

**MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ**

**HUKUK ARAŞTIRMALARI  
DERGİSİ**

**Cilt:15**

**Sayı: 1-2**



**2009**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

(MÜHF – HAD)

Cilt:15

Sayı: 1 - 2



2009

## Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

### Sahibi:

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına

Prof. Dr. M. Emin ARTUK

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları  
Dergisi (MÜHF-HAD), yılda iki kez yayımlanan hakemli bir  
dergidir.**

### İletişim:

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi,

Haydarpaşa - İstanbul

**Tel.** : (216) 338 77 03

**Fax.** : (216) 338 77 10

**E-posta:** [hukukdekan@marmara.edu.tr](mailto:hukukdekan@marmara.edu.tr)

**Baskı:** Turhan Kitabevi Ofset Matbaacılık Tesisleri

Tel: (0312) 341 18 13

*Tüm hakları saklıdır. Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, herhangi bir şekilde çoğaltılması, dağıtılması ve kayda alınması yasaktır.*

*Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; bu hususta Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmez.*

*Dergiye yapılan atıflarda MÜHF-HAD kısaltması kullanılabilir.*

**MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ**  
**HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ (MÜHF-HAD)**  
**YAYIN İLKELERİ**

1. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi hakemli bir dergidir.
2. Dergi yılda en az iki sayı olarak yayımlanacaktır.
3. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olmalıdır.
4. Dergiye gönderilen çalışmalar, yayın komisyonunun ön incelemesinden sonra, ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip iki hakem tarafından değerlendirilir. Hakem görüşü doğrultusunda yazarlardan düzeltme yapmaları istenebilir. Yazılar olumlu iki hakem görüşü alındıktan sonra sıraya konularak yayımlanır. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir.
5. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine devredilir.
6. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
7. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini yayın kuruluna iletmek zorundadır.
8. Yazılar, elektronik ortamda (CD veya disket) kaydedilmiş olarak, elden veya posta ile, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Haydarpaşa / İstanbul adresine teslim edilmelidir. Yazılar dergi adresine elektronik postayla da gönderilebilir: [hukukdekan@marmara.edu.tr](mailto:hukukdekan@marmara.edu.tr)  
Yazar ya da yazarların iletişim bilgileri yazıya eklenmelidir.

## DERGİ DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU, Ankara Üniversitesi (Ankara)*  
*Prof. Dr. Erdal Onar, Ankara Üniversitesi (Ankara)*  
*Prof. Dr. Cumhuri ÖZAKMAN, Bahçeşehir Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Feridun YENİSEY, Bahçeşehir Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Şeref ERTAŞ, Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)*  
*Doç. Dr. Meltem CANIKLIOĞLU, Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)*  
*Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, Gazi Üniversitesi (Ankara)*  
*Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Gazi Üniversitesi (Ankara)*  
*Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Mehmet HELVACI, İstanbul Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Uğur ALACAAPTAN, İstanbul Bilgi Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. A. Necip ORTAN, İstanbul Bilgi Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL, İstanbul Ticaret Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Nuri ÇELİK, İstanbul Ticaret Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Mehmet AKAD, Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, Maltepe Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER, Kültür Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Ergun ÖNEN, Kültür Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Abdulkadir ARPACI, Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)*  
*Prof. Dr. Haluk KABAALIOĞLU, Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)*

## EDİTÖR

Doç. Dr. Mustafa ŞENTOP

## DERGİ YAZARLARI

Prof. Dr. Mehmet AKMAN, Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA, Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK, Prof. Dr. Selim ATAERGİN, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN, Prof. Dr. Osman DOĞRU, Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ, Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN, Prof. Dr. Serap HELVACI, Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU, Prof. Dr. Selami KURAN, Prof. Dr. Emin MEMİŞ, Prof. Dr. Sibel ÖZEL, Prof. Dr. Nihal SABAN, Prof. Dr. Hasan SELÇUK, Prof. Dr. Billur Serap YALTI, Prof. Dr. Hasan Nuri YAŞAR, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ, Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM, Prof. Dr. Turan YILDIRIM, Doç. Dr. Faruk ACAR, Doç. Dr. Pınar AKAN, Doç. Dr. Rukiye AKKAYA, Doç. Dr. Nurşen CANIKLIÖĞLU, Doç. Dr. Talat CANBOLAT, Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT, Doç. Dr. M. Erdem ÖZDEMİR, Doç. Dr. Burak ÖZEN, Doç. Dr. Mustafa ŞENTOP, Doç. Dr. Funda BAŞARAN YAVAŞLAR, Doç. Dr. Ahmet Caner YENİDÜNYA, Doç. Dr. Murat YÜKSEL, Doç. Dr. Hamide ZAFER, Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf AKIN, Yrd. Doç. Dr. Selahattin AKKUŞ, Yrd. Doç. Dr. Arda ATAKAN, Yrd. Doç. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN, Yrd. Doç. Dr. Fulya ERLÜLE, Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ, Yrd. Doç. Dr. Nurcan İPEK, Yrd. Doç. Dr. Nur KARAN, Yrd. Doç. Dr. Halit Eyüp ÖZDEMİR, Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER, Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM, Yrd. Doç. Dr. Abdullah SEZER, Yrd. Doç. Dr. Birgül SOPACI, Yrd. Doç. Dr. Gülcan SUNAR, Yrd. Doç. Dr. Melikşah YASİN, Yrd. Doç. Dr. Murat YAVAŞ, Ar. Gör. Dr. İrem ARAL, Ar. Gör. Dr. Arzu ARSLAN, Ar. Gör. Dr. Hamide Ö. ÖZKAYA FERENDECİ, Ar. Gör. Dr. Şule ŞAHİN CEYLAN, Ar. Gör. Dr. Derya AYDIN OKUR, Ar. Gör. Dr. Canan YILMAZ, Ar. Gör. Fehmiye Ceren AKÇABAY, Ar. Gör. Mehmet Emin ALŞAHİN, Ar. Gör. Sabah ALTAY, Ar. Gör. Mehmet Özgür AVCI, Ar. Gör. Oya BOYAR, Ar. Gör. Esra DEMİR, Ar. Gör. Server DEMİRCİ, Ar. Gör. Güzide Burcu DOĞAN, Ar. Gör. Hanife DOĞRUSÖZ, Ar. Gör. Hakkı Hakan ERKİNER, Ar. Gör. Gülşen GEDİK, Ar. Gör. Nazlı GÖREN ÜLKÜ, Ar. Gör. Reşat Volkan GÜNEL, Ar. Gör. Seda GÜNGÖR, Ar. Gör. Hakan KARAARSLAN, Ar. Gör. Derya KESKİNCİ, Ar. Gör. Serdar KALE, Ar. Gör. Emrah KIRIT, Ar.

Gör. Evren KILIÇOĞLU, Ar. Gör. Gediz KOCABAŞ, Ar. Gör. Saim OCAK,  
Ar. Gör. Özge OKAY, Ar. Gör. A.Selçuk ÖZGENÇ, Ar. Gör. Ercüment  
ÖZKARACA, Ar. Gör. İlker ÖZTAŞ, Ar. Gör. Dilek ÖZYİĞİT, Ar. Gör.  
Hatice Selin PÜRSELİM, Ar. Gör. Meltem SARİBEYOĞLU, Ar. Gör.  
Ayşegül SEZGİN, Ar. Gör. Kazım Ali SONAT, Ar. Gör. Murat TOPUZ, Ar.  
Gör. Gül ÜSTÜN, Ar. Gör. Salih Önder YEŞİLTEPE, Ar. Gör. Müjgan  
YÜCEL.

## İÇİNDEKİLER

**Yrd. Doç. Dr. Gülcan DEMİRHAN**

Alman Ve Avusturya Hukukunda İlk Derece Yargılamasındaki  
Usuli Hak Düşümü Kuralları Üzerine Bir İnceleme ..... 1-46

**Ar. Gör. Dr. İrem ARAL**

Avrupa Birliği Sigorta Sektöründe Denetim ..... 47-74

**Ar. Gör. Dr. Mustafa ÖZEN**

Cezanın Belirlenmesi Ve Bireyselleştirilmesi ..... 75-120

**Ar. Gör. Dr. Derya AYDIN OKUR**

Tomimaru Davası: Müsaderenin Gecikmeksizin Serbest  
Bırakma Yükümlülüğüne Etkileri ..... 121-138

**Ar. Gör. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM-DOĞAN**

Visumspflicht Für Die Einreise Nach Deutschland:  
Auswirkungen Des Sog. „Soysal Urteils“ ..... 139-151

**Ar. Gör. Dr. Gül ÜSTÜN**

Avrupa Birliği Hukukuna Uyum Sürecinin İdare Hukuku  
Üzerindeki Etkileri ..... 153-171

**Ar. Gör. Dr. Mehmet Deniz YENER**

Yetkisiz Temsilcinin Yaptığı İşlemlerin Geçerliliği Ve Üçüncü Kişinin  
Özen Borcuna Aykırı Davranışlarının Hukuki Sonuçları ..... 173-184



**Ar. Gör. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ**

Banka Yönetim Kurulu Üyeleri Hakkında Açılan Şahsi Sorumluluk  
Davasında "Business Judgment Rule / İş Adamı Kararı" İlkesinin  
Uygulanabilirliği Sorunu ..... 185-190

**Ar. Gör. Dr. Canan YILMAZ**

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin, Tüketiciden "Kredi Kartı Üyelik Ücreti"  
Alınmasının İptaline İlişkin, 02.05.2008 Tarihli Kararının,  
Tkhk M. 6'da Öngörülen "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" Kavramı  
Çerçevesinde Değerlendirilmesi ..... 191-214

**Ar. Gör. Güzide Burcu GÜNVEREN**

Türk Hukuku'nda Zorunlu Mecra Kavramı Ve Zorunlu  
Mecra İrtifakının Doğumu İçin Gerekli Olan Şartlar ..... 215-238

**Ar. Gör. Fehmiye Ceren AKÇABAY**

Henry S. Maine'in Evrimci Hukuk Anlayışı ..... 239-278

**Arş. Gör. Gediz KOCABAŞ**

Avukatlık Sözleşmesinin Haksız Azil Yoluyla Sona Ermesinin  
Avukatlık Ücretine Etkisi ..... 279-293

**(Çeviren) Ar. Gör. K. Ali SONAT**

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 14 Temmuz 2006 Tarihli Bir Kararı .... 295-303

## ALMAN VE AVUSTURYA HUKUKUNDA İLK DERECE YARGILAMASINDAKİ USULİ HAK DÜŞÜMÜ KURALLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Yrd. Doç. Dr. Gülcan Demirhan\*

Tarafın ihmali halinde artık o usuli işlemin yapılamayacağı hükmünü içeren gerek Alman MUK.'nun 230. ve gerek Avusturya MUK.'nun 144. maddeleri, hak düşümü etkisi prensibini (Prinzip der Praeklusionswirkung) esas alır. Bu prensip, bir işlemin yapılması ihmal edilirse, o işlemin sonradan telafi edilmesinin mümkün olmamasını ve yargılamanın söz konusu işlem dikkate alınmaksızın devam etmesini ve davanın sonuçlandırılmasını ifade eder<sup>1</sup>. İnceleme konumuz olan Alman MUK.'nun 296. maddesi ile Avusturya MUK.'nun 179. maddeleri hükümleri de hak düşümü kurallarına ilişkin düzenlemeler içermektedir<sup>2</sup>. Usuli hak düşümü kurallarının amacı, deyim yerinde ise, tarafların “damla damla” (azar azar) açıklamada bulunmalarını önlemek suretiyle davanın hızlandırılmasını sağlamaktır<sup>3</sup>. Hak düşümü yaptırımı tarafları zamanında ve tam olarak açıklamada bulunmaya teşvik edecek; böylece mahkeme daima yenilenen açıklamalar ile meşgul olmaktan kurtulacak ve dava süresi kısılacaktır<sup>4</sup>.

---

\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 429 (4); Von Stosch, s. 19-20; Rechberger/Simotta, s. 203 (333), 284 (495) .

<sup>2</sup> “Hak düşümü” (Praeklusion) medeni usul hukuku alanında ve usuli kurallar uyarınca meydana geldiği için, makalenin başlığında ve içinde “usuli hak düşümü” ibaresi de kullanılmıştır.

<sup>3</sup> MüKo/Prütting, § 296/2.

<sup>4</sup> Bkz. MüKo/Prütting, § 296/3.

Mahkemelerin iş yükü ve bununla birlikte ortaya çıkan uzun dava süreleri ile savaşta etkili silahlardan biri hiç kuşkusuz ilk derece mahkemelerinde yürütülen yargılamanın kısaltılmasıdır. Yargılamanın kısaltılmasına hizmet eden araçlardan biri ise, mahkeme ve taraflar arasında yürütülecek işbirliğidir. İşte Alman ve Avusturya hukukunda yer alan hak düşümü kuralları da ancak böyle bir işbirliğinin sonucu olarak uygulanabilecek kurallardır. Az önce belirttiğimiz üzere, hak düşümü kurallarının amacı, davanın hızlandırılmasıdır; ancak bu amaca sadece mahkeme tarafından usulüne uygun bir şekilde yürütülecek yargılama ile ulaşmak mümkündür<sup>5</sup>. Geç ileri sürülen açıklamaların reddini öngören hak düşümü kuralları, öncelikle mahkemenin ödevlerini yerine getirmesini şart koşar<sup>6</sup>.

### I-Tarihi Bakış

Alman ve Avusturya hukukunda hak düşümü kurallarını tarihi açıdan incelediğimizde şöyle bir gelişim görülmektedir:

1877 yılında kabul edilen Alman MUK'ndan önce, Almanya'nın çeşitli bölgelerinde geçerli olan MUK.'nlarının büyük kısmı teksif ilkesi ile donatılmıştır<sup>7</sup>. 1879 yılında yürürlüğe giren Alman MUK.'nda ise, sözlü yargılama esası benimsenmiş<sup>8</sup>; yargılamanın yürütümü taraflara bırakılmıştır<sup>9</sup>. Kanunun 252. maddesine göre; davalı savunma vasıtalarını sürüncemede bırakma niyetiyle ya da fahiş bir ihmal ile daha önceden getirmemişse ve bunların kabulü davanın hallini geciktirecekse, mahkeme, davacının talebi üzerine davalının savunma vasıtalarını reddedebilir. Bu düzenleme ile, teksif ilkesi kesin olarak reddedilmiştir<sup>10</sup>. Davanın kabulüne ilişkin ilk itirazlar da, asıl meseleye ilişkin duruşmadan önce veya aynı anda ileriye sürülmezlerse ya da gecikme bir özre dayanmıyorsa, artık dinlenmezler(MUK. m. 247/III).

1924 yılında Emminger Kararnamesi ile ret kurallarında önemli değişiklikler yapılmış<sup>11</sup>; derdest dava sırasında sonradan getirilen dava

<sup>5</sup> Musielak/Huber, § 296/1.

<sup>6</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/16.

<sup>7</sup> Kallweit, s. 13.

<sup>8</sup> Kallweit, s. 15; Leipold, ZJP 93 (1980), s. 258.

<sup>9</sup> Von Stosch, s. 29.

<sup>10</sup> Leipold, ZJP 93 (1980), s. 258; Kallweit, s. 15.

<sup>11</sup> Kallweit, s. 16.

malzemesinin kabulü önemli ölçüde sınırlandırılmıştır<sup>12</sup>. MUK.'nun 279. maddesinin yeni metni, artık iddia vasıtalarını da kapsar hale getirilmiş ve davacı da dava malzemesinin zamanında ileri sürülmesi ile görevlendirilmiştir<sup>13</sup>. Gecikmiş açıklamaların dinlenmemesi için artık hasmın talebine ihtiyaç yoktur<sup>14</sup>. Bir özre dayanmaksızın ihmal halinde, iddia ve savunma vasıtaları kabul edilmeyebilir. MUK. m. 279/II hükmüne 1933 yılında bu kararname ile ilave yapılarak; hazırlanmış dilekçelerde zamanında ileriye sürülmemiş iddia ve savunma vasıtalarının reddedilmesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler teksif ilkesine bir yönelim olarak görülebilir<sup>15</sup>. Bununla birlikte, bu düzenlemeler yoğunlaştırma ilkesi (Konzentrationsmaxime) olarak iz bıraktı<sup>16</sup>. Bu ilke, tarafları konsantre dava yürütümü ile görevlendirir ve tarafların ve yargılamanın yürütümünde hakime yetki verir. Böylece taraflar iddia ve savunma vasıtalarını hızlı bir şekilde getirmeye teşvik edilmelidir.

Alman doktrininde 1950'li yıllarda, özellikle Avusturya hukukunda mevcut kurumlardan hareketle<sup>17</sup>, davanın sürüncemede bırakılmasını önleyen yeni fikirler ortaya atıldı ve tartışıldı<sup>18</sup>. 1960'lı yıllarda, özellikle 1968 yılından itibaren "Stuttgarter Modell" olarak adlandırılan taslak, Alman mahkemelerinde gittikçe yaygın bir şekilde uygulama alanı buldu<sup>19</sup>: Bu model, dava malzemesinin tamamlanmasını sağlayacak yazılı bir ön yargılamayı öngörmektedir. Hakimin herhangi bir görev üstlenmediği bu safha (dava ve cevap dilekçeleri, replik), asıl duruşmaya esaslı bir şekilde hazırlanmayı amaçlamaktadır. Hakim dilekçelerin teatisi ve duruşma arasındaki zamanda, tanıkları davet, belgeleri talep gibi işlemleri yapacaktır. Amaç, Kanunun öngördüğü gibi, davayı tek ve tartışmalı bir duruşmada sonuçlandırmaktır. Duruşma tarafların dinlenmesi ile şekillenmektedir. Bu kurallar ile, genel davayı sevk ödevine ilişkin ilk düzenlemelerin kabul edildiği söylenmektedir<sup>20</sup>. Hakim

<sup>12</sup> Jauerning, s. 113.

<sup>13</sup> Von Stosch, s. 30; Bettermann, s. 382.

<sup>14</sup> Bettermann, s. 383-384. Yazar'a göre (s. 384); dava malzemesi üzerinde halen taraf hakimiyetinin geçerli olduğu bir sistemde, talep olmaksızın, hakimin iddia ve savunma vasıtalarını gecikme nedeniyle reddetmesi yerinde değildir.

<sup>15</sup> Bkz. Jauerning, s. 113; Von Stosch, s. 30.

<sup>16</sup> Von Stosch, s. 30; Jauerning, s. 108, 113; Leipold, ZZZ 93 (1980), s. 258.

<sup>17</sup> İstinaf yargılamasında yenileme yasağı (Neuerungsverbot) ve ön duruşma (Vortermine) gibi.

<sup>18</sup> Bkz. Von Stosch, s. 31-32.

<sup>19</sup> Kallweit, s. 19-20; Von Stosch, s. 32-33.

<sup>20</sup> Kallweit, s. 20.

niyet ettiği hüküm hakkında taraflara haber vermek ile yükümlüdür. Şekli ve maddi anlamda davayı sevk ödevinin tam olarak yerine getirilmesi, şimdilik dava süresinin esaslı bir şekilde kılmasını sağlamıştır<sup>21</sup>.

1976 yılında yapılan Kanun değişikliğinin (Vereinfachungsnovelle) kabulüne kadarki dönemde hazırlanan çeşitli tasarılar az çok teksif ilkesine yönelen kurallar içermektedir<sup>22</sup>: 1964 yılındaki ilk tasarıda genel bir davayı sevk ödevi önerilmiş; kusurlu olarak gecikmiş her açıklamanın -ki, hafif kusur yeterlidir- hak düşümü ile karşılaşacağı kabul edilmiştir. 1970 yılının hükümet tasarısı ise, mahkemeye, ya erken ilk duruşma tarihini belirleme ya da yazılı bir ön yargılamayı başlatma hususunda seçim imkanı öngörmektedir. Taraflardan başka hakim de genişletilmiş hazırlık ve aydınlatma ödevi ile donatılmıştır; hakim davanın her aşamasında yargılamanın gecikmeden yürütümünü teşvik ile görevlidir. Bunu sağlamak için 1974 yılında hükümet tasarısı, hakim tarafından sürelerin tayinine ilişkin düzenleme getirmiştir. 1976 yılındaki son tasarıda, hakim tarafından tayin edilen sürelere riayet edilmemesi halinde, zorunlu olarak hak düşümünden bahsedilmesi gerektiği; genel davayı sevk ödevinin ihlalinde ise, hak düşümünün hakim tarafından takdirinde olduğu ve gecikmenin ağır kusura dayandığı hallerde, böyle bir sonucun doğacağı kabul edilmiştir. Genel davayı sevk ödevi böylece ilk defa kanuna alınmıştır. Genel anlamda davayı sevk ödevi, her iki tarafın iddia ve savunma vasıtalarını davanın durumuna göre özenli (gereken zamanda ve kapsamda) ve yargılamanın ilerlemesini gözetken dava yürütümüne uygun olarak ileri sürmelerini ifade eder<sup>23</sup>. İşte 1976 yılı Kanun değişikliğinin (Vereinfachungsnovelle) hedeflerinden biri, tarafları özenli ve yargılamayı ilerletmeye yönelik işbirliğine (Alman MUK. m. 277,282) ve mahkeme tarafından tayin edilen sürelerle (Alman MUK. m. 273, 275, 276, 277) riayete teşvik etmektir; tarafların bu davayı sevk ödevlerini ihlal etmelerini önlemek amacıyla, gecikmiş açıklamaların belli şartlar altında reddini öngören Alman MUK.'nun 296. maddesi hükmü kabul edilmiştir<sup>24</sup>. Belirtelim ki, bu madde hükmünü, daha doğrusu bu madde hükmü ile bağlantılı olarak davayı sevk ödevini saf teksif ilkesine yaklaşım olarak gören yazarlar vardır<sup>25</sup>. İlk

<sup>21</sup> Von Stosch, s. 33.

<sup>22</sup> Von Stosch, s. 33-35.

<sup>23</sup> Kallweit, s. 24, 28 vd.

<sup>24</sup> Bkz. Zöllner