights that the answer to the question of whether to file a case against the issuance proceedings before the administrative judicial bodies for personnel expelled from public office.

 Bu eser [Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Ö r. Üyesi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, dare Hukuku ABD.

 bugra.tahtali@inonu.edu.tr ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2459-9938>.

I. G R

15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'de, herkesin malumu oldu u üzere, devletin Anayasal rejimini ortadan kaldırmaya yönelik bir darbe giri mi (kalk, ma) ya anm, , bu giri imin ba ar, ya ula mas, ad, na, o güne kadar benzeri görülmemi iddet olaylar, ya anm, ve kamu düzeni tamamen bozularak ülkede bir kaos ortam, yarat, lm, t, r.

Ya anan bu olaylar sonras, nda darbe giri mi bast, r, lm, ve bu giri imin organizasyonundan sorumlu tutulan Fetullahç, Terör Örgütü/Paralel Devlet Yap, lanmas, (FETÖ/PDY) mensubu olan ki ilerin, içine s, zd, klar, devlet organlar, ndan temizlenmesi ve bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amac, yla 21 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yay, mlanan kararla yurt genelinde ola anüstü hal ilan edilm, , böylece 2935 Say, l, Ola anüstü Hal Kanunu yürürlü e girmi tir. Bu kanunun 4. maddesinin vermi oldu u yetkiye dayanarak da ola anüstü hal rejiminin ortadan kalkt, , tarihe kadar çok say, da Kanun Hükmünde Kararname yay, mlanm, ve yüz binin üstünde kamu görevlisi, bu Kanun Hükmünde Kararnamelerle kamu görevinden ihraç edilm, tir. Ancak ola anüstü hal rejimine geçilmesinden belli bir süre sonra, Cumhurba kan, ba ta olmak üzere birçok üst düzey kamu görevlisinden, sürecin iftiralarla baltalanm, olabilece i ifade edilm, tir. Dolay, s, yla yeterli delil olmadan ve örgütle bir ba lant, s, bulunmad, , halde çe itli iftiralar nedeniyle görevinden ihraç edilen birçok ki inin ma duriyeti söz konusu olmu tur. Bu ma duriyetlerden bir k, sm,, görevden ihraç edilen ki ilerin ilgili Bakanl, klar yoluyla yapt, , itirazlar, n de erlendirilmesi sonucunda sonraki Kanun Hükmünde Kararnameler ile görevlerine iade edilmesiyle önlenmeye çal, lsa da bu çözüm yolunun yetersiz kalmas, nedeniyle 685 Say, l, Kanun Hükmünde Kararname ile ihraç i lemlerine kar , ba vuru yollar, n, n temel usulünün belirlenmesi yoluna gidilm, tir.

685 Say, l, Kanun Hükmünde Kararname ile; baz, istisnalar sakl, kalmak ko uluyla ihraç i lemlerine kar , idari yarg, organlar, na ba vurulmadan önce, ayn, Kararname ile kurulan Ola anüstü Hal lemleri nceleme Komisyonu'na ba vuru zorunlulu u getirilm, ve komisyonun, ihraç i leminin hukuka ayk, r, oldu u yönündeki itiraz, reddetmesi halinde, bu i lemlerin hukuka uygunluk denetimini sa lamakla görevlendirilen özel görev ve yetkili Ankara dare Mahkemeleri önünde iptal davas, aç, lmas, n, n mümkün oldu u ifade edilm, tir.

685 Say, l, Kanun Hükmünde Kararname'de yer alan hükümlerin de erlendirilmesi neticesinde uygulamada ve doktrinde genel ve ortak kan, olarak komisyonun itiraz incelemesini kesin olarak reddetmeden idari yarg, yoluna gidilemeyece i ekinde bir görü ortaya ç, km, t, r. te bu kan, n, n hukuksal olarak do ru olup olmad, , n, de erlendirmek üzere kaleme al, nan bu çal, ma, bu konudaki de erlendirmeleri üç ana ba l, k alt, nda toplayacaktır.

lk olarak terminolojik olarak öla anüstü halö ve öla anüstü hal rejimiö kavramlar, analiz edilecek ve ola anüstü hal rejiminin hukuksal dayanaklar, incelenecek, sonras, nda 21 Temmuz 2016 tarihinde yürürlü e giren ola anüstü hal rejimindeki hukuksal düzenlemeler genel itibariyle aç, klanarak bu düzenlemelerle çizilen genel çerçeve tespit edilecek ve nihayet çal, man, n temel amac, olan; ihraç i lemlerine kar , ba vurulan hukuksal süreçte, bu i lemlere kar , Ankara dare Mahkemeleri nezdinde dava aç, labilmesi için, komisyonun kesin karar, n, n beklenmesine gerek olup olmad, , hususu kanuni düzenlemeler çerçevesinde analiz edilecektir.

II. OLA ANÜSTÜ HAL ve OLA ANÜSTÜ HAL REJ M KAVRAMI ve HUKUKSAL TEMELLER

A. Ola anüstü Hal ve Ola anüstü Hal Rejimi Kavramlar,

Farkl, ülkelerde öistisna hali (state of exception)ö, öla anüstü hal (state of emergency)ö, öAnayasal diktatörlük (constitutional dictatorship)ö, öteyakkuz hali (state of alarm)ö, ösavunma hali (state of defence)ö, ökriz hali (state of public stress)ö, öiç kar, , kl, k hali (state of internal disturbance)ö, ösava hali (state of assembly)ö, öfelaket hali (state of catastrophe)ö, ötehlike hali (state of peril)ö, ötam yetkiler rejimi (regime of full powers)ö, ötam zaruret rejimi (regime of strict necessity)ö gibi kavramlarla ifade edilen ola anüstü hal kavram,, bu farkl, kullan, mlar, nedeniyle terminolojik birlik olmasa da¹ benzer durumlarda ba vurulan benzer uygulamalar, ifade etmek için kullan, lmaktad, r.

¹ ESEN, Selin: Kar , la t, rmal, Hukukta ve Türkiye'de Ola anüstü Hal Rejimi, 1. Bask,, Adalet Yay, nevi, Ankara, 2008, s.8.

Ola anüstü hal; doktrinde kavramsal olarak en genel ekliyle; *öbelli sebeplerin ortaya çkmas, halinde temel hak ve özgürlüklerin geçici olarak ksmen veya tamamen durdurulmas,na, vatanda lar için para, mal ve çal, ma yükümlülükleri getirilmesine olanak sa layan bir ola anüstü yönetim usulüö* olarak tan,mlanm, t,r². Ancak ola anüstü hal kavram, bazen de bu hale ba l, olarak ortaya çkan yönetim usulü ile beraber tan,mlanm, t,r. Nitekim ba ka bir tan,mda ola anüstü hal; *ödemokratik hukuk devletinin; zaruret hali, kriz, devletin acze dü mesi gibi durumlarda ald, önlemlerö*³ olarak tan,mlanm, , bu önlemlerin hangi ekillere ve kurallara ba l, olarak kullan,laca ,na ili kin kurallardan olu an rejim de öla anüstü hal rejimiö olarak bu tan,mda yer alm, t,r⁴. Bu ikinci tan,m ilk tan,mda bahsedilen öbelli sebeplerö kavram,na aç,kl,k getirmesi bak,m,ndan önemli bir tan,md,r. Yine ola anüstü hal kavram,, doktrinde öayaklanma, kalk, ma, yayg,n iddet hareketleri, tabii afet, tehlikeli a ,r hastal,k ve a ,r ekonomik durumlarö gibi hususlardan hareketle örneksene yoluyla aç,klanm, t,r⁵.

Tüm bu tan,mlardan hareketle ola anüstü hal kavram,, hayat,n ola an ak, ,na ayk,r, birtak,m geli meler; ola anüstü hal rejimi de bu tür geli meler nedeniyle bozulan kamu düzeninin ola an dönemdeki uygulamalardan daha sert uygulamalarla bast,r,larak kamu düzeninin yeniden tesisi için idarenin ald, , baz, önlemleri ve bu önlemlerin uygulama biçiminin s,n,rlar,n, düzenleyen rejim olarak tan,mlanabilecektir.

B. Ola anüstü Hal Rejiminin Türk Hukukundaki Temelleri

Ola anüstü hal rejimlerinin Türk hukukundaki temellerini Anayasal temeller ve di er mevzuattaki temeller olarak iki ba l,k alt,nda incelemenin, çal, man,n sistemati i aç,s,ndan önemli oldu u dü ünülmektedir.

1. Ola anüstü Hal Rejiminin Anayasal Temelleri

Ola anüstü hal rejimi, Anayasan,n⁶ farklı maddelerinde ele al,nmaktad,r. Çal, ma konusunu do rudan ilgilendiren bu düzenlemelerden ilki, Anayasan,n *öTemel Hak ve Hürriyetlerin Kullan,lmas,n,n Durdurulmas,ö* ba l,kl, 15. maddesidir. m.15/1 hükmünde; *öSava , seferberlik veya ola anüstü hallerde, milletleraras, hukuktan do an yükümlülükler ihlal edilmemek kayd,yla, durumun gerektirdi i ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullan,lmas, k,smen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere ayk,r, tedbirler al,nabilir.ö* ifadesi ile ola anüstü haller de t,pk, sava ve seferberlik gibi, ötemel hak ve hürriyetlerin k,smen veya tamamen durdurulma sebepleriö aras,nda say,lm, t,r.

Ancak temel hak ve hürriyetlerin durdurulmas,n,n s,n,r, da ayn, f,krada ve müteakip f,krada düzenlenmi tir. öyle ki, m. 15/1ö de geçen *ömilletleraras, hukuktan do an yükümlülükler ihlal edilmemek kayd,ylaö* ifadesi, alt,na imza at,lan ve usulüne göre yürürlü e konulmu milletleraras, antla malarda öngörülen haklar,n kullan,lmas,n,n k,smen veya tamamen durdurulamayaca ,n, ifade etmektedir. Yine ayn, f,krada öngörülen *ödurumun gerektirdi i ölçüdeö* ifadesi de ölçülülük ilkesine vurgu yapmakta ve bu hükümden, *öola anüstü hallerde dahi, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin s,n,rs,z olamayaca ,ö* anlam, ç,kmaktad,r.

15. maddenin 2. f,rkas,nda ise *öBirinci f,krada belirlenen durumlarda da, sava hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler d, ,nda ki inin ya ama hakk,na, maddi ve manevi varl, ,n,n bütünlü üne dokunulamaz; kimse din, vicdan, dü ünçe ve kanaatlerini aç,klamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı, suçlanamaz; suç ve cezalar geçmi e yürütülemez; suçlulu u mahkeme karar, ile saptan,ncaya kadar kimse suçlu say,lamaz.ö* baz, haklar bak,m,ndan, ola anüstü hal rejiminde olsa dahi idareye (devlete) s,n,rlama getirmi ve bu haklara asla dokunulamayaca , ba ka bir ifadeyle 2. f,krada say,lan haklar,n kullan,lmas,n,n ola anüstü hal rejimlerinde dahi durdurulamayaca , ifade edilmi tir. Bu haklar; *öya am hakk,ö, ödin ó vicdan ó dü ünçe ve kanaat hürriyetiö, ösuç ve cezalar,n geriye yürümezli i ilkesiö,*

² GÜNDAY, Metin: dare Hukuku (dare Kitap), 10 Bask,, maj Yay,nevi, Ankara, 2011, s.317.

³ FENDO LU, Hasan Tahsin: öTürk Anayasa Hukukunda Ola anüstü Hal Kavram, ve Bu Konuda leri Sürülen Teorilerö, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 1992, s.179.

⁴ FENDO LU, s.179.

⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZG NER, Murat/KAYA, Cemil: Türk dare Hukuku (dare Hukuku), 9. Bask,, Sava Yay,nevi, Ankara, 2018, s.586.

⁶ Bu metinde geçen Anayasa ve Anayasam,z ifadeleri, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasas,n, ifade etmektedir.

ki ilerin maddi ve manevi bütünlüüne dokunulamayaca , ilkesi ve nihayet ömasumiyet karinesi (kirletilmeme hakk,)ö olarak be ba l,k alt,nda toplanabilir.

15. madde ile genel çerçevesi çizilen ola anüstü hal rejiminin ilan, ve uygulama alan, ile ilgili düzenlemeler de Anayasan,n 119. maddesinin güncel metninde say,lm, t,r⁷. Buna göre ola anüstü hal rejimine geçi için karar verme yetkisi ilk a amada Cumhurba kan,öna aittir⁸ ve süresi 6 ay ile s,n,r,l,d,r. Cumhurba kan,öna,n ilan etti i ola anüstü hal rejimine geçi karar, ayn, gün Resmi Gazete'de yay,m lanmak suretiyle yürürlü e girer ve meclisin onay,na sunulur. Meclis, yürürlü e giren ola anüstü hal rejiminin uygulanma süresini k,saltabilece i gibi, uzatma ve kald,rma yetkisine de sahiptir. Aksi meclis taraf,ndan kararlar t,r,lmad,kça, ba ka bir deyi le 6 ayl,k süre meclis taraf,ndan kabul edildi i takdirde bu sürenin sonunda, Cumhurba kan,n,n talebi ve meclisin karar, ile ola anüstü hal rejiminin devam,na, her seferinde 4 ay, geçmemek üzere yine meclis taraf,ndan karar verilir. K,sacas, ola anüstü hal rejimine geçme konusundaki irade Cumhurba kan,öna, rejimin devam, ve sonland,r,lmas, yönündeki irade Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM.) aittir.

119. maddenin 5. f,kras,nda, temel hak ve özgürlüklerin kullan,m,n,n s,n,r lanmas, ve durdurulmas,n,n ne ekilde olaca ,n,n kanunla düzenlenece i ifade edilmi tir. Dolay,s,yla ola anüstü hal rejimine ili kin ilkelerin genel çerçevesi Anayasada 15. madde ve 119. madde ile belirlendikten sonra ayr,nt,lar,n düzenlenmesi kanuna b,rak,lm, t,r.

Ola anüstü hal rejiminin Anayasal temelleri bahsini kapatmadan önce vurgulamak gerekir ki, 2017 tarihli Anayasa de i ikli i öncesinde, Anayasan,n 120. ve 121. maddelerinde de ola anüstü hal rejiminin uygulanmas,na yönelik baz, hükümlere yer verilmi ise de de i iklik sonrası, bu hükümler Anayasa metninden ç,kart,lm, ve rejimin ayr,nt,l, çerçevesi sadece 119. madde ile belirlenmi tir.

2. Ola anüstü Hal Rejiminin Di er Mevzuattaki Temelleri

Ola anüstü hal rejiminin genel çerçevesi, daha önce de bahsedildi i üzere Anayasa'n,n 15. ve 119. maddeleri ile belirlenmi ancak ayr,nt,lar kanuna b,rak,lm, t,r. Bu konuda belirleyici mevzuat kayna ,, 1982 Anayasas,ndan sonra yürürlü e konulmu olan ve hala yürürlükte bulunan 2935 Say,l, Ola anüstü Hal Kanunu'dur⁹.

Ola anüstü Hal (OHAL) Kanunu Anayasada belirlenen ilkeler çerçevesinde genel itibariyle ayr,nt,l, olarak de erlendirilebilecek düzenlemeler içermekle birlikte, 4. madde ile

⁷ T.C. Anayasas, 119. madde: (De i ik: 21/1/2017-6771/12 md.)

ö(1) Cumhurba kan,; sava , sava , gerektirecek bir durumda ba göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete kar , kuvvetli ve eylemli bir kalk, ma, ülkenin ve milletin bölünmezli ini içten veya d, tan tehlikeye dü üren iddet hareketlerinin yayg,nla mas,, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kald,rmaya yönelik yayg,n iddet hareketlerinin ortaya ç,kmas,, iddet olaylar, nedeniyle kamu düzeninin ciddi ekilde bozulmas,, tabii afet veya tehlikeli salg,n hastal,k ya da a ,r ekonomik bunal,m,n ortaya ç,kmas, hallerinde yurdun tamam,nda veya bir bölgesinde, süresi alt, ay, geçmemek üzere ola anüstü hal ilan edebilir.

(2) Ola anüstü hal ilan, karar,, verildi i gün Resmî Gazetede yay,m lan,r ve ayn, gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onay,na sunulur.

(3) Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplant,ya ça ,r,l,r; Meclis gerekli gördü ü takdirde ola anüstü halin süresini k,saltabilir, uzatabilir veya ola anüstü hali kald,rabilir.

(4) Cumhurba kan,n,n talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi her defas,nda dört ay, geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Sava hallerinde bu dört ayl,k süre aranmaz.

(5) Ola anüstü hallerde vatanda lar için getirilecek para, mal ve çal, ma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler do rultusunda temel hak ve hürriyetlerin nas,l s,n,r lanaca , veya geçici olarak durdurulaca ,, hangi hükümlerin uygulanaca , ve i lemlerin nas,l yürütülece i kanunla düzenlenir.

(6) Ola anüstü hallerde Cumhurba kan,, ola anüstü halin gerekli k,ld, , konularda, 104 üncü maddenin on yedinci f,kras,n,n ikinci cümlesinde belirtilen s,n,r lanmalara tabi olmaks,z,n Cumhurba kanl, , karamamesi ç,karabilir. Kanun hükmündeki bu kararname Resmî Gazetede yay,m lan,r, ayn, gün Meclis onay,na sunulur.

(7) Sava ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamamas, hâli hariç olmak üzere; ola anüstü hal s,ras,nda ç,kar,lan Cumhurba kanl, , karamameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görü ülr ve karara ba lan,r. Aksi halde ola anüstü hallerde ç,kar,lan Cumhurba kanl, , karamamesi kendili inden yürürlükten kalkar.ö

⁸ Anayasa metninin önceki halinde bu yetki, öCumhurba kan, ba kanl, ,nda toplanan Bakanlar Kurulu'naö ait idi. Ancak referandum sonrası, Cumhurba kanl, , hükümet sistemine girilmesiyle beraber, art,k Ba kanl,k ve Bakanlar Kurulu kald,r,lm, ve tüm bakanl,klar Cumhurba kanl, ,öna ba lanm, t,r.

⁹ 27.10.1983 tarihli ve 18204 say,l, Resmi Gazete'de yay,m lanarak yürürlü e girmi tir. Resmi Gazete'nin ilgili say,s, kanun metninin tamam, için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18204.pdf>, (Eri im Tarihi: 16.07.2019).

öla anüstü halin gerekli k,ld, , hallerle s,n,rl, olarak, Kanun Hükümünde Kararname (KHK) ç,karma yetkisi vermi tir.

Mevzuatta yer alan hükümler çerçevesinde ola anüstü hal rejiminin di er mevzuattaki temelleri, OHAL Kanunu ve OHAL KHKlar, olarak iki alt ba l,кта incelenecektir.

a. Ola anüstü Hal Kanunu

Ola anüstü Hal Kanunu, Anayasada çizilen genel çerçevenin biraz daha anla ,labilir olmas, ve çerçevenin alt ilkelerinin olu turulmas,na yönelik baz, düzenlemeler getirmi tir. Toplam otuz alt, maddeden olu an bu Kanun, ola anüstü halin ilan,n, gerektirecek sebepler, ilan,n yap,lma usulü ve ilan sonras,nda vatanda a ve idareye yüklenebilecek yükümlülükler ve kar ,l,kl, haklar, düzenlemektedir.

Çal, man,n bütünlü ünden sapmamak ve gereksiz tekrarlardan kaç,nmak amac,yla, bu ba l,κ alt,nda, ola anüstü hal ile ilgili Anayasada yer alan çerçevenin aç,klay,c,s, niteli inde olan ve Anayasa metninde yer almayan hususlar incelenecek ve kanunun genel kapsam, içinde, çal, ma konusuyla do rudan ba lant,l, olan iddet hareketleri nedeniyle al,nacak tedbirlere ili kin önlemler hakk,ndaki düzenlemelerle s,n,rl, olarak inceleme yap,lacaktır.

Kanunun 3. maddesindeki düzenlemeye göre¹⁰, ola anüstü hal ilan edilmesi için varl, , zorunlu olan durumlar a a ,daki gibi s,ralanabilmektedir:

- öTabii afet,
- Salg,n hastal,klar,
- A ,r ekonomik bunal,m,
- Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kald,rmaya yönelik yayg,n iddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya ç,kmas,,
 - iddet olaylar, sebebiyle kamu düzeninin ciddi ekilde bozulmas,ö.

Bunlardan birinin veya birkaç,n,n, ökamü düzenini ciddi ekilde bozmas, halindeö Cumhurba kan,n,n, OHAL ilan etme yetkisi söz konusudur. Ancak ola anüstü halin ilan edilmesi için Milli Güvenlik Kurulunun (MGK) görü ünün al,nmas, zorunludur. (m. 3) Vurgulamak gerekir ki, bu görü ün al,nmas, sadece asli ekil art, olup ba lay,c, de ildir. Ba ka bir deyi le MGK ola anüstü hal rejimine geçilmesi için gereken artlar,n uygun olmad, , görü ünü beyan etse dahi Cumhurba kan, ekil art,n, yerine getirdi inden yine de ola anüstü hal karar, alabilir.

Kanunun 3. maddesinde geçen bir ba ka önemli husus, ola anüstü hal süresinin uzat,lmas,, k,salt,lmas, ve kald,r,lmas,na ili kindir. Burada ola anüstü hal rejimine geçilmesinin gerekçesi sürenin uzat,lmas,, k,salt,lmas, ve de i tirilmesi konusunda belirleyici rol oynamaktad,r. öyle ki, maddenin 4. f,kras,na göre; ola anüstü hal ilan,n,n gerekçesinin öAnayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kald,rmaya yönelik yayg,n iddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya ç,kmas,ö veya ö iddet olaylar, sebebiyle kamu düzeninin ciddi ekilde bozulmas,ö durumlar,ndan biri olmas, halinde, OHAL süresinin k,salt,lmas,, uzat,lmas, veya kald,r,lmas, konular,nda yetki TBMMde de il, do rudan

¹⁰ OHAL Kanunu m.3:

öCumhurba kan,ö

a) öTabii afet, tehlikeli salg,n hastal,klar veya a ,r ekonomik bunal,m hallerinden birinin veya birden fazlas,n,n görülmesi durumunda,

b) Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kald,rmaya yönelik yayg,n iddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya ç,kmas, veya iddet olaylar, sebebiyle kamu düzeninin ciddi ekilde bozulmas, hallerinde, Milli Güvenlik Kurulunun görü ünü de ald,ktan sonra;

Yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde alt, ay, geçmemek üzere ola anüstü hal ilan edebilir.ö

(3) Ola anüstü hal karar, Resmi Gazete'de yay,mıan,r ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onay,na sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplant,ya ça r,l,r. Meclis, ola anüstü hal süresini de i tirebilir. Cumhurba kan,n,n istemi üzerine, her defas,nda dört ay, geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya ola anüstü hali kald,rabilir.

(4) Cumhurba kan,, ola anüstü halin bu maddenin birinci f,kras,n,n (b) bendi gere ince ilan,ndan sonra; süreyi uzatmaya, kapsam,n, de i tirmeye veya ola anüstü hali kald,rmaya ili kin hususlarda da karar almadan önce Milli Güvenlik Kurulunun görü ünü al,r.

(5) Ola anüstü hal karar,n,n hangi sebeplerle al,nd, ,, bölgesi ve süresi, Türkiye radyo ve televizyonuyla ve Cumhurba kan,na gerekli görülen hallerde di er araçlarla ilan edilir.ö

do ruya Cumhuriyet Kanunu'nun kendisindedir. Ancak bu yetkinin kullanılabilmesi için Cumhuriyet Kanunu'nun MGK'nın görüşünü alma zorunluluğu getirilmiştir.

Bunun haricindeki durumlar, yani *ötâbiî afet*, *ösalg*, *hastalıklar* veya *özellikle ekonomik bunalım* hallerinin birinin veya birkaçının ortaya çıkması, nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, halinde ise OHAL süresinin uzatılması, ve kısıtlaması, TBMM'nin yetkisindedir. Anayasada ola anıüstü halin gerekçesine dair herhangi bir ayrıntı yapılmayarak OHAL sürecine ilişkin de iklilik yetkilerinin tamamen TBMM'ye verilmesi karşısında kanunda böyle bir ayrıntı gidilmesinin, Anayasaya aykırılık olduğu düşünülmektedir.

OHAL Kanunu'nun, konumuzla doğrudan bağlantılı olan 11. maddesinde, iddet olaylar, nedeniyle alınacak önlemlere yer verilmektedir¹¹. Bu hükümler incelendiğinde, Anayasanın 15. maddesine uygun olarak çekirdek haklara dokunulmamakla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin ola anıüstü hal rejimi esnasında ciddi şekilde kullanılabilir hale getirilebileceği görülmektedir.

te doktrinde bu gerekçeden hareketle, *ö hukuk devleti ve insan hakları,na saygı, devlet ilkeleri uyarınca Anayasamızın ilgili maddesinin göndermesiyle Ola anıüstü Hal Kanununda öngörülen tedbirleri sınırlı, sayı,da anlamı, ve dar yorumlanması daha doğru olacaktır*, ifade edilmiştir¹².

¹¹ OHAL Kanunu m.11

(1) ÖBu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince ola anıüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, iddet olayların yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir:

- a) Sokağa çıkarmayı, sınırlamak veya yasaklamak,
- b) Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak,
- c) Kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını, aratmak ve bulunacak suç eylemlerini ve delil niteliğinde olanları el koymak,
- d) Ola anıüstü hal ilan edilen bölge sakinleri ile bu bölgeye hariçten girecek kişilerin için kimlik belirleyici belge taşıma mecburiyeti koymak,
- e) Gazete, dergi, broşür, kitap, el ve duvar ilan ve benzerlerinin basılmasını, çoğaltılmasını, yayımlanmasını ve dağıtılmasını, bunlardan ola anıüstü hal bölgesinde basılmaması veya çoğaltılmaması, olanların bölgeye sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklamak veya izne bağlamak; basılması ve ne ri yasaklanan kitap, dergi, gazete, broşür, afi ve benzeri matbuayı toplamak, (Ek alt bent: 9/4/1990 - KHK - 413/1 md.; Mülga: 9/5/1990 - KHK - 424/12 md.)
- f) Söz, yazı, resmi, film, plak, ses ve görüntü bantları, ve sesle yapılan her türlü yayım, denetlemek, gerektiğinde kayıtlamak veya yasaklamak,
- g) Hassasiyet taşıyan kamuya veya kişilere ait kuruluşlara ve bankalara, kendi iç güvenliklerini sağlamak için özel koruma tedbirleri aldıkları veya bunları arttırmalarını istemek,
- h) Her nevi sahne oyunları, ve gösterilen filmleri denetlemek, gerektiğinde durdurmak veya yasaklamak,
- i) Ruhsatlı, da olsa her nevi silah ve mermilerin taşınmasını, veya naklini yasaklamak,
- j) Her türlü cephaneler, bombalar, tahrip maddeleri, patlayıcı maddeler, radyoaktif maddeler veya yakıcı, asitli, zehirli, yaralayıcı, eczalar veya diğer her türlü zehirler ve bozucu gazlar veya benzeri maddelerin bulundurulmasını, hazırlanmasını, yapımını, veya naklini izne bağlamak veya yasaklamak ve bunlar ile bunların hazırlanmasını veya yapımını yarayan eylemler, alet veya araçların teslimini istemek veya toplamak, k) Kamu düzeni veya kamu güvenliğini bozabilecek kişilerin, uyandırılması ve toplulukların bölgeye girişini yasaklamak, bölgeden çıkarmak veya bölge içerisinde belirli yerlere girmesini veya yerleşmesini yasaklamak, (Ek alt bent: 9/4/1990 - KHK - 413/2 md.; Mülga: 9/5/1990 - KHK - 424/12 md.)
- l) Bölge dahilinde güvenliklerinin sağlanması, gerekli görülen tesis veya teekküllerin bulunduğu alanlara girişini çözümlenmesi, düzenlemek, kayıtlamak veya yasaklamak,
- m) Kapal ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılmasını, yer ve zaman, tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağlamak, her türlü toplantıyı, izletmek, gözetim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak,
- n) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.) için isteği, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller, sakıncalı sebepleri, normal emeklilik ve belirli süresinin bitmesi nedeniyle hizmet aktinin sona ermesi veya feshi dışında kalan hallerde işçi çıkartmalarını, işvereninin durumunu dikkate alınarak üç aylık bir süreyle aynen çalışmaya izne bağlamak veya ertelemek,
- o) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.) Dernek faaliyetlerini; her dernek hakkında ayrı karar almak ve üç ay geçmemek kaydıyla durdurmak,
- ö) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.; Değişiklik: 9/4/1990 - KHK -413/3 md.; Mülga: 9/5/1990 - 424/12 md.; Yeniden düzenleme: 9/5/1990 - KHK - 425/1 md.; ptal: Ana. Mah.'nin 10/1/1991 tarih ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararıyla.)
- p) (Ek: 25/7/1986 - KHK - 259/2 md.; de iştirilerek kabul: 3/9/1986 - 3310/2 md.) Anayasanın 121 inci maddesine göre, ola anıüstü halin ilanına veya devamına sebep olan hallerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları, ve mücavir yurt bölgelerimiz üzerinde cereyan etmesi ve eylemcilerin eylemlerini müteakip komünal ülke toprakları, sınırları, ve kısıtları, tespit edilmesi durumunda, ilgili komünal ülke ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti arasında varılacak mutabakat çerçevesinde, valinin talebi üzerine ilgili komutan, eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek maksadıyla, her defasından Genelkurmay Başkanlığı, kanal, ile Hükümetin müsaadesi tahtında, ihtiyaca göre, Kara, Hava veya Deniz Kuvvetleri unsurları, ile mahdut hedefli sınırlı ötesi hareket planlayıp icra etmek.

¹² Can, Osman/ M EK AKTA, Duygu: ÖOla anıüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (23)/1, 2017, s.16.

Nihayet, daha önce de belirtildi i üzere, Kanunun 4. maddesinde *öOla anüstü hal süresince, Cumhurba kan, ola anüstü halin gerekli k,ld, , konularda Anayasan,n 91 inci maddesindeki k,s,tlamalara ve usule ba l, olmaks,z,n¹³, kanun hükmünde kararnameler ç,karabilir. Bu kararnameler Resmi Gazete'de yay,mlan,r ve ayn, gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onay,na sunulur.ö hükmü uyar,ncan ola anüstü hal süresince Cumhurba kan,øna KHK ç,karma yetkisi verilmi tir.*

Dolay,s,yla OHAL Kanunu m.4 hükmünün verdi i yetki sebebiyle, OHAL süresi boyunca Cumhurba kan, taraf,ndan ç,kart,lacak olan OHAL KHK.ø leri ola anüstü hal rejiminin di er bir yasal temelini olu turmaktadır.

b. Ola anüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri

21 Temmuz 2016 tarihinde yürürlü e giren ola anüstü hal rejimi kapsam,nda ilk bir y,l içinde (21.07.2016 ó 21.07.2017 tarihleri aras,nda) 26 adet OHAL KHKø, ç,kart,lm, t,r. Bunlardan ilki olan ve di er OHAL KHKødar,na temel te kil eden 23.07.2019 tarihinde Resmi Gazete'de yay,mlanarak yürürlü e giren 667 Say,l, KHKøy,¹⁴ ve hemen ard,ndan 27.07.2016 tarihli ve 29783 say,l, Resmi Gazete'de yay,mlanan 668 say,l, KHKøy,¹⁵ burada incelemek uygun olacakt,r.

667 Say,l, KHK ile vurgulanmas, gereken ilk husus, bu KHKønin yay,mland, , dönemde henüz Cumhurba kanl, , Hükümet Sistemine geçilmedi inden, bu KHKø,n Cumhurba kan, ba kanl, ,nda toplanan ve o dönem varl, ,n, sürdüren Bakanlar Kurulu taraf,ndan ç,kart,lm, olmas,d,r.

KHKø,n öAmaçö ba l,kl, ilk maddesinde KHKø,n amac,; *ö20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 say,l, Bakanlar Kurulu Karar,yla ilke genelinde ilan edilen ola anüstü hal kapsam,nda, darbe te ebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde al,nmas, zaruri olan tedbirler ile bunlara ili kin usul ve esaslar, belirlemekö olarak belirtilmi tir.*

Bu KHK ile kamu görevinden ihraç i lemleri henüz ba lamam, ve sadece *öFETÖ/PDY ile aidiyeti, iltisak, veya irtibat, belirlenen baz, özel sa l,k kurum ve kurulu lar,, özel ö retim kurum ve kurulu lar, ile özel ö renci yurtlar, ve pansiyonlar,, vak,f ve dernekler ile bunlar,n iktisadi i letmeleri, vak,f yüksekö retim kurumlar, ile sendika, federasyon ve konfederasyonlar,n kapat,lmas,naö karar verilmi tir. (m. 2)*

KHKøda kamu kurum ve kurulu lar,nda istihdam edilen ve FETÖ/PDY terör örgütü ile irtibat, veya iltisak, bulundu u tespit edilen ki ilerin meslekten ihrac,na ili kin ilke kararlar belirlenmi tir. Bu ilk OHAL KHKø, ile *öyarg, mensuplar,na ili kin kamu görevinden ç,kartma i lemi ile yetkili k,l,nan ki ilerö 3. maddede, ökamu kurum ve kurulu lar,nda istihdam edilen di er personele ili kin kamu görevinden ç,karma i lemi ile yetkili k,l,nan ki ilerö de 4. maddede belirtilmi tir. Buradan da anla ,laca, , üzere ilk amada kamu görevinden ç,karma yetkisi, bu tespiti yapan ilgili birimlerin KHK ile yetkilendirilen birimlerine verilmi , daha sonraki KHKølarda ise bu yetki do rudan Bakanlar Kuruluøna verilmi tir.*

667 Say,l, KHK ile getirilen önemli hususlardan bir di eri, ögözalt, süresinin üphelinin yakalama yerine en yak,n hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama an,ndan itibaren 30 güne ç,kart,lm, olmas,ö,d,r. (m. 6/a) 6. maddenin devam bentlerinde tutuklu ki ilerin yak,nlar, ve avukatlar, ile görü melerine ili kin baz, k,s,tlamalar getirilmi tir.

7. maddede 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen hain darbe giri imi ve bu kapsamda ya anan iddet olaylar,nda çal, amayacak durumda malul olan gaziler ile iddet olaylar, esnas,nda hayat,n, kaybeden ki ilerin dul ve yetimlerine ayl,k ba lanmas, ve emeklilik

¹³ Burada geçen 91. madde, *öSava Hali lan, ve Silahl, Kuvvet Kullan,lmas,na zin Vermeö yetkisi düzenlemekte olup, 2017 de i iklikleri sonras,nda Anayasa metninden ç,kart,lm, t,r.*

¹⁴ 23.07.2016 tarihli ve 29779 say,l, Resmi Gazete'de yay,mlanarak yürürlü e girmi tir. Resmi Gazete'nin ilgili say,s, ve kanun metninin tamam, için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160723-8.htm>, (Eri im Tarihi: 21.07.2019).

¹⁵ 27.07. 2016 tarihli ve 29783 say,l, Resmi Gazete'nin 2. mükerrer say,s,nda yay,mlanarak yürürlü e girmi tir. Resmi Gazete'nin ilgili say,s, kanun metninin tamam, için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160727M2..htm>, (Eri im Tarihi: 21.07.2019)

ikramiyesi verilmesine ili kin ilkeler belirlenmi tir.

Son olarak de inilmesi gereken noktalar, KHKön,n 9. ve 10. maddesinde belirlenen ilkelerdir. öyle ki, 667 Say,l, KHKön,n 9. maddesine ö *Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsam,nda karar alan ve görevleri yerine getiren ki iler in bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumlulu u do maz.ö denerek KHKön,n uygulanmas,ndan do an tüm zararlar ili kin kararlar, uygulayan kamu görevlisini güvence alt,na alan bir hüküm getirilmi tir. KHKön,n 10. maddesinde ise ö *Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsam,nda al,nan kararlar ve yap,lan i lemler nedeniyle aç,lan davalarda yürütmenin durdurulmas,na karar verilemez.ö ifadesine yer verilmi tir. Buradan da anla ,laca , üzere OHAL KHKös, ile hakk,nda idari i lemler tesis edilen gerçek veya tüzel ki iler in bu i lemlere kar , idari yarg,da iptal davas, açabilece i kabul edilmekle beraber, sadece aç,lacak bu davalarda yürütmenin durdurulmas, yolunun kapalı oldu u anla ,lmaktad,r.**

OHAL KHKödar,na ili kin i lemlere kar , iptal davas, açman,n mümkün olup olamayaca , uzun süre tart, ,lm, ve ilk a amada yarg, organlar, bunun mümkün olmad, ,ndan bahisle davan,n ilk inceleme a amas,ndan reddine karar vermi lerdir. Yarg, organlar,n,n bu konudaki yanlı, tutumunun bir göstergesi olarak de erlendirilmektedir. Bu konudaki tart, malar, makalenin ilerleyen bölümlerinde ayr,nt,l, olarak incelenecektir.

Bu ba l, , sonland,rımadan önce 668 Say,l, KHKödan de bahsetmek gerekmektedir. Daha önce de belirtildi i üzere 667 Say,l, KHKöda kamu görevinden ihraç i lemlerinde yetkili olan ki iler ilgili birimlerin bu konudaki yetkilileri iken, 668 Say,l, KHK ile birlikte ihraç edilen ki ilileri ve kapat,lacak tüzel ki ilerle ilgili i lem tesis etme yetkisi do rudan ö *Cumhurba kan, ba kanl, ,nda toplanan Bakanlar Kurulunaö verilmi tir. İlgili KHKön,n 2. maddesinin (a) bendinde; ö *Milli güvenli e tehdit olu turdu u tespit edilen Fethullahç, Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisak, veya irtibat, olan; ekli (1) say,l, listede yer alan asker ki iler Türk Silahl, Kuvvetlerinden ç,kar,lm, t,r.ö dendikten sonra ayn, maddenin 2. f,kras,nda u hükümlere yer verilmi tir:**

*ö *Birinci f,kran,n (a) bendi gere ince Türk Silahl, Kuvvetlerinden ç,kar,lan asker ki iler in, mahkumiyet karar, aranmaks,z,n, askeri rütbe ve memuriyetleri al,n,r ve bu ki iler yeniden Türk Silahl, Kuvvetlerine kabul edilmemezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, do rudan veya dolayl, olarak görevlendirilemezler; bunlar,n uhdelelerinde bulunan her türlü müteveli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeli i ve sair görevleri de sona ermi say,l,r. Bunlar,n silah ruhsatlar, ve pilot lisanslar, iptal edilir ve bu ki iler oturduklar, kamu konutlar,ndan veya vak,f lojmanlar,ndan on be gün içinde tahliye edilir. Bu ki iler özel güvenlik irketlerinin kurucusu, orta , ve çal, an, olamazlar. Bu ki iler hakk,nda Milli Savunma Bakanl, ,nca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulur. Bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerince pasaportlar iptal edilir.ö**

Bu f,kra ile sadece kamu görevinden ihraç edilmek de il, bu i leme ba l, bir dizi idari i lem de KHK ile getirilmi tir.

Çal, man,n bu bölümünde ö *ola anüstü halö ve ö *ola anüstü hal rejimiö kavramlar,n,n terminolojisi incelenmi ve ola anüstü hal rejiminin Türk Hukukuındaki temelleri genel itibariyle incelenmi , özellikle OHAL KHKödar,n,n özellikleri, 21 Temmuz 2016 tarihinde yürürlü e giren ola anüstü hal rejiminin uygulanmas, bak,m,ndan 667 ve 668 say,l, KHK.öder sadece ö *örnekseme yoluyla ve genel hatlar, itibariyle incelenmi tir. Bu genel bilgilendirmeden sonra, OHAL rejiminin yürürlü e girdi i 21.07.2016 tarihi sonras,nda Türk Hukukuına giren yeni KHK düzenlemelerine ili kin ayr,nt,l, de erlendirmeler, çal, man,n ikinci bölümünde incelenecektir.***

III. 21 TEMMUZ 2016 SONRASI DÖNEMDE TÜRK HUKUKUNDA GÖRÜLEN OLA ANÜSTÜ HAL DÜZENLEMELER

A. 21 Temmuz 2016 Sonras, Dönem için Yeni Bir Tart, ma Olarak Ola anüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinin dari lem Teorisi çindeki Yeri

15 Temmuz 2016 geces i meydana gelen hain darbe giri iminde 231 ki i hayat,n, kaybetmi , çok say,da ki i de yaralanm, t,r. Türkiye Cumhuriyeti Anayasas,n, ve hükümetini ortadan kald,rımaya yönelik bu giri im sonras,nda toplumda ortaya ç,kan kaos dolay,s,yala

21.07.2019 tarihinde ola anüstü hal ilan edilerek¹⁶ Resmi Gazete'de yayımlanmış, t.r.

Yayımlanan bu karar ile birlikte OHAL rejimine geçilmesi ve bu dönemlerde uygulanacak olan OHAL Kanunu da kendiliğinden yürürlüğe girmesi ve bu Kanunun, m.4 ile verdiği yetkiye dayanarak OHAL KHK'dar, yayımlanmaya başlamış, t.r. Ancak daha önceki uygulamalardan farklı olarak 21 Temmuz sonrası dönemde, 668 Sayılı KHK'dan başlayarak kamu görevinden ihraç edilen kişiler Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan bu KHK'darda liste halinde yayımlanmış ve bu listelerdeki kişiler KHK'da yer alan ihraç ve diğer işlemlere tabi tutulmuşlardır. Bu yeni uygulama kapsamında OHAL KHK'darın idari işlem teorisi içindeki yerini ve hukuki statüsünü incelemek gerekmektedir. Bu tespit, söz konusu KHK ile öngörülen işlemlerin yargısal denetimini de doğrudan doğruya ilgilendirmektedir.

İdari işlemler, idari işlem genel teorisi içinde birçok tasnife tabi tutulmaktadır. Ancak konumuzla bağlantılı olarak, nedeniyle OHAL KHK'darın idari işlem teorisi içindeki yeri, başka bir deyişle hukuki statüsü, muhataplar, bakımından yapılan *ögenel düzenleyici işlem* ö *ö bireysel idari işlem* ayrımı, bakımından incelenecektir.

1. Muhataplar, Bakımından İşlemler

a. Genel Düzenleyici İşlemler

Genel düzenleyici işlemler, en genel anlamıyla, doğrudan doğruya bir gerçek veya tüzel kişiye yönelmeyen, isminden de anlaşılacağı üzere genel, soyut ve uygulanması herkes için sonuç doğurucu işlemlerdir. Başka bir deyişle, genel düzenleyici işlemler *öbelli ki ilere ve durumlara ili kin olmayıp, genel ve soyut hukuk kuralları, koyan işlemler* olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Bunun yanında doktrinde düzenleyici işlemlerin, sürekli olması ve bir defa uygulanmakla tükenmeyen işlem olması özelliklerine vurgu yapıldığı gibi¹⁸, ikincil niteliklerine de vurgu yapılmaktadır¹⁹.

b. Bireysel İdari İşlemler

Bireysel idari işlemler, genel düzenleyici işlemlerin aksine doğrudan doğruya bir gerçek veya tüzel kişiye yönelen ve yöneldiği kişilerin üzerinde doğrudan doğruya ve kural olarak tek yanlı irade beyanıyla tebliğ edildiği anda hüküm ve sonuç doğurucu icrai nitelikteki işlemlerdir. Başka bir deyişle bireysel idari işlemler, *öbelli ki i ve durumlara ili kin olarak yapılan idari işlemler*²⁰ olarak tanımlanmaktadır. Bireysel işlemler herhangi bir düzenleyici işlem dayanmayabileceği gibi, düzenleyici işlemlerin bir kısmı veya olaya uygulanması halinde de ortaya çıkabilir²¹.

2. 21 Temmuz 2016 Sonrasında Yayımlanan Ola Anüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin İdari İşlem Teorisi Çindeki Yeri

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde 21 Temmuz 2016 tarihinden sonra yayımlanan OHAL KHK'darın, hem genel düzenleyici işlemlerin hem de bireysel idari işlemlerin ekli artları, n, barındıran ve belki de *muhatap, bakımından idari işlemlerin üçüncü bir türü olarak de erlendirilebilecek hukuk normları*, olduğu düşünülmektedir.

Gerçekten de 21 Temmuz 2016 sonrasında OHAL Kanunu'na dayanarak çıkarılan OHAL KHK'darın, genel itibarıyla belirli düzenlemeleri içeren ve muhatap olan tüm kişiler için ayni sonucu doğurucu hukuk normları olması nedeniyle genel düzenleyici işlem özelliği taşımasıyla birlikte ayrıca daha önce yayımlanan KHK'darda olmayan bir şekilde geçen ek listede yer alan kişilerin her biri bakımından doğrudan doğruya bu kişilere yönelen ve yöneldiği gerçek veya tüzel kişiler üzerinde doğrudan doğruya sonuç doğurucu işlemler olduğu undan ayni zamanda bireysel işlem özelliği de içinde barındıran hukuksal metinler olarak karma bir yapıya sahiptir. Ancak karma yapıya sahip olan OHAL KHK'dar ile ihraç işlemleri, ihraç sebeplerinin hangi durumlar

¹⁶ 21.07.2016 tarih ve 29777 sayılı Resmi Gazete'de 2016/9064 Sayılı kararla yürürlüğe girmiştir. Resmi Gazete'nin ilgili sayıs ve karar metninin tamamı için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160721-4.pdf>, (Erişim Tarihi: 22.07.2019).

¹⁷ GÜNDAY, *dare* Kitap, s.122.

¹⁸ SANCAKTAR, Ouz/US, Eser/KASAPOLU TURHAN, Mine/ÖNÜT, Lale Burcu, SEYHAN, Serkan: *dare Hukuku Teorik Çalıma Kitabı*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.304.

¹⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *dare Hukuku*, s.329.

²⁰ GÜNDAY, *dare* Kitap, s.122.

²¹ SANCAKTAR/US/KASAPOLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s.306.

oldu onun kanunla belirlenmi olmas,na ra men bunlar,n ola anüstü dönemlerde yetersiz bulunmas, nedeniyle KHK ile bir düzenleme zorunlulu u gündeme gelse de ihraç için getirilen ek kriterlerin sadece düzenleyici i lemle getirilerek bu kriterlerden yola ç,k,lmas, suretiyle yetkili ki i veya kurumlar,n ihraç i lemlerini bizzat yapmas, gerekti i görü ü çerçevesiyle doktrinde ele tirilene neden olmu ve izlenmesi gereken yol u sözlerle ifade edilmi tir:

öKar ,la ,lan ola anüstü hâl nedeniyle bu usûller yetersiz görüliyor, daha h,zl, alternatif usûllere ihtiyaç duyuluyorsa, kanun yoluyla veya ola anüstü hâl KHKösi yoluyla, ola anüstü hâl durumunda, hangi kamu görevlilerinin hangi sebeplerle kamu görevinden uzakla t,r,laca , hüküm alt,na al,n,r ve bunun usûlü ayn, ekilde düzenlenir. Bu düzenlemeye göre yetkili makamlar, öngörülen usûlü izleyerek, ola anüstü hâl sebebiyle ilgili olarak, söz konusu artlar, gerçekle tiren ki ilerin kamu görevinden uzakla t,r,lmas,na ili kin bireysel idarî i lemleri tesis eder. í Hukukumuzda genel olarak kamu görevinden ç,karma usûlü zaten var iken ve keza 15 Temmuz darbe giri imi sebebiyle kamu görevinden ç,karma usûlü 667 say,l, KHKönin 4öincü maddesinde ayr,ca düzenlenmi iken, bu usûller kullan,lmay,p, ki ilerin bir düzenleyici i lem olan KHKönin ekindeki bir listede isim isim say,larak kamu görevinden ç,kar,lmas, usûlüniün sebebini anlamak mümkün de ildir. Belki 15 Temmuz darbe te ebbüsünüün hemen akabinde 27 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yay,nlanan 668 say,l, KHKönin ekindeki listede isimleri say,lan yüksek rütbeli subaylar,n idarî soru turman,n sonuçlanmas, beklenmeden derhal kamu görevinden ç,kar,lmas, tedbiri gerekli ve ölçülü bir tedbir olarak görülebilir. Zira soru turmalar,n sonucu beklendi i takdirde bu ki ilerin geçen süre içinde tekrar bir darbe te ebbüsüne giri eceklerinden endi e duyulabilir. Ancak ayn, argüman darbe te ebbüsünden alt, ay sonra KHK ile at,lan bir ilkokul ö retmeni için geçerli olamaz.ö²²

Burada 667 Say,l, KHK ile sonraki KHKölar aras,nda bireysel i lemler bak,m,ndan ortaya ç,kan farklı,l, a da de inmek gerekecektir. öyle ki, 667 Say,l, KHKöda, çal, mada daha önce de belirtildi i üzere kamu görevlilerinin meslekten ihrac, yönündeki yetki Bakanlar Kuruluna de il, ilgili birimin ba ,ndaki ki ilere verilmi ise de baz, tüzel ki iler ekli listede yer alm, ve bu tüzel ki iler için KHKöda öngörülen hususlar bu tüzel ki ilere do rudan yönelmi tir. Ancak 668 Say,l, KHKödan ba layarak ç,kart,lan di er tüm KHKölarda genel düzenleyici i lem olma özelli i a ,larak OHAL KHKölar,nda öngörülen tüm hususlar hem kamu görevinden ihraca ili kin ekli listede bulunanlara hem de KHK ile kapat,lan tüzel ki ilerde çal, an ki ilere do rudan do ruya yönelen bireysel etkiler olu turmu tur. Dolay,s,yla öOHAL KHKölar,n,n idare hukuku ve idari yarg,y, ilgilendiren k,sm,n,n, bireysel idari i lem niteli indeki ihraç kararlar, oldu uö²³ yönündeki yakla ,m,n do ru bir yakla ,m oldu u de erlendirilmektedir.

B. Ola anüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemeleriyle Kamu Görevinden hraç Edilenlerin Yarg,sal Ba vuru Sorunu

Çal, mada daha önce de belirtildi i üzere 21.07.2016 tarihinde ilan edilen OHAL rejimi sonras,nda, bu rejimin uygulanmas, ve al,nacak tedbirleri belirlemek amac,yla yürürlü e giren OHAL KHKölar, ile hem kamu görevinden ihraç i lemleri hem de baz, tüzel ki iler hakk,nda verilen kapatma kararlar, gündeme gelmi , OHAL rejimine ili kin ilk KHK olan 667 say,l, KHKö,n 10. maddesinde de bu kararlara kar , iptal davas, aç,labilece i ifade edilmi tir. Ancak KHKödaki aç,k hükme ra men süreçteki belirsizlikler nedeniyle, bu i lemlere kar , aç,lacak iptal davalar,nda görevli mahkemenin neresi oldu u konusunda ya anan tart, malar nedeniyle ilk a amada yarg, yerleri aç,lan bu davalar, görev yönünden reddetmi lerdir.

Mahkeme kararlar,n, incelemeye ba lamadan önce iki hususu vurgulaman,n gerekli oldu u dü ünülmektedir:

Ik olarak belirtilmesi gereken husus, bu çal, mada incelenen konunun, esas itibariyle kamu görevinden ihraç edilen personelin idari yarg,ya ba vuru süreciyle alakal, olmas, nedeniyle, mahkemelerin kararlar, da sadece kamu görevinden ihraç i lemlerine kar , aç,lan iptal davalar,na ili kin hususlarla s,n,rl, olarak incelenece i hususudur. Kapat,lan vak,f, dernek ve benzeri tüzel ki ilerin yarg, yerlerine ba vurusu ba ka bir makalenin konusu olabilir.

kinci olarak belirtmek gerekir ki, OHAL KHKölar,n,n hukuka ayk,r,l, , iddias,n,n idari

²² GÖZLER, Kemal: ö15 TEMMUZ KARARNAMELER Ola anüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukukî Rejiminin fsad, Hakk,nda Bir ncelemeö, <http://www.anayasa.gen.tr/15-temmuz-kararnemeleri.pdf>, (Eri im Tarihi: 31.07.2019).

²³ ASLAN, Zehreddin: öKHK.öerde Yer Alan Bireysel lemlere Kar , Ba vuru ve Yarg, Yollar,ö, *KHKöder Türkiyesinde Savunma Hakk, Paneli*, TBB Yay,nlar,, Ankara, 2016, s.50.

yarg, yerlerinde iptal davas,na konu edilemeyece i aç,kt,r. Zira Anayasa m.148ø de geçen öí ola anüstitü hallerde ve sava hallerinde ç,kar,lan Cumhurba kanl, , kararnamelerinin ekil ve esas bak,m,ndan Anayasaya ayk,r,l, , iddias,yla, Anayasa Mahkemesinde dava aç,lamaz.ö normu aç,kça göstermektedir ki OHAL KHKødar,n,n hukuka ayk,r, oldu u iddias, ancak ve ancak Anayasa Mahkemesi önünde iddia edilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi de bu iddiay, Anayasan,n amir hükmü gere ince de erlendirme ehliyetini haiz de ildir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi daha önceki y,llarda bu amir hükme ra men, 1990ø, y,llarda Güneydo u Anadolu Bölgesinde uygulanan OHAL döneminde ç,kar,lm, olan baz, KHK hükümlerini, öOHAL KHKødar, için Anayasada konulan ilke ve kurallara ayk,r,ö olarak nitelendirmi ve bu KHK hükümlerini öola an kanun hükmünde hükümleriö olarak de erlendirmi ve öAnayasan,n 91 inci maddesinde öngörülen bir yetki yavas,na dayanmad, , ve bu nedenle an,lan maddeye ayk,r, oldu u gerekçesiyle iptalineö karar vermi tir²⁴. Dolay,s,yla Anayasa Mahkemesi, eski uygulamalar,nda ilk olarak öAnayasa yarg,s, önüne getirilmi olan bir kararnamenin Anayasan,n çizdi i s,n,rlar dâhilinde ç,kar,lm, bir OHAL KHKø, m,; yoksa ad, OHAL KHKø, olmakla birlikte yer, konu ve zaman yönünden yetki kurallar,na aç,kça ayk,r, olarak ç,kar,lm, bir kararname miö oldu u hususunu de erlendirmi , belirleme yap,ld,ktan sonra, OHAL KHKø, söz konusu ise bunun denetlenememesi; aksi takdirde -ad, OHAL KHKø, olsa bile-böyle bir kararnamenin ola an bir kanun hükmünde kararname olarak denetlenmesi ve yetki yavas,ndan yoksun olmas, nedeniyle de iptaline karar vermi tir. Ancak Yüksek Mahkeme, 25.07.2016 tarih ve 669 say,l, öOla anüstitü Hal Kapsam,nda Baz, Tedbirler Al,nmas, ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulmas, ile Baz, Kanunlarda De i ikilik Yap,lm,na Dair Kanun Hükmünde Kararnameö hükümlerinin iptali istemiyle aç,lan davada, öeski içtihadta bir ola anüstitü hal KHKø,n,n gerçekten Anayasan,n 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmad, ,n, belirlemek için yer, zaman ve konu bak,m,ndan inceleme yapt, ,n, ve fakat böyle bir incelemenin Anayasan,n 148 inci maddesine ayk,r, olaca ,n,ö belirterek, eski içtihad,ndaki yakla ,m,n, tamamen terk etmi oldu undan, art,k Anayasa Mahkemesiçinin OHAL KHKødar,n,n Anayasaya ayk,r,l, ,n, denetleme yetkisi mümkün görülmemektedir²⁵. Bir ba ka anlat,m,la; öOHAL KHKødar,n,n yarg,sal denetiminde yarar olabilir. Ancak bu KHKødar,n yarg,sal denetiminde yarar olmas,, Anayasa Mahkemesinin onlar, denetleme yetkisine sahip olmas, sonucunu do urmaz.ö²⁶ Bunun yan,nda, unutulmamas, gerekir ki, öOHAL KHKø,nda TBMM, bir kanunla onay verirse kanuna dönü ür ve bu kanun Anayasa Mahkemesi denetimine aç,l,r.ö²⁷

Ancak çal, mada bir üst ba l,кта da vurguland, , üzere idari yarg,da iptal davas,na konu edilen husus, OHAL KHK.ø si ile haklar,nda kamu görevinden ihraç karar, verilen kamu personelinin, bireysel nitelikteki i lemin iptali istemidir. öKamu gücünü kullanmak suretiyle, tek yanl, irade aç,klamas,yla ki iler üzerinde hukuki etki do uran i lemler yapan; eylemler icra eden idarenin ba ,ms,z yarg, organlar, taraf,ndan denetlenmesi, hukuk devletinin bir gere i olarak kabul edilmektedir.ö²⁸ Dolay,s,yla her ne kadar OHAL KHKø,n,n Anayasaya ayk,r,l, , nedeniyle Anayasa Mahkemesiçine dava aç,lamayaca , kabul edilmekte ise de bu KHKødar ile yap,lan bireysel i lemlere kar , idari yarg, yoluna ba vurulmas, hukuk devletinin bir gere i olup, mümkündür.

dari yarg,da aç,lacak davalarda Dan, tay, Vergi Mahkemesi veya dare Mahkemesinden biri görevli mahkeme olarak addedilmektedir. Buna göre en özel görevli mahkeme olan Dan, tay, Dan, tay Kanunu m.24øte belirtilen hususlarda ilk derece mahkemesi s,fat,yla görevli mahkeme olmakta, 2576 Say,l, öBölge dare Mahkemeleri, dare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kurulu u Ve Görevleri Hakk,nda Kanunö m. 6.øda say,lan durumlarda görevli mahkeme vergi mahkemesi olarak kabul edilmekte ve nihayet bu mahkemelerin herhangi birine girmeyen durumlarda ise genel görevli mahkemenin idare mahkemesi oldu u kabul

²⁴ AYM. E. 1990/25, K. 1991/1, KT. 10.01.1991; E. 1991/6, K. 1991/20, KT. 03.07.1991; E. 2003/28, K. 2003/42, KT. 22.05.2003.

²⁵ GÜNDAY, Metin: öOHAL, hraç KHKøderi ve Hukuki Durumö(OHAL), Ankara Barosu Dergisi, (1), 2017, s.33, 34.

²⁶ GÖZLER, s.19.

²⁷ FENDO LU, Hasan Tahsin, öOla anüstitü Dönemler ve Yay,nc,l,kö, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s.57.

²⁸ AKYILMAZ/SEZG NER/KAYA, Türk dari Yarg,lama Hukuku (dari Yarg,). 1. Bask,, Sava Yay,nlar,, Ankara, 2018, s.2.

edilmektedir.

OHAL rejiminin ilk dönemlerinde, kamu görevinden ihraç kararları, na kar , aç,lacak davalarda görevli mahkemenin Dan, tay oldu u zann,yla davalar Dan, tayda aç,lm, , Yüksek Mahkeme ise bu davalarda görevli mahkemenin kendisi de il, genel görevli mahkeme olan idare mahkemeleri oldu undan bahisle söz konusu davalarda görev yönünden ret kararları, vermi tir²⁹.

Ancak, Dan, tayda da i aret etti i üzere ihraç kararları, na kar , aç,lacak iptal davaları,nda görevli olan idare mahkemeleri de son derece yanlı, oldu u dü ünülen de erlendirmelerde bulunarak bu i lemlerin bireysel i lem olma özelli ini göz ard, etmi ve OHAL KHKları,na ili kin yarg,lama yerinin idari yarg, olmad, ,ndan bahisle aç,lan davalar, görev yönünden reddetmi tir. Bu içtihadı örnek olarak Trabzon dare Mahkemesi³⁰ nin u ifadeleri örnek olarak gösterilebilir:

Öf 672 say,l, KHK hükmü uyar,ncı kamu görevinden ç,kar,lan davacı, hakk,nda KHK d, ,nda ba ka bir idari i lem de olmad, ,ndan ve mahkememizin KHK'n,n hukuki denetimini yapma yetkisi bulunmad, ,ndan, aç,lan bu davan,n mahkememizce incelenme olana , bulunmamaktadır, ö.³⁰

Oysaki daha önceden de vurgulandı, , üzere OHAL KHKları, ile gerçekleştirilen ihraç kararları, bireysel idari i lem statüsünde olup, burada iptali istenen KHK de il, KHK ile yapı,lan bireysel idari i lemdir. Yine 667 Say,l, OHAL KHKları, n,n 10. maddesinden de bu i lemlere kar , idari yarg,da iptal davaları, n,n aç,labilece i teyit edilmektedir.

C. Tart, malar Sonras, Bir Zorunluluk Olarak Ç,kart,lan 685 Say,l, Ola anüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi

21.07.2016 tarihinde geçilen OHAL rejimi ile hukukumuzı yeni giren KHKları ile kamu görevinden ihraçlara kar , hukuki ba vuru yolunun bulunup bulunmad, ,, bir ba vuru yolu var ise burada görevli ve yetkili mahkemenin neresi olaca , hususundaki tart, malar, hem bu i leme tabi tutulan kamu görevlilerinin yasal ba vuru yollar,n, belirgin hale getirmek hem de iç hukuk yollar,n,n kullan,ımas, yoluyla, Avrupa nsan Hakları, Mahkemesi'ne (A HM) ba vuru sürecini ötelemek amacıyla, OHAL KHKları, ile kamu görevinden ihraç edilen personelin hukuki ba vuru yollar,n,n aç,k bir ekilde düzenlenmesi gereklili i ortaya ç,km, t,r. Bu gereklilik, 685 Say,l, KHK ile yerine getirilmeye çal, ,lm, t,r.

685 Say,l, KHK'da kurulmas, öngörülen komisyon üyelerinin seçilmesi, görev süreleri, güvenceleri, hakları, ve sair teknik konularda çe itli düzenlemelere de yer verilmeyle beraber, bu çal, mada konumuzla do rudan ba lant,l, olan normlarla s,n,rl, olarak inceleme ve de erlendirme yapı,lacakt,r.

ÖOLA ANÜSTÜ HAL LEMLER NCELEME KOM SYONU KURULMASI HAKKINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEö ba l, ,n, ta ,yan 685 Say,l, KHKları, n 1. maddesinin ilk fı,kras,nda komisyonun kurulma amacı, öyle belirtilmi tir:

ÖAnayasan,n 120 nci maddesi kapsam,nda ilan edilen ve 21/7/2016 tarihli ve 1116 say,l, Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararı,yla onaylanan ola anüstü hal kapsam,nda, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenli ine kar , faaliyette bulundu una karar verilen yapı,, olu um veya gruplara üyeli i, mensubiyeti, aidiyeti, iltisak, veya bunlarla irtibat, oldu u gerekçesiyle ba ka bir idari i lem tesis edilmeksizin do rudan kanun hükmünde kararname hükümleri ile tesis edilen i lemlere ili kin ba vurular, de erlendirmek ve karara ba lamakö.

KHKları, n 2. maddesinde OHAL KHKları, ile tesis edilen i lemlerden hangilerinin, komisyonun görev alan,na girece ine ili kin düzenlemeye yer verilmi tir³¹. Konumuzla

²⁹ Dan, tay 5. Dairesi, E. 2016/8196, K. 2016 /4046, KT. 04.10.2016; E. 2016/7983, K. 2016/4079, KT. 04.10.2016; E. 2016/8136, K. 2016/4076, KT. 04.10.2016.

³⁰ Trabzon dare Mahkemesi, E. 2016/1113, K. 2016/1046, KT. 08.09.2016.

³¹ Komisyonun inceleme kapsam,na giren di er hususlar ise 2. maddede u ekilde s,ralanm, t,r:

Öf

b) Ö rencilikle ili i kesilmesi.

c) Dernekler, vak,flar, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, özel sa lık kurulu ları,, özel ö retim kurumları,, vak,f yüksekö retim kurumları,, özel radyo ve televizyon kurulu ları,, gazete ve dergiler, haber ajansları,, yay,nevleri ve da ,t,m kanalları,n,n kapat,ımas,.

ç) Emekli personelin rütbelerinin alınması,

do rudan ba lant,1, olan *ökamu görevinden, meslekten veya görev yap,lan te kilattan ç,karma ya da ili i in kesilmesi*ö hususu da komisyonun görev alan, kapsam,nda say,lm, t,r. [m. 2/1(a)]

685. say,1, KHKön,n, uygulamaya yenilik getiren en önemli maddelerinden biri 7. maddesidir. Buna göre komisyona ba vurular,n valilikler arac,l, ,yla yap,labilece i, kamu görevinden ihraç edilen personelin ise yine valiliklere ba vurabilece i gibi, son görev yapt,klar, kuruma ba vuru yaparak ba vuru dosyalar,n,n komisyonuna gönderilmesini bu kurumdan isteyebilecekleri belirtilmi tir. (m. 7/1)

Maddenin ikinci f,kras,nda, komisyonaya yap,lan ba vurular hakk,nda 2577 Say,1, dari Yarg,lama Usulü Kanunuönun (YUK) 10/2 maddesi hükümlerinin uygulanamayaca , ifade edilmi tir. Bu konudaki tart, malara ayr,nt,l, olarak çal, man,n son bölümünde yer verilecektir.

Maddenin 3. f,kras,nda ise, daha önceki KHKölar ile kamu görevinden ihraç edilen ki ilerin, komisyonun ba vuru almaya ba lad, , tarihten itibaren 60 gün içinde, bu tarihten sonra yürürlü e giren KHKölar ile kamu görevinden ihraç edilen ki ilerin ise ilgili KHKön,n Resmi Gazeteöde yay,mland, , tarihten itibaren 60 gün içinde komisyonaya ba vurmas, gerekti i, bu süre zarf, içinde yap,lmayan ba vurular,n dikkate al,nmayaca , kural, getirilmi tir. Peki, OHAL Komisyonuönun kurulmas,n, öngören 685 Say,1, KHK öncesinde haklar,nda tesis edilen i lemin iptali için yarg, mercilerine ba vuran ki ilerin durumlar, ne olacakt,r? Bu sorunun cevab, da 685 Say,1, KHKön,n geçici 1. maddesinin 3. f,kras, hükmünde geçen *öKomisyonun görev alan,na giren konularda daha önce herhangi bir yarg, merciine ba vurma veya dava açm, olanlar için de 7 nci maddedeki usul ve süreler uygulan,r.ö* normunda gizlidir.

685 Say,1, KHKön,n 7/3 ve Geçici 1. Madde hükümleri beraber de erlendirildi inde u sonuç ortaya ç,kmaktadır: Daha önceki bir KHK ile ihraç edilenlerden henüz dava açmam, olanlar, komisyonun ba vuru almaya ba lad, , tarihten itibaren 60 gün içinde komisyonaya ba vurabileceklerdir³². Böylece 685 Say,1, KHK ile idari yarg,ya dava aç,lm,ndan önce komisyonaya ba vurulmas, zorunlu hale getirilmi tir.

Ad, geçen KHKön,n 11. maddesi ile idari yarg,ya ba vuru ise, ancak komisyon karar,ndan sonra, Hâkimler Savc,lar Yüksek Kuruluönun belirleyece i, Ankaraödaki özel görevli idare mahkemeleri nezdinde iptal davas, aç,lm,as, ile mümkün olabilecektir.

Ancak burada, iptal davas,n,n aç,lm,as,ndan önce komisyonaya ba vuru zorunlulu u ile ilgili çok önemli bir hususun alt,n, çizmek gerekmektedir. 685 Say,1, KHKön,n 11/2. maddesi hükmü³³ ile ayn, KHKön,n Geçici 1. maddesinin 4. f,kras,nda³⁴, komisyonaya ba vuru zorunlulu u bak,m,ndan kamu görevinden ihraç edilenlerle ilgili bir ayr,m yap,lm, t,r. öyle ki *öterör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenli ine kar , faaliyette bulundu una karar verilen yap,, olu um veya gruplara üyeli i, mensubiyeti veya iltisak, yahut bunlarla irtibat, oldu uö* de erlendirilen yarg, mensuplar,, yarg, mensubu olmayan di er kamu görevlilerinden ayr, bir usule tabi tutulmu ve bu ki ilerin, haklar,nda yetkili makam veya kurullarca verilen kamu görevinden ihraç edilmelerine ili kin kararlara kar , komisyonaya ba vuru

(2) Ola anüstü hal kapsam,nda yürürlü e konulan kanun hükmünde kararnamelerle gerçek veya tüzel ki ilerin hukuki statülerine ili kin olarak do rudan düzenlenen ve birinci f,kra kapsam,na girmeyen i lemler de Komisyonun görev alan,ndad,r.ö

³² Komisyonuönun ba vuru i lemi almas, ile beraber 685 Say,1, KHK. ve sonras,ndaki KHK.öler ile görevden ihraç edilenlerin yapt, , ba vuru say,s,n,n 14 Eylül 2016 itibariyle yakla ,k 101.000 civar,nda olup, bu say, toplam ba vuru say,s,n,n %91öne tekabül etmektedir. Bilgi için bkz. SÜMER, Fatma/ AKGÜN, Mert Hüseyin: öA HM Kararlar, ve Geçmi Tecrübeler I , ,nda OHAL Komisyonuö, Seta Perspektif Dergisi, (179), 2017, s.2.

³³ 685 Say,1, KHK. m.11/2:

ö22/7/2016 tarihli ve 667 say,1, Ola anüstü Hal Kapsam,nda Al,nan Tedbirlere li kin Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinin birinci f,kras, ile 18/10/2016 tarihli ve 6749 say,1, Ola anüstü Hal Kapsam,nda Al,nan Tedbirlere li kin Kanun Hükmünde Kararnamenin De i tirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 3 üncü maddesinin birinci f,kras, kapsam,nda meslekte kalmalar,n,n uygun olmad, ,na ve meslekten ç,kar,lmalar,na karar verilenler, karar,n kesinle mesinden itibaren altm, gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Dan, taya dava açabilir.ö Bahsi geçen 6749 Say,1, Kanunönun 3. maddesinde de ayn, hüküm yer almaktadır.

³⁴ 685 Say,1, KHK. Geçici Madde 1/4:

öBu Kanun Hükmünde Kararnamenin yay,mland, , tarihten önce 667 say,1, Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinin birinci f,kras, ile 6749 say,1, Kanunun 3 üncü maddesinin birinci f,kras, kapsam,nda meslekte kalmalar,n,n uygun olmad, ,na ve meslekten ç,kar,lmalar,na karar verilenler, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yay,mland, , tarihten itibaren altm, gün içinde 11 inci maddenin ikinci f,kras,nda yer alan hükümlere göre dava açabilir. Bu kapsamda idare mahkemelerinde derdest olan davalar Dan, taya gönderilir.ö

zorunluluklar, olmay,p, bu ki ilerin do rudan do ruya ilk derece mahkemesi s,fat,yla Dan, tayø iptal davas, açmalar,na olanak sa lanm, t,r. Ancak yarg, mensubu olmayan ve mesleklerinden ihraç edilen di er kamu görevlilerinin ise ihraç kararlar,na kar , dava açmadan önce komisyona ba vurmalar, zorunludur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, 685 Say,l, KHKø,n Geçici 1. maddesinin 4. f,kras,n,n son cümlesi hükmüne göre, bu KHKø,n yay,mılanmas,ndan önce idare mahkemelerinde aç,lm, olup da karara ba lanmam, (derdest) davalar bak,m,ndan hak kayb, olmas,n,n önlenmesi amac,yla bu davalar, açan ki iler bak,m,ndan tekrardan komisyona ba vuru zorunlulu u olmay,p, bahse konu dosyalar,n Dan, tayø gönderilmesi hükmü getirilmi tir. Ba ka bir deyi le bu hükme göre, 685 Say,l, KHKø,n yürürlü e girmesinden önce aç,lan davalar bak,m,ndan görevli mahkeme, ilk derece mahkemesi s,fat,yla Dan, tayød,r. dari yarg,da dava aç,ımas,ndan önce komisyona ba vuru zorunlulu unu getiren 685 Say,l, KHKø,n yürürlü e girmesinden önce, haklar,nda tesis edilen ihraç i lemlerine kar , idare mahkemelerinde iptal davas, açm, olan ki ilerin, tekrar komisyona ba vurup buradan ç,kacak karar neticesinde yeniden idari yarg,ya ba vurmas, hem zaman hem de hak kay,plar,na sebebiyet verece inden, geçici maddeyle bu durumdaki ki iler için komisyona ba vurma zorunlulu u getirilmeyerek devam eden yarg, süreçlerinin Dan, tayø sevkinin öngören bu hükmün son derece yerinde oldu u dü ünülmektedir.

IV. OLA ANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER YLE HRAÇ ED LEN KAMU PERSONEL N N YARGISAL BA VURU SÜRES SORUNU

Bir üst ba l,kta da belirtildi i üzere 685 Say,l, KHK hükümlerine göre, bu KHK öncesinde ihraç i lemlerine tabi tutulan kamu personelinden idari yarg,ya ba vuranlar, yarg, mensuplar ve idari yarg,ya henüz ba vurmam, olanlarla ilgili, bu i leme tabi tutulanlar,n memurluk statüleri ile ilgili farkl, durumlar ortaya ç,km, t,r. Buna göre komisyona ba vuru zorunlulu unun getirildi i 685 Say,l, KHK öncesinde yerel idare mahkemelerinde iptal davalar,n, açm, olanlar,n dosyalar, Dan, tayø gönderilmi ve bu davalar,n Dan, tay taraf,ndan karara ba lanmas, öngörümü , 667 Say,l, KHK ile yetkili makamlar taraf,ndan *öFETÖ/PDY ile iltisak, veya irtibat, bulundu u veya bu terör örgütünüün üyesi olduklar,ö* tespit edilen yarg, personelinin açaca , iptal davalar,nda görevli mahkemenin Dan, tay olaca , belirtilmi , 685 Say,l, KHK öncesinde dava açmam, bulunan di er kamu görevlileri ve bu KHK sonras, ihraç edilen yarg, personeli hariç kamu görevlileri için ise görevli mahkemelerin HSYK taraf,ndan görevlendirilen Ankaraødaki özel görevli ve yetkili idare mahkemeleri olarak belirlenmi ve nihayet bu davalar,n aç,ımas,ndan önce Komisyonøa ba vurulmas, zorunlu hale getirilmi tir. Ba ka bir deyi le, 685 Say,l, OHAL KHKø, ile kurulan komisyonun ba vurular, kabul etmeye ba lad, , tarih itibariyle 60 gün içinde Komisyonøa ba vurmamayan kamu görevlileri ile daha sonraki OHAL KHKødar, ile ihraç edilip bu KHKødar,n Resmi Gazeteøde yay,mıland, , tarihten itibaren 60 gün içinde Komisyonøa ba vurmamayan kamu görevlilerinin, HSYK taraf,ndan görevlendirilen Ankara dare Mahkemeleriøe do rudan ihraç i lemine kar , iptal davas, açmas, mümkün de ildir. Buna ra men bu durumda olan kamu görevlilerinin ihraç i lemlerine kar , do rudan dava açmalar, halinde, aç,lan bu dava, YUK m. 14øte belirtilen ilk inceleme ko ullar,ndan *öidari merci tecavüzüö* nedeniyle esasa geçilmeden reddedilecektir.

Burada üstünde dü ünülmesi gereken ve çal, man,n esas anlamda çözüm arad, , soru; bahsi geçen kamu görevlilerinin özel görevli ve yetkili Ankara dare Mahkemeleriønde dava açmadan önce komisyona ba vurmas, ve Komisyonøun da itiraz hakk,nda 60 gün içinde bir karar vermemesi (ba vuruyu 60 gün boyunca cevaps,z b,rakmas,) halinde ihraç i lemine kar , idari yarg, yolunun aç,l,p aç,ılmayaca , hususudur.

Uygulamada ve doktrinde bu güne kadar kabul gören kan,; Komisyonøun, ihraç i leminin hukuka uygun oldu u yönünde kesin karar,na kadar idari yarg,ya ba vurman,n mümkün olmad, , yönündedir. Bu görü ün temel dayana , ise 685 say,l, OHAL KHKø,n,n 7. maddesinin 2. f,kras,nda geçen; *öBu Kanun Hükmünde Kararname kapsam,nda yap,lan ba vurular hakk,nda 6/1/1982 tarihli ve 2577 say,l, dari Yarg,lama Usulü Kanununun 10 uncu maddesinin ikinci f,kras, hükümleri uygulanmaz.ö* kural,d,r. Doktrinde Metin GÜNDAY da bu maddeden hareketle u de erlendirmede bulunmu tur:

ö685 say,l, KHKønin 7 nci maddesinin 2 nci f,kras,na göre, bu Kararname kapsam,nda yap,ılacak

olan ba vurular hakk,nda 2577 say,l, dari Yarg,lama Usulü Kanununun 10 uncu maddesinin 2 nci f,kras, hükmü uygulanmayacaktır. Böylece yap,lan ba vurunun altm, gün içinde sonuçland,r,lamamas, halinde bir z,mni red karar,n,n olu mas, ve ba vuru sahibinin de bu karar,n iptali istemiyle idari yarg,da dava açmas, mümkün olmayacaktır.³⁵

Ancak OHAL KHKølar, ile kamu görevinden ihraç edilen ki ilerin komisyona yapt, , ba vurunun, YUK m. 10 kapsam,nda de il, ayn, kanununun 11. maddesi kapsam,nda yap,lan bir ba vuru oldu unun kabulü gerekmektedir.

Bu görü ün daha anla ,l,r hale gelmesi için YUKø ta yer alan her iki maddenin kar ,la t,rnal, olarak incelenmesi do ru olacaktır:

YUK m. 10 hükmü u ekildedir:

ö1. İlgililer, haklar,nda idari davaya konu olabilecek bir i lem veya eylemin yap,lmas, için idari makamlara ba vurabilirler.

2. (De i ik: 10/6/1994 - 4001/5 md.) Altm, gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmi say,l,r. İlgililer altm, günün bitti i tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Dan, taya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altm, günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin de ilse ilgili bu cevap,,isteminin reddi sayarak dava açabilece i gibi, kesin cevap, da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi i lemez. Ancak, bekleme süresi ba vuru tarihinden itibaren alt, ay, geçemez. Dava aç,lmamas, veya davan,n süreden reddi hallerinde, altm, günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevap,n tebli inden itibaren altm, gün içinde dava açabilirler.ö

Ancak YUK m. 11 hükmü ise u hükümleri içermektedir:

ö1. İlgililer taraf,ndan idari dava aç,lmadan önce, idari i lemin kald,r,lmas,, geri al,nmas, de i tirilmesi veya yeni bir i lem yap,lmas, üst makamdan, üst makam yoksa i lemi yapm, olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu ba vurma, i lemeye ba lam, olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altm, gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmi say,l,r.

3. ste in reddedilmesi veya reddedilmi say,lmas, halinde dava açma süresi yeniden i lemeye ba lar ve ba vurma tarihine kadar geçmi süre de hesaba kat,l,r.ö

Bu iki madde de erlendirildi inde, 10. maddenin, daha sonraki süreçte davaya konu olabilecek talebin, dava aç,ld, , dönemde davac, s,fat,n, ta ,yacak olan ki i taraf,ndan yap,ld, , durumlarda uygulanabilece i anlam, ç,kmaktad,r. Ba ka bir deyi le idareye herhangi bir i lemi yapma konusunda talepte bulunan ve davaya sebebiyet veren süreci ba latan ki inin öidareö de il öki iö oldu u hallerde YUK m. 10 hükümlerinin uygulanmas, gerekti i söylenebilir. Doktrinde de bir ba vurunun YUK m. 10 kapsam,ndaki ba vurularda öncelikli art,n; öidari bir i lem yapmak ya da eylemde bulunmak konusunda idareyi harekete geçirmek oldu uö, ilgili ki i hakk,nda ayn, konuda idarece daha önce yap,lm, bulunan bir i lem söz konusu oldu u halde böyle bir i lem yokmu ças,na yap,lan ba vuruya idarenin verece i aç,k veya z,mni ret kararlar,n,n burada anlat,lan usule tabi olmayaca , net bir dille ifade edilmi tir³⁶.

Ancak YUK m. 11/1ødeki ifade incelendi inde ilgili hakk,nda öbir idari i lemin öncesinde idare taraf,ndan uyguland, ,ö, ki inin de bu idari i lemin ökald,r,lmas,, geri al,nmas,, de i tirilmesi veya yeni bir i lem yap,lmas,n,, üst makamdan veya üst makam,n bulunmamas, halinde i lemi yapan makamdan isteyebilece iö ifade edilmektedir. 11. madde hükmünden de anla ,laca , üzere bu maddenin uygulanaca , hallerde, 10. maddedeki durumdan farklı olarak, dava açma sürecini ba latan ki i de il, idaredir.

OHAL KHKølar, ile ihraç i lemlerine bak,ld, ,nda, 667 Say,l, KHK.ø den sonraki tüm KHKølarda idare, KHKøya ba l, ek listeler vas,tas,yla ki iler üstünde etki edecek bireysel nitelikte ihraç i lemi gerçekleştirilmi , bu i lem Resmi Gazeteøde ilan edilmek suretiyle yay,mlandı, , tarih itibariyle tek tarafl, ve icrai bir etki gösteren i lem haline gelmi tir³⁷.

³⁵ GÜNDAY, OHAL, s.38.

³⁶ KAPLAN, Gürsel: dari Yarg,lama Hukukuna Giri , 1. Bask., Ekin Yay,nlar,, Bursa, 2018, s.187.

³⁷ Kural olarak Anayasa m.125 ve YUK. m.7 gere ince idari i lemlere kar , dava açma süresi, yaz,l, bildirim ile ba lamaktad,r. Ancak i leme dayal, olarak ilgili olanlar,n her birine ayr, ayr, yaz,l, bildirimde bulunma olana ,n,n mevcut olmamas, halinde, dava açma süresinin ba lamas,, i lemin yay,mlanması yoluyla ilan,na ba l,d,r. Bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. ref/TAN, Turgut: dare Hukuku Cilt 2: dari Yarg,lama Hukuku, 5. Bask, Turhan

Dolay,s,yla burada davaya konu süreç, idare taraf,ndan ba lat,lan bir süreç olup, ki inin komisyona ba vurmas, ise idarenin tesis etti i i lemin de i tirilmesi anlam,na gelen ve bu i lemleri denetlemekle yükümlü k,l,nan üst idari mercie (OHAL ncele Komisyonu) yap,lan bir ba vurudur.

Her iki madde de idarenin, ba vuruya cevap vermesi için öngörülen süre 60 gün oldu u için bu süreler aras,ndaki benzerli in, hangi durumda hangi maddenin uygulanabilece i konusunda yanl, bir uygulamaya gidildi i dü ünülmektedir.

V. SONUÇ VE DE ERLEND RME

15 Temmuz 2016 tarihinde, devletin Anayasal rejimini ortadan kald,rmaya kasteden ve FETÖ/PDY terör örgütü taraf,ndan gerçekleştirilen hain darbe giri imi sonras, 21 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazete'de ilan edilen OHAL rejimi ile beraber OHAL Kanunu tekrar yürürlü e girmi ve bu kanunun 4. maddede vermi oldu u yetkiye dayanarak OHAL KHK'dar, ç,kart,lmaya ba lanm, ve bu KHK'dar ile say,lar, yüz binin üstünde kamu görevlisi, bu görevlerinden ihraç edilmi tir.

Bu ihraç i lemlerinin bir düzenleyici i lem olan KHK'dar yoluyla yap,lmaz,, Anayasada yer alan *Öla anıüstü dönemde ç,kart,lan Kanun Hükmünde Kararnamelerøin Anayasaya ayk,r, oldu u iddias,yla Anayasa Mahkemesi'ne dava aç,lamaz.ö* hükmü, ilk ba larda bu i lemlere kar , yarg, yolunun kapal, oldu u alg,s,na sebep olmu tur. Ancak söz konusu ihraç i lemleri, do rudan ki iye yönelmesi ve ki iler üzerinde bireysel etki yaratmas, nedeniyle bireysel nitelikli idari i lem olarak de erlendirilmelidir. Nitekim sonralar, bu görü ün etkin olmas, sebebiyle idari yarg, organlar, da bu tutumdan vazgeçerek aç,lan davalar, görev yönünden reddetme e iliminden vazgeçmi lerdir. hraç i lemlerine kar , idari yarg, içindeki hangi mahkemeye dava aç,laca , yönündeki tart,malar,n da sonuçlanmas, sonras,nda uygulamadaki bo luk ve belirsizli i ortadan kald,rmak için 685 Say,l, KHK ç,kart,larak ihraç i lemlerine kar , idari yarg,ya ba vuru yolunu düzenleyen hükümler getirilmi tir.

685 Say,l, KHK ile birlikte, ihraç edilen kamu görevlileri bak,m,ndan yasal ba vuru yollar, konusunda ikili bir ayr,ma gidilerek, yarg, mensubu iken kamu görevinden ihraç edilen ki iler aç,s,ndan görevli mahkemenin Dan, tay oldu u ve bu ki iler in öilk derece mahkemesiö s,fat,yla do rudan Dan, tayøa dava açabilecekleri belirtilmi iken, 668 say,l, ve ve sonraki KHK'dar ile kamu görevinden ihraç edilip henüz dava açmam, ki iler in, özel görevli Ankara dare Mahkemeleri'ne dava açabilecekleri kabul edilmi , ancak bu davay, açmadan önce OHAL i lemlerini incelemek üzere kurulmu komisyona ba vurmas, zorunlu hale getirilmi tir.

Ancak ayn, KHK'n, 7. maddesinin 2. f,kras,nda geçen *öBu Kanun Hükmünde Kararname kapsam,nda yap,lan ba vurular hakk,nda 6/1/1982 tarihli ve 2577 say,l, dari Yarg,lama Usulü Kanununun 10 uncu maddesinin ikinci f,kras, hükümleri uygulanmaz.ö* hükmü, gerek yarg, organlar, gerekse doktrindeki yazarlar taraf,ndan, at,f yap,lan kanun maddesinde öngörülen 60 günlük sürenin dolmas, halinde, bunun idare taraf,ndan yap,lan bir öz,mni retö i lemi olamayaca , anlam,na gelmeyece i ve idari yarg,ya ba vurulabilmesi için komisyonun, ba vurunun esas, hakk,nda verece i *öihraç i leminde hukuka ayk,r,l,k yokturö* karar,n,n beklenmesi gerekti i yönünde bir anlay, ortaya ç,km, t,r.

Ancak çal, man,n son k,sm,nda da kar ,la t,rmal, olarak belirtildi i üzere, idari yarg,ya ba vuruya konu i lem, idarenin (Cumhurba kanl, ,ø,n veya eski sistemde Cumhurba kan, ba kanl, ,nda toplanan Bakanlar Kurulu'nun) KHK marifetiyle yapt, , bir idari i lem olan ihraç i lemidir. Dolay,s,yla tam da 11. maddede vurguland, , üzere, komisyona yap,lan ba vuru da idarenin yapm, oldu u idari bir i leme kar , yap,lan bir ba vurudur. Dolay,s,yla burada uygulanmas, gereken kanun normu, YUK m. 10 de il, YUK m. 11'dir.

685 Say,l, KHK'n, 7/2. maddesi hükmünde komisyonun kesin ret karar, aç,klanmadan idari yarg,ya ba vurmaz, engelledi i öne sürülen madde YUK m.10/2 hükmü oldu undan ve kanunda aksine bir düzenleme bulunmamas, halinde idari yarg,ya ba vuru usulünde genel hükümler uygulanaca ,ndan, KHK ile ihraç i lemlerine kar , idari yarg, yoluna ba vurmazdan önce, OHAL lemleri nceleme Komisyonu'na ba vurunun zorunlu oldu unun kabulü ile

birlikte, idari yargıya başvuru için komisyonun kesin kararına beklenmesine gerek olmadıkça, sonucuna varılmaktadır. Başka bir deyişle YUK m. 11 hükümleri gereğince idare (komisyon) 60 gün içinde bir cevap vermez ise, bu artık komisyonun, ihraç işleminin hukuka aykırılığı olduğu yönündeki başvuru zımnen reddettiği anlamına gelmektedir. Başvuru tarihinden itibaren 60 günün geçmesi ile beraber, YUK m. 11 hükümleri gereğince ince kalan dava açma süresi içinde idari yargıya başvurulmasına önünde bir engel yoktur.

İdari yargı organlarına açılacak davalardan önce komisyona başvuru zorunluluğunun getirilmesi değil, da YUK m. 11'de öngörülen ihtiyari başvuru kuralına bir istisna olarak yorumlamak gerekmektedir. Zira benzer bir düzenleme Kamu Hukuku Kanununda söz konusudur. İlgili Kanunun 54. maddesinin 2. fıkrasında hükümleri; *ö ikayet ve itirazın ikayet başvurusu, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır. Ödenmek suretiyle kural olarak ihtiyari olan 11. maddedeki başvuru yolunun bazı işlemler hakkında açılacak davalarda zorunlu olabileceği hususuna yönelik bir örnektir.*

KHK ile kamu görevinden ihraç işlemlerine karşı idari yargıya başvurulması için bir dava şartı haline getirilen komisyona başvuru şartının gerçekleşmesi halinde YUK m. 11 hükümlerinin uygulanabilirliği tartışılmalı, gelişmelerin, hem işleme tabi tutulanlar bakımından mahkemeler önünde haklarının aranması için bir an önce başvuru yapılması olanak sağlanacak, hem de komisyonun sayıları, çok olan başvuruların her birisi için karar verme zorunluluğunu ortadan kaldırarak, için devleti (idareyi) böyle bir yükten kurtaracaktır. Sayıları, yüz binin üstünde olan ihraç işlemlerine nedeniyle devlet üstünde oluşan baskı, ve FETÖ/PDY ile mücadelede yanlış uygulamaların ortaya çıkması önünde bu vesileyle büyük oranda kesilebilecek, devlet içine sızan bu hain örgütün kurumlardan temizlenmesi için yapılan mücadelenin çok daha etkin biçimde yürütülmesinin önünde böylece açılacak olacaktır.

Mahkemeler nezdinde bu güne kadar yanlış uygulamalara neden olduğu düşünülen, KHK ile ihraç işlemlerine karşı idari yargıya başvuru için ödenmiş komisyonun kesin kararına beklenmesi yolundan vazgeçilmesi gerektiğinin gerekçeleriyle ortaya konulması, amacıyla kaleme alınan bu çalışma, uygulamaya katkı sunması, en büyük temennidir.


KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNLER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargı Hukuku, 1. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2018.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNLER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2018.
- ASLAN, Zehreddin: *Ödenmiş İşlemlere Karşı Başvuru ve Yargı Yolları, Ödenmiş İşlemler Türkiye'sinde Savunma Hakkı Paneli*, TBB Yayınları, Ankara, 2016.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargı Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ESEN, Selin: Kararlar, Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2008.
- FENDOLU, Hasan Tahsin: *Ödenmiş Olağanüstü Dönemler ve Yayıncılık*, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017.
- FENDOLU, Hasan Tahsin: *Ödenmiş Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda Sürülen Teoriler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 1992.
- GÖZLER, Kemal: *15 TEMMUZ KARARNAMELERİ Olağanüstü Hâl Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İncelenmesi*, Hakkında Bir İnceleme, <http://www.anayasa.gen.tr/15-temmuz-kararnameleri.pdf>, (Erişim Tarihi: 31.07.2019).
- GÖZÜBÜYÜK, A. Refik/TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt 2: İdari Yargı Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- GÜNDAY, Metin: *Ödenmiş İşlemler ve Hukuki Durum*, Ankara Barosu Dergisi, (1), 2017.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10 Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2011.
- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargı Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.
- SANCAKTAR, Oğuz/US, Eser/KASAPOLU TURHAN, Mine/ÖNÜT, Lale Burcu/SEYHAN, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışmalar, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- SÜMER, Fatma/AKGÜN/MERT Hüseyin: *Ödenmiş Hükümler ve Geçmiş Tecrübeler I*, Savaş Yayınları, Ankara, 2017.

T CARİ İLEMLERDE TAİNİREHN KANUNU LEX COMMISSORIA ANLAMASININ YASALAN İSTİSNA GETİRİLMEDİĞİ KONUSU ÜZERİNDE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION REGARDING WHETHER THE PLEDGE OF MOVABLES IN COMMERCIAL TRANSACTIONS CODE REGULATES AN EXCEPTION TO THE BAN OF LEX COMMISSORIA

Aslı, MAKARACI BAĞAK*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.598731>

Makale Bilgi

Gönderilme: 30/07/2019
Kabul: 26/12/2019

Anahtar Kelimeler

Ticari İlemlerde
TaİNir Rehni,
TaİNir Rehni,
Tescilli Rehni,
Lex Commissoria
Yasa ..

Özet

6750 Sayılı, Ticari İlemlerde TaİNir Rehni Kanunu ile birlikte Türk Medeni Kanununun taİNir rehni hükümlerinden farklı düzenlemeler getirilmiştir. Bu Kanun ile birlikte kapsam, daha genişlemi olan yepyeni bir tescilli taİNir rehni sistemi yürürlüğe girmiştir. Kanunun getirdiği tek değişiklik rehni kuruluşuna ilişkin olmayıp, borçlunun borcunu ödememesi halinde ilişkin de özellikli düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre rehinli alacaklı, borçlunun borcunu ödememesi halinde rehni paraya çevrilmesi talebinden önce rehin konusunun mülkiyetini talep etme yetkisini kullanabilmektedir. Getirilen bu yeni düzenlemenin rehin sistemimizin temel prensibi olan lex commissoria yasa ,na aykırı olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. Çalınmamış, daha önce bu görüşler , , ,nda getirilen düzenlemenin yasa a aykırı, kolu turup olu turmadığının , konusu oldu u tartışılmı, t.r. Öncelikle bu husus incelendikten sonra yeni düzenlemenin söz konusu yasa a bir istisna olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenmiştir. En son olarak ise, lex commissoria yasa , tanınmı, ve amacından hareketle, rehinli alacaklı, n, mal, satılmı, alma hakkı, n, n bu yasak kapsamında yer alıp almadığı , üzerinde durulmuştur.

Article Info

Received: 30/07/2019
Accepted: 26/12/2019

Keywords

Movable Pledge in
Commercial
Transactions,
Movable Pledge,
Registered Pledge,
Lex Commissoria Ban.

Abstract

With the Law No. 6750 on Movable Pledge in Commercial Transactions different regulations have been introduced from the provisions of the movable pledge of the Turkish Civil Code. By this Law, a new registered movable pledge system which has expanded in scope has come into force. The only amendment introduced by the Law is not related to the establishment of the pledge, but specific regulations have been introduced regarding the inability of the debtor for paying his debt. Accordingly, if the pledged debtor does not pay his debt, the pledged creditor can use his authority to request the transfer of ownership of the pledged object before the request of conversation of the pledge into the money. It is important to determine whether this new regulation is contrary to the prohibition of lex commissoria which is the basic principle of our pledge system. In our study firstly the different legal views about the scope of lex commissoria ban will be explained then in the light of these opinions it is discussed whether the regulation brought is against the ban. By analyzing different opinions, how these provisions should be evaluated against lex commissoria ban will be explained. Finally, based on the description and scope of lex commissoria ban, it will be evaluated whether the right of the pledged creditor to purchase the property is covered by this prohibition.

 Bu eser [Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.

 asli.makaraci@law.bau.edu.tr  <https://orcid.org/0000-0002-8854-914X>

I. G R

6750 say,1, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu (T TRK) 28.10.2016 tarihli 29871 say,1, Resmi Gazete'de yay,nlanm, olup, 01.01.2017 tarihinde yürürlü e girmi tir¹. Bu Kanun ile birlikte 1447 say,1, Ticari letme Rehni Kanunu yürürlükten kalkm, t,r. Yürürlü e girmesinden k,sa bir süre sonra Kanunda, 10.03.2018 tarihli 30356 say,1, Resmi Gazete'de yay,nlanan 7099 say,1, Kanun ile de i iklim yap,lm, t,r. Kanunun en önemli faydas, baz, ta ,n,r mallar,n üzerinde teslimsiz, sicile tescil sureti ile ta ,n,r rehni kurulmas, imkan, sa lanm, olmas,d,r. Zira ta ,n,r mallar üzerinde rehin tesisinin, münhas,r zilyetli in devri suretiyle kurulmas,n,n çe itli sak,ncalar do urdu u ö retide ifade edilmekteydi². Bu düzenleme yap,l,rken her ne kadar Kanunun gerekçesinde ifade edilmese bile, her iki düzenlemenin incelenmesi sonucunda UNCITRAL Teminatlı lemler Model Kanununun örnek al,nd, ,n, söylemek yanl, olmaz³. Nitekim çal, mam,z,n konusu olan rehinli alacakl,n,n rehin konusunun mülkiyetini talep etme yetkisi söz konusu Model Kanun'da yer alan bir düzenlemedir⁴.

Getirilen düzenleme ile birlikte, ticari i letmenin bir bütün olarak rehininin yan, s,ra (T TRK m.5/2), ticari i letme sahibine bir ya da birden fazla ta ,n,r, teslimsiz rehneme imkân, getirilmi tir⁵. Ancak bunun için rehin veren ve rehinli alacakl,n,n Kanun'da belirtilen ki ilerden biri olmas, gereklidir. Kanunun 3. maddesi gere ince, rehin sözleşmesinin bir taraf,nda kredi kurulu u, di er taraf,n,n da tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbab, olabilece i gibi; rehin sözleşmesi esnaf ve tacirler aras,nda veya birbirleri ile de akdedilebilir.

Rehne konu olabilecek varl,klar ise, T TRK m.5'æte say,lm, t,r. Buna göre; rehin hakk,, alacaklar, çok y,ll,k ürün veren a açlar, fikri ve s,nai mülkiyete konu haklar, hammadde, hayvan, her türlü kazanç ve iratlar, ba ka bir sicile kayd, ö ngörülme ve idari izin belgesi niteli inde olmayan her türlü lisans ve ruhsat, kira geliri, kirac,l,k hakk,, makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, i makineleri, elektronik haberle me cihazlar, dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul i letme tesisat,, sarf malzemesi, stoklar, tar,msal ürün, ticaret unvan, ve/veya i letme ad,, ticari i letme veya esnaf i letmesi, ticari plaka ve ticari hat, ticari proje, vagon, bu f,krada say,lanlardan üçüncü ki iler zilyetli indeki ta ,n,r varl,k, hak ve payl, mülkiyet haklar,, benzeri her türlü ta ,n,r varl,k ve hak üzerinde tesis edilebilir.

Kanun'da getirilen dikkat çekici hüküm, T TRK m.14/f.1/a'da düzenlenen rehinli alacakl,n,n rehin konusunun mülkiyetinin devrini talep etmesidir. Sözü geçen hükme göre,

ö í borçlar,n süresinde ifa edilmemesi hâlinde alacakl,, birinci derece alacakl, ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 say,1, cra ve flas Kanununun 24 üncü maddesi uyar,ncı rehinli ta ,n,r,n mülkiyetinin devrini talep edebilir. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehlinli ta ,n,r,n, Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci f,kras, uyar,ncı belirlenen de erinin, birinci derece alacakl,n,n toplam alaca ,ndan fazla olmas, durumunda, aradaki fark miktar,ndan, di er derecelerdeki alacakl,lara kar ,, birinci derece alacakl, ile rehin veren müteselsilen sorumludur. ö

Çal, mam,z,n konusunu, söz konusu hükmün lex commissoria yasa ,na ayk,r,l,k te kil edip etmedi inin tespiti olu turmaktadır. Bilindi i üzere, Roma hukukunda MS. 326 y,l,na kadar geçerli kabul edilen lex commissoria anla mas,⁶, mparator Constantinus taraf,ndan

¹ Bu çerçevede Gümrük ve Ticaret Bakanl, , taraf,ndan ikincil mevzuatlar düzenlenmi tir: Rehinli Ta ,n,r Sicili Yönetmeli i, Ticari lemlerde Rehin Hakk,n,n Kurulmas, ve Temerrüt Sonras, Haklar,n Kullan,mas, Hakk,nda Yönetmelik, Ticari lemlerde Ta ,n,r Varl,klar,n De er Tespiti Hakk,nda Yönetmelik (31.12.2016 Tarihli, 29935 3. Mükerrer say,1, RG.).

² FOËX, Bénédicte: *ö Sûretés mobilière: un si long silence (Variations sur un air de cha-cah)ö*, Colloque en l'honneur du Professeur Gilles Petitpierre, Le législateur et le droit privé, Schulthess, Genève 2006, s.89 vd.; MAKARACI BA AK, Asl.: Ta ,n,r Rehni Sözle mesi, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2014, s.369 vd.

³ Ayn, yönde bkz. HAMACIO LU, Esra/KARAMANLIO LU, Argun: 66750 Say,1, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'na li kin Baz, Tespitlerö, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII(2), 2016, s.98; ENOCAK, Kemal/KAHRAMAN, Zafer/TUNCER KAZANCI, dil/ÖCAL APAYDIN, Bahar: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2019, s.14.

⁴ Bkz. Model Kanun m.80 vd. Model Kanunun frans,zca metni için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html (10.07.2019).

⁵ Nitekim Ta ,n,r Rehni Sözle mesi isimli eserimizde bu yönde düzenleme getirilmesi gerekti ini ifade etmi tik (MAKARACI BA AK, s.375). Sicilli ta ,n,r rehinine ili kin önerimiz için bkz. MAKARACI BA AK, s.379 vd.

⁶ Taraflar,n, borcun ifa edilmemesi halinde rehinli alacakl,ya rehin konusu mal,n mülkiyetinin geçece i yönündeki anla malar, lex commissoria anla mas,d,r (HELVACI, lhan: Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasa , (MK m.788/c. 2 ve MK m.863), Alfa Yay,nlar,, stanbul 1997, s.1).

yasaklanm, t,r⁷. Yasak birçok nedene dayanmaktadır,⁸. İlk neden söz konusu anla man,n rehin hakk,n,n özüne ayk,r, olmas,d,r. Çünkü rehin hakk,, rehinli alacakl,ya borç ödenmedi i zaman rehin konusunun paraya çevrilerek alaca ,n, elde etmesi imkan,n, sa lamaktadır. Oysa bu sözleşme ile rehinli alacakl, rehin konusuna sahip olmaktadır. Lex commissoria anla mas,n,n kabulü halinde yeni bir rehin hakk, do ar⁹. Bu anla man,n yasaklanmas,n,n bir di er sebebi ise, rehin verenin a ,r, yararlanmaya kar , korunmas,d,r. Ancak burada ifade edilen a ,r, yararlanmada TBK m.280'de aranan artlar aranmaz¹⁰. Zira burada kastedilen öistismar edilmeödir¹¹. Rehlinli alacakl,, borcunu ödemedi i takdirde, rehin vereni sömürerek daha de erli olan rehin konusuna sahip olmakta ve haks,z kazanç elde etmektedir¹². Rehlinli alacakl,n,n rehin verenin zor durumundan yararlanmas,, ayn, zamanda ahlaka ayk,r, bir sonuç elde edilmesi olarak de erlendirildi i için de yasaklanm, t,r¹³.

Sonuç olarak, lex commissoria anla mas,n,n yasaklanmas,n,n amac,n,n rehin veren borçluyu korumak ve rehin konusu ile teminat alt,na al,nan alacak aras,ndaki fark,n, rehinli alacakl,ya intikalini engellemek oldu u söylenebilir¹⁴.

Çal, mam,zda ilk olarak, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ve Ticari lemlerde Rehin Hakk,n,n Kurulmas, ve Temerrüt Sonras, Haklar,n Kullan,ımas, Hakk,nda Yönetmeliköte¹⁵ yer alan, rehin konusunun mülkiyetini talep etmeye yönelik düzenlemeler ele al,nacak; daha sonra ö retide bu hükümlerin lex commissoria yasa ,na ayk,r,l,k te kil edip etmedi ine ili kin görü ler ve gerekçeleri aç,klanacaktır. Son olarak ise lex commissoria yasa ,na ili kin görü lerden hareketle kanaatimiz ortaya konulacaktır.

II. T CAR LEMLERDE TA INIR REHN KANUNUNDA TANINAN MÜLK YET N DEVR N TALEP HAKKIĞNA L K N DÜZENLEMELER

Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu m.14/1/a gere ince, borçlunun temerrüde dü mesi halinde¹⁶, birinci derece alacakl,¹⁷ icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 say,l, cra

⁷ UMUR, Ziya: Roma Hukuku: E ya Hukuku (Ayni Haklar), Filiz Kitabevi, stanbul 1983, s.163; HELVACI, s.27 vd.; KARAMAN, Ba ak: Roma Hukukunda Rehin Akti, Galatasaray Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 2008, s.39 vd.; KARADEN Z ÇELEB CAN, Özcan: Roma E ya Hukuku, 3. Bas,, Turhan Yay,nevi, Ankara 2006, s.300. Lex Commissoria anla mas,n,n tarihi ve yasaklanmas, için bkz. HELVACI, s.7 vd.; KARAGÖZ ÇOKYA AR, Havva: öRoma Hukukunda Lex Commissoria Yasa ,n,n Kapsam, ve Bu Yasa ,n Uygulama Alan,n, Daraltan lemlerö, Prof. Dr. Ayd,n Aybayö Arma an, Vedat Yay,nlar,, stanbul 2004, s.132 vd.; BUDAK, Ali Cem: cra ve flas Hukukunda Kiralayan,n Hapis Hakk,n,n Kullan,ımas,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2003, s.52 vd.; TUNÇ YÜCEL, Müjgan: Banka Alacaklar,n,n pote in Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2010, s.68 vd.; ERDO MU , Belgin: öRoma Hukukunda Borcun Ayni Teminat,na Genel Bak, ö, Ümit Do anayö An,s,na Arma an, stanbul 1982, s.269 vd.; GÜNEL, Onur Kerem: Lex Commissoria Yasa ,, Kar , Yay,nlar,, Ankara 1998, s.16 vd.

⁸ Lex commissoria yasa ,n,n var olu nedeninin ihkak-, hak yasa , oldu unu kabul eden bir görü de bulunmaktadır (GIHA, Negib: Le pacte comissoire, Kundig, Genève 1947, s.81 vd).

⁹ DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, stanbul Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 1972, s.18. Ayr,ca bkz. UTKU, Doruk: S,nai Haklar,n Rehni, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2009, s.351.

¹⁰ CANSEL, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim artl, Menkul Rehni, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1967, s.189; HELVACI, s.74; KUNTALP, Erden: öLex Commissoria Yasa , Kavram,, Ko ullar, ve Uygulama Alan,ö, nan K,raçö Arma an, GSÜ Yay,nlar,: 1, s.154. Kuntalp, burada mülkiyetin alacakl,ya geçi inin ona sa layaca , yarar ile rehin verene sa layaca , yarar aras,nda aç,k orant,s,zl,k olmas, unsurunun aranmas, gerekti ini kabul etmektedir (KUNTALP, s.154). Lex commissoria yasa ,n,n a ,r, yararlanmadan farklar, için bkz. GÜNEL, s.61 vd.).

¹¹ DEREL , Zeliha: Lex Commissoria Yasa ,, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dal,, 2009, Yay,mılanmam, Yüksek Lisans Tezi, s.64.

¹² KÖPRÜLÜ, Bülent/KANET , Selim: S,n,rl, Ayni Haklar, 2. Bas,, Fakülteler Matbaas,, stanbul 1982-1983, s.281; TEK NAY, S.Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve S,n,rl, Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, stanbul 1994, s.104; SAYMEN, Ferit Hakk,/ ELB R, Halid Kemal: Türk E ya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, stanbul 1963, s.690; GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk E ya Hukuku, 2. Bas,, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay,nlar,, Ankara, 1984, s.1110; ROSSEL, Virgile/MENTHA, F.H.: Manuel de droit suisse, droit réel autres que la propriété,-possession- registre foncier, T. III, Payot, Lausanne 1930, no. 1655; CANSEL, s.188; GIHA, s.78.

¹³ CANSEL, s.189; SAYMEN/ELB R, s.690.

¹⁴ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.1110; CANSEL, s.189; SAYMEN/ELB R, s.690; KÖPRÜLÜ/KANET , s.281; GIHA, s.78 vd.; HELVACI, s.77.

¹⁵ Çal, mam,zda Yönetmelik olarak ifade edilecektir.

¹⁶ Her ne kadar T TRK m.14/1/öde yer alan öborçlar,n süresinde ifa edilmemesi hâlindeö ifadesi nedeniyle borçlunun temerrüde dü mesine gerek bulunmad, , sonucuna var,labilecek ise de, hükmün ba l, ,n,n öTemerrüt Sonras, Haklarö olmas, nedeniyle ve Yönetmelikö'n de nazara al,nmas, sonucunda, borçlunun temerrüde dü mesi gerekti inin kabulü yerinde olur (Ayn, yönde ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni, Aristo Yay,nlar,, stanbul 2017, s.143). Aksi görü te ARKAN, Sabih: Ticari letme Hukuku, 25. Bas,, Banka ve Ticaret Hukuku

ve flas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli taahhüt, mülkiyetinin devrini¹⁸ talep edebilir (Ayn, hüküm Ticari lemlerde Rehin Hakkında Kurulması, ve Temerrüt Sonrası, Hakları Kullanılması, Hakkında Yönetmelik'in 29. maddesinde de düzenlenmiştir.).

Rehin sözleşme mesinde ilerleme sisteminin belirlenmesi olması, halinde tescil anında göre belirlenen ilk rehin alacakları, veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi, rehin sözleşme mesinde sabit derece sisteminin belirlenmesi olması, halinde ise, derece ve sıra olarak en önde bulunan rehin alacakları, veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi (Yönetmelik m.31), borçlunun temerrüde olduğu mesinden itibaren¹⁹ yedi gün içerisinde, mülkiyetin devrini takip talebi ile isteyebilir (Yönetmelik m.30)²⁰. Bu süre içerisinde takip talep edilmemesi halinde mülkiyetin devrini talep hakkı devre²¹. Yönetmelik m.31/5 gereğince, takip talebinin ekinde Ticari lemlerde Taahhüt, Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik uyarınca düzenlenen ekspertiz/değerleme raporuna yer verilmelidir. T TRK m.14/1/a gereğince, icra dairesi, bu devri sicile bildirir.

Ticari lemlerde Taahhüt, Rehni Kanunu m.14/1/a'ya göre, rehin konusunun devri birinci derecedeki alacakları, alacaklarından fazla bir tutar ise, aradaki fark miktarını, rehinli alacakları, tarafından ödenmemesi halinde, birinci derece alacakları ile rehin veren, diğer derecelerdeki alacakları, karşı, müteselsilen sorumludur. Yönetmelik m.38'de ise ayn, husus iki aşamadan düzenlenmiştir²². İlk olarak alacakları, alacakları, rehin konusunun ekspertiz raporuna göre belirlenen devrinden daha fazla olması, hali düzenlenmiştir. Buna göre, alacakları, ekspertiz raporunda belirtilen tutarın onda dokuzunu alacakları, mahsup ederek varlıklarını mülkiyetinin devrini talep edebilir. İcra dairesi tarafından, alacakları, fark tutar, ile diğer alacakları, öncelik hakkı, ve alacak tutarına ilişkin rehin açılış belgesi düzenlenerek rehinli alacakları, verilir. Yönetmelikte ikinci hal olarak ise, rehinli alacakları, alacakları, rehin konusuna ilişkin ekspertiz raporunda belirtilen devrinden daha az olması, ihtimali yer almaktadır. Bu halde ise, rehinli alacakları, fazla olan tutar, icra müdürlüğü hesabına yatırılarak mülkiyeti devralabilir. Aradaki farka ilişkin tutar diğer rehinli alacakları, öncelik sırasına ve hisselerine göre paylaştırılır. Ayn, sırada olan rehinli alacakları, arasında o sıraya düşen tutar, rehinli alacakları, alacakları, oranında dağıtılır. Alacakları, bir kısmını, veya tamamını, alamayan diğer rehinli alacakları, icra dairesi tarafından rehin açılış belgesi verilir.

Ancak Yönetmelik m.38, t.p.k, Kanun'un m.14/1/a'da olduğu gibi, fark tutarını icra müdürlüğü hesabına kaydedilmemesi halinde, borçlu ile rehin verenin bu tutar kadar müteselsilen sorumlu olacağı, düzenlenmiştir. Oysa Yönetmelik m.38/2 gereğince, bu tutar yatırılmadan mülkiyet rehinli alacakları, devredilemez. Dolayısıyla rehin verenin sorumluluğunu do uracak bir durum doğmaz. Bunun yanı sıra, rehin verenin neden birinci sıradaki rehinli alacakları, ile müteselsil sorumlu olduğu da anlaşılmalıdır. Zira rehin konusunun devri yatırılmaz ise mülkiyet devrolunmaz ve bu halde rehin verenin rehinden doğan sorumluluğu devam eder. Rehlinli alacakları, artan bedeli ödemesi halinde ise (ki bu bedel icra dairesine ödenir), rehinli alacakları, da sorumluluğunu gerektirecek bir durum kalmaz.

Kanaatimizce, bu düzenlemede rehin verenin asıl borçlu olmadığı, hal ele alınmaktadır.

Ara tırma Enstitüsü, Ankara 2019, s.67, dn. 3; BAYDAK, Ecrin: Ticari lemlerde Taahhüt, Rehni, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s.205.

¹⁷ Her ne kadar Kanun'da birinci derece alacakları, terimi kullanılarak sadece derece sisteminde rehinli alacakları, bu hakka sahip olduğu izlenimi yaratılm, olsa da, Yönetmelik m.31/1/a'da ilerleme sisteminin kabul edilmiş olması, halinde de birinci sıradaki rehinli alacakları, bu hakka sahip olduğu anlaşılmaktadır (Ayn, görüş te ANTALYA/ACAR, s.144 vd. Bu konuda ayrıca bkz. AYHAN, Rıza/ÇALDIRAN, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari lemler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2019, s.195).

¹⁸ Gümüş, mülkiyetin devri ifadesinin, ötaahhüt varlıklarını sadece taahhüt ve ya ile sınırlı olmaması, ve hakları da bu kavrama dahil olması, sebebiyle, hak devri olarak anlaşılabilir. (Bkz. GÜMÜŞ, M. Alper: 06750 Sayılı, Ticari lemlerde Taahhüt, Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası, Hakları, Ticari lemlerde Taahhüt, Rehni Sempozyumu, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 16 Nisan 2018, Ankara 2018, s.206 vd.). Bkz. ANTALYA/ACAR, s.146 vd. Konuyu sadece lex commissoria yasa, kapsamında incelediğimiz için bu hususları ayrıntıya girmiyoruz.

¹⁹ Gümüş, temerrüde olduğu mesinden itibaren yedi günlük sürenin işlemeye başlamak üzere, kabul etmektedir (GÜMÜŞ, s.208).

²⁰ Yönetmelik m.31 gereğince, rehinli taahhüt varlıklarını mülkiyetinin devrinin talebi sözlü, yazılı, veya elektronik ortamda yapılabilir. Takip talebinde; rehin alacakları, Yönetmelik m.9/1/a'da belirtilen bilgileri, borçlunun Yönetmelik m.9/1/b'de belirtilen bilgileri, rehlin güvence olduğu tutarı ve borç bilgileri yer alır. Devir talebi hali hazırda malikene yöneltilir (ÖZ, Turgut: Ticari lemlerde Taahhüt, Rehni Kanunu İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2-3), 2017, s.177; GÜMÜŞ, s.208).

²¹ GÜMÜŞ, s.208.

²² Yönetmelikte yer alan bu düzenleme Kanun'da öngörülmemektedir (GÜMÜŞ, s.213 vd.)

Zira, borçlunun sonraki rehinli alacaklara kar , sorumlulu u borç sona erene kadar tüm malvarl , ile devam eder²³. Bu nedenle hüküm, borçlu d ,nda üçüncü bir ki inin rehin veren olmas, halinde anlamlıdır. Ancak bu durumda rehin verenin sadece e ya ile sorumlulu u söz konusu olur.

Ayr,ca üzerinde durulmas, gerekmektedir ki, burada rehin veren ifadesi, rehinli varl ,n halihaz,rdaki sahibini ifade etmektedir²⁴, müteselsil sorumlulu un sadece rehni ilk tesis eden için bulundu u görü üne kat,lmamaktadır.

Sadece ilk s,radaki alacakl, de il, Yönetmelik m.40 gere ince, di er rehinli alacakl,lar da s,rayla rehin konusunun mülkiyetinin kendilerine devrini icra müdürlü ünden talep edebilirler. Di er rehinli alacakl,lar,n bu hakk, kullanabilmeleri, öncelikli rehinli alacakl,n,n borçlunun temerrüdünden itibaren yedi gün²⁵ içerisinde mülkiyeti talep etmemesi ko uluna ba lıdır.

En nihayetinde T TRK 16. maddesinde müeyyideler düzenlenmiştir. Hükümün birinci fıkras,n,n b bendi gere ince, borçlunun borcunu ödememesi ve rehinli varl ,n mülkiyetini devretmemesi halinde, alaca ,n, tamamen veya kısmen tahsil edemeyen rehinli alacakl,lar,n ikayeti üzerine, güvence alt,na al,nan borç tutar,n,n yar,s,n, geçmemek üzere adli para cezas, uygulanır.

III. DÜZENLEMELER N LEX COMM SSOR A YASA I KAPSAMINDA OLUP OLMADI INA L K N GÖRÜ LER

A. Lex Commissoria Yasa ,na Ayk,r, Oldu u Görü ü

Ö retide bir görü , rehinli alacakl,ya mülkiyeti talep etme yetkisi tan,nmas,n,n lex commissoria yasa ,na ayk,r, oldu u yönündedir²⁶. it mamolu²⁷ göre, bu düzenleme Anayasa,n,n 13. maddesine ayk,r,dır. Bu görü uyar,nca, sözleşme bu yönde koyulan kay,tlar da geçersizdir²⁸. Köro lu Ölmez²⁹ ise, Kanun ile rehinli alacakl,ya mülkiyetin devrini talep yetkisi verilmesinin lex commissoria yasa ,na ayk,r,l,k tekil etmemekle birlikte, bu hususun sözleşme mede yaz,lm, olmas,n, yasa a ayk,r,l,k olarak nitelendirmektedir.

Bu görü e göre, Kanun gere ince rehin tesisinden önce de erleme yapılmas, zorunlu değildir ve bu durum lex commissoria anlamas,n,n tehlikelerini arttıran bir durumdur. Bunun yanı, s,ra yüksek enflasyonlu dönemlerde de erleme yapılmas, rehin vereni koruyucu etkiyi sağlayamaz. Dolay,s,yla rehinli alacakl,n,n mülkiyeti devralmas, lex commissoria yasa , ile korunmak istenen menfaatleri zedeler³⁰.

B. Lex Commissoria Yasa ,na Kanun le stisna Getirildi i Görü ü

Ö retide bir görü e göre³¹, Ticari lerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ile birlikte lex commissoria yasa ,na ilkin hükümlere bir istisna getirilmiştir. Antalya/Acar³², burada genel

²³ Benzer görü için bkz. GÜMÜ , s.212.

²⁴ Ayn, görü te GÜMÜ , s.213. Aksi görü te ÖZ, s.177.

²⁵ Yönetmelik m.40'da süre bir hafta olarak ifade edilmektedir. Oysa Yönetmelik m.30'da takip talebinin temerrüdün gerçekleşmesi müteakip yedi gün içinde yapılaca , belirtilmiştir. Bu nedenle kan,m,zca söz konusu öbir haftaö ifadesini öyedi günö olarak anlamak gerekir.

²⁶ POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari letme Hukuku, 18. Bas., Vedat Kitapç,ı,k, stanbul 2019, s.80; T MAMO LU, Ba ak: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Üzerine Bir nceleme, Seçkin Yay,nc,ı,k, Ankara 2017, s.22, 40; B LG N, Hikmet, ö6750 Say,ı, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'na tra- flas Hukuku Aç,s,ndan Genel Bir Bak ö, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 31, 2017, s.624. Son yazar, ekspertiz raporu ile belirlenen de erde mal,n devral,nacak olmas,na ra men, lex commissoria yasa , ile korunmak istenen menfaatin zedelenip zedelenmeyece inin somut olay baz,nda de erlendirilebilece ini, genelleme yapılamayaca ,n, ifade etmektedir. Bkz. DURAN, Arif, öTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Sözleşmesi Taraflar,n,n Hak ve Yükümlülükleriö Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2016, s.114.

²⁷ T MAMO LU, s.40. Benzer görü bkz. GÖLE, Celal/AYDO AN, Gökhan: öTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'nun Ticaret Hukuku Aç,s,ndan De erlendirilmesiö, BAT DER, 33(1), 2017, s.45.

²⁸ GÖLE/AYDO AN, s.45.

²⁹ KÖRO LU ÖLMEZ, Beril: öTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Uyar,nca Ticari letme Rehniö, Türkiye Barolar Birli i Dergisi, 29(129), Mart 2017, s.279. Ayn, görü te bkz. GÖLE/AYDO AN, s.45.

³⁰ GÖLE/AYDO AN, s.45.

³¹ ANTALYA/ACAR, s.144; ATAKAN, Murat Can: öTicari lemlerde Ta ,n,r Rehinin Sona Ermesiö, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, 26(2), s.412; HAMAMCIO LU /KARAMANLIO LU, s.131; AYHAN, R,za/ÇA LAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari letme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2019, s.194. Gümü , lex commissoria yasa ,n,n paraya çevirme prosedürü gerçekleşmesiyle meden rehin konusunun mülkiyetini devralmak olarak anlaşılm, halinde, hükümün bu yasa a istisna getirdi ini, ancak, amac,n alaca , a arak yarar elde edilmesinin önlemek olarak kabul edilir ise, fazla tutar iade edildi i için mülkiyetin geçmesinin ihlal olu turmad, ,n, ileri sürmektedir (GÜMÜ , s.205).

³² ANTALYA/ACAR, s.144.

yasa a bir istisna getirildi ini, özel hükmün genel hükme göre önceli i bulundu unu ifade etmektedir. Yazarlar, alacakl,n,n bu hakk, temerrüt sonras, kullanabilece ini ve alacaktan fazla olan tutar,n iade edilece ini belirterek borçlunun sömürülmesinin söz konusu olmad, ,n, belirtmektedir.

O uz³³, hükmün lex commissoria yasa ,na istisna getirdi ini ve menfaatler dengesine uygun olarak rehin verenin haklar,n, istismar etmeyen ve kredi kurumunun alaca ,n,n tahsilini ekonomik ve daha k,sa sürede elde etmesini sa layacak düzenlemenin ölex commissoriaö yasa , kapsam,nda de erlendirilmemesi gerekti ini belirtmektedir. Özellikle kredi kurulu lar,n,n alacaklar,n,n tahsilinin uzun ve masrafl, olmas, sebebiyle rehnin paraya çevrilmesinde etkin bir mekanizma yaratmak amac,yla bu istisna getirilmi tir.

C. Lex Commissoria Yasa ,na Ayk,r,l,k Bulunmad, , Görü ü

Ö retide bir di er görü e göre³⁴, bu hüküm ve sözleşme koyulan kay,tlar lex commissoria yasa ,na ayk,r, de ildir. Bu görü e göre, yasa ,n dar yorumlanmas, gerekmektedir ve borçluyu koruyan düzenlemeler yap,lmaz, halinde mülkiyetin devrine ili kin hükümler yasak kapsam,na girmemelidir. Nitekim Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanununda rehin verenin haklar,n, koruyan düzenlemelere yer verilmi tir. Zira, rehin konusunun de erinin objektif olarak belirlenmesini sa layan bir yöntem getirilmi ve kulland,r,lan kredi tutar,ndan çok yüksek tutarda ta ,n,r,n rehin al,nmas, T TRK m.5,f.II son cümle ile yasaklanm, t,r. Bunun yan, s,ra, rehinli alacakl,n,n mülkiyeti talep yetkisi borçlunun temerrüde dü mesinden sonra do makta ve mülkiyet bundan sonra devredilmektedir (T TRK m.14,f.I). Rehin hakk, alaca ,n teminat,n, olu turmak kast, ile tesis edilmektedir, yoksa mülkiyeti devir almak amac,yla rehin al,nmamaktad,r³⁵. Rehinli alacakl,, ta ,n,r,n mülkiyetinin, de eri kar ,l, ,nda kendisine geçmesini talep etmektedir.

Ö retide lex commissoria yasa ,na ayk,r,l,k ve istisna bulunmad, ,n, temerrütten önce yap,lan anla man,n Kanunda öngörülmemesine dayand,ran bir görü ³⁶ bulunmaktad,r. Buna göre, rehinli alacakl,lar borç muaccel oldu u zaman Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanununda kendilerine tan,nan hakk, kullanmaktad,r. Rehin sözleşme mesinde ise bu yönde bir kay,t koyulmas,na ili kin Kanunoda bir hüküm bulunmad, , için lex commissoria anla mas,na ayk,r,l,k bulunmamaktad,r. Çünkü sözleşme ile rehin konusunun mülkiyetini talep etme hakk, tan,nmamaktad,r.

Bir di er görü ise, lex commissoria yasa ,n,n ihlâl edilmedi ini, AY m.35 gere ince, kamu yarar, amac,yla mülkiyet hakk,na yönelik k,s,tlamalar,n ancak bir kanunla yap,labilece ini belirtmektedir. Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ile mülkiyeti talep hakk, düzenlendi i için ve sözleşme mede mülkiyeti talep yetkisine ili kin Yönetmelik hükmünün iptal edilmi olmas, nedeniyle yasa ,n ihlâli söz konusu de ildir³⁷.

D. De erlendirme

Bu hususta bir görü aç,klamadan önce lex commissoria yasa ,n,n tan,m, ve unsurlar, üzerinde durmam,z gerekmektedir. Çünkü ancak bu yasa ,n amac,, kapsam, ve tan,m,na ili kin yapaca ,m,z tespitlere göre rehin konusunun mülkiyetinin devrini talep hakk,n,n niteli i tart, ,labilir.

1. Lex commissoria yasa ,n,n tan,m, ve artlar,

a. Tan,m,

Ta ,n,r rehni bak,m,ndan lex commissoria yasa , MK m.949da düzenlenmi tir. Hükme göre, rehinli alacakl, ile rehin verenin, borcun ödenmemesi halinde rehinli ta ,n,r,n mülkiyetinin

³³ O UZ, Sefer: Ticari lemlerde Teslimsiz Tescilli Ta ,n,r Rehni, Türkiye Bankalar Birli i Dergisi, S.100, Mart 2017, s.27.

³⁴ O UZ, s.25; GÜRPINAR, Damla: öTicari lemlerde Ta ,n,r Rehninin Teslime Ba l, Ta ,n,r Rehni Kurallar,ndan Ayr,lan Yönleriö, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1), 2017, s.145 vd. Gürp,nar yasa a ayk,r,l,k te kil etmedi i gibi, yasa ,n bir istisnas, da olmad, ,n, özellikle belirtmi tir.

³⁵ O UZ, s.25.

³⁶ HELVACI (ÜLGEN/KAYA/NOMER ERTAN), s.244.

³⁷ NARBAY, afak/Y,ld,z, M. Enes: öTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari letme Rehninde öRehinli Ta ,n,r Sicilinin Di er Sicillerle li kisi Üzerine De erlendirmeö, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2018, XXXIV(4), s.44, dpn. 19. Benzer görü için bkz. ARKAN, s.67, dn. 2.

alacakl,ya geçece i hususunda yapt,klar, sözleşme geçerli de ildir. MK m.954/II gere ince, ta ,n,r rehnine ili kin hükümler hak ve alacak rehini bak,m,ndan da uygulanaca , için, lex commissoria yasa , hak ve alacak rehninde de bulunmaktadır,³⁸.

Ö retide lex commissoria yasa ,,

örehin konusu malvarl, , de erinin, tatmin edilmemesi halinde rehinli alacakl,ya ait olmas,n, sa lamaya yönelik her anla ma, alacakl,n,n tatmin edilmesine hizmet etmek ve rehinle teminat alt,na al,nan alaca ,n muacceliyetinden önce yap,lm, olmak kayd,yla kesin hükümsüz olmas,ö

olarak tan,mılanmaktadır,³⁹.

b. artlar,

Yukar,daki tan,ma göre, lex commissoria yasa ,n,n üç art, bulunmaktadır,⁴⁰:

lk olarak, yasaktan söz edebilmek için taraflar aras,nda teminat alt,na al,nan borcun ifa edilmemesi halinde, rehin konusu ta ,n,r e ya ya da hakk,n rehinli alacakl,ya devredilece ine ili kin anla ma olmal,d,⁴¹. Yasaklanan, rehinli alacakl,n,n tatmin edilmemesi halinde rehin konusu malvarl, ,n,n alacakl,ya ait olaca ,n,n kararla t,r,lm,as,d,r. Alacak muaccel olmadan önce, borcun ifas, ile ilgisi olmayan bir ekilde, rehin konusu malvarl, , üzerinde gerçek de erinden rehinli alacakl,ya al,m hakk, tan,nmas,, malvarl, ,n,n sat,m,, devri ve alaca , bedelden takas edilmesi halinde lex commissoria söz konusu de ildir⁴².

Yasaklanan rehin konusunun bedelsiz intikalini öngören anla malar,d,r. Örne in, teminat sa lanan alaca a göre çok az de eri olan bir ta ,n,r rehnedilmi olsa bile, rehinli alacakl,n,n rehin konusuna sahip olaca , yönündeki sözleşme hükmü geçerli de ildir⁴³.

Konumuz aç,s,ndan da önemli olan tart, ma, rehin konusunun bedelli intikal edece ine ili kin anla malar,n yasak kapsam,nda olup olmad, ,d,r. Ö retide bir görüş e göre⁴⁴ rehin konusunun, rehinli alacakl,n,n tatmin edilmedi i halde belirli bir bedel kar ,l, ,nda intikal edece i yönündeki anla malar geçerlidir. Bu görüş e göre, lex commissoria yasa , ile rehin konusunun, ifa yerine edim olacak ekilde rehinli alacakl,ya geçmesi engellenmek istenmektedir. Rehin konusunun bir bedel kar ,l, ,nda intikali halinde, ödenmesi gereken bedel ile rehinle teminat alt,na al,nan alacak takas edilmeli ve takastan artan k,s,m ise rehin verene iade edilmelidir. Nitekim rehin tesis edildikten sonra ve alaca ,n muacceliyetinden önce rehin verenin, rehin konusu mal üzerinde tasarruf yetkisi bulunmaktadır,r. Bunun sonucunda, rehin veren isterse rehinli alacakl,ya rehin konusunu bir bedel kar ,l, ,nda devredebilir ve bedel ile borcunu takas edebilir. Ancak devir bedelinin rehin sözleşmesi akdedilirken belirlenmesi halinde, rehin verenin bask, alt,nda olabilece i unutulmamalı,d,r. Bu nedenle ancak rehin konusunun borsa veya pazar kar ,l, ,ndaki bedelle temellük edilece i yönündeki anla malar geçerli olmalı,d,⁴⁵. Bu görüş e göre, rehinle teminat alt,na al,nan alacak muaccel olduktan sonra yap,lan anla malar bu bask, olmadan akdedildi i için yasak kapsam,nda de ildir.

³⁸ S RMEN, Lale A.: Lale: Alacak Rehni, Türkiye Bankas, Vakf, Yay,nlar,, Ankara 1990, (K,saltma: Alacak Rehni), s.86 vd.; STEINAUER, Paul-Henri: Les droits réels, Tome III, 3. Ed., Stämpfli Verlag AG, Berne 2003, (K,saltma: Tome III), No. 3159; HELVACI, s.68 vd.; ÇAKIRCA, Seda Çi dem: Adi Alacaklar,n Rehni, stanbul 2006, s.55.

³⁹ HELVACI, s.81. Lex Commissoria yasa , hem geciktirici arta ba lanm, tasarruf i lemne yönelik anla malar,, hem de geciktirici arta ba l, borçland,r,c, i lemler için geçerlidir (Bu konuda ayr,nt,l, bilgi için bkz. HELVACI, s.93 vd).

⁴⁰ HELVACI, s.81 vd.; GÜNEL, s.18 vd. Bu konuda ayr,nt,l, bilgi için bkz. MAKARACI BA AK, s.275 vd.

⁴¹ Taraflar,n hem rehin konusunun kendili inden rehinli alacakl,ya geçece i hususunda anla malar,, hem de borcun ödenmemesi halinde rehin konusunun alacakl,ya devredilmesini öngören borçland,r,c, i lem yapmalar, yasak kapsam,ndad,r (HELVACI, s.95; BUDAK, s.65. Kar . KUNTALP, s.156 vd.).

⁴² HELVACI, s.83. Ta ,n,maz rehni ile ilgili olarak ayn, yönde görüş için bkz. ROSSEL/MENTHA, Tome III, No. 1655; DAVRAN, s.18 vd.; AK PEK/AKINTÜRK, s.753. Bu yönde Yarg,tay karar, için bkz. 6. HD. 12.5.1975 T., 2105 E., 3512K. (KARAHASAN, s. 901). 6. HD. 12.5.1975 T., 2105 E., 3512 K.; 6. HD. 30.3.1993 T., 2567 E., 3830 K. (KUNTALP, Lex Commissoria, s.157, dn. 37). Bu konuda ayr,nt,l, bilgi için bkz. MAKARACI BA AK, s.275, dn. 396.

⁴³ BERK , s.160 vd.

⁴⁴ KUNTALP, s.154. Bu konuda bkz. SerPK. m.47/4/ b. Ayr,nt,l, bilgi için bkz. MAKARACI BA AK, s.276, dn. 400.

⁴⁵ DESSAUGES, Edouard: De la réalisation privée du gage, Imprimerie A. bovard-giddey, Lausanne 1934, s.42 vd.

Bir di er görü e göre ise⁴⁶, rehin sözleşmesi akdedilirken sözleşme yer alan intikale ilişkin her türlü hüküm yasak kapsamındadır. Kanunda lex commissoria yasa ,n,n ivazla olan ilişki kurulmamış, t.r. Bu nedenle ancak, alacak muaccel olduktan sonra rehin konusunun bedelli devrolacağına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Rehinle teminat alınmayan alacak muaccel olmadan önce, taraflar sözleşme ya da temlik anlaşması ile rehin konusunun rehinli alacaklıya devrini kararlaştırabilirler. Bu durumda, rehinli alacaklı, dilerse kararlaştırılan bedeli alacağı ile takas eder ve rehin konusunu devralır, dilerse rehinin paraya çevrilmesi yoluna başvurabilir⁴⁷. Bu son halde rehin konusu mutlaka gerçek de eri üzerinden satılmalı, ve muvazaa söz konusu olmamalıdır.

Kanun, zca, kural olarak, alacak muaccel olmadan uygun bir bedelle mülkiyetin geçeceğine ilişkin anlaşmalar geçersizdir. Çünkü bedelin tayininde rehin veren rehinli alacaklı, n,baskı, altındadır. Ancak, rehin konusu mal borsaya kote edilmiş oldu unda ya da piyasada cari bir de eri bulundu unda ivaz buna göre belirlenmekte ise, alacak muaccel olmadan önce yapılan sözleşmeler geçerli olabilir. Bununla birlikte bu halde dahi önemli olan, malın bedelinden artı kalan, n rehin verene iade edilmesidir.

Yine, alacak rehinde, rehin verenin rızası ile alacağına rehinli alacaklıya ödenmesi veya rehinli alacaklı, n rehd edilen alacağı, tahsile yetkili kılınması, halinde lex commissoria yasa , bulunmamaktadır. Çünkü rehinli alacaklı, tahsil edilen alacağı, kendi alacağı ile takas etmekte ve artan bir tutar olması, halinde bunu rehin verene iade etmektedir⁴⁸.

Lex commissoria yasa ,n,n ikinci art., lex commissoria anlaşması, n,n borçlunun borcunu ifa etmesi amaçlına yönelik olmasıdır⁴⁹. Borcun ifası, amaçlına ,mayan ancak mülkiyetin devri sonucunu doğurmayan bir durum lex commissoria yasa , kapsamına girmez.

Lex commissoria yasa ,n,n üçüncü art., yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, lex commissoria anlaşması, n rehinle teminat alınmayan alacağına muacceliyetinden önce yapılmış olmasıdır⁵⁰. Bu husus hükmün amaçlından çıkarılmaktadır⁵¹. Zira bu halde, borçlu rehinli alacaklıya, tatmin etmedi için rehin konusunun paraya çevrilmesi yerine, tahsilatı için rehinli alacaklıda kalmaması, ya da hak ve alacağına rehinli alacaklıya devredilmesi hususunda taraflar anlaşmaktadır⁵². Alacağına tamam, n,n muaccel olmayıp, bir kısmı, n,n muaccel olması, halinde de bu yönde anlaşmalar geçerlidir. Çünkü bu durumda da rehinli alacaklı, rehni paraya çevirme imkanına sahiptir⁵³. Alacağına muaccel olması,ndan sonra, rehin verenin rehin konusunu

⁴⁶ CANSEL, s.190, s.194; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.1110; S R MEN, E ya Hukuku, 2. Bas., Yetkin Yayınlar, Ankara 2014, (Kısaltma: E ya Hukuku), s.746 vd.; ROSSEL/MENTHA, Tome III, No. 1655; O UZMAN, Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: E ya Hukuku, 20. Bas., İstanbul 2076, s.954, 1031; VEL DEDEO LU, H.fz, Veldet: Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, E ya Hukuku, İstanbul 1969, s.517; WIELAND, C.: Çev. Smail Hakk, Karafaklı: Kanuni Medenide Aynı Haklar, 2. Cilt, 2. Bas., Ankara 1949, s.730; GIHA, s.140; HELVACI, s.100; GÜNEL, s.31.

⁴⁷ Bu husustaki tartışmalar için bkz. YILMAZ, Ejder: Ticari İlemlerde Tahsilatı Rehni Kanununa Göre Rehinli Alacaklı, n,n Alacağına, Tahsil Etme Yolları, Ticari İlemlerde Tahsilatı Rehni Sempozyumu, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 16 Nisan 2018, Ankara 2018, s.252 vd.; ENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER KAZACI/ÖCAL APAYDIN, s.183 vd.

⁴⁸ S R MEN, Alacak Rehni, s.87.

⁴⁹ HELVACI, s.91 vd.

⁵⁰ O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEMİR, s.1031; WIELAND, s.730; SAYMEN/ELBİR, s.690; ERTA , No. 2794; DAVRAN, s.19; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.1110; CANSEL, s.192; AYAN, C. III, s.235; AK PEK/AKINTÜRK, s.754, 847; KÖPRÜLÜ/KANET , s.462; KUNTALP, s.155; S R MEN, Alacak Rehni, s.87; HELVACI, s.100 vd.; ÇAKIRCA, s.57.

⁵¹ HELVACI, İhan: Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşme Medeni Doğru Potek Hakkında, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008, (Kısaltma: potek Hakkı), s.264; GIHA, s.139; WIELAND, s.730; S R MEN, Alacak Rehni, s.87; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.1110; CANSEL, s.191 vd.; HELVACI, s.101 vd.; GÜNEL, s.22; AYANO LU MORALI, Ahu: Mülkiyet Hakkında Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnceleme, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, GSÜ, 2006, s.223. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HELVACI, s.101, dn. 278.

Ancak örnekte bir görüşe göre, diğer artı hükümsüz olduğu itibarıyla kararlaştırılmayan, ister borcun muaccel olması,ndan sonra isterse önce kararlaştırılmış olsun bu düzenleme hükümsüzdür [FOËX, Bénédict: Le contrat de gage mobilier, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1997, (Kısaltma: Le contrat), No. 882 vd.].

⁵² CANSEL, s.192; ÖZÜTÇÜ, A. Tahir/DO RUSÖZ, M. Edip: Rehin Hukuku, Ulucan Matbaası, Ankara 1982, s.70.

⁵³ KUNTALP, s.155. Foëx ise, svMK m.894 (MK m.949) her türlü sözleşme medeni bahsettiği ve hükümde bir sonuçlama olmadığı için, bu hükmün *ratio*sunu da dikkate alınarak, alacak muaccel olduktan sonra da tarafların bu yönde sözleşme yapamayacakları, kabul etmektedir. Yazara göre, bu yöndeki sözleşme hükümlerinin svBK m.20 (TBK m.27) gereği geçersizdir (FOËX, Le contrat, No. 832 vd.).

devri, ifa yerine edim olarak ya da ifa u runa edim olarak kararlar t,r,labilir⁵⁴.

Ancak yukar,da aç,klad, ,m,z üzere, borcun muacceliyetinden önce kararlar t,r,lan her durum lex commissoria yasa , kapsam,na dâhil de ildir. Sözle menin akdedildi i s,rada rehin konusunun belirli bedel ile rehinli alacakl,ya devredilece i yolundaki anla malar, mal,n borsaya kote ya da piyasa de eri olmas, halinde geçerli olarak kabul edilebilir.

Rehin konusunun devri halinde fazlaya ili kin k,sm,n rehinli alacakl,da kalmas, ceza ko ulu olarak kararlar t,r,lm, olabilir. Bu halde, hüküm ceza ko ulu niteli inde ise geçerlidir. Fazlaya ili kin k,sm,n iade edilmeyece ine ili kin hükmün ceza ko ulu mu yoksa lex commissoria anla mas, m, oldu una sözle medeki di er hükümler dikkate al,narak karar verilir⁵⁵. Ancak, fazlaya ili kin k,sm,n kalmas,n,n ceza ko ulu olarak kararlar t,r,lm,as, halinde, bu düzenlemenin lex commissoria yasa ,n, dolanmak amac,yla getirilip getirilmedi i hususunun dikkatle incelenmesi gerekmektedir.

Yukar,da aç,klad, ,m,z artlar,n varl, , halinde, lex commissoria anla mas,n,n geçerli olmayaca , aç,kt,r. Lex commissoria art,n,n hükümsüz olmas, neticesinde, rehinli alacakl, mülkiyeti kazanamaz ve alaca ,n, ancak rehlin paraya çevrilmesi yolu ile elde edebilir.

2. Görü ümüz

Yukar,da k,saca de indi imiz düzenlemeler incelendi inde tespit edildi i üzere, rehinli alacakl,n,n rehin konusunun mülkiyetinin devrini talep etme hakk,n,n rehin sözle mesinden de il, kanundan do an bir hak oldu u görülmektedir⁵⁶. Taraflar isterlerse rehin sözle mesinde de bu hususa yer verebilir. Ancak sözle mede yer almasa dahi borçlu temerrüde dü er ise, rehinli alacakl, rehin konusunun mülkiyetini talep etme hakk,na sahiptir. Yönetmelik m.9^{da} sözle mede yer almas, gereken zorunlu unsurlar aras,nda yer alan *Varsa temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakk,n, kullanaca , kayd,ö* Ticari lemlerde Rehin Hakk,n,n Kurulmas, ve Temerrüt Sonras, Haklar,n Kullan,lm,as, Hakk,nda Yönetmelikte De i iklik Yap,lm,as,na Dair Yönetmelik⁵⁷ m.2 ile zorunlu unsur olmaktan ç,kar,lm, t,r. Kanaatimizce Kanun ile tan,nm, bir hakk,n ayr,ca sözle mede zorunlu unsur olarak aranmas, yerinde bir düzenleme de ildi. Zira bu hakk,n sözle mede yer almamas, rehinli alacakl,n,n bu haktan faydalanamayaca ,n, dü ündürmekteydi. Oysa bu hak, ifade etti imiz üzere, sözle mede yer almasa dahi Kanun gere i sahip olunan bir hakt,r. Bunun kabulü ile birlikte zorunlu unsurlardan birinin sözle mede yer almamas,n,n hukuki sonucunun ne olaca ,n,n tart, ,lm,as,na da gerek bulunmamaktad,r⁵⁸.

Sözle menin zorunlu unsuru olmaktan ç,kar,lan mülkiyetin devrini talep etme hakk,n,n sözle mede yer almas,n,n sonucu ne olur? Kanundan kaynaklanan bir hak olmas,na ra men Göle/Aydo an⁵⁹, Yönetmelikte ilga edilen m.9/1ⁱⁿ Türk Medeni Kanunu^{un} emredici hükümlerine ayk,r,l,k te kil etti ini, sözle mede yer alan mülkiyetin devrini talep etme hakk, tan,yan kay,tlar,n hüküm ve sonuç do urmayaca ,n, kabul etmekteydi. Kanaatimizce her ne kadar Yönetmelik hükmü ilga edilmi olsa da, taraflar,n sözle meye bu yönde koyduklar, hüküm, zaten Kanundan kaynaklanan bir hakk,n tekrar,ndan ibaret olup geçerlidir. ster düzenlemenin lex commissoria yasa ,na ayk,r, oldu u görü ü, ister lex commissoria yasa ,na istisna oldu u görü ü kabul edilsin, söz konusu hak Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu^{nda} tan,nd, , müddetçe sözle medeki bu yöndeki ko ullar da geçerlidir. Yukar,daki görü da geçerlidir. Ancak, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu^{un} mülkiyeti talep etmeye ili kin hükmünün iptali halinde ileri sürülebilir. Zira bu hak, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ile tan,nm, olup, söz konusu Kanun, Türk Medeni Kanunu^{na} göre özel kanun niteli indedir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, mülkiyetin devri talebi sözle mede yer alsa dahi, ta ,n,r,n mülkiyetinin kendili inden geçece inin kararlar t,r,lm,as, lex commissoria yasa ,

⁵⁴ KÖPRÜLÜ/KANET , s.462; SAYMEN/ELB R, s.690; WIELAND, s.730; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.1110; AYAN, C. III, s.241. Bkz. STEINAUER, Tome III, No. 3122a. Eskiocak, ifa u runa edimde mal,n mülkiyetinin iktisab, söz konusu olmad, , için, borç muaccel olmadan da ifa u runa edim hususunda anla ma yap,labilece i görü ündedir (ESK OCAK, s.191).

⁵⁵ CANSEL, s.194.

⁵⁶ Ayn, görü te B LG N, s.622. Gümü , bu hakk,n öyasa kaynakl, bir ayni talep hakk,ö oldu unu ifade etmektedir (GÜMÜ , s.204).

⁵⁷ RG. 22.05.2018 T., S.30428.

⁵⁸ Bkz. GÜRPINAR, s.143.

⁵⁹ Bkz. GÖLE/AYDO AN, s.45.

kapsam,ndad,r. Ayr,ca sözle mede ta ,n,r,n de eri ile alacak aras,ndaki de er fark,n,n iade edilmeyece i kararla t,r,lm, ise, bu da yine lex commissoria yasa , kapsam,ndad,r⁶⁰. Bu nedenle Kanunda getirilen düzenleme ile ticari i lemlerde ta ,n,r rehininde lex commissoria yasa ,n,n kald,r,ld, , görü üne⁶¹ kat,lmamaktay,z. Nitekim hem Kanun m.14/1/a hem de Yönetmelik m.38/2 hükmü rehin konusunun teminat alt,na al,nan borcu a mas, halinde rehinli alacakl,n,n bu tutar, borçluya ödeyece ini belirtmektedir. Bu aç,klamalar,m,z , , ,nda belirtmek gerekir ki, taraflar,n sözle me ile mülkiyeti talep etme yetkisini tan,malar,n,n söz konusu olmad, , için lex commissoria yasa ,na ayk,r,l,k bulunmad, , görü üne⁶² kat,lmamaktay,z. Zira Kanun'un tan,d, , bir yetkinin sözle mede tekrarlanmas, halinde de lex commissoria yasa , söz konusu olmamaktad,r. Bu durumda sözle mede mülkiyeti devralma hakk,n,n kullan,laca ,n,n yaz,lm, olmas, yasa a ayk,r,l,k niteli ini ta ,mamaktad,r.

Rehin sözle mesinde yer almasa dahi, rehinli alacakl,n,n Kanun'dan do an bu hakk, kullanmas, halinde, rehin verenin mülkiyeti devretmeyi kabul etmeme gibi bir hakk, bulunmamaktad,r⁶³. Rehin veren mülkiyeti devretmek zorundad,r⁶⁴ ve T TRK m.16/1/b gere ince bu talebi yerine getirmemezse idari para cezas, öder. Bununla birlikte, Yönetmelik gere i tüm bu i lemler icra dairesi vas,tas, ile yap,laca , için mülkiyeti devretmemesi pratikte mümkün olmayacakt,r. Bu aç,dan bak,ld, ,nda rehin veren ifa u runa edimin kararla t,r,lmas,na göre daha dezavantajl, durumdad,r. Çünkü ifa u runa edimde (ya da muacceliyetten sonra gerçekleşle en sat,m sözle mesinde) taraflar,n anla mas, gerekmektedir⁶⁵. Ancak rehin veren aleyhine görünen bu durumun, objektif bir de erleme sonucu mal,n de erinin belirlenmesi ekindeki düzenleme ile dengelendi i kanaatindeyiz. Nitekim T TRK m.13/1 gere ince rehin hakk,n,n kurulmas, öncesinde rehin konusunun de erinin tespiti yapt,r,labilir. Ancak her halükarda, T TRK m.14/2 gere ince, temerrüt sonras, haklar,n kullan,m,nda, alacakl,n,n ba vurusu üzerine ta ,n,r,n de eri rehin verenin yerle im yerindeki sulh hukuk mahkemesince, ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel ki ilere üç gün içerisinde tespit ettirilir. Böylelikle lex commissoria yasa ,n,n kabulü ile amaçlanan rehin verenin korunmas, hususu da sa lanmaktad,r.

Bu a amada özellikle belirtmek gerekir ki, kanaatimizce rehin konusunun mülkiyetinin devrini talep ihtiyari bir hakt,r. Rehinli alacakl, dilerse bu yola gitmeyerek genel yolla rehinin paraya çevrilmesini de talep edebilir⁶⁶. Rehin veren borcun ödenmemesi halinde mal,n paraya çevrilme riskini ba tan kabul etmektedir. Bu aç,dan objektif olarak belirlenen bir de erle rehin konusunu rehinli alacakl,n,n sat,n almas, ve borcu bedel ile takas etmesi rehin verenin haklar,n, zedelememektedir.

Tespit etti imiz üzere Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ile getirilen mülkiyeti devralma hakk,n,n lex commissoria yasa , kar ,s,nda ne anlama geldi i, lex commissoria yasa ,n,n unsurlar,na ili kin görü farkl,l, ,na göre de i mektedir.

Rehin tesisi s,ras,nda rehin konusunun mülkiyetinin rehinli alacakl,ya bir bedel kar ,l, , geçece ine ili kin yap,lan anla man,n da lex commissoria yasa , kapsam,nda oldu u görü ü benimsenir ise, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu ile getirilen düzenlemenin Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelerden farklı,k arz etti i sonucuna var,labilir. Kanaatimizce, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu, Türk Medeni Kanunu kar ,s,nda özel bir kanundur ve TMK m.873/2, m.949 hükümlerinde getirilen yasaktan ayr,lan bir düzenleme getirmektedir. Bu aç,dan Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'nun bu yasa a ayk,r, bir düzenleme de il, olsa olsa buna istisna getiren bir düzenleme oldu unun ileri sürülebilir. Ancak yasak tamamen ortadan kalkm, de ildir.

⁶⁰ GÜRPINAR, s.145.

⁶¹ ARKAN, Sabih, Ticari letme Hukuku, 23. Bas., Banka ve Ticaret Hukuku Ara t,rma Enstitüsü, Ankara 2017, s.63, dn. 1.

⁶² Bkz. HELVACI (ÜLGEN, Hüseyin/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Fusun), Ticari letme Hukuku, 6. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2019, s.244.

⁶³ Bu aç,dan Teminat lemlerine li kin UNCITRAL Yasama K,lavuzu m.80 hükmü ile farklı,la maktad,r.

⁶⁴ Mülkiyet K m.24 gere ince icra vas,tas,ya geçirilir.

⁶⁵ Ayr,ca bkz. GÜRPINAR, s.147.

⁶⁶ leri sürülebilecek görü ler için bkz. ANTALYA/ACAR, s.140 vd. Ayr,ca bkz. GÜRPINAR, s.144 vd.; HASIRCI, Hakan, ö6750 Say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu'nun cra ve flas Hukuku Bak,m,ndan De erlendirilmesi, BAT DER, 33(2), Haziran 2017, s.218 vd.

Getirilen düzenlemenin mülkiyet hakkı, özüne dokunan bir sınırlama getirdi i kanaatinde olmadıkça, da belirtmek isteriz. Rehinli alacaklıya Kanun tarafından mülkiyeti talep etme yetkisinin tanınması, kanımızca AY. m.13'e aykırı, kıl etmemektedir. Hüküm gereğince ince,

Önemli hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık olamaz.

Burada Kanun ile rehinli alacaklıya tanınan bir hak bulunmaktadır. Söz konusu hak mülkiyet hakkının özünü zedelememektedir. Zira burada mülkiyet bir bedel karşılığında devredilmektedir ve bedel objektif olarak belirlenmektedir. Üstelik rehin veren rehin hakkını tesis ederken, borcunu ifa etmemesi halinde rehin konusunun sattırılarak alacaklına bu şekilde tahsil edileceğini de bilmektedir. Burada fark satış, üçüncü bir kişiye de ilde, rehinli alacaklıya yapılmamasıdır. Dolayısıyla bu durum rehin hakkıyla bağdaşmayan bir sonuç doğurmamaktadır. Üstelik alacaklı, alacaklı ile rehin konusu bedeli arasındaki farkı, rehin verene vermekle yükümlüdür. Bu açıdan ölçülülük ilkesine de aykırılık bulunmadığı görülmektedir. Zira lex commissoria yasa, getirilme sebebi olan sömürülmeden ya da rehinli alacaklına, alacaklıdan daha fazlasını elde etmesinden söz edilemez. Bu nedenle AY. m.13'e aykırılık bulunmadığı gibi, kanımızca birazdan anlatacağımız gerekçe ile yasa a aykırılık da bulunmamaktadır.

Bedel karşılığı, mülkiyetin devredilmesini lex commissoria yasa, kapsamında kabul etmeyen görüşün, açısından da aldığımız ki, Ticari İlemlerde Tahvil Kanunu ile getirilen düzenleme yasak kapsamında değildir. Kanaatimizce, rehin sözleşmesi ile aynı zamanda bir bedel karşılığında rehin konusunun devredilebileceğinin kararları, rehin konusu mal piyasada rayiç bir bedeli olan bir mal ise lex commissoria yasa, kapsamında değildir. Çünkü bu durumda, rehin tesis ederken rehin veren de rehinli alacaklı, da rehin konusunun objektif olarak değerlendirilebilir durumdadır. Ticari İlemlerde Tahvil Kanunu incelendiğinde görülmektedir ki, rehin konusunun değerlendirilirken de değerlendirilme uzmanları, tarafından objektif olarak tespit edilmektedir. Her ne kadar bu değerlendirilmenin derece sistemine göre rehin tesis edileceği zaman arandığı yönünde görüş bulunsada, değerlendirilme sisteminin kabulü halinde de en geç satış alma talebi zamanında rehin konusunun değerlendirilme uzmanları tarafından belirlenmelidir. Bu durumda denebilir ki, lex commissoria yasa, ile engellenmek istenen rehin veren aleyhine olan koşullar en aza indirilmiştir. Ayrıca yasayla, rehinin paraya çevrilmesi halinde rehin konusunun gerçek değerlendirilme ile paraya çevrilmesinin pek nadir olduğu göz önüne alındığında, bu hakkın rehin veren lehine olması mümkündür. Piyasada rayiç olmayan tahvil kanunları da değerlendirilme uzmanları tarafından objektif olarak belirlendiği bir sistemin kurulması, nedeniyle bu düzenlemenin lex commissoria yasa, kapsamında olmadığı görülmektedir. Rehin konusunun mülkiyetini talep etme hakkının ilkin düzenlemeler birlikte ele alındığında, kanaatimizce taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunduğu söylenebilir. Bu sebeple rehinli alacaklıya tanınan bu hakkın lex commissoria yasa,na aykırılık, hatta Kanun ile getirilmiş bir istisna da olmadığı, çünkü bu yasa, nın kapsamına girmediği sonucuna varılmaktadır.

KAYNAKÇA


- ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni, Aristo Yay,nlar,, stanbul 2017.
- ARKAN, Sabih: Ticari letme Hukuku, 25. Bas., Banka ve Ticaret Hukuku Ara trıma Enstitüsü, Ankara 2019.
- ARKAN, Sabih: Ticari letme Hukuku, 23. Bas., Banka ve Ticaret Hukuku Ara trıma Enstitüsü, Ankara 2017.
- ATAKAN, Murat Can: õTicari lemlerde Ta ,n,r Rehninin Sona Ermesiö, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26(2), 2018, s.397-441.
- AYANO LU MORALI, Ahu: õMülkiyet Hakk,n,n Teminat Amaçlı, Devrine Yönelik nançlı lemlerö, Yay,nlanmam, Yüksek Lisans Tezi, GSÜ, 2006.
- BAYDAK, Ecrin: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni, Oniki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2018.
- B LG N, Hikmet: õ6750 Say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuõna cra- flas Hukuku Aç,s,ndan Genel Bir Bak, ö, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 31, 2017, s.619-657.
- BUDAK, Ali Cem: cra ve flas Hukukunda Kiralayan,n Hapis Hakk,n,n Kullan,ımas,, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2003.
- CANSEL, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim artlı, Menkul Rehni, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1967.
- ÇAKIRCA, Seda Çi dem: Adi Alacaklar,n Rehni, stanbul 2006.
- DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, stanbul Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 1972.
- DEREL , Zeliha: Lex Commissoria Yasa , Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dal,, 2009, Yay,nlanmam, Yüksek Lisans Tezi.
- DESSAUGES, Edouard: De la réalisation privée du gage, Imprimerie A. bovard-giddey, Lausanne 1934.
- DURAN, Arif: õTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Sözle mesi Taraflar,n,n Hak ve Yükümlülükleriö Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2016, s.103-118.
- ERDO MU , Belgin: õRoma Hukukunda Borcun Ayni Teminat,na Genel Bak, ö, Ümit Do anayın An,s,na Arma an, stanbul 1982.
- FOËX, Bénédict: õSûretés mobilière: un si long silence (Variations sur un air de cha-cah)ö, Colloque en l'honneur du Professeur Gilles Petitpierre, Le législateur et le droit privé, Schulthess, Genève 2006.
- FOËX, Bénédict: Le contrat de gage mobilier, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1997, (K,saltma: Le contrat).
- GIHA, Negib: Le pacte commissoire, Kundig, Genève 1947.
- GÖLE, Celal/AYDO AN, Gökhan: õTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuõnun Ticaret Hukuku Aç,s,ndan De erlendirilmesiö, BAT DER, 33(1), 2017, s.5-51.
- GÜMÜ , M. Alper: õ6750 Say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Bak,m,ndan Temerrüt Sonras, Haklarö, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Sempozyumu, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 16 ubat 2018, Ankara 2018, s.199-225.
- GÜNEL, Onur Kerem: Lex Commissoria Yasa , Kar , Yay,nlar,, Ankara 1998.
- GÜRPINAR, Damla: õTicari lemlerde Ta ,n,r Rehninin Teslime Ba lı, Ta ,n,r Rehni Kurallar,ndan Ayr,lan Yönleriö, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1), 2017, s.111-158.
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk E ya Hukuku, 2. Bas., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay,nlar,, Ankara, 1984.
- HAMACIO LU, Esra/KARAMANLIO LU, Argun: õ6750 Say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuõna li kin Baz, Tespitlerö, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII(2), 2016, s.95-138.
- HASIRCI, Hakan: õ6750 Say,l, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuõnun cra ve flas Hukuku Bak,m,ndan De erlendirilmesiö, BAT DER, 33(2), Haziran 2017, s.207-269.
- HELVACI, İhan: Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellik) Yasa , (MK m.788/c. 2 ve MK m.863), Alfa Yay,nlar,, stanbul 1997.
- HELVACI, İhan: Türk Medeni Kanununa Göre Sözle meden Do an potek Hakk,, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2008, (K,saltma: potek Hakk.).
- KARADEN Z ÇELEB CAN, Özcan: Roma E ya Hukuku, 3. Bas., Turhan Yay,nevi, Ankara 2006.
- KARAGÖZ ÇOKYA AR, Havva: õRoma Hukukunda Lex Commissoria Yasa ,n,n Kapsam, ve Bu Yasa ,n Uygulama Alan,n, Daraltan lemlerö, Prof. Dr. Ayd,n Aybayõa Arma an, Vedat Yay,nlar,, stanbul 2004.
- KARAMAN, Ba ak: Roma Hukukunda Rehin Akti, Galatasaray Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 2008.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANET , Selim: S,n,rı, Ayni Haklar, 2. Bas., Fakülteler Matbaas,, stanbul 1982-1983.
- KÖRO LU ÖLMEZ, Beril: õTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Uyar,nca Ticari letme Rehniö, Türkiye Barolar Birli i Dergisi, 29(129), Mart 2017, s.261-286.
- KUNTALP, Erden: õLex Commissoria Yasa , Kavram,, Ko ullar, ve Uygulama Alan,ö, nan K,raçõa

- Arma an, GSÜ Yay,nlar, : 1, s.151-162.
- MAKARACI BA AK, Asl,: Ta ,n,r Rehni Sözle mesi, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2014.
- NARBAY, afak/Y,ld,z, M. Enes: õTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Çerçvesinde Ticari letme Rehninde õRehinli Ta ,n,r Siciliõnin Di er Sicillerle li kisi Üzerine De erlendirmeõ, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXXIV(4), 2018, s.37-90.
- O UZ, Sefer: Ticari lemlerde Teslimsiz Tescilli Ta ,n,r Rehni, Türkiye Bankalar Birli i Dergisi, S.100, Mart 2017, s.3-31.
- O UZMAN, Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 20. Bas., stanbul 2017.
- Ö ÜTÇÜ, A. Tahir/DO RUSÖZ, M. Edip: Rehin Hukuku, Ulucan Matbaas., Ankara 1982.
- ÖZ, Turgut: õTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuõ stanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2-3), 2017, s.151-186.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari letme Hukuku, 18. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2019.
- ROSSEL, Virgile/MENTHA, F.H.: Manuel de droit suisse, droit réel autres que la propriété,- possession- registre foncier, T. III, Payot, Lausanne 1930.
- SAYMEN, Ferit Hakk,/ELB R, Halid Kemal: Türk E ya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, stanbul 1963.
- S RMEN, E ya Hukuku, 2. Bas., Yetkin Yay,nlar, Ankara 2014, (K,saltma: E ya Hukuku).
- S RMEN, Lale A.: Lale: Alacak Rehni, Türkiye Bankas, Vakf, Yay,nlar,, Ankara 1990, (K,saltma: Alacak Rehni).
- STEINAUER, Paul-Henri: Les droits réels, Tome III, 3. Ed., Stämpfli Verlag AG, Berne 2003, (K,saltma: Tome III).
- ENOCAK, Kemal/KAHRAMAN, Zafer/TUNCER KAZANCI, dil/ÖCAL APAYDIN, Bahar: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2019.
- T MAMO LU, Ba ak: Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunu Üzerine Bir nceleme, Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2017.
- TEK NAY, S.Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve S,n,r,l, Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, stanbul 1994.
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan: Banka Alacaklar,n,n pote in Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2010.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku: E ya Hukuku (Ayni Haklar), Filiz Kitabevi, stanbul 1983.
- UTKU, Doruk: S,nai Haklar,n Rehni, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2009.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsun: Ticari letme Hukuku, 6. Bas., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2019.
- VEL DEDEO LU, H,fz, Veldet: Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Ki iler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, E ya Hukuku, stanbul 1969.
- WIELAND, C.: Çev. smail Hakk, Karafak,h: Kanuni Medenide Ayni Haklar, 2. Cilt, 2. Bas., Ankara 1949.
- YILMAZ, Ejder: õTicari lemlerde Ta ,n,r Rehni Kanunuõna Göre Rehinli Alacakl,n,n Alaca ,n, Tahsil Etme Yollar,õ, Ticari lemlerde Ta ,n,r Rehni Sempozyumu, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 16 ubat 2018, Ankara 2018, s.227-261.

**ROBOT K CERRAH MÜDAHALELERDEN DO AN HUKUK
SORUMLULUK**

CIVIL LIABILITY ARISING FROM ROBOTIC SURGERIES

afak PARLAK BÖRÜ*

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.636507>**Makale Bilgi**

Gönderilme:22/10/2019
Kabul: 30/12/2019

Anahtar Kelimeler

*Robotik Cerrahi,
Da Vinci Robotu,
Malpraktis,
Hekimin
Sorumlulu u,
Ürün Sorumlulu u,
Intuitive Surgical,
Hastanenin
Sorumlulu u,
FDA MAUDE.*

Özet

Robotik teknoloji t,p biliminde de kendine önemli bir yer edinmeye ba lam, t,r. Cerrahi robotlar, pek çok t,bbi müdahalede hekimleri destekleyici i lev görmektedir. Robotik cerrahi (da Vinci cerrahisi) yeni bir t,bbi tedavi yöntemi olup; pek çok avantaj,n,n yan,nda, bünyesinde ne gibi -olas,ø riskler bar,nd,rd, , da tespit edilmeye çal, ,lmaktad,r. FDA MAUDE veritaban, robotik cerrahi müdahalelerden do an zararlarda istatistiksel bir genel bak, olu turabilmek, zarar,n kayna ,n, ve sorumluluk sujelerini belirleyebilmek aç,s,ndan yol göstericidir. Bununla birlikte, adwers olaylar,n bildirilmesi ve kay,t alt,na al,nabilmesindeki yetersizliklere s,kl,kla i aret edildi i görülmektedir. Robotik cerrahide kapsam ve karma ,kl,k bak,m,ndan çe itlilik gösteren medikolegal sorunlar ortaya ç,kabilir. Robotik cerrahi müdahalelerden do an zararlara ili kin hukuki sorumlulu un belirlenmesinde önemli olan husus zarar,n kayna ,d,r. Ortaya ç,kan zarar,n kayna ,na ba l, olarak, hekim, hastane, üretici hukuki sorumluluk sujeleri olarak kar ,m,za ç,kabilecekleri gibi, bu ki ilerin birlikte sorumlulu u da söz konusu olabilir. Ba ta da Vinci robotunun üreticisinin bulundu u ABD olmak üzere, robotik cerrahinin giderek yayg,nla t, , ülkeler, farklı, yasal düzenlemeleri çerçevesinde, malpraktis ve ürün sorumlulu u temeline dayanan ancak sorumluluk sujelerinin bazen iç içe geçen ili kileri nedeniyle oldukça karma ,k hale gelen ihtilaflara çözüm bulmaya çal, maktad,r.

Article Info

Received: 22/10/2019
Accepted: 30/12/2019

Keywords

*Robotic Surgery,
Da Vinci Robot,
Malpractice,
Liability of Physicians,
Product Liability,
Intuitive Surgical,
Liability of Hospital,
FDA MAUDE.*

Abstract

Robotic technology has started to gain an important place in medical science. Surgical robots support physicians in many medical interventions. Robotic surgery (da Vinci surgery) is a new medical treatment method; in addition to its many advantages, what -potentialø risks it contains is tried to identify. The FDA MAUDE database provides a statistical overview of the damage caused by robotic surgical interventions and provides guidance in terms of identifying the source of the damage and the subjects of liability. However, inadequacies in reporting and recording adverse events are often pointed out. In the robotic surgery, there may be medicolegal problems that vary in scope and complexity. What is important in determining the legal liability for damages arising from robotic surgical interventions is the source of the damage. Depending on the source of the resulting damage physicians, hospitals, producers may appear as legal liability subjects, as well as the liability of these people together. The countries in which robotic surgery is becoming widespread, especially in the US, where the manufacturer of the da Vinci robot is, effort to find solutions to conflicts that are based on malpractice and product liability but are sometimes complicated by the intertwined relationships of liability subjects.

 Bu eser [Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Ö r. Üyesi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.
 sparlak@law.ankara.edu.tr  <https://orcid.org/0000-0002-9843-6034>.

I. G R

Robotlar yapay zeka ve robotbilimin geli mesiyle birlikte gitgide günümüz modern ya am,n,n bir parçası, haline gelmektedir. Hizmetçi robotlar evlerde temizlik i lerini üstlenirken, asistan robotlar engelli, ya l, ki ilerinin günlük ya amlar,nda onlara yard,mc, olmaktadır. Ke if robotlar, insano lunun girmesinin tehlikeli oldu u alanlarda inceleme yaparken, endüstriyel robotlar boyama, monte etme vb. görevleri üstlenmektedir. Robotik sistemler t,p biliminde de kendisine önemli bir yer edinmiştir. Cerrahi robotlar, pek çok t,bbi müdahalede hekimleri destekleyici i lev görürken, ileride baz, t,bbi müdahaleleri de tek ba lar,na gerçekle tirebilecekleri ifade edilmektedir. Bu -öncüö robotlar,n -adları, ald,klar, da *Vinci*, *Sokrates*, *Zeus* gibi- t,p bilimini ve sa l,k sektörünü ekillendirece i öngörülmektedir.

Yasakoyucular mevcut yasal düzenlemeler itibarıyla teknoloji ve t,p bilimindeki bu meydan okumalara haz,rl,ks,z yakalanm, lard,r. Ülkemizde robotlara ili kin henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Robotlar,n kullan,m,na ba l, olarak ortaya ç,kan zararlar,n tazmini aç,s,ndan uygulanabilecek hükümler mevcuttur. Ancak h,z kesmeyen teknolojik geli meler dikkate al,nd, ,nda, -ba ta sorumluluk hukukunda olmak üzere- robotlar,n yol açabilece i farklı hukuki sorunlara çözüm olabilecek yeterlilikte de ildir. Dolay,s,yla konuya ili kin yasal düzenlemelerin yap,lması, kaç,n,lmaz hale gelmektedir. Aksi takdirde hukuki düzlemde ortaya ç,kabilecek belirsizlikler teknolojik geli melerin önünü kesebilecek; olas, bir geriye gidi (çal, ma konumuz ba lam,nda) hasta sa l, , ve hasta hakları, aç,s,ndan dezavantajlı, bir durum ortaya ç,karabilecektir. Çal, mam,zda robotik cerrahi müdahaleler (RCM) sebebiyle zarar do mas, halinde hukuki sorumlulu un nas,l ortaya ç,kabilece i, olas, sorumluluk aktörleri ba lam,nda de erlendirilmeye çal, ,lacaktır.

II. ROBOT KAVRAMI VE ROBOTLARIN CERRAH MÜDAHALELERDE KULLANILMASI

A. Robot Kavramı, ve Robotun Tarihsel Geli imi

Robot terimi ilk olarak Çek yazar *Karel Capek*ın bir tiyatro oyununda kar ,m,za ç,km, t,r¹. Yazar Çek dilindeki *robot*a (angarya) ve *robotnik* (esir,köle) terimlerinden esinlenerek makineleri -*Robot*ö olarak adlandırm, t,r². Kavram daha sonralar, 1940'd, y,llarda bilim kurgu yazar, *Asimov* tarafından ekillendirilmiştir. Yazar robotlar,n davran, lar,n, s,n,r,land,ran ve varlı,klar,n,n temel dayana ,n, tekil eden ünlü *Üç Robot Yasası*,n, geli tirmi tır³: 1.Bir robot bir insana zarar veremez ya da zarar görmesine seyirci kalmaz. 2.Bir robot, birinci kuralla çeli medi i sürece bir insan,n emirlerine uymak zorundadır. 3.Bir robot, birinci ve ikinci kuralla çeli medi i sürece kendi varlı, ,n, korumakla mükelleftir.

BM'nin 2005 Robotbilim Raporu'nda robotun tan,m, -k,s,men ya da tamamen otonom ekilde çal, an tekrar programlanmas, mümkün bir makineö olarak yap,lm, t,r. Mesela; üretim faaliyetlerinde kullan,ma sunulan (endüstriyel) robotlar ya da insanlar,n yarar,na yönelik hizmetleri üstlenen robotlar (servis robotları,) gibi⁴. Bir makinenin robot olarak vas,fland,r,labilmesi için aranan temel nitelikler hissetme/alg,lama, hareket, enerji ve zeka olarak s,ralanmaktadır⁵. Robot sadece bir yaz,l,mdan ibaret olmay,p, bir makinedir. Bu ba lamda *intelligent agent* olarak adlandır,lan ve *ak,ll, yaz,l,m* olarak ifade edilebilecek bilgisayar programları, tek ba ,na robot niteli inde de ildir. Yine bir robotun bünyesinde insan,n dü ünsel sürecinin tekrar in as, olarak da adlandır,lan yapay zeka mevcut olabilir ama zorunlu

¹ BOZKURT YÜKSEL, Arma an Ebru: -Robot Hukukuö TAAD, 2017, S.29, s.86, <http://yayin.taa.gov.tr/dergiler/taad/taad29.pdf> (ET:7.07.2019); BLECHSCHMITT, Lisa: Die straf- und zivilrechtliche Haftung des Arztes beim Einsatz roboterassistierter Chirurgie, Baden-Baden 2017, s.21; O UZ, Fatma: -Robotik Cerrahi Müdahalelerde Meydana Gelen Malpraktis Sonucu Hukuki Sorumlulukö in Sert Sütçü (ed.), Teknolojik Geli meler I , ,nda T,p Hukuku ve Güncel Sorunlar, Ankara 2018, s.145.

² BLECHSCHMITT, s.21.

³ An,lan yasalar *Asimov*ın romanları,nda kurgulad, , evren için geçerli olmakla beraber, insan-robot etkile iminde temel olarak al,nmaktadır. Ancak robot biliminde özellikle yapay zekan,n da etkisiyle ya anan geli meler ve robotik sistemlerin uygulama alan,n,n geni lemesiyle, bu kurallara ne derece uyulabilece i de tart, ma konusu olmaktadır. Robotlar,n günümüzdeki seviyeleri tehlikeli bir otonomi aç,s,ndan yeterli olmasa da, teknolojinin h,z, robot biliminin getirebilece i toplumsal sonuçlar, öngörebilmeyi gerekli k,lmaktadır, <https://www.elektrikport.com/teknik-kutuphane/asimovun-robot-yasaları-ve-yapay-zeka-makinelesen-dunya-2-bolum/12279#ad-image-0> (ET:7.07.2019).

⁴ BOZKURT YÜKSEL, s.87; PAGALLO, Ugo: The Laws of Robots (Crimes, Contracts and Torts), Law, Governance and Technology Series, V.10, Springer 2013, s.2.

⁵ BOZKURT YÜKSEL, s.88 vd.

de ildir. Bu ba lamda bir robotta yapay zeka ya da ak, ll, yaz, l, m bulunabilir ancak bu mecburi ko ul de ildir⁶.

Robotlar tipleri ve karma , kl, k seviyeleri bak, m, ndan çe itlilik arz ettikleri için, robotu tek bir hukuki tan, m içine s, d, r, mak veya robota dair s, n, r, lay, c, bir tan, m yapmak yerinde olmayacaktır⁷. Zira hukukun benimseyece i s, n, r, land, r, c, tan, mlar, n sürekli geli en teknoloji sebebiyle anlams, z hale gelmesi, yasakoyucular, n çabas, n, n teknolojik geli melerle aray, kapatmaya çal, maktan ibaret kalmas, ve onlar, s, n, r, lamaktan öteye gidememesi kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple belirli ölçütler çerçevesinde robotlar, s, n, fland, r, mak daha uygundur. Genel dü ünçe, robotu d, görünü üne göre de il, i levine göre s, n, fland, r, man, n yerinde olaca, ; robotun otonomi seviyesi, i levleri, insanlar ile etkile imi ekindeki ölçütlerin de erlendirilmesi suretiyle ayr, m yap, lmas, gerekti idir⁸. Kan, m, zca bu tür bir ayr, m ba ta sorumluluk hukuku olmak üzere, hukuki de erlendirmeler aç, s, ndan da önem te kil etmektedir.

B. Sa l, k Sektöründe Robotlar ve Robotik Cerrahi Sistemleri

1. Genel Olarak

Robotik alan, ndaki ara t, rmalar, n en dinamik alanlar, ndan birini sa l, k sektörü uygulamalar, olu turmaktadır. Robotik cerrahi (RC), hem ire robotlar, çocuk-ya l, bak, m, nda i lev üstlenen bak, c, robotlar bu alanda gerçekle mekte olan yeniliklere örnek verilebilir⁹. Bununla birlikte, h, zla geli en teknolojinin kendini gösterdi i ço u alanda oldu u gibi, robotlar, n da mevcut hukuki çerçevelere yerle tirilmesinde güçlük çekildi ini söylemek mümkündür¹⁰. Çal, mam, zda robotik sistemler deste iyle gerçekle tirilen t, bbi müdahalelerde, yani robotik cerrahi müdahaleler (RCM) s, ras, nda ya da sonras, nda zarar do mas, halinde, zarar, n kayna , temelinde olu abilecek hukuki sorumlulu u ele al, p de erlendirmeye çal, aca, z.

Robotik cerrahi 1972øde NASAøn, n uzaydaki astronotlara¹¹, izleyen y, llarda NATOønun sava bölgesindeki askerlere¹² tedavi ve destek sa lamak için bir sistem geli tirilmesini istemesiyle ortaya ç, km, t, r. 1997øde RCønün öncü modeli *da Vinci* robotik sistemi olu turulmu ; ilk olarak safra kesesi ameliyat, nda kullan, lm, , 2000øde Amerika G, da ve laç dairesi (FDA) onay, yla ilk kez kardiyovasküler cerrahide, günümüzde ek olarak üroloji, jinekoloji, genel cerrahi, ortopedi gibi alanlarda yayg, n ekilde kullan, lmaya ba lanm, t, r¹³.

T, pta kullan, ld, , alanlara göre robotlar üç ba l, k alt, nda s, n, fland, r, labilir: Laboratuvar, hastane ve rehabilitasyon robotlar,. RCMøerde kullan, lan robotlar¹⁴ hastane robotlar,

⁶ BOZKURT YÜKSEL, s.89. Yapay zekayla çal, an robotik sistemler hkk. ZEYT N, Zafer/GENÇAY, Eray: -Hukuk ve Yapay Zeka: E-Ki i, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulamas, ø TAÜHFD/ZtdR-2019/1, s.41 vd, http://tauadmin.3fcampus.com/uploads/cms/hfd.tau/6605_10.pdf (ET:18.12.2019).

⁷ ERSOY, Çal, lar: Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, stanbul 2018, s.33. Tan, m zorlu u ba ka bir problemi de beraberinde getirmektedir: Acaba konuya dair temel bir yasal düzenleme robotlar, n do uraca, , farklı tür sorunlara çözüm olabilecek midir? (VAN ROSSUM, Cindy: -Liability of Robots: Legal responsibility in cases of errors or malfunctioningø https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/449/RUG01-002479449_2018_0001_AC.pdf (ET:7.07.2019).

⁸ ERSOY, s.34; O UZ, s.147.

⁹ Sa l, k sektöründe robotlara yönelik ilginin temelinde, insano lunun yapamayaca, /yapmay, tercih etmeyece i veya robotlar kadar etkin ve verimli gerçekle tiremeyebilece i i lem ve faaliyetler yatmaktadır, SIMSHAW, Drew/TERRY, Nicolas/HAUSER, Kris/CUMMINGS, M.L:-Regulating Healthcare Robots: Maximizing Opportunities While Minimizing Risksø Richmond Journal of Law&Technology, XXII(2), s.4.

¹⁰ SIMSHAW/TERRY/HAUSER/CUMMINGS, s.1.

¹¹ MA, Eunjeong:-Transforming Patient Care in the 21st Centuryø Asia Pacific Journal of Health Law&Ethics, 2018, V:11, N:3, s.6.

¹² SACEANU, SM/ANGELESCU, C/VALERIU, S/PATRASCU, A: -Telesurgery and Robotic Surgery: Ethical and Legal Aspectø Journal of Community Medicine& Health Education, 2015, 5(3), s.1.

¹³ O UZ, s.150; SACEANU/ANGELESCU/VALERIU/PATRASCU, s.1.

¹⁴ RC.sistemlerinin de cerrahi müdahalenin gerçekle tirildi i alanlara göre farklı s, n, fland, r, ld, , görülmektedir: 1.Denetim kontrollü RC(supervisory-controlled RSS) otomatik i leyi i en fazla olan, cerrah, n müdahale öncesi u un haz, r, l, n, gerektiren, sistemin önceden olu turulmu talimatlar üzerinden hareket etti i, daha çok ortopedide kullan, m, yayg, n sistemdir. 2.*Da Vinci*ø nin öncüsü oldu u telecerrahi robotik sistemi (The Telesurgical/da Vinci RSS) bir cerrah, n robotun hareketlerini yönetti i ve yönlendirdi i; *Intuitive Surgical* irketinin cihaz, n tek üreticisi konumunda oldu u, bugüne kadar 66 ülkede, 5000 RC. sistemiyle 6 milyondan fazla t, bbi müdahalede kullan, ld, , belirtilen sistemdir. *Da Vinci* bünyesindeki minyatür aletler sayesinde daha kesin ve hassas hareketlerle cerrahi i lemi gerçekle tirir. *Da Vinci* Robotu, dört ana bile enden olu ur: cerrah konsolu, telemanipülator, Endowrist cerrahi aletler ve say, sal bir görüntü analizörüne ba l, yüksek çözünürlüklü 3D görüntülü endoskop. Bu sistemde cerrah konsolda

kategorisinde yer almaktadır. Anılan robotlar kendilerine özgü yazılım, programlar çerçevesinde cerrahi müdahalelerde kullanılmakta olup, sistemleri otonom nitelikte de ildir. -Sahip-köle prensibi (Master-Slave-Prinzip)¹⁵ uyarınca, hekimin kontrolü altında hareket etmeyip, hekimin talimatları, sonucunda işlem yapabilmeye becerisine sahip robotlardır.¹⁶

Günümüzde sağlık sektöründe en çok tartışılan robotlar, -b,çak alt,na yatmak deyiminin içeriğini robot b,çak , alt,na yatmay, da kapsar. Etilde geni leten, da Vinci robotunun öncülük ettiği cerrahi robotlardır. Bu robotik sistemler sağladığı yararları, n d, ,nda, ürün sorumluluğu ile hekim ve hastanenin uygulama nedeniyle sorumluluğu başta olmak üzere, farklı hukuki sorular, da beraberinde getirmektedir. Yine de anılan robotlar, n -en azından imdilik hekim tarafından kontrol edildiklerini düşünürsek- hasta güvenliği ve mahremiyet vb. konularda bünyesinde yeni sorular barındıran otonom robotlardan ziyade geleneksel tıbbi cihazlara benzediği ifade edilmektedir. Tabii bu bakımdan, açış, cerrahi robotlar, n giderek otonom hale gelmesi ihtimalinde de ildir.¹⁷

2. Robotik Cerrahi Sisteminin Yararları,

Robotik cerrahi, hekimin mümkün olan en az kişiyle cerrahi müdahaleyi gerçekleştirmesine, ilimleri hastaya dokunmadan ekran ve manipülatörler yardımıyla yapması ve küçük kesikten müdahalede bulunulacak alan, neredeyse on kat, büyüklüğünde ve geliştirilmiş görüntüleme teknolojisiyle görüntüleyerek müdahalenin başarıyla bir şekilde gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktadır. Sistem üç boyutlu görüntü teknolojisiyle hareket kabiliyetinin yanı sıra hassasiyet özellikleriyle bilinmekte olup, robotik kollarla en ufak bir titreşim olmaksızın müdahalenin daha etkin bir şekilde sonuçlanması sağlanmaktadır.¹⁸ Sistemin diğer avantajları, arasında müdahale sırasında daha az sağlık personeline ihtiyaç duyulması, böylelikle uzun vadede sağlık giderlerinin azalması; hastaların günlük yaşamına geçiş süresinin kısılması; hekimlerin bazen saatlerce süren operasyonları nedeniyle yorulabilmesi el titremesi sorununu tıbbi müdahaleye yansıtması, ve onlara daha ergonomik ve konforlu çalışma alanı sunması sayılabilir.¹⁹

3. Robotik Cerrahi Sisteminin Olası Sakıncaları,

RC sisteminin avantajları, yanında, bazı riskleri de bünyesinde barındırıyor, ifade edilmektedir. Öncelikle, RC sisteminin anılan pozitif yönlerinin laparoskopik cerrahinin sunduğu olanaklardan daha fazla olmadığı,²⁰ veya sağladığı yararları nazaran sistemin çok maliyetli olduğu ileri sürülen araştırmalar bulunmaktadır.²¹ Bunun yanında, cerrah ancak

oturarak hastanın yattığı ameliyat masasından biraz uzaktaki yerlere. Dürbün aracılığıyla, ameliyat alanının 3D yüksek çözünürlükte büyütülmüş görüntüsünü görür, komuta ettiği araçları gerçek zamanlı ilerlemesini sağlar. Telemanipülatör, hastayla doğrudan temas halinde olan robotik kolu içerir. 3.Kontrol paylaşımlı, RC'de (shared-control RSS) diğer sistemlerin aksine cerrahler tıbbi aletleri kendi kullanarak müdahalenin çok büyük kısmını, kendi gerçekleştirebilir. Burada robotik sistem cerrahin performansını, sırasında gözlemleyici ve uyarıcı olarak görev yaparak stabiliteyi sağlar ve cerrahin müdahale edebileceği alanları ilkin sınırlayıcı olarak görev yaparak destek sağlar. (SANKHLA, Sulbha: -Robotic Surgery and Law in USA-a Critique (Unpublished Critique for LLM in IP Law and Policy, University of Washington) (June 2013), s.7 vd, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425046 (ET:7.07.2019). Biz çalışmamızda da Vinci robotik cerrahi sistemini esas alarak derlendirmelerde bulunmaya çalışacağız.

¹⁵ BLECHSCHMITT, s.28; MA, s.7.

¹⁶ O'UZ, s.150.

¹⁷ Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley'de bazı temel tıbbi müdahaleleri kendi başına yapma yeterliliğine sahip olacak bir da Vinci RC modeli üzerinde çalışılmaktadır, SIMSHAW/TERRY/HAUSER/CUMMINGS, s.9, d.30.

¹⁸ O'UZ, s.150; BLECHSCHMITT, s.28; SANKHLA, s.12-13.

¹⁹ BLECHSCHMITT, s.28; SANKHLA, s.13; USLUOĞULLARI, Fatih Hitami/TIPLAMAZ, S.tk./YAYCI, Nesime: -Robotic Surgery and Malpractice (Turk J Urol, 2017, 43(4), s.426. RC'nin ülkemizde yaygınlaşmasıyla ilgili öneriler için bkz. ATE, Ufuk/ERGÜN, Ergun/GÖLLÜ, Gülnur/TÜRED, Bilge/BAHADIR, Kutay/ÇAKMAK, Ahmet Murat: -Robotik Cerrahinin Ülkemizde Yaygınlaşma Süreci ve Önündeki Engeller (Türkiye Çocuk Hastalıkları Dergisi, 2017/4, s.250).

²⁰ Histerotomi ameliyatı, bazıları için, RCM ve laparoskopik cerrahi müdahaleyi komplikasyonlar ve ilersellik yönüyle karşılaştırıldığında, RCM'nin dikkate alınması bir avantaj sağlamadığı, sonucuna varılmaktadır, t.r. RCM'derin hastanın yaşam süresini kısalttığı, sonucuna varılmadığı; yeni bir cerrahi müdahale gerekliliği, komplikasyon veya ölüm oranları, açışından ciddi bir azalma olmadığı, belirtilmektedir. Ancak maliyet açısından durum farklıdır; RCM'der geleneksel laparoskopik cerrahiye göre çok daha maliyetlidir (BLECHSCHMITT, s.41'den naklen).

²¹ Bkz. SANKHLA, s.14'den naklen, yine s.17; ATE /ERGÜN/GÖLLÜ/TÜRED /BAHADIR/ÇAKMAK, s.250. RC'nin laparoskopik cerrahiyle karşılaştırıldığında, benzer yararları, ve sakıncaları, olduğu; ancak buna ek olarak uzmanlık eğitimi ve tecrübe gerektirdiği yönünde HECHENBLEIKNER, Elizabeth/JACOB, Brian: -Medicolegal Issues in Robotic Surgery in S.Tsuda/O.Y.Kudsi (eds), Robotic-Assisted Minimally Invasive Surgery, Switzerland 2019, s.28.

kameran, n kendisine gösterdi ini görebildi i, görü aç, s, d, ,nda herhangi bir duruma müdahale edemeyece i; robotun çal, mad, , veya kusurlu çal, t, ,, müdahale s, ras, nda hata sinyali verdi i, baz, t, bbi gereçleri hastan, n vücudu içinde b, rakt, , durumlarda cerrah, n durumu kontrol olana , olmayabilece i belirtilmektedir²². Ek olarak, geleneksel cerrahi yöntemle nazaran, robotu kullan, rken cerrah, n alg, sal geri besleme yetisini kaybetti i; bunun da örne in, hekimin kazara isabetli olmayan bir kesik gerçekle tirmesini daha mümkün hale getirdi i ileri sürülmektedir²³. Yine, her ne kadar daha güvenli gibi görünmekte ise de, bu gibi durumlarda hekimin müdahalede gösterdi i özen ve tecrübesi müdahalenin ba ar, s, n, büyük oranda etkileyecektir²⁴.

RC sistemleri sa l, k sektöründe yeni bir uygulama oldu undan, hastalar, hekimler, hastaneler, t, bbi cihaz üreticileri ve sigortac, lar halihaz, rda bu sistemlerin etkinli ini, risklerini, daha iyi bir yöntem olup olmad, , n, tespit etmeye çal, maktad, rlar. FDA'n, n *Da Vinci* robotu uygulamas, n, onaylamas, ndan bu yana, üretici firma taraf, ndan verilen temel düzeyde bir kursun ötesinde genel bir uzmanla ma olana , sunulmam, t, r²⁵. Buna ba l, olarak, cerrahlar, n bu konuda yetersiz kald, ,, (özellikle ABD'de) RC'nin a , r, kullan, lmaya ba land, , ve belirli cerrahi müdahalelerle s, n, rlanmas, gerekti i yönünde dü ünceler ileri sürülmektedir²⁶.

4. Öncü Robotik Cerrahi Sistemi *Da Vinci*'de Uygulama ve Ortaya Ç, kan Sorunlar

Robotik cerrahi minimal invaziv cerrahi alan, nda en güncel geli melerdendir; bu sistem 2000'derin ortas, ndan itibaren hayat, m, za girmi , son y, llarda uygulamas, artm, t, r. Sistemi en yayg, n kullanan hekimler jinekologlar ve ürologlard, r²⁷. Denebilir ki, t, p ve teknolojinin kesi im noktas, nda cerrahi robotlar parlamaya ba lam, t, r. Cerrahi robotlar aras, nda en me huru *Da Vinci*'dir. *Da Vinci* hekimlere robot kollar, ve minicik mandallar, vesilesiyle dar bölgelerde yüksek hareket kabiliyeti sa lamaktad, r²⁸. RC sistemiyle bugüne kadar tüm dünyada altm, alt, ülkede alt, milyondan fazla cerrahi müdahale gerçekle tirildi i ifade edilmektedir²⁹.

Da Vinci robotu FDA taraf, ndan Federal G, da, laç ve Kozmetik Yasas, 510(k) bölümünün ko ullar, çerçevesinde onaylanm, t, r. Kurum *Da Vinci*'yi en az mevcut t, bbi müdahale yöntemleri ve cihazlar, kadar güvenli ve etkin kabul ederek uygulamas, na onay vermi tir³⁰. Her ne kadar FDA buna ili kin bir inceleme yürütmeye çal, maktaysa da;

²² SANKHLA, s.14.

²³ RC. savunucular, n, n dahi bu hususa ili kin endi elerinin oldu u; RCM'der esnas, nda zarar gören hastalar, n açt, , davalar, n ço unda, hastanelerin RC. konusunda hekimlerini bu uzmanl, a uygun ve yeterli ekilde yeti tirmedi i iddialar, n, n yer ald, , ifade edilmektedir (SANKHLA, s.14 vd).

²⁴ BLECHSCHMITT, s.29. Robotun çok yönlü kollar, ve yap, s, cerrahlar, n e zamanl, göz-el kordinasyon becerilerini gerektirmektedir. Yanl, ellerde, yanl, hastalar üzerinde ve/veya yerinde olmayan müdahalelerde -somut davalarda ve FDA'ya iletilen raporlarda görüldü ü üzere- robotlar, n yan, k, yaralanma vb. riskli sonuçlar do urmas, olanaks, z de ildir. Ayr, ca RCM'der, genelde daha uzun sürebildi inden, hastalar, n daha uzun süre anesteziye maruz kald, klar,, bunun daha fazla komplikasyona yol açabildi i ileri sürülmü tür. Amerika'da aç, lan davalar, n ço u bu konuya ili kindir (SANKHLA, s.19).

²⁵ OSTROM, Carol M.: "Use of Surgical Robots Booming Despite Hefty Cost" http://o.seattletimes.nwsourc.com/html/localnews/2018631542_robot08m.html (ET:7.07.2019). Esasen RCM. uzmanl, k e itiminde belirli bir standard belirlenmi de ildir. ABD'de aç, lan dava sebebi istatistiklerine bak, ld, , nda, bu konunun cerrahlar aras, nda giderek endi e yaratt, , gözlenmektedir. Amerikan Jinekolojik Laparoskopistler Birli i (AAGL) 2014'de robot destekli jinekolojik laparoskopi müdahalelerine ili kin bir bilgilendirme k, lavuzu yay, nlam, t, r, <https://www.aagl.org/wp-content/uploads/2013/10/AAGL-privileging-guidelines-for-robotic-assisted-laparoscopy-for-member-comment.pdf> (ET:7.07.2019). RC'nin yayg, nla mas, nda e itime kolayl, kla eri bilime gere i; bu ba lamda yurtiçi e itim/uzmanla ma, çal, tay, simulasyonlar, hayvan modelleri üzerinde çal, malar, n artt, r, lmas, yönünde ATE /ERGÜN/GÖLLÜ/TÜRED /BAHADIR/ÇAKMAK, s.251.

²⁶ SANKHLA, s.21.

²⁷ FERRARESE, Alessia et al: "Informed Consent in Robotic Surgery: Quality of Information and Patient Perception" *Open Med.* 2016 (11), s.280. Günümüzde en yayg, n olarak kullan, lan robotik telemanipülasyon sistemi *Da Vinci* sistemidir. *Da Vinci* sistemlerinde ise *Da Vinci Xi* en yüksek teknoloji ile geli tirilmi cihazd, r, <https://www.intuitive.com/en-us/products-and-services/da-vinci/systems##> (ET:7.07.2019).

²⁸ *Da Vinci* ve cerrahi müdahalelerde kullan, lan di er robotlar hakk, nda <http://www.acikbilim.com/2012/07/dosyalar/dr-robot-dr-robot-lutfen-ameliyathaneye.html> (ET:7.07.2019).

²⁹ <https://www.davincicerrahisi.com/> (ET:7.07.2019).

³⁰ Doktrinde bu hüküm çerçevesinde al, nan onay, n robot destekli müdahalelere ciddi bir koruma getirdi i ve - *Da Vinci*'nin FDA'n, n kat, tetkik ve denetimi yerine, mevcut teknoloji ve sistemle benzerli ini; laparoskopik müdahale ve buna ili kin cihazlarda ayn, k, s, tlama ve sorumluklar, n olu tu unu ileri sürerek h, zl, ve kolay ekilde onay ald, , dü ünüldü ünde- üreticinin sorumluluğu unu ciddi biçimde daraltt, , ifade edilmektedir. Gerçekte robotik ve laparoskopik müdahalelerin etkisi ve ortaya ç, kard, , komplikasyonlar farklıl, klar göstermesine ra men, bu yönde bir

hekimlerin ya anan aksaklıklar, bildirme yükümlülüğü olmaması, şikâyet ve cerrahi müdahale sonuçları, kayıt altına alınmayan sistem olmaması, üreticiyi veya sağlık hizmeti sunan kurumun RCM'ler esnasında doğan zararlara ilişkin denetleyici bir otorite olmaması, bu değerlendirilmeyi güçleştirmektedir. FDA-MAUDE³¹ veritabanında RCM'lere ilişkin rapor edilen problemler tarandı, burada bu vakalar, hiç de az sayıdadı, gözlenmekte; bununla birlikte *da Vinci*'nin üreticisi *Intuitive Surgical* rapor edilen problemlerin geleneksel cerrahi yöntemlere nazaran, RCM'lerle arttı, savına itiraz etmektedir. Rapor edilen bazı somut vakalara örnek olarak; bir histerektomi ameliyatında hekimin kontrolündeki robotun kaza ile bir kan damarını kesmesi sonucu hastanın kaybedilmesi, prostat ameliyatı esnasında hastanın kalın bacağına, delinmesi, yine bir histerektomi ameliyatında robot kolunun hastanın yüzüne vurması sayılabilir³².

Da Vinci günümüzde başta prostat, rahim, safra kesesi, kalp kapakçığı, mide küçültme ameliyatları, organ nakli olmak üzere cerrahi müdahalelerde yaygın uygulama bulmaktadır. Pek çok ülkede kullanılmakla birlikte, bu RC sisteminin en popüler olduğu yer üreticisinin bulunduğu Amerika'dır. Buna bağlı olarak, RCM'lerden doğan zararları yargıya taşıyan, hukuki sorunları en çok kendini göstermeye başladığı yer de bu ülkedir³³:

Taylor v. Intuitive Surgical Inc. (Washington 2012) davasında üretici firma robotu gerekli uzmanlık eğitimini sunmaksızın sağlık sektörüne (hekimlere, hastanelere vb.) pazarlamak suretiyle, hastalar risk altına girerek suçlamalarıyla karşılaşmıştı³⁴.

Mracek v. Bryn Mawr Hosp. (Pennsylvania 2009) davasında³⁵, davacı tıbbi müdahale esnasında robotun düzgün çalışmadığını, gecikmeyle açık cerrahiye dönüldüğünü, ciddi komplikasyonlara maruz kaldığını, ileri sürmüştür. Ancak Bölge Mahkemesi robotun kusurlu olduğunu yahut bu hatalı işlemin davacının zararına yol açtığını, yönelik davacının yeterli delil sunmadığını karar vermiştir.

Dulski v. Intuitive Surgical Inc. (Illinois 2011) davasında³⁶, tıbbi müdahale esnasında *da Vinci* robotunun hastanın bacağına delmesi üzerine, öncelikle hekimlere malpraktis iddiasına dayanarak dava açılmış, t.r. Dava sürecinde davacı, *Dulski*'nin ameliyatından önce robotla ilgili yirmibir kez servis araması yapıldığını ve davalı hekimin onsekiz kere robotik müdahalede bulunduğünün öğrenilmesi üzerine, ikinci bir dava da *da Vinci*'nin üreticisi *Intuitive Surgical*'in kusurlu ürün ürettiğini, sattığını ve dağıttığını, için açılmış, t.r. Davalar, biri hekimin özen yükümlülüğüne aykırılığı, davrandığını gösteren delil olmadığına dayanarak delil yetersizliğinden reddedilmiştir; diğeri ise kamuoyuna yansımalarıdır³⁷.

Silvestrini v. Intuitive Surgical Inc. davasında³⁸, hasta tiroidektomi ameliyatı öncesinde, bu operasyonda RCM'nin geleneksel operasyon yöntemine göre çok daha az müdahale içerdiği hususunda aydınlatılmış, t.r. Ancak ameliyat sırasında robotta arıza (*malfunction*) oluşunca operasyona dönülmüştür; bunun sonucunda davacı, hastanın boynunda ciddi bir estetik müdahaleyi gerektirecek şekilde yara kalmış, t.r. Davacı, hastaneye ve robot üreticisi *Intuitive Surgical*'e zararları tazmini istemiyle dava açmış, t.r. Hastaneye karşı olan iddialar, robotun bakımını gerektirmesi gibi yapılmadığını, hastanenin operasyon sırasında oluşan robot arızasına müdahale edecek şekilde sağlık personelinin yetiştirmediğini ve böyle acil durumlarda üretici firmadan bir teknisyenin bulundurulması yönünde *Intuitive Surgical* ile anlaşma noktasında özensiz hareket ettiği idir. Üretici firmaya yönelik iddialar, firmanın hastane ve ilgili sağlık personeline robotları,

kiyaslanarak, 500 dolarlık bir bisikletin 50 bin dolarlık lüks bir araba ile kiyaslanmasından farkı olduğu yönünde eleştirilmiştir, SANKHLA, s.32.

³¹ Manufacturer and User Facility Device Experience.

³² RCM'ler esnasında ölüm, yaralanma, ürün hatası gibi istatistiksel veriler için bkz. SANKHLA, s.33. Türk tıp doktrininde de konu ele alınmış; bu veritabanına göre, 2000-2013 yılları arasında 10.624 (ölüm, yaralanma, robot arızası) istenmeyen sonucun ortaya çıktığı; 2013'te bu sayıların ciddi şekilde arttığı gösterildiği belirtilmiştir (USLUO ULLARI/TIPLAMAZ/YAYCI, s.425).

³³ Amerikan federal sisteminde malpraktis ilişkin düzenlenmiş genel hükümler mevcut değildir. Her eyalet malpraktis iddialarını kendi koyduğu yasal düzenlemeler kapsamında ele almaktadır (SANKHLA, s.34).

³⁴ SANKHLA, s.37.

³⁵ *Mracek v. Bryn Mawr Hosp.*, 2010 U.S. App. LEXIS 2015. Bkz. DATTERI, Eduardo: "Predicting the Long-Term Effects of Human-Robot Interaction: A Reflection on Responsibility in Medical Robotics" *Sci Eng Ethics* (2013) 19, s.154 vd; PAGALLO, s.91 vd.

³⁶ *Dulski v. Intuitive Surgical Inc.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 12651.

³⁷ SANKHLA, s.38.

³⁸ *Silvestrini v. Intuitive Surgical Inc.*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 13801.

kullan,m, konusunda vermesi gereken uzmanl,k e itiminden sorumlu olmas, ve bu e itimin mevcut haliyle çok yetersiz oldu udur. Nihayetinde, hastaneye kar , iddialar,n usulsüz oldu una karar verilirken, *Intuitive Surgical*ın kar , olan iddialar,n ak, beti yay,nlanmam, , kamuoyuna yans,mam, t,r³⁹. Doktrinde, özellikle üretici firma ile olan uyu mazl,klar,n sonucuna ili kin baz, belirsizliklere dikkat çekildi i; bunun bazen yarg,sal süreçlerin halihaz,rda devam ediyor olmas,ndan kaynaklanmas, mümkün olabilir ise de, daha ziyade taraflar,n mahkeme d, , sessizce uzla makta olmas,ndan kaynakland, , dü ünçesinin a ,r bast, , görülmektedir⁴⁰.

III. ROBOT K CERRAH MÜDAHALELERDE HUKUK SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Robotik sistemlerin FDA'dan onay almas,n,n ard,ndan robotik teknolojinin t,bbi cerrahi müdahalelerde kullan,m,n,n yayg,nla t, , gözlenmektedir⁴¹. Robotik sistemlerin ameliyathanelere girmesinin pek çok avantaj, mevcuttur; bununla birlikte, böyle yüksek teknoloji-cihazlar,n yeni rizikolar, ve zarar do urabilecek senaryolar, beraberinde getirebilece i de gözden uzak tutulmamal,d,r. Bu öncelikle t,bb,n teknoloji ile iç içe geçti i bu alan,n kendine has yap,s, ve özelliklerinden kaynaklanabilir. Örne in; robotlar,n endüstriyel alanda kullan,m,na nazaran, ameliyathanede robot hastaya çok yak,n bir mesafede konu land,r,lmaktad,r. Bu hastay, -hasta kural olarak anestezi etkisinde olaca , ve olas, bir tehlikeli durumda tepki vererek kendini koruyamayaca , için- özellikle korumaya ihtiyaç gösteren bir pozisyona sokmaktad,r. Yine robotu kullanacak hekimler -her ne kadar bir uzmanl,k e itiminin al,nmas, gereklili i kabul ediliyorsa da- kural olarak temel bir teknik bilgiye ve e itime sahip de ildirler. Son olarak, RCM'de sürece kat,lan ve süreci yönlendiren esasen sadece hekimler ve ilgili t,bbi personel de ildir; müdahalenin bünyesinde bar,nd,rd, , teknoloji örne in, üretici ve/veya yaz,l,m geli tirici ya da hastanelerin de sürece dahil olmas,n, gerekli k,labilir⁴².

Nas,l ki t,bbi müdahaleler bünyesinde her an bir zarar,n do mas, riskini bar,nd,r,yorsa, bu müdahalelerin özel bir uygulama alan,n, olu turan RCM'de de her zaman için bir zarar (maddi/manevi zarar) olu abilece i göz ard, edilmemelidir. RC'de robotun i levselli i bak,m,ndan sundu u faydalar önemli olmakla birlikte, robot yine hekim taraf,ndan kontrol edilmekte olup; örne in, verilen yanl, bir komut neticesinde veya bünyesindeki mekanik bir ar,za nedeniyle zarar,n olu mas,na sebebiyet verebilir. Bunun yan,nda, RCM'de esnas,nda veya sonras,nda -bilinen geleneksel usullerle gerçekleştirilen t,bbi müdahalelerde oldu u gibi- do ru tan, ve uygun tedavi ile gösterilen tüm dikkat ve özene ra men, hastada bir komplikasyon⁴³ geli mi ve bu komplikasyona hekim taraf,ndan do ru bir müdahale uygulanm, oldu u halde hastada bir zarar meydana gelmi olabilir. Komplikasyon hukuk alan,nda *izin verilen risk*

³⁹ SANKHLA, s.39.

⁴⁰ SANKHLA, s.39-40. Yazar ayr,ca ço u davada davac,lar,n delil yetersizli inden ötürü ispat noktas,nda t,kan,p kald, ,n, belirtmekte; kan,m,zca da isabetli olarak, uçaklardaki *-kara kutu* (black box) ile ayn, i levi görece *-metadata*ın,n delil olarak kabul edilerek de erlendirilmesi gerekti ini, bu konuda yasal düzenleme gerekti ini dile getirmektedir (s.40,43).

⁴¹ Robotik sistemler ba lang,çta belirli cerrahi müdahalelere göre tasarlanm, sa da, son y,llarda kullan,m,n,n t,p biliminin farklı alanlar,na yay,ld, , görülmektedir. Bu geçi çok sorunsuz da olmam, t,r, çünkü an,lan t,bbi cihazlar ilk olarak dar operasyonel alanlarda ve belirli t,bbi alanlara ili kin gereçler içerir ekilde tasarlanm, t,r. Kullan,m,n genele yay,lmas, üzerine, mühendisler robotik kollar,n ve ba lant,l, gereçlerin farklı müdahalelere adapte olabilir, daha basit ve güvenli bir kullan,m sa lamas, üzerinde çal, maktad,r (FERRARESE, Alessia et al.: *Malfunctions of Robotic System in Surgery: Role and Responsibility of Surgeon in Legal Point of View*, Open Med. 2016 (11), s.286).

⁴² BLECHSCHMITT, s.43. Çe itlilik gösterebilecek olas, senaryolar çerçevesinde farklı sorumluluk rejimlerinin/sorumluluk hukuku düzenlemelerinin uygulama bulabilece i gözden uzak tutulmamal,d,r. Bu RCM. esnas,nda yahut sonras,nda meydana gelen zarar,n kayna ,na göre de i ebilecektir: Örne in; robotik sistemin kusurlu i lemesi veya durup hiç çal, mamas,, kullan,c, hatas,/kullan,c,n,n özensiz davranmas,, robotun ö renme yoluyla geli tirdi i yeni becerilere ili kin farklı bir harekette bulunmas,, robotun otonomluk düzeyi, robotun türü (aç,k/kapal, robot) vb (VAN ROSSUM, s.19).

⁴³ T,bbi anlamda *-komplikasyon* hastan,n veya hekimin sebep olmad, , ancak olmas, t,bbi standartlara göre muhtemel olan ve istenmeyen yan etki ya da sonuçtur (GÜNDAY, Rezzan: *T,bbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Do an Hukuki Sorumluluk*, Ankara 2012, s.116). Daha kapsaml, bir di er tan,ma göre; komplikasyon, t,bbi standartlar ile uyumlu bir müdahale yap,lm, olmas,na ra men, meydana gelebilece i t,p çevrelerince kabul edilen ve tüm önlemler al,nm, olsa dahi kaç,n,lmaz ekilde ortaya ç,kan/ç,kabilen zarar olarak nitelendirilmektedir (HAKER , Hakan: *T,p Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayr,m,ğ Toraks Cerrahisi Bülteni*, 2014, 5(1), s.24, <https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf> (ET:7.07.2019).

olarak ifade edilmektedir⁴⁴. RCM'derde de, tüm dikkat ve özen yükümlülüğü yerine getirilmi olmas,na ra men, hastalar kaç,n,Imas,n,n mümkün olamad, , sabit bu tür durumlar neticesinde zarara u rarlar ise; buna ba l, olarak hukuki sorumluluk gündeme gelmeyecektir⁴⁵.

Hukuki sorumlulu un do mas,nda ve sorumluluk hükümlerinin i letilmesinde hareket noktas,, hastan,n u ram, oldu u zarar,n kayna ,d,r. Hukuki sorumlulu un niteli i ve hukuki sorumluluk sujelerinin belirlenmesi ortaya ç,kan zarar,n kayna ,na göre tespit edilebilecektir:

1. Zarar, hekim tüm özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmiş olmas,na ra men, kaç,n,Imas, mümkün olmayan bir durumdan meydana gelmiş olabilir.

2. Zarar, hekimin robotu yanlış programlamas,ndan, hatalı yönlendirmesinden ya da robotun kullan,m,na ili kin bilgi sahibi olmamas,ndan, gerekli uzmanlık eğitimi ve/veya tecrübeye sahip olmamas,ndan kaynaklanm, olabilir.

3. Zarar, t,bbi müdahale esnas,nda robotta meydana gelen mekanik bir ar,za nedeniyle ortaya ç,km, olabilir. Böyle bir zarar robotun kendi yap,s,ndan/üreticisinden kaynaklı, do abilece i gibi, hastanelerin bünyesinde bulundurdular, robotik sistemlerin bak,m,na, çal,ır ve i e yarar konumda bulundurulmas,na ili kin özen yükümlülüklerini gere i gibi yerine getirmemiş olmalar,ndan da kaynaklanabilir.

B. Hekimin Hukuki Sorumluluğ u

Hekimin sorumluluğ u -sorumluluk kaynaklar, uyar,nca- medeni hukuk (hukuki), t,bbi etik, ceza ve idare hukuku çerçevesinde sorumluluk olarak gündeme gelebilir. Hekimin medeni hukuk bak,m,ndan sorumluluğ unu do uran kaynaklar ise hekimlik sözleşmesi, haks,z fiil ve vekaletsiz i görmeden do an borç ili kileridir⁴⁶. Bir ba ka ifadeyle, hekimin hukuki sorumluluğ u genel olarak bir haks,z fiilinden kaynaklanabilece i gibi, akdi bir borç ili kisinden do an edim yükümlülüklerine ayk,r, kusurlu fiilinden veya vekaletsiz i görmüş olmas,ndan kaynaklanabilir⁴⁷. Hekimin t,bbi i lem ve faaliyetlerinden ortaya ç,kan sorumluluğ u esas olarak kusur sorumluluğ una ba lanmaktadır. Hekimin hukuki sorumluluğ u say,lan bu haller d, ,nda, do rudan do ruya yasal bir olgudan da kaynaklanabilir ki, art,k bu halde, hekimin sözleşme d, , objektif (kusursuz) t,bbi sorumluluğ undan söz edilir⁴⁸.

Hekimin meslek kusuru, hekimin hukuki sorumluluğ u ba lam,nda üzerinde durulmas, gereken di er bir önemli bir husustur. Meslek kusuru, t,p biliminin genel olarak kabul edilmiş ilkelerine kusurlu eklede ayk,r, davranmaktadır. Di er bir deyi le, hekimin t,p bilimi ve uygulamas,nda tan,nm, ve kabul görmüş kurallar, gerekli dikkat ve özenin eksikliği sebebiyle dikkate almamas,d,r⁴⁹. T,p bilimi taraf,ndan bilinen fakat henüz yayg,n bir uygulamaya sahip olmayan tedavi yöntemlerinin de -t,p biliminde genel olarak tan,nm, bir yöntemle oranla daha fazla iyile tirmeye ans, tan,mas, ko uluyla- hekimler taraf,ndan uygulanabilmesi mümkündür⁵⁰. RCM'derin de, yukarıda an,lan avantajlar, çerçevesinde, bu kapsamda de erlendirilmesi mümkündür⁵¹. Bu çerçevede, örne in, RCM. konusunda hiç e itim almam, ve robotik sistemlerin kullan,m,na dair hiç/yeterli tecrübesi olmayan bir hekimin bu yöntemi kullanarak t,bbi müdahalede bulunmas, meslek kusuru kapsam,nda de erlendirilebilir. Yine hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi meslek kuralları,na uymas, yan,nda, t,bbi standartlara göre kendisine atfedilen dikkat ve özen yükümlülüğ ünü de yerine getirmesiyle mümkündür. Hekim t,p bilimi ve uygulamas,nda bilinip kabul edilen kural ve yükümlülüklerle ayk,r, davranm, ve/veya t,bbi ve hukuki standartlara göre özensiz bir davran, ta bulunmuş ise ve meydana gelen

⁴⁴ GÜNDAY, s.117.

⁴⁵ O UZ, s.152-153.

⁴⁶ DEMİR, Mehmet: "Hekimin Sözleşme Medeni Do an Sorumluluğ u" AÜHFD, 2008, 57(3), s.225-226; O UZ, s.156.

⁴⁷ Sorumluluğ un hangi esasa dayand, ,n,n belirlenmesi tazminat,n dayana , ve kapsam, ile ispat yükünün da ,l,m, bak,m,ndan önem ta ,maktadır. An,lan hukuki sorumluluk halleri, hekimin hukuka ayk,r, kusurlu eylemi nedeniyle hastan,n u rad, , zarar,n varlı, ,n,n ve bunun giderilmesi gere inin ola an birer sonucudur (DEMİR, s.228).

⁴⁸ DEMİR, s.229. Özellikle ispat yükü, yard,mc, ki ilerin eylemlerinden sorumluluk ve zamana ,m, yönünden, hekimin sözleşme ve sözleşme d, , sorumluluğ unun farklı, pratik sonuçları, vard,r.

⁴⁹ YAVUZ PEKYÜZ, Filiz: "Hekimin Tazminat Sorumluluğ u" DÜHFD, 2015, 20(33), s.32; O UZ, s.157; ayr,nt,l, bilgi için bkz. AYAN, Mehmet: "T,bbi Müdahalelerden Do an Hukuki Sorumluluk", Ankara 1991, s.107 vd.; ÖZDEMİR, Hayrünisa: "Özel Hukukta Tedavi ve Tedavi Sözleşmesi", Ankara 2004, s.162 vd.

⁵⁰ YAVUZ PEKYÜZ, s.34.

⁵¹ O UZ, s.157. RCM'der art,lar, ve eksileri ile dünyada tart,ılmaktadır. Bununla birlikte bu müdahalelerin yak,n zamanlı, geçmi i uygulamaya dair ciddi istatistik verilere ula maya henüz imkan vermedi i için, halihaz,ırda müdahalelerin avantajları,n,n olas, sak,ncalar,na göre daha a ,r bast, , genel olarak ifade edilmektedir.

zarar hekimin bu davranış, ile uygun illiyet bağı, içerisinde bulunuyorsa; hekimin hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

1. Hekimin Sözleşme Medeni Sorumluluğu

a. Sözleşmenin Niteliği

Hekimin, tıbbî tedavisini, tedavi, ameliyat ve bakım hizmetlerinin ifasını, üstlendiği hekimlik sözleşmesinde, hastasına karşı, sözleşme ihlâline dayanan (sözleşme mesel borca aykırılıkta) sorumluluğunun ortaya çıkabileceği tartışılmalıdır⁵². Hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme, rızalı sözleşmelerden olup, geçerliliği bir şekilde tartışılmazdır. Hekim ve hasta (veya hastanın yetkili temsilcisi) tarafından, tıbbi müdahalede bulunulmasıyla yönelik olarak, iradelerin serbestçe açıklanmasıyla, sözleşme mesel borç ilişkisi kurulmuş olur⁵³.

Hekimin sorumluluğunun sözleşmeye dayandığı hallerde, bu sözleşmenin nitelik ve kapsamının belirlenmesi önemlidir. Zira sorumluluğun koşulları, ve sonuçları, sözleşmenin hukuki niteliği konusundaki kabule bağlı olarak farklılık gösterecektir. Hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin yanında, hizmet ve eser (istisna) sözleşmesiyle de benzerlikleri bulunmaktadır. Ancak, hekim, hastaya tedavi sonucunda mutlak bir iyileşme taahhüdünde bulunmadığından, ortada bir eser sözleşmesi⁵⁴ bulunmadığı gibi; tedavisini ve tedavi sürecini yürütürken kimsenin emir ve talimatı ile hastanın gözetimi altında olmadan, tıbbi biliminin esasları, ve hekimlik mesleğinin gerekleri doğrultusunda iradesiyle serbestçe yürütmesi nedeniyle hizmet sözleşmesi niteliği de yoktur. Hukuk özetimizde hakim görüşü, hasta ile hekim arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması yönündedir⁵⁵. Yine Yargıtay da bu yöndeki bakış açısını tutarlı bir şekilde sürdürmektedir⁵⁶.

Robotik cerrahi müdahaleler bu anlamda bir özellik arz etmeyip, robotik sistemin kullanıldığı, tıbbi müdahalenin ve hasta-hekim arasındaki ilişkinin niteliği belirleyicidir. Bu bağlamda RCM'deri konu alan sözleşmelerin de -hekimin robotik sistem destekli tıbbi müdahaleyle bağlantılı bir sonuç taahhüdünde bulunmadığı, sürece genel olarak vekalet sözleşmesi niteliğinde değerlendirileceği⁵⁷ söylenebilir.

b. Sözleşme Mesel Yükümlülüğü / Borca Aykırılık

Hekimin sözleşme medeni edim yükümlülüklerinden birini veya birkaçını, hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde, sözleşmenin ihlali gündeme gelir (TBK md.112). O nedenle, sözleşme ile hekime yüklenen borçlar, neler olduğunu belirlerken, sözleşmenin somut içerik ve kapsamının iyice araştırılması, (somut olaya göre değerlendirme) gerekir⁵⁸.

Hekimin sözleşme mesel yükümlülerinin bağlamında, hastanın tedavisini koyma ve konulan tedavisiye göre en uygun tedavi yöntemini seçip uygulama gelmektedir. Hekim yerleşimi ve standartla, kurallar, uygulama yükümlülüğü altında, Ancak belirtmek gerekir ki; kural olarak hekime tedavi özgürlüğü tanıyan, oldu undan, tıbbi standarttan her sapma doğrudan

⁵² AYAN, s.49 vd; DEM R, s.228; YAVUZ PEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s.13-14; ayn. yönde SANKHLA, s.26; BLECHSCHMITT, s.49.

⁵³ BLECHSCHMITT, s.51; DEM R, s.236; ÖZÜZ, s.158; ÖZDEMİR, s.65.

⁵⁴ stisnai olarak, bir di hekiminin tedavi amacı, bulunmaksızın köprü, dolgu gibi sadece protez yapmayı; bir ortopedi hekiminin protez kol-bacak takmayı, üstlenmesi gibi hallerde hekim-hasta arasında akdedilen sözleşmenin art.6 eser sözleşmesi vasfına sahip olduğu ifade edilmektedir (bkz. AYAN, s.55; DEM R, s.238).

⁵⁵ ENOCAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s.25 (Sözleşmenin hukuki niteliği ve doktrindeki görüşler hakkında bkz. s.17 vd); ÖZDEMİR, s.81; ZEYTİN, Zafer: "Tedavisi Kısında Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu ve Roche Sağlık Hukuku Günleri I", İstanbul 2007, s.101; ZEYTİN, Zafer: "Vekalet ve Eser Sözleşmeleri-Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşmelerin Niteliğinin Belirlenmesi", Tıbbi Hukuk, Y:3, S:6, Ekim 2014, s.111; DEMİR, Mehmet: Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018, s.229. Hekimlik sözleşmesi hukuki nitelik açısından, bir vekalet sözleşmesi niteliği taşıyarak birlikte; bunun hukuksal anlamı da hukuksal anlam benzerlerinin yapılmaması ile kin vekalet türünde de il, maddi fiillere ilişkin vekaletin özel bir görünümü biçiminde gerçekleştirilmesi belirtilmelidir (DEMİR, s.238).

⁵⁶ Y.13.HD, T.8.03.2016, E.2016/1312, K.2016/6953. Kararda hekim ve hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu unun dairesinin içtihatları ile süreklilik kazandı, nın altında, çözümlenmektedir, <https://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=107720> (ET:7.07.2019).

⁵⁷ Ayn. yönde ÖZÜZ, s.161.

⁵⁸ DEMİR (Sorumluluk), s.232; USLUOĞULLARI/TIPLAMAZ/YAYCI, s.426.

özen yükümlülüğü ünün ihlali olarak de erlendirilememekte⁵⁹, somut olay,n ko ullar,n, dikkate almak gerekmektedir. Tedavi özgürlüğü ü ancak t,bbi standartlar uyar,nca ba ka bir yöntemin üstünlüğü ünün genel olarak kabul ediliyor olmas, halinde sona erer⁶⁰.

Hekimin -özellikle konumuzla ilgili olarak- di er sözle mesel yan edim yükümleri, hastay, ayd,nlatma, sadakat ve özen gösterme, t,bbi bilgi ve birikimini art,rma ve mesleki deneyimini geli tirme borçlar,d,r.

Hekimin hastal, ,n te hisinden sonra, en uygun tedavi yöntemini seçememi ya da seçilen tedavi yöntemini özenle uygulamamas, olmas, durumlar,nda tedavi kusurundan söz edilebilecektir. Somut olayda t,bbi standartlar çerçevesinde ba ar,l, sonuca eri me olas,l, , en yüksek, fakat riski en az yöntemin uygulanmas, yerinde olur. Cerrah RCMðere ili kin uzmanl, a ve tecrübeye sahip de ilse ya da çal, t, , sa l,k kurumunda bu t,bbi cihazlar mevcut de ilse, hastan,n böyle bir müdahale yönteminin, bu müdahaleyi gerçekle tirebilecek hekim ve hastanelerin varl, , konusunda da genel olarak ayd,nlat,lmas, yerinde olur⁶¹. Yine böyle bir durum olmamakla birlikte, hasta mevcut sa l,k durumu (ör:kalp rahats,zl, ,, obezite) bak,m,ndan RCMøye uygun olmayabilir; burada hekimin hasta için en uygun tedavi yöntemini dikkat ve özen yükümlülüğü ü çerçevesinde belirlemesi beklenir⁶².

Hekim-hasta aras,nda akdedilen sözleşme ba lam,nda hekimin bir di er temel edim yükümü olan ayd,nlatma yükümünün içerik ve kapsam,, önceden taraflarca sözleşmeyle kararla t,r,lacak kesin s,n,rılarla de il; her somut olaydaki özel durum ve ko ullara göre belirlenecektir⁶³. Hekim robotik sistemin i leyi i, t,bbi müdahalenin içeri i⁶⁴ ve buna ba l, olarak ortaya ç,kabilecek riskler, yine RCMønin sundu u avantajlar aç,s,ndan hastay, ayd,nlatmal,d,r. Ayr,ca RCMølerin henüz geli im a mas,nda oldu u ve t,bbi standartlara kavu mad, , göz önünde tutularak; geçmi hikayelerde kar ,la ,lan komplikasyonlar ve bilinen riskler, robotik sistemin ar,za yapabilme olas,l, , ve böyle bir durumda aç,k cerrahiye geçilebilece i ve hastan,n daha uzun bir anestezi sürecine maruz kalabilece i⁶⁵ ve yine cerrah,n RCødeki e itimi ve tecrübesi gibi⁶⁶ hususlar,n hastan,n bilgisine sunularak t,bbi müdahale öncesinde ayd,nlat,lm, r,zas,n,n al,nmas, gerekir. Özetle, hekim hastalar,n, neden böyle bir müdahale önerdi i, müdahalenin sundu u yararlar gibi hususlarda; yine RCMøye has olas, robot-kaynakl, risklere kar , bilgilendirmelidir. Burada somut olay,n ko ullar,ndan ve benzer t,bbi müdahalelerde tedbirli ve özenli bir hekimin standart davran, biçiminden (prudent physician standard) yola ç,karak ayd,nlatma yükümünün kapsam, belirlenir⁶⁷. Böylece kapsaml, bir ayd,nlatma hastay, -RCøye has bilinen/(ve hatta henüz) bilinmeyen risklerin varl, , hakk,nda bilgi sahibi olarak- RCM. yöntemini seçme veya geleneksel cerrahi yöntemlerine öncelik verme

⁵⁹ LAUFS, Adolf/UHLENBRUCK, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, München 2002, (ULSENHEIMER, *Der Arzt im Strafrecht*) §140, Rn.18; HAKER , Hakan: T,p Hukuku, Ankara 2015, s.627.

⁶⁰ LAUFS/UHLENBRUCK, (LAUFS, *Die Freiheit des ärztlichen Berufs*) §3, Rn.16; HAKER (T,p), s.627. Henüz hakk,nda t,bbi standartlar,n kesin olarak olu turulmad, , yeni bir yöntemi uygulamak isteyen hekimin daha a ,r bir özen yükümlülüğü ü alt,nda oldu u; böyle bir uygulaman,n -o t,bbi müdahale türünün standart yöntemiyle kar ,la t,r,ld, ,nda- avantaj-dezavantaj de erlendirilmesinde hasta yarar, bak,m,ndan üstün özellikleri oldu unun kabulü halinde, bu yöntemin seçilmesinin me ru olabilece i yönünde BLECHSCHMITT, s.67.

⁶¹ Hekimin özen yükümlülüğü ü çerçevesinde çal, t, , sa l,k kurumunda yeterli/modern tedavi olanaklar, olmamas, sebebiyle burada tedaviye devam etmeyi reddetmesini gerektiren bir halde, hastay, mevcut/modern tedavi seçenekleri hakk,nda bilgilendirmemesi ve ayd,nlatmamas,n,n tedavi kusuru te kil edece i yönünde BGH NJW 1989, 2322.

⁶² SANKHLA, s.23. T,p doktrininde kalp ve damar rahats,zl, ,, serebrovasküler hastal, ,, solunum yetersizli i, pulmoner hipertansiyon veya glokom gibi s,k,nt,lar, olan hastalar yönünden RCMølerin riskli olabilece i dile getirilmi tir, bkz. SANKHLA, s.27.

⁶³ Konu hakk,nda bkz. AYAN, s.71 vd; DEM R, s.240; ENOCAK, s.44 vd; ÖZDEM R, s.102.

⁶⁴ Örne in; hekimin bir tümör ameliyat, öncesinde hastay, robotik sistemin i leyi i ve t,bbi müdahalenin içeri i hakk,nda yeterince ayd,nlatmad, , -hastaya müdahale s,ras,nda hiç hareket etmeden ayn, pozisyonunu muhafaza etmesi gerekti ini aç,kklamad, , - için, müdahale s,ras,nda hastan,n ani bir hareketinden ötürü tümörün bulundu u alan d, ,nda doku yaralanmalar, olu mas, (BLECHSCHMITT, s.75).

⁶⁵ SANKHLA, s.29-30.

⁶⁶ Robotik histerektomi ameliyat, s,ras,nda ureteral yaralanmaya maruz kalan bir hastan,n açm, oldu u davada; hasta, cerrah,n RCM. konusunda yeterli e itimi ve tecrübesi olmad, ,n, bilmi olsayd,, bu t,bbi müdahaleye r,za göstermeyece ini ileri sürmü tür (USLUO ULLARI/TIPLAMAZ/YAYCI, s.427).

⁶⁷ HECHENBLEIKNER/JACOB, s.32. Bir ilke karar, çerçevesinde Alman Federal Temyiz Mahkemesi seçilen tedavi yöntemi ile ayd,nlatma yükümü aras,nda kar ,l,kl, bir etkile im tesis etmi tir: Buna göre, hekimin geleneksel yerle mi tedavi yöntemlerinden ayr,ld, , ölçüde ayd,nlatma yükümünün kapsam, geni lemektedir (BGH NJW 2006, s.2478; yine bkz. WENZEL, Frank: Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2013, s.301, Rn.123).

yönünde muktedir k,lar⁶⁸.

Robotik cerrahi müdahalelerde hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü ile bilgi ve deneyimini geli tirme yükümlülüğünü gere i gibi yerine getirememesi olmas, da hasta ile hekim aras,ndaki sözleşmenin ihlali sonucunu doğurur. Teknolojideki gelişmelere paralel olarak, sağlık alan,nda kullanılan teknik alet ve yöntemler oldukça gelişmiş; kullanılan robotik sistemlerin ve diğer teknik cihazlar,ın karmaşık niteliği hekimlerin özen yükümlülüğünü ve buna bağlı olarak sorumluluk alan,ın genişletmiştir⁶⁹. Cerrahlar,ın tıp alan,nda kullanılan ve gelişmekte olan robotik sistemlerin ve teknolojik tıbbi cihazlar,ın kullan,m,na henüz tam olarak hakim olamamaları, sebebiyle, bu tür tedavilerde bazı beklenmeyen sonuçlarla karşılaşabilmektedir. Dolayısıyla hekimlerin tıbbi bilgilerini geliştirme ve güncelleme gereğinin yan,s,ra, tıbbi müdahalelerde kullanılan robotlar,ın kullan,m, hakk,nda eleştirilmeleri ve uzmanlaşmalar,⁷⁰ önem arz etmektedir. Zira hekimin uzmanlaşma alan,yla ilgili yeni gelişmeleri ve tedavi yöntemlerini takip ederek öğrenme, kendini geliştirme yükümlülüğü mevcuttur; bunu yapmayarak bilgisizliği ve/veya deneyimsizliği yüzünden zarara yol açan hekim hukuki sorumluluk soru(n)ları,yla karşılaşacaktır.

Hastan,ın robot-destekli safra kesesi ameliyat, s,ras,nda bazı risklerin delinmesi sonucu zarara uğrayan hasta, üzerine açılan bir davada, hekim robotun uygun olmayan şekilde/hatalı kullan,m, nedeniyle; hastane de cerrah,ın RCM. alan,nda uzmanlaşma eleştirisi olmas,ın, sa lamam, olmaktan ötürü hukuken sorumlu kılın,m, tır⁷¹. Yine *Greenway v. Fusia* davas,nda, hekim *da Vinci* tıbbi robotunun kullan,m,nda çok sayıda tecrübesi olmas,ına rağmen RC. kullanarak böbrek ameliyat, gerçekleştirmiş; müdahale s,ras,nda hasta ölümcül (ana atardamar/toplar damar) damar yaralanmalar,yla karşılaş, karışık kalm, tır⁷². Hekime ve hastaneye karşı açılan dava taraflar,ın uzlaşma,yla sonuçlanm,ış; hekim (mesleki sorumluluk sigortası, kapsam,nda) yüksek mebla lı bir tazminat ödemi; hastanenin ödediği tazminat miktar, ise açılan davada kazanılmam,ış tır⁷³. ABD. de jinekologlar,ın *da Vinci* robotuyla RCM. gerçekleştirebilmeleri için- robotun üretici firması, tarafından verilen uzmanlaşma sertifikası eleştirisi tamamlandı, zorunlu kılın,m, tır. Ancak bu örnek dışında, RC. uygulayacak cerrahlar aç,s,ndan yeknesak bir uzmanlaşma eleştirisi henüz oluşmamıştır. Ülkemizde de bu yönde yetkinliği belirleyen ve belgeleyen resmi bir program henüz mevcut değildir⁷⁴. Mevcut durum kan,m,zca cerrahlar,ın haklı kaygıları,na sebebiyet vermektedir⁷⁵; zira hekimlerden yeni gelişen tıbbi yöntemler hakkında kendilerini geliştirmeleri beklenmekte ise de, RCM.lerle ilgili olarak yeknesak bir uzmanlaşma eleştirisinin olmay,ış, bu gelişimi uygulamada -en az,ından- yavaş yavaş sürdürülmekte b,raktadır.

RCM.ler s,ras,nda robotun yönlendirilmesi hekim tarafından sağlanmakta olup, hekimin amaç,larla tır,lm,ış, özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek -kusurlu davranarak- robotu yanlış yönlendirmesi ya da hatalı şekilde programlaması, hastan,ın maddi ve/veya manevi zarara uğrayan hasta,na yol açabilir. Bu halde, hekimin kusurlu davran,ış, ile hastaya verilen zarar aras,nda illiyet bağı,ın bulunması, akdi sorumluluğun ortaya çıkması, sonucunu doğuracaktır⁷⁶. Minimal

⁶⁸ BGH NJW 2006, s.2478; WENZEL, s.301, Rn.124.

⁶⁹ O. UZ, s.161-162. Yine henüz tıbbi standartlara kavuşmamış, yeni uygulanan yöntemlerin hekimlerin özen yükümlülüğünü kapsadığı genişlettiği yönünde BLECHSCHMITT, s.67; WENZEL, s.342, Rn.274.

⁷⁰ Tıp doktrininde, RC. de uygulayıcılar,na genel yetkinlik sertifikası, vermeyi hedefleyen bir uzmanlaşma eleştirisinin amacı, süresi, gerçekleştirilen RCM. say,s, gibi kapsam,na ilişkin hususlarda genel bir uzlaşma var,lımsa,ın, hali hazırda olas, görünmediği ifade edilmiştir. Böyle bir genel kabule kadar, ilgili hastanenin RC. uygulayıcı, olan cerrahlar için hizmet-içi uzmanlaşma program, oluşturulması, ve bu tür cerrahi müdahaleler için asgari standartlar oluşturulması, önerilmektedir (USLUO ULLARI/TIPLAMAZ/YAYCI, s.427). Hekimlerin kendilerini geliştirmeye yükümlülüğüne ilişkin bkz. GÜNDAY, s.6.

⁷¹ USLUO ULLARI/TIPLAMAZ/YAYCI, s.427.

⁷² Robot ar,zas,ın tespit edilemediği ancak hastan,ın müdahalede öldürdüğü veya bedensel zarara uğrattığı, bazı somut olaylar için bkz. DATTERI, s.157. Bu olaylarla ilgili RC. de yetersiz uzmanlaşma (poor training) ile bağlantılı olarak hekim kusuruna işaret edilmiştir.

⁷³ McLEAN, Thomas: "The Complexity of Litigation Associated with Robotic Surgery and Cybersurgery" *The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery*, 2007;3, s.23.

⁷⁴ RCM.ler aç,s,ndan hekimin yetkinliğini belirlemede; robotik sistemlere olan yatkınlığı, bu alanda ne kadar çalış,m, oldu u/tecrübesi, yürüttüğü RCM.lerin süresi, RCM.lerde ortaya çıkan komplikasyonlar, kaç müdahalenin aç,k ameliyata dönüştürüldüğü, RCM. aç,s,ndan uygun hasta seçimleri ve genel tıbbi standart ve güvenlik ilkelerine uyumu gibi ölçütlerin dikkate alınabileceği ifade edilmektedir (USLUO ULLARI/TIPLAMAZ/YAYCI, s.427).

⁷⁵ Ayn, yönde SANKHLA, s.23.

⁷⁶ FERRARESE (IC), s.282; O. UZ, s.163. Zarar,ın tazmini amaç,yla açılacak tıbbi tazminat davaları,nda, zarar gören hasta, maruz kaldığı, iddia ettiği ve tazminini istediği zarar,ın varlığı, ve s,n,r,n, kan,tılamakla yükümlüdür. Ancak

invaziv cerrahi müdahalelerinde (laparoskopik veya robotik) hekim hatalar,n,n tümü teknolojik temelli olmay,p, hekimin takdirine/kararlar,na dayal, olarak da ortaya ç,kabilmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, MAUDE veritaban,na rapor edilen somut olaylara ili kin, ço u zaman zarara robot ar,zalar, ile -yetersiz uzmanla maya (ör:cerrah,n t,bbi müdahalenin kritik bir an,nda ortaya ç,kan sistem hatas,n, teknik aç,dan mümkün oldu u halde giderememesi) ya da hekim takdirine dayal, olarak (ör: cerrah,n t,bbi müdahale s,ras,nda ek yaralanmalara yol açacak bir komplikasyon olu mas, üzerine farklı bir t,bbi yöntemle dönü yapmamas,-) hekim-kaynaklı, sebeplerin birlikte yol açt, , dile getirilmektedir⁷⁷.

2. Hekimin Vekaletsiz Görmesinden Do an Sorumlulu u

Hekim, hasta ile aras,nda akdi bir ili ki olmaks,z,n da hasta yarar,na t,bbi faaliyette bulunabilir. Bu durum hastan,n akdin kurulmas, için geçerli bir irade beyan,nda bulunamad, ,ø hallerde söz konusu olur. Hastan,n muhtemel iyile me menfaati sebebiyle hekimin bu suretle vekaletsiz i gören olarak müdahaleleri haklı görülür⁷⁸. TBK.ñ,n 526.maddesine göre *Vekaleti olmaks,z,n ba kas,n,n hesab,na i gören, o i i sahibinin menfaatine ve varsay,lan iradesine uygun olarak görmekte yükümlüdür*

Hekimin vekaletsiz i görmesinde özellikle acil durumlar ve t,bbi müdahalenin geni letilmesi durumu önem ta ,r:

Hayat, tehlikede ve erken müdahale ile kurtar,ımas, mümkün olan hastalar aç,s,ndan acil t,bbi müdahale söz konusu olur. Hekimin hastay, ölümden veya a ,r bir zarardan kurtarmak için gerçekle tirdi i zaruri t,bbi müdahaleler vekaletsiz i görmenin tipik örneklerindedir. Böyle hallerde hekim hastan,n muhtemel iradesine dayanarak t,bbi müdahaleyi yapmaktadır⁷⁹. Yine özellikle cerrahi müdahalelerde kar ,la ,ld, , üzere; önceden öngörülmesine imkan bulunmayan bir bulguyla kar ,la ,ımas, veya komplikasyon yüzünden t,bbi müdahalenin geni letilmesinde de vekaletsiz i görme hükümleri (TBK md.526-531) uygulan,r. Cerrahi müdahale esnas,nda beklenmedik bir durum olu tuysa ya da müdahaleyi yapmamak yahut bekletmek hasta aç,s,ndan hayati tehlike yaratacaksa, hekim hastan,n onay,n, almaks,z,n müdahalede bulunabilecektir. T,bbi müdahalenin geni letilmesinin hukuka uygun olabilmesi için Türk ve sviçre hukuk doktrini ve mahkeme uygulamalar, belirli ko ullar, aramaktadır⁸⁰:

- Zorunlu olarak geni letilen t,bbi müdahalenin hastan,n r,za göstermi oldu u önceki müdahalenin risklerinden daha a ,r bir risk ta ,mamas,,

- Hastan,n ilgili müdahaleye r,zas,n,n al,nmas,n,n gecikmenin do uraca , tehlikeler nedeniyle mümkün olmamas,,

- Ölüm tehlikesi nedeniyle zorunlu olmad,kça hastan,n önemli organlar,n,n al,nmamas,,

Hekimin cerrahi müdahalede bulunurken vekaletsiz i görmesi an,lan ko ullar,n varlı ,na ba lı, olarak hukuka uygundur. Robotik cerrahi müdahaleler aç,s,ndan da ayn, esaslar geçerlidir.

3. Hekimin Haks,z Fiilden Do an Sorumlulu u

T,bbi sorumluluk alan,nda haks,z fiil sorumlulu u, hekimle hasta aras,nda önceden akdedilmi geçerli bir sözleşme olmad, , takdirde ortaya ç,kar. Akdi sorumlulu unda oldu u gibi, hekimin haks,z fiil sorumlulu una gidilebilmesi için öncelikle hukuka ayk,r, bir eyleminin bulunmas,, bu eylemin hekimin kusurundan (kas,tl, veya ihmali davran, ,ndan) kaynaklanmas,,

ço unlukla hastan,n maruz kald, , zarar,n varlı ,n, ve kapsam,n, kan,tlamada önemli zorluklarla kar ,la abilece i durumlar içinde olaca ,ndan hareket edilirse, kendisinden tam bir ispat beklemek somut olay adaleti ile örtü meyebilecektir. Bundan dolayı,, ispat hukukunda kan,tlama güçlü ü içeren vak,alar yönünden kabul edilen ilk görünü ispat, (*Prima-facie Beweis; Anscheinsbeweis*) ya da emarelere dayal, ispat gibi özel kan,tlama yöntemleri sayesinde; hasta, bir taraftan illiyet (nedensellik) ba , ile sorumluluk ve tazmin konusu zararlar,n varlı ,n, kan,tlarken; di er taraftan hakimde yeteri kadar yarg,sal kanaat olu turabilecek derecede somut olay,n olu um ve geli im sürecini yans,tan delillerini ileri sürebilme olana ,na sahip k,l,nmaktadır (DEM R, s.250-251).

⁷⁷ leri teknolojinin kullan,ld, , durumlarda, ortaya ç,kan komplikasyon ya da zarar,n do rudan insan ya da t,bbi cihaz kaynaklı, sebeplere dayand,r,ımas,n,n bazen zor olabilece i yönünde USLUO ULLARI/TIPLAMAZ/YAYCI, s.427; HECHENBLEIKNER/JACOB, s.32, doktrinde MAUDE veritaban,nda kaydedilen olay raporlar,na göre, ölüm ve yaralanma vakalar,n,n %70'i kadar,n,n -do rudan cerraha veya cerrahi ekip üyelerine atfedilebilen kusur ba lam,nda- yaln,zca cerrahi ekip kaynaklı, oldu u belirtilmektedir (s.32).

⁷⁸ ENOCAK, s.102'den naklen; ZEYTN (Tedavi), s.102.

⁷⁹ ENOCAK, s.103; O UZ, s.163.

⁸⁰ ENOCAK, s.105.

bu davran, neticesinde hastan,n maddi/manevi bir zarara u ramas, ve u ram, oldu u zararlar hekimin davran, , aras,nda uygun illiyet ba ,n,n bulunmas, gerekmektedir. Her iki sorumluluk rejiminin de ç,k, noktas,, hekimin özen yükümlülü ünü gere i gibi yerine getirmemesi sebebiyle hastan,n bedensel ve/veya ruhsal ve manevi bütünlü ünün ihlal edilmesidir⁸¹.

Hekim ile hasta aras,nda sözleşme ili kisinin bulunmad, , hallerde hukuki sorumluluk haks,z fiil hükümlerine göre belirlenmektedir⁸². Uygulamada bu genellikle hekimin bir özel hastanede hizmet sözleşmesiyle ya da devlet hastanesinde devlet memuru s,fat,yla çal, t, , durumlarda gündeme gelir. Hasta tedavisine yönelik bir kamu hukuku ili kisi çerçevesinde devlet hastanesine ba vurmakta veya bizzat özel hastaneyle tedavisi konusunda sözleşme akdetmektedir. Ancak bu hastanelerin hekimleriyle hasta aras,nda akdi ili ki bulunmad, ,ndan; hekimler t,bbi müdahaleleri esnas,nda/sonras,nda hastaya zarar verdikleri takdirde, TBK md.49 vd.gere ince sorumluluklar, gündeme gelmektedir. Yine hekime yard,mc, olan ki ilerin hastaya verdikleri zararlardan do an sorumluluklar, da bu maddeye dayan,r; zira bu ki ilerle hasta aras,nda da akdi bir ba mevcut de ildir. Bu durumda zarara u rayan hasta, zarar,n,n tazminini dilerse TBK md.66 gere ince istihdam edenden, dilerse TBK md.49 gere ince yard,mc, ki iden isteyebilir⁸³.

Hekimin yükümlülükleri -hasta ile aras,ndaki hukuki ili kinin niteli inden ba ,ms,z olarak- t,p biliminin standartlar,na göre bu alan,n kurallar,n, gözetmede ve uygulamada göstermesi gereken özen kapsam,nda olu turulmu tur; bu sebeple sorumluluk rejimleri aç,s,ndan ayn, nitelikte yükümlülüklerdir⁸⁴.

Burada belirtmek gerekir ki, hekim ile hasta aras,nda akdi bir ili ki bulunsa dahi, hekimin hastan,n beden bütünlü üne yönelik müdahaleleri ayn, zamanda haks,z fiil niteli inde oldu undan, haks,z fiil hükümlerine göre de hekimin sorumlulu una gidilebilecektir⁸⁵. Robotik cerrahi müdahaleler aç,s,ndan da ayn, esaslar geçerlidir. RCM. neticesinde hasta bir zarara u rarsa, bu hem akde ayk,r,l, a hem de haks,z fiilin olu mas,na sebebiyet vermektedir ki; bu durumda haklar,n yar, mas, söz konusu olmaktadır⁸⁶. Bu durumda, zarar gören hasta dilerse taraf, bulundu u sözleşmeye dilerse de haks,z fiile dayanarak zarar,n,n giderilmesini talep edebilir. TBK md.60 uyar,nca, bir ki inin sorumlulu u birden çok sebebe dayand,r,labiliyorsa hakimin, zarar gören aksini istemi olmad,kça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkan, sa layan sorumluluk sebebine göre karar verece i düzenlenmi tir. Buna göre, hakim kural olarak zarar gören hastaya en iyi giderim imkan, sa layacak sorumluluk sebebine göre karar verecektir.

C. Hastanelerin Sorumlulu u

RCM'derde hastanelerin sorumlulu u bu cerrahi müdahalelere ili kin özen yükümlülü ünün gere i gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanabilir:

Hastaneler t,bbi müdahalelerde kullan,lan cihazlar,n teminini sa larken, temizlik ve bak,m,n, gerçekte tirirken yüksek özen göstermek durumundadır. Komplikasyon, hekim hatas, veya üretim hatas, gibi haller d, ,nda; hekimlerin kullanm, oldu u robotlar belirli bir güç kayna , ile çal, makta olup, RCM. s,ras,nda bu güç kayna ,n,n kesilmesi veya robotun bak,m,n,n zaman,nda gerçekte tirilmemesi sebebiyle mekanik bir ar,za olu mas,yla hasta zarara u rayabilir. Bu tür (olas,) sorunlara ili kin gerekli önlemlerin al,nmamas,na ba l, olarak RCM. s,ras,nda/sonras,nda hastan,n zarara u ramas, halinde, hastanelerin de hukuki sorumluluklar, söz konusu olacakt,r⁸⁷. Hastaneler RCM. için gerekli olan robot ve ilgili cihazlar, kullan,ma elveri li hale getirmek, düzenli bak,m,n, yapt,rmak, her daim çal, ,r ve i e yarar konumda bulundurmamak zorundadır.

Hastaneler RCM'derle ilgili bilgilendirme ve reklam stratejilerini yürütürken, t,bbi standartlar,n d, ,na kaymadan, gerek uygulamas, yeni geli mekte olan bu t,bbi yöntem

⁸¹ BLECHSCHMITT, s.106; SPICKHOFF, Andreas: Kommentar Medizinrecht, München 2014, §839 Rn.2.

⁸² BLECHSCHMITT, s.108.

⁸³ ENOCAK, s.110; yine bkz. BLECHSCHMITT, s.108.

⁸⁴ BGH NJW 1989, s.768; OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, s.458; BLECHSCHMITT, s.107; WENZEL, s.326, Rn.212; ayr,ca bkz. SPICKHOFF, §630a Rn.3; §630e Rn.2, Rn.5.

⁸⁵ BLECHSCHMITT, s.106; O UZ, s.166; YILMAZ, Battal: Hekimin Hukuki Sorumlulu u, Ankara 2017, s.179.

⁸⁶ O UZ, s.166; YILMAZ, s.179.

⁸⁷ BOZKURT YÜKSEL, s.97; HECHENBLEIKNER/JACOB, s.32-33, 28; O UZ, s.168.

(yararlar,, komplikasyon riskleri ve olas, yan etkileri vb.)⁸⁸ gerekse bünyelerindeki hekimlerin RC. alan,ndaki yeterlili i ve tecrübesi hakk,nda hastalar, do ru ve yeterli ekilde ayd,nlatma yükümlülü ü alt,ndad,r. Yine doktrinde, e itimin kapsam, ve ne kadar tecrübe gerekti i hakk,nda genel kabul veya yeknesak bir düzenleme olmamakla birlikte; ba ta hekimleri, cerrahi ekip personelinin RCøde uzmanla mas, ve e itim alm, olmas, da hastanelerin sorumluluk alan, çerçevesinde de erlendirilmektedir. Bu ba lamda hastanelerin t,bbi organizasyon yükümüø kar ,m,za ç,kmaktad,r. T,bbi i bölümü, hastanenin personel ve teknik donan,m (medikal ürün) kusurlar,, hizmet kalitesi ve ayd,nlatma organizasyonu kusuru, hasta ve hastane güvenli i kusuru, hastane hijyen ve enfeksiyon kusuru hastane i letmecili inde t,bbi organizasyon kusuru say,lan önemli durumlar aras,ndad,r. Hastane sözle melerine konu edim yükümlerinin kötü ifas,nda, yine hukuka ayk,r, hastane hizmet kusurlar,nda hastane i letmesi hukuksal sorumluluk ve tazminat yükümlülü ü ile kar ,la abilir. Hastane i letmesinin organ, s,fat,n, haiz t,bbi yöneticileri veya yard,mc, ki i konumunda çal, an t,bbi personelin t,bbi uygulama hatas, say,labilecek salt ki isel kusurlar,n,n bulunmamas, sebebiyle bu ki ilere hukuksal sorumluluk yükletilemedi i durumlarda; hasta, birinci derecede t,bbi organizasyon yükümlüsü hastane i letmecisinden maddi ve/veya manevi tazminat isteminde bulunma imkan,na sahiptir⁸⁹.

Tâbi olduklar, yasal düzenlemeler ve sorumluluk rejimi yönünden özel hastaneleri ve kamu hastanelerini ayr, ayr, ele almak gerekir:

Özel hastanelerin hukuki sorumlulu u, ba ta akdi bir ili kiden do an edim yükümlülüklerine ayk,r, i lem ve eylemlerinden do abilece i gibi, sözle me öncesi görü melerden, vekaletsiz i görmeden veya haks,z fiilden de do abilir; hatta hastane i letmecili i riskine özgü tehlike sorumlulu u da gündeme gelebilir⁹⁰. Konumuzla ilgili oldu u ölçüde, hasta güvenli inin güvence alt,na al,nmas, amac,yla, hastanede sa l,k ve t,p hizmetlerine özgü risk faktörlerinin sürekli kontrol ve denetim alt,nda olmas, ile robotik ve di er elektronik t,bbi cihazlar,n uygun bak,m, onar,m ve sürekli koruma alt,nda tutulmas,; bu cihazlar,n tam ve do ru i letilebilmesi amac,yla kullan,c,lar,n,n iyi e itilmesinin sa lanmas, zorunlu k,l,nm, t,r. Özel hastanelerin hastan,n u rad, , zarardan sorumlu k,l,nabilmesi bak,m,ndan, bu i letmenin yükümlülükleri ve kamusal görevlerinin ihlali ile olu an zarar aras,nda illiyet ba ,n,n tesis edilebilmesi yeterlidir. Özel hastane i letenler tacir s,fat,n, haiz olup, basiretli i adam, gibi davranma yükümlülü ü alt,nda olduklar,ndan; gerek RCMøerde kullan,lacak robotik sistemlerin temininde ve bak,m,nda gerekse RCMøyi gerçekle tirecek hekimleri ve yard,mc, sa l,k personelini seçme, gerekli e itimi almalar,n, sa lama ve denetleme aç,s,ndan yüksek özen göstermek zorundadır⁹¹.

Kamu hastanelerinde amaç Anayasam,z,n 56.maddesi uyar,nca Devlete yüklenmi olan sa l,k hizmetlerini yürütmektir. Kamu hastanesine ba vuran hasta kamu hizmetinden yararlanan ki i olup, bu hasta ile hastane aras,nda özel hukuk ba lam,nda bir sözle me ili kisi kurulmad, ,ndan; kamu hastanelerinin hastaya kar , akdi sorumluluklar, da mevcut de ildir. Buna göre, hasta kamu hastanesinde gerçekle tirilen tedavisinden ötürü zarara u rarsa, Devletten veya ilgili kamu tüzel ki isinden zarar,n,n tazminini isteyebilir. 657 say,l, Devlet Memurlar, Kanunuønun 13.maddesine göre, ki ilerinin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak u rad,klar, zararlardan dolayı, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine de il, ilgili kurum aleyhine dava açacaklar, düzenlenmi tir. Genel tüm yükümlülüklerinin yan,nda, özellikle RCMøerle ilgili olarak, kamu hastaneleri, RCøde yetkin k,laca , sa l,k personelinin seçim, gözetim, e itim ve denetiminde gereken dikkat ve özeni göstermedi i; temizli e gereken özeni göstermeyip hastane enfeksiyonlar,n,n önüne geçemedi i; robotik sistemlerin, görüntüleme ayg,tlar,n,n, di er t,bbi araç ve gereçlerin -tüm teknik donan,m,lar,n- her an çal, ,r ve i e yarar durumda olmalar,n, sa layamad, , ve genel olarak bir hastanenin yeterli sa l,k hizmeti verebilmesi için gerekli tüm olanaklar, haz,r edemedi i takdirde, idarenin hizmet kusurundan

⁸⁸ MA, s.19; Hastanelerin bilgilendirme ve ayd,nlatma yükümlülü ünü yerine getirmedi i hakk,nda PAGALLO, s.88.

⁸⁹ Konu kapsam, itibar,yla çal, mam,z,n s,n,rlar,n, a t, ,ndan ayr,nt,l, bilgi için bkz. DEM R (Sorumluluk), s.368 vd; yine bkz. BLECHSCHMITT, s.70 vd.

⁹⁰ Bilgi için bkz. DEM R (Sorumluluk), s.411 vd.

⁹¹ O UZ, s.169; YHGK, T.23.06.2004, E.2004/13-291, K.2004/370 (DEM R (Sorumluluk) s.290, dpn.618). Hastanelerin *en modern t,bbi cihazlar*, temin etme yükümlülü ü olup olmad, , konusunda ise; genel dü ünçe, bu de erlendirmenin her somut olayda, sa l,k kurumunun büyüklü ü ve ekonomik yap,s,yla ba lant,l, yap,lmaz, gerekti i yönündedir (BLECHSCHMITT, s.69, s.61 vd).

kaynaklanan sorumlulu u do acakt,r⁹². Bu ba lamda kamu hastanelerinin yani idarenin sorumlulu una ba vurabilmek için; idarenin, robotik cerrahi sisteminin gere i gibi ya da hiç çal, mamas,ndan kaynakl, hastan,n zarara u rad, , somut olayda hizmet kusuru bulunmas,, bu kusur neticesinde hastan,n maddi ve/veya manevi zarara u ramas, ve idarenin kusurlu davran, , ile bu zarar aras,nda uygun illiyet ba ,n,n bulunmas, gerekmektedir⁹³.

D. Üreticinin Sorumlulu u

Üretici, 6502 say,l, TKHK'da "Kamu tüzel ki ileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmu olan mal ya da bu mallar,n hammaddelerini yahut ara mallar,n, üreticiler ile mal üzerine markas,n,, unvan,n, veya herhangi bir ay,rt edici i aretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel ki iø eklinde tan,m lanmaktad,r⁹⁴. Ay,pl, ürünlerin 20.yüzy,l,n ikinci yar,s,ndan itibaren insan hayat, ve toplum sa l, , üzerinde ciddi zararlar do urmas, nedeniyle, bu ürünlerin olu turdu u tehdit yo un ekilde hissedilmeye ba lanm, ; bu da üreticinin sorumlulu u kurumunu gündeme getirmi tir⁹⁵. Üreticinin sorumlulu uyla kastedilen, üreticinin, aralar,nda sözleşme ili kisinin varl, ,na bak,lmaks,z,n, üretilmi olan ürünlerdeki ay,p dolay,s,yla zarar görmü herkese kar , sorumlulu udu⁹⁶.

Üretici, bir mal,n üretimine ili kin hukukun gerekli k,ld, , ve üreticiden beklenebilir buldu u bütün özeni göstermekle yükümlüdür. Üretici, bilim ve tekni in gerekli k,ld, , her durumu gözetmek ve ürüne ili kin gerekli güvenlik ve denetim önlemlerini almakla yükümlüdür. Ürünün kullan,m,n, gerçekle tirecek ki ilerinin bilgisiz ve tecrübesiz olabilece i de üreticiler taraf,ndan dikkate al,nmal,d,r; üreticilerin özen yükümlülü ü bu ekilde geni letilmektedir. Özen yükümlülü ünün ihlali neticesinde mal,n ay,pl, olarak üretilmesi ya da mal,n kullan,m,n, gerçekle tirecek ki ilerinin bu konuda bilgisiz/tecrübesiz olabilece inin göz ard, edilmesi sonucunda zarar do mas,, üreticinin sorumlulu unu gündeme getirmektedir⁹⁷.

RCM'derde kullan,lan robotlar,n üretim hatalar,ndan kaynaklanan zararlara yol açmas, (robotun hatal,/ay,pl, olmas,); yine robotlar, kullanacak hekimlerin deneyimsiz olduklar, göz ard, edilerek, bu konuda bilgilendirme ve e itme önlemlerinin (geni letilmi özen yükümlülü ü kapsam,nda) al,nmam, olmas, üreticilerin sorumlulu una yol açabilecektir.

Robot ar,zalar, cerrahi müdahale süresinin uzamas,na ba l, problemlerden hasta yaralanma ve ölümlerine farklı an bir skalada sorunlara ve hukuki uyu mazl,klara sebebiyet verebilmektedir. MAUDE veritaban,na göre do rudan-robot kaynakl, ay,plar, ortaya ç,kma s,kl, ,na göre, hasarlı robot parçalar,, hasta bedenine cihaz parças, dü mesi, elektrik ark ar,zalar,, beklenmeyen robot hareketleri, sistem ve video/görüntüleme ar,zalar, olarak s,n,fland,r,lm, t,r⁹⁸.

Konumuzla ilgili oldu u ölçüde, robot/t,bbi cihaz üreticisine ürün sorumlulu una dayal, olarak aç,lan davalar, fabrikasyon hatas,, tasar,m ay,b, ve bilgilendirme ay,b,ndan do an zararlar nedeniyle söz konusu olmaktadır⁹⁹: Somut olayda, fabrikasyon hatas,n,n zarara yol

⁹² Bu konuda, hizmet kusuru halinde do rudan idareye kar , adli yarg,da dava aç,labilece i yönündeki görü için bkz. ZEYT N (Tedavi), s.104; ZEYT N (Vekalet), s.109.

⁹³ Özel hastane-kamu hastanesi ayr,m,n,n sorumluluk ve usul hukuku bak,m,ndan sonuçlar, hk. DEM R (Sorumluluk), s.289-292.

⁹⁴ Üretici tan,m,na 4703 say,l, Ürünler ile kin Teknik Mevzuat,n Haz,r lanmas, ve Uygulanmas,na Dair Kanun'da da yer verilmi tir (md.3/g). Kavram hakk,nda bkz. BÜYÜKSA , Erdem/ÖZ, Kerem: "T,bbi Ürünlerin Yol Açt, , Zararlardan Sorumluluk: Kar ,la t,rmal, ve Ele tirel Yakla ,mğ UAÜHFD, Aral,k 2016, S.8, s.164; KIRCA, Çi dem: Ürün Sorumlulu u, Ankara 2007, s.202 vd.

⁹⁵ KARAMAN, Tuba: "Üreticinin Sorumlulu uğ Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_14.pdf (ET:7.07.2019), s.295-296.

⁹⁶ KARAMAN, s.296; O UZ, s.172. Üreticinin ve/veya ithalatç,n,n ürettikleri ve/veya iç piyasaya sürdükleri ürünlerin hakl, güvenlik beklentisini kar ,lamad,klar, halde verdikleri zararlardan sorumluluk sözleşme d, , bir sorumluluktur. Bu durum AB Hukuku'nda kusursuz sorumluluk hali olarak öngörölmü tür. 6502 say,l, TKHK'da bu hususta hüküm bulunmay,p; Ürün Güvenli i ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasla ,nda kusursuz sorumlulu a i aret edildi i görölmekle birlikte, bu taslak halihaz,rda yürürlü e girmemi tir. Konu ve genel olarak üreticinin ay,ptan sorumlulu u hk. ER, Burak Hamza: "Türk Hukuku'nda Üreticinin ve thalatç,n,n Sat,m Sözle mesinde Ay,ptan Sorumlulu uğ TAAD, S.38, Nisan 2019, s.292, 285 vd.

⁹⁷ KARAMAN, s.304; O UZ, s.171.

⁹⁸ HECHENBLEIKNER/JACOB, s.31. *Da Vinci'nin* üreticisi *Intuitive Surgical'n* robotik cihaz/sistem kaynakl, ar,zalar, bildirme ve belgeleme yükümlülü ünü gere i gibi yerine getirmede i hakk,nda yine, s.31.

⁹⁹ McLEAN, s.25 vd. Ay,p türlerinin bu yönde s,n,fland,r,lm,as, hk.bkz. KIRCA, s.149 vd. 2003 tarihli Ay,pl, Mal,n Neden Oldu u Zararlardan Sorumluluk Hakk,nda Yönetmelik, sviçre Ürün Sorumlulu u Kanunu ve

açmas,nda, üreticinin olumlu/olumsuz bir davran, , olmad, , gibi, kendisine konuya ili kin kusur atfedilmesi de mümkün de ildir. Böyle hatalar,n do urdu u zararlar, payla t, ,m,z görü uyar,nca, organizasyonun kaç,n,lamaz nitelikteki rizikolar,n, organizasyon sahibine--üreticiyeø yükleyen TBK md.66/3 gere ince; yani bu hükmün düzenledi i sebep sorumlulu u esaslar,na göre tazmin edilmelidir¹⁰⁰. Buna kar ,n, tasar,m ve bilgilendirme ay,plar, kaç,n,lamaz nitelikte olmay,p, organizasyonel ba lamda hata niteli i ta ,maz¹⁰¹. Ürün tasar,m, veya tan,t,m,na ili kin bir problem olup olmad, ,n,n belirlenmesinin gündeme geldi i, üreticinin davran, ,na kusur atfedilmesinin mümkün olup olmad, ,n,n tart, ma konusu oldu u hallerde ise TBK md.49/1 uyar,nca de erlendirme yap,lmas,n,n uygun olaca , söylenebilir. Tasar,m a amas,nda risklerin minimuma indirgenmesi ve gerçekle mesi olas,l, , yok edilemeyen (olas,) risklere ili kin olarak kullan,c,lar,n bilgilendirilerek ayd,nlat,lmas, t,bbi ürünler bak,m,ndan çok önemlidir. Burada üreticiye atfedilecek kusur ba lam,nda, kapsaml, bir ihmal analizi yap,lmas, gerekir ki; bu noktada özellikle ürünün ba lay,c, teknik düzenlemelere uygunlu u, fayda-risk analizi, kullan,c,lar,n riskler hakk,nda bilgilendirilmesi hususlar, göz önünde bulundurulmal,d,r¹⁰². K,sacas,, üreticinin gerek hatas,z bir ürün ortaya koyma gerekse bu ürünün kullan,m, hakk,nda bilgilendirme yükümlülü ü mevcuttur; aksi takdirde üreticinin sorumlulu u do acakt,r¹⁰³.

SONUÇ

H,z kesmeyen teknolojik geli meler dikkate al,nd, ,nda, pek çok farklı nitelikte robotun/robotik teknolojinin -yol açabilece i farklı hukuki sorunlardan ötürü- özellikle sorumluluk hukuku ba lam,nda hukukçular, zor sorularla kar , kar ,ya b,rakaca , a ikard,r. Günümüzde hastane robotlar,n,n özellikle cerrahi müdahalelerde kullan,m, giderek yayg,nla maktad,r. Robotik cerrahi (*da Vinci* cerrahisi) yeni geli mekte olan bir t,bbi tedavi yöntemi olup; belirlenen pek çok avantaj,n,n yan,nda, bünyesinde ne gibi -olas,ø riskler bar,nd,rd, , da tespit edilmeye çal ,lmaktad,r. FDA MAUDE veritaban,, RCMølerden do an zararlar,da, zarar,n kayna ,n,, sorumluluk suçlarını belirleyebilmek ve istatistiksel genel bak, olu turabilmek için yol gösterici olmakla birlikte, advers olaylar,n bildirilmesi ve kay,t alt,na al,nabilmesindeki yetersizliklere s,kl,kla i aret edildi i gözlenmektedir. RCøde kapsam ve karma ,kl,k bak,m,ndan çe itli medikolegal sorunlar ortaya ç,kabilir. RCMølerden do an zararlara ili kin hukuki sorumlulu un belirlenmesinde önemli olan husus zarar,n kayna ,d,r. Ortaya ç,kan zarar,n kayna ,na ba l, olarak -çal, mam,zda de erlendirmeye çal, t, ,m,z üzere-hekim, hastane, üretici hukuki sorumluluk suçları olarak kar ,m,za ç,kabilecekleri gibi, bu ki ilerin birlikte sorumlulu u da söz konusu olabilir. Ba ta *da Vinci*ønin üreticisinin bulundu u ABD olmak üzere, RCønin giderek yayg,nla t, , ölkeler, farklı yasal düzenlemeleri çerçevesinde, malpraktis ve ürün sorumlulu u temeline dayanan ancak sorumluluk suçlarının bazen iç içe geçen ili kileri nedeniyle oldukça karma ,k hale gelen ihtilaflara çözüm bulmaya çal, maktad,r. Konunun hasta haklar, ve hasta güvenli i yönünden hassasiyetinden hareketle; cerrah (ve cerrahi ekibi), t,bbi ürün/cihaz üreticisi ve hastaneler gibi sorumluluk payda lar,n,n sorumluluklar,n,n bilinciyle yüksek özen yükümlülü üne uygun hareket etmesi, t,p bilimiyle teknolojinin iç içe geçti i bu alanda yenilik ve güvenlik menfaatlerinin dengelenmesi aç,s,ndan da önemlidir.

25.07.1985 T.- 85/374/AET S. AT yönergesinde ki inin hakl, güvenlik beklentilerini farklı sebeplerle sa layamayan ürün ay,pl, ürün olarak kabul edilmi tir.

¹⁰⁰ BÜYÜKSA /ÖZ, s.182,192. Robot-kaynakl, baz, ar,zalar,n y,llar içinde azald, ,, cerrahlar,n müdahale s,ras,nda bu tür sorunlar, çözüme kabiliyetinin e itimlere paralel artt, , yönünde FERRARESE et al, s.290.

¹⁰¹ BÜYÜKSA /ÖZ, s.181.

¹⁰² Ayr,nt,l, olarak bkz. BÜYÜKSA /ÖZ, s.182 vd,192. Yazarlar, bizce de isabetli olarak, üreticinin sorumlulu unun homojen bir karaktere sahip olmad, ,n; bu sorumlulu u mutlak ekilde kusursuz sorumluluk veya kusur sorumlulu u olarak siyah-beyaz bir anlay, a indirgeyerek tan,mılam,n olanakl, olmad, ,n, ifade etmektedir. Üreticinin sorumlulu una ili kin de erlendirmelerimiz mevcut veriler öRCønin yeni bir tedavi yöntemi olmas,, uygulama sonuçlar,na dair istatistik verilerinin yeni ekillenmekte olmas,- , ,nda olup, RCønin etki ve sonuçlar, zamanla ortaya ç,kt,kça, daha kapsaml, de erlendirme yapmak mümkün olabilecektir.

¹⁰³ Amerika hukuk uygulamas,nda, üretti i ürünlerin piyasaya giri i onaylanan üreticilerin sorumlu k,l,nmamas, gere i savunulmaktad,r. sviçre Federal Temyiz Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divan,, Amerikan mahkemeleri kadar ileriye gitmemi ; uyulmas, zorunlu idari kurallara -ruhsat iznine uyulmas,n,n ürünün güvenlik beklentisini kar ,lad, ,na karine olu turaca ,na, ancak bu durumun aksinin yani ürünün ay,pl, ürün niteli inde oldu unun da ispatlanabilece ini karara ba lam, lard,r (BÜYÜKSA /ÖZ, s.184-185). Konuya dair literatürde henüz yeterli çal, ma mevcut de ildir; robotlarla ilgili olarak AB Ürün Sorumlulu u Yönergesiønin uygulanabilirli i, ürün sorumlulu u ve kusursuz sorumlulu a ili kin bkz. VAN ROSSUM, s.23 vd.

KAYNAKÇA


- ATE , Ufuk/ERGÜN, Ergun/GÖLLÜ, Gülnur/TÜRED , Bilge/BAHADIR, Kutay/ÇAKMAK, Ahmet Murat: -Robotik Cerrahinin Ülkemizde Yaygınlaşma Süreci ve Önündeki Engelleri Türkiye Çocuk Hastalıkları Dergisi/Turkish J Pediatr Dis, 2017/4, s.248 vd.
- AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Do an Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- BLECHSCHMITT, Lisa: Die straf- und zivilrechtliche Haftung des Arztes beim Einsatz roboterassistierter Chirurgie, Baden-Baden 2017.
- BOZKURT YÜKSEL, Arman Ebru: -Robot Hukuku TAAD, 2017, S.29, s.85 vd, <http://yayin.taa.gov.tr/dergiler/taad/taad29.pdf> (ET:7.07.2019).
- BÜYÜKSAĞIN, Erdem/ÖZ, Kerem: -Tıbbi Ürünlerin Yol Açtığı Zararlardan Sorumluluk: Karşılaşılması ve Ele Alınması Yaklaşımı UAÜHFD, Aralık 2016, S.8, s.157 vd.
- DATTERI, Eduardo: -Predicting the Long-Term Effects of Human-Robot Interaction:A Reflection on Responsibility in Medical Robotics Sci Eng Ethics (2013)19, s.139 vd.
- DEMİR, Mehmet: -Hekimin Sözleşmeden Do an Sorumluluğu AÜHFD, 2008, 57(3), s.225 vd.
- DEMİR, Mehmet: Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018(Sorumluluk).
- ER, Burak Hamza: -Türk Hukukunda Üreticinin ve Tüketici Sorumluluğu Sorumluluğu TAAD, S.38, Nisan 2019, s.267 vd.
- ERSOY, Çarlar: Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, İstanbul 2018.
- FERRARESE, Alessia et al.: -Informed Consent in Robotic Surgery: Quality of Information and Patient Perception Open Med. 2016(11), s.279 vd (IC).
- FERRARESE, Alessia et al.: -Malfunctions of Robotic System in Surgery:Role and Responsibility of Surgeon in Legal Point of View, Open Med. 2016(11), s.286 vd.
- GÜNDAY, Rezzan: Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Do an Hukuki Sorumluluk, Ankara 2012.
- HAKER , Hakan: -Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrıntıları Toraks Cerrahisi Bülteni, 2014, 5(1), s.23 vd, <https://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf> (ET:7.07.2019).
- HAKER , Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2015 (T,p).
- HECHENBLEIKNER, Elizabeth/JACOB, Brian: -Medicolegal Issues in Robotic Surgery in S.Tsuda/O.Y.Kudsi (eds), Robotic-Assisted Minimally Invasive Surgery, Switzerland 2019, s.27 vd.
- KARAMAN, Tuba: -Üreticinin Sorumluluğu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_14.pdf (ET:7.07.2019), s.295 vd.
- KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.
- LAUFS, Adolf/UHLENBRUCK, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, München 2002.
- MA, Eunjeong: -Transforming Patient Care in the 21st Century Asia Pacific Journal of Health Law&Ethics, 2018, 11(3), s.1 vd.
- McLEAN, Thomas: -The Complexity of Litigation Associated with Robotic Surgery and Cybersurgery The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery, 2007; 3, s.23 vd.
- OĞUZ, Fatma: -Robotik Cerrahi Müdahalelerde Meydana Gelen Malpraktis Sonucu Hukuki Sorumluluğu in Sert Sütçü (ed.), Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar, Ankara 2018, s.145 vd.
- OSTROM, Carol M.: -Use of Surgical Robots Booming Despite Hefty Costs http://o.seattletimes.nwsourc.com/html/localnews/2018631542_robot08m.html (ET:7.07.2019).
- ÖZDEMİR, Hayrünisa: Özel Hukukta Tazminat ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- PAGALLO, Ugo: The Laws of Robots (Crimes, Contracts and Torts), Law, Governance and Technology Series, V.10, Springer 2013.
- SACEANU, SM/ANGELESCU, C/VALERIU, S/PATRASCU, A: -Telesurgery and Robotic Surgery: Ethical and Legal Aspects Journal of Community Medicine& Health Education, 2015, 5(3), s.1 vd.
- SANKHLA, Sulbha: -Robotic Surgery and Law in USA-a Critique (Unpublished Critique for LLM in IP Law and Policy, University of Washington) (June, 2013), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425046 (ET:7.07.2019).
- SIMSHAW, Drew/TERRY, Nicolas/HAUSER, Kris/CUMMINGS, M.L: -Regulating Healthcare Robots: Maximizing Opportunities While Minimizing Risks Richmond Journal of Law&Technology, XXII(2), s.1 vd.
- SPICKHOFF, Andreas: Kommentar Medizinrecht, München 2014.
- ENOCAK, Zariye: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- USLUOĞULLARI, Fatih Hitami/TIPLAMAZ, S,tk./YAYCI, Nesime: -Robotic Surgery and

- Malpracticeø Turk J Urol, 2017, 43(4), s.425 vd.
- VAN ROSSUM, Cindy: -Liability of Robots: Legal responsibility in cases of errors or malfunctioningø
https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/449/RUG01-002479449_2018_0001_AC.pdf (ET:7.07.2019).
- WENZEL, Frank: Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2013.
- YAVUZ PEKYÜZ, Filiz: -Hekimin Tazminat Sorumlulu uø DÜHFD, 2015, 20(33), s.19 vd.
- YAVUZ PEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözle mesi, stanbul 2006 (Hekimlik).
- YILMAZ, Battal: Hekimin Hukuki Sorumlulu u, Ankara 2017.
- ZEYT N, Zafer/GENÇAY, Eray: -Hukuk ve Yapay Zeka: E-Ki i, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulamas,ø TAÜHFD/ZtdR-2019/1, s.41 vd, http://tau-admin.3fcampus.com/uploads/cms/hfd.tau/6605_10.pdf (ET:18.12.2019).
- ZEYT N, Zafer: -Tedavi li kisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumlulu uø Roche Sa lık Hukuku Günleri I, stanbul 2007, s.96 vd (Tedavi).
- ZEYT N, Zafer: -Vekalet ve Eser Sözle meleri-Estetik Amaçl, T,bbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözle me li kilerinin Nitelendirilmesiø T,PHD, S.6, Ekim 2014, s.103 vd (Vekalet).

Web Kaynaklar,:

- <https://www.elektrikport.com/teknik-kutuphane/asimovun-robot-yasalari-ve-yapay-zeka-makinelesen-dunya-2-bolum/12279#ad-image-0> (ET:7.07.2019).
- <https://www.aagl.org/wp-content/uploads/2013/10/AAGL-privileging-guidelines-for-robotic-assisted-laparoscopy-for-member-comment.pdf> (ET:7.07.2019).
- <https://www.intuitive.com/en-us/products-and-services/da-vinci/systems##> (ET:7.07.2019).
- <http://www.acikbilim.com/2012/07/dosyalar/dr-robot-dr-robot-lutfen-ameliyathaneye.html> (ET:7.07.2019).
- <https://www.davincicerrahisi.com/> (ET:7.07.2019).

Otobiyografi

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.650754>

Prof. Dr. Zeki HAFIZO ULLARI

Do um tarihim 20 Ocak 1938. Ancak annemin ifadesiyle 1939 y,l,n,n, cevizlerin ç,rp,ld, , zaman do mu um. Yani bir y,l büyük yaz,lm, ,m. Do um yerim Elaz, /Keban Kazas,n,n A ,n Nahiyesinin And,r, Köyü'dür. u an Elaz, 'a ba l, bir mahalle. İlkokulu A ,n kazas,nda bulunan bir köy okulunda okudum.



İlkokul e itimini bitirdikten sonra 11 ya ,nda Malatya/Arapgir'de bulunan bir ortaokula kaydoldum.

Arapgir'de kendi köylüm olan ve yine ayn, okulda okumaya gelen çocuklarla birlikte bir evde kald,m. Ortaokul hayat,m çok ba ar,s,z geçti Öyle ki ö retmenler okuyamayaca ,ma kanaat getirdiler. Hatta kurul karar,yla üst s,n,fa geçmeme izin verdiler. Ö retmenlerin beyan, ve daveti üzerine babam ben okuldan ald,. Ancak annem di er karde lerimin hep okudu u için okuldan ayr,lmama r,za göstermedi. Annemin ,srar, üzerine Akçada Köy Enstitüsüne yaz,ld,m. Son s,n,fa kadar orada okudum. Köy Enstitüleri kapan,nca köydeki ö retmen okuluna devam ettim ve mezun oldum. 18 ya ,na kadar Akçada 'da kald,m.

Ö retmen okulunu bitirdikten sonra ö retmen olarak Bitlis'e tayin edildim. Bitlis'te o zaman bir otel de, yedek subay biriyle bir oday, payla t,m. Yedek subay Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezun biri idi. Bana yüksek e itim konusunda te vik etti ve hemen bir lise imtihan,na girmem için telkinlerde bulundu. O zamanlar köy enstitüleri üzerinde de i ik siyasi ve sosyolojik alg,lar vard,.

Daha sonra lise imtihan,na girdim. O dönemde s,nav, Bitlis'e Bakanl,ktan gelen bir tak,m ki iler yap,yorlard,. S,nava girmeden önce bir kaç ders seçmem gerekiyordu. Felsefe ve tarih aras,ndaki seçmeli derslerden, felsefeyi seçtim ve s,nava girdim. S,nav, yapmaya gelen ki inin daha sonradan maarif müdürü oldu unu ö rendim. S,navdan sonra maarif müdürü beni arad, ve kâ ,d,ma hitaben "sen ne yazd,n be adam" diyerek bana övgü dolu sözler etti. S,navdan 10 (tam) puan alm, t,m. Liseyi iki dönemde bitirdikten sonra Ankara'ya Gazi E itim Fakültesi s,nav,na gittim. Amac,m Türkçe ö retmeni olabilmektir. Ancak yaz,l, s,nav, kazanmama ra men sözlü s,nav, kazanamayarak elendim. Bunun üzerine daha sonra Dil ve Tarih Fakültesine gittim. Ankara S,hhiyede bulunan fakültenin binas,ndan ve binada yaz,l, olan *öHayatta en hakiki mür id ilimdir* yaz,s,ndan oldukça etkilendim. Tüm bunlar olurken Bitlis/Tatvan'a geri döndüm ve Ahlat Ö retmen okuluna ö retmen olarak görevlendirildim. Bu s,rada bir adama denk geldim, bu adam bana, "sen git Ankara hukuka kaydol" dedi. Tabi o zamanlar s,nav yok. Böylece Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine kaydoldum. Fakülte kütüphanesinde Elaz, l, baz, hem erilerim bana çok yard,mc, oldular.

Böylece 1958 y,l,nda Ankara Hukuk Fakültesi'ndeki ö rencilik serüvenim ba lad,. Tabi fakülteye kaydolduktan sonra Ahlat'taki ö retmenli e de ayn, zamanda devam ediyordum. İlk y,lda özellikle Anayasa ve Medeni Hukuk derslerinden ba ar,s,z olunca Ankara'ya tayinimi istedim. Bunun üzerine Ankara'n, ereflikoçhisar ilçesinin Hüsrev Köyü'ne ba ö retmen olarak görevlendirildim. Ankara ama yine de çok uzak bir ilçe oldu undan çok zorlan,yordum. Bu s,rada karde im Gazi E itimi Fakültesini kazanm, t,. Karde im de Ankara'ya gelince ö retmenlik vazifesini b,rak,p, tüm gücümü fakülteye ve derslere vermeye ba lad,m.

htilal zamanlar,yd,. Bu dönemde çok s,k,nt,lar ya ,yorduk. Daha hürriyet kelimesinin anlam,n, bilmeden sokaklarda "hürriyet" diye ba ,r,r,d,k diyor.

Tabi ö retmenlik vazifesini b,rak,p, derslere a ,r,l,k verince yüksek puanlar almaya ba lad,m. Bu s,rada tapu kadastroda Elaz, l, bir hakim (ismieref Kocao lu), bana tapu kadastroda odac, olarak çal, mam için olanak sa lad,. Böylece tapu kadastroda ar ivde çal, maya ba lad,m. Bu s,rada ikinci s,n,f, pekiyi dereceyle bitirmi , ç leri Bakanl, ,n,n açt, , s,nav, kazanarak burs kazanm, t,m. Nihayetinde hukuk fakültesini üçüncü olarak bitirdim.

Kariyerimi U ur Alacakaptan hoca de i tirdi. Kendisine çok minnettar,m. Üzerimdeki hakk, çok büyük. Alacakaptan hocan,n konu malar,ndan çok etkileniyor ve onu idolüm olarak belirliyordum. Alacakaptan, bana asistanl,k teklif etti. Ama tabi o zamanlar yabanc, dil bilmiyordum. Ama baz, ezberler yaparak Frans,zca ö renmeye çal, ,yordum. Bu s,rada maiyet memuru olarak memurlu a da devam ediyordum. Daha sonra kaymakam aday, olabilmek için Adalet Bakanl, ,n,n açt, , s,nav, kazand,m. O zamanki rakibim, kendisi de Elaz, l, olan Kemal Burkayød,.

Daha sonra Adalet Bakanl, ,n,n 1964 y,l,nda açm, oldu u yurtd, , s,nav,n,n tek kazanan, olarak doktora yapmak üzere talya'ya gittim ve 5 sene orada kald,m. Tabi o zamanlar talya ekolü hâkim. talyan hukukunda zaruret hali konusunu çal, ,p Roma Üniversitesinden mezun oldum.

Türkiye'ye geldi imde hukuk fakültesinde çal, maya ba lad,m. Bu s,rada Prof. Dr. Faruk Erem hoca hakimlik staj,m, yapmam, istedi. U ur Alacakaptan hoca ne olur ne olmaz diyerek avukatl,k staj,m, da yapmam, istedi. U ur Alacakaptan'a minnettar,m. Ve hukuk fakültesinde asistan oldum.

Doçentlik tezinde çok sorunlar ve s,k,nt,l, zamanlar geçirdim. Doçentlik tezinde "ceza normu" konusunu ele ald,m. Bu konuyu Faruk Erem hoca önermi ti. Ancak konuyu çok ilerletemiyor, bu durumu U ur hoca söylüyordum. Tezin reddedilmesi meselesini çaresizlik olarak görüyordum. *ö stanbul'daki hocalar taraf,ndan falan,n ceza normu çal, mas, be enilmemi , reddedilmi ö* denilme ihtimali beni rahats,z ediyordu.



O s,rada ceza kürsüsünde kimse yüzüme bakm,yordu. Bir gün Ya ar Karayalç,n hoca beni ça ,rd,. Beraber bir lokantaya gittik. Karayalç,n hoca, "her yerde i bulabilece imiö söylüyor, *ö ancak ba ar,s,zl, , ömür boyu ta ,yamazs,n*" diyordu. Dü ünüp iyi bir karar vermeme ve sonra kendisinin yan,na gelmemi istedi. Ya ba ka kurumda i bulacak ya da akademiye devam edecektim. Hocan,n bu konu mas, çok tesirli olmu ve ayr,lmay, dü ünürken devam etmeye karar vermi tim. Karayalç,n hocan,n yan,na gittim ve "hocam bana yard,m edin ben devam edece im" dedim. Karayalç,n hoca stanbul'daki hocalarla konu mu , oradaki hocalar eski tezinden yar,s,n, ats,n, de i tirsin geçirelim demi ler. Ancak teze ili kin bu tavsiyeler ho uma gitmedi i için Selahattin Keyman önerisiyle "zina cürümleri" ba l,kl, yeni bir tez konusu belirlendi ve zina cürümleri ile doçent oldum. Daha sonra öCeza Normunuö profesörlük takdim tezi haz,rlad,m ve bu tezim oybirli i ile geçti. Hukukun normatif anlay, ,n,n Türkiye'deki öncüsü/temsilcisi benim diyebilirim. Böylece tahsil hayat,m,z tamamland,.

talya'daki hocam Giuliano Vassalli çok de erli biri, ona minnettar,m. Bir de talya'da bir anayasac, benim için çok de erliydi. Bu anayasac, hiç bir soruyu bilemedi im halde bir seferlik bana geçer not vermi ti. Ama bir dahaki sefere böyle olmayaca ,n, e er ba ar,s,z olursam Türkiye'ye dönmem gerekti ini söylüyordu. O zamanlar dil problemini ciddi olarak ya ,yordum. Hocalar kendilerine soru sordu umda hiçbir ey anlamad, ,m, söylüyorlard,. Ama daha sonradan talyancay, ve anayasay, çok iyi ö rendim. Dersleri iyi bir notla geçiyordum. Ayr,ca slam hukukunu da iyi bir ekilde ö renip geçmi tim. Roma hukuku ile ilgili fark dersleri alm, , sonra tezimi yazm, ve bitirmi tim.

Kemal Tahir Gürsal hocay, da anmadan geçemem. stanbul'da doçentlik s,nav,na girince, ittifakla doçent olmuyordu. Nurullah Kunter hoca olumsuz oy veriyor. Yemekte Dönmezer Hoca, Kunter hocaya *öne istedin bundanö* diye soruyordu. Ve bana Kemal Tahir'e selam

söylememi istiyordu. Yıllar sonra Konya'da Kemal Tahir hoca rahmetli olunca, Dönmezer hocayla buluştum. Selam, hatırlatıyordu. Şeynağa girmeden önce mektup yazdım. Kemal hoca Dönmezer hocaya, *öbu çocuk barmış, sahip çıkmış* diye mektup yazmış.

Ankara hukukta yardımcı, doçent ve sonra doçent olmuştum. O sırada Turgut Ak, Türk dekanı. O dönemlerde rotasyon diye bir şey vardı. Ak, Türk hoca, *ösen kal gitme Diyarbakır'a rotasyona* dedi. Sonra YÖK'ten karar çıktı, gitmiyorum. Ak, Türk'ün dekanı yardımcı, oldum. Ak, Türk sonra Bakırkent Üniversitesine geçince beni de yanına çağırdı. Emekli olunca Ak, Türk'ün sırasına, ile Bakırkent Üniversitesine geldim.

Ankara hukukta 44 yıldan fazla çalıştım. Ömrümle beraber 50 yıl. Ben oral, oldum evden çok oradaydım. Benim için hukukun Kâbe'sidir diyor. Ramazan Arslan, Sabih Erkan, Hikmet Sami, Doğan Perinçek, Uğur Mumcu. Bu adamlar esas adamlardır. Bizler sıradan asistandık. Gerçekten Ankara hukuk benim için çok değerlidir. Ki ilimin bir kısmı, Akçada Köy Enstitüsünde, diğer kısmı, Ankara Hukuk Fakültesinde oldu. Ama asıl bilinç kazanma yerim talyandı.

Diyarbakır'da talyanda özellikle rönesans, hümanizma, felsefe, siyaset orada olmuş. Önemli olaylar orada olmuş. Roma hukuku abide bir hukuktur. Belirli kaynağa dayanan bir hukuktur. Muazzamdır. Dolayısıyla talyanda çok gelişim. talya edebiyatı, sanatı, vs. çok gelişmiş. talyanda çok büyük düşünce ve uygarlık var.



Alman ve talyan ceza hukuku anlayışında, aslında ceza hukukçuların uydurmasıdır. Tanzimat fermanı ile ve 1851'de Osmanlılar ticaret yapabilmek için ticaret kanunu yapıyorlar. Daha sonra Krım Harbinden sonra bakıyorlar ki, ceza kanununa ihtiyaç var. Ve ilk kez Fransız ceza kanunu yürürlüğe konuyor. Tanzimat'ta bir çatlama oluyor nizami mahkemeler ve yerli mahkemeler arasında. 1865'te idare hukuku, roma hukuku okutulmaya başlanıyor. Daha sonra 1880'de Fransızlardan ceza muhakemesi sistemi alınıyor. Fransızlardan bu kanunlar "kodifikasyon" yoluyla elde edilmiş, biz onlardan resepsiyon yoluyla aldık. Çünkü Osmanlı'da bir hukuk geleneği yok. Biz de kodifiye edilecek kural yok.

Mecelle macerası böyle başlıyor. Ama Mecelle roma hukuku temelli değildir. Yani bir hukuk kodifikasyonu olmadıkça, için "resepsiyon" yapıyor. şviçre'den medeni kanunu, talyandan ceza kanunu alınıyor. Çünkü aydınlanma felsefesinin en iyi ceza kanunu talyan ceza kanunudur. Ceza usul Almanya'dan alınıyor daha yeni olduğu için. Hukuk devrimi demek bu resepsiyondur.

Dolayısıyla aydınlanma felsefesi bununla birlikte Türkiye'ye geliyor. 1924 Anayasası, aydınlanma anayasasıdır. Türklerin hakkından bahsediyor. Türkiye ahalisini tanımlıyor. Bir ulus meydana getiriliyor. Laz, Ermeni, Yahudi vs. hepsi Türk kabul ediliyor. Şey sorunun cevabı; bir devlette tek hukuk olur. Tek hukuk da resepsiyon olayı oldu. Yani ilk resepsiyonu Osmanlı yaptı, Cumhuriyet zamanında olmadı. Cumhuriyeti kuran Osmanlılar, Osmanlı subaylarıdır. Hukuk devrimi İzmir İktisat Kongresinde tartışılıyor.

talyan ceza kanunu resepsiyon yoluyla alındı, ama eskiden tabii ki, yeni bir ceza kanununa ihtiyaç vardı. Yeni ceza kanunu yapıldıkça Dönmezer/Erman vs. çalışıyorlar. Fakat o zaman Türkiye'de Ecevit döneminde, Türkiye iyi yönetilmedi, Türkiye'den bir beklenti vardı. Bu beklenti, mevcut iktidar, getirdi. Bunlarda çok iyi laflarla geldiler. İnsan Hakları, Avrupa Sözleşmesi vs. Halk gerçekten çok büyük beklentiye girdi. Bunlar hukukta de iktidar, yeni Türkiye, liberaller laf, ortaya çıktı. Gerçekten hukukun yenilenmesi gerekiyordu ve hukuk yenilendi. Bu hukuk yapıldıkça de iktidar Almanlardan alındı. Ama Almanlardan aldıkları, doğru dürüst tutmadı. Çünkü bizim bu kanunun yapıldığı anda emeği geçenler Almanca bilmiyorlardı, zaten. Çünkü bugünkü ceza kanununu durmuş saat gibi günde iki sefer doğruyu gösteriyor. Yani kanunun revize edilmesi gerekiyor. Bize düşünce ikayet de il revizedir. Çok de iktidar u rad,, daha da de iktidar u rayacaktır. Yani bir yerde eskiye küserek yeni şeyden kopya yapmıyor. Bir söz var ya *"kötü kanunlar de il kötü uygulamalar"*. Ceza kanununu düzgün uygularsak iyi sonuçlara ulaşırız. Bu nedenle sadece Alman hukukunu bilmek de il, Kara

Avrupas, hukukunu çok iyi bilip mukayeseli hukuktan yararlanmal,y,z. Hukuk yapmak çok farklı, bir eştir. Türkiyede hukuk tüm alanlarda yeni bir macera içindedir.

Son olarak özellikle hukukçular, ilk olarak tarih bilmek zorunday,z. Tarihi iyi bilmez isek, Anadolu ahalsinin tarihini bilmezsek s,k,nt, çeker ayr, ,r,z. Ulusla ma sürecimiz geri kal,r. kinci olarak, hukukçu Türkçeyi bilecek. Dili iyi bilmemiz gerekiyor. Dil sürekli kendisini yeniler. Baz, kelimeler ortaya ç,k,yor. Burada da orta yolu bulmak laz,m. Ba kas, için yaz,yoruz. Buna riayet etmek laz,m. Hukukta terimleri bozmamak laz,m, bozarsak anla amay,z. Medeni hukukta irade serbestisi var. Cebir iddet ikrah diyor, ceza hukuku ikrah demiyor. Hukukun genel teorisinde bir terim birli i olmal,. Tabi ki ceza hukuku ba ,ms,z ama, bu ba ,ms,zl,k s,n,rl,. Haks,z fiili bilmeden suçü bilemezsin. Hukukçu arkada lar terim birli ine dikkat etmeli. Yeni bir ey icat etmek için kavramlarla oynanmaz. Te ebbüs de i mez, adam öldürmek de i mez, bu insan öldürmek olmaz. Bu niye de i ti. Daha bir sürü savsata var. *Hukuk zarif bilim alan,d,r.* Özellikle terim birli i olmal,. Ben bir medeni hukuk kitab, okudu umda anlayabilmeliyim. Olgü üzerine kavramsal aland,r. Niteleme kavramsal dünya ile olgusal dünyay, örtü türmeliyiz. Türk hukuku u an darmada ,n. Mesele u ülkeden bu ülkeden almak de il. Önemli olan bu kurala uymakt,r.

Eski öldü diyorlar, saçmal,k. Mecelle de diyor "*ıçtihatla ıçtihatla nakz olunmaz*" Bizim i imiz ıçtihatla. "*Z,rva tevil götürmez*". Bir ey ıçtihat ise ıçtihatla ortadan kalkmaz. Biz de bir ulusuz, elbette çok de erli Alman hukukçular var. Ama ben elbette Immanuel Kant de ilim ama Almanyaödaki bir ceza hukukçusundan a a ,s,nda de ilim. Hukukun büyük üstatlar,n, tan,yarak kendi ulusal hukukumuzu olu turmal, ona göre çal, mal,y,z.

23.10.2019 / Ankara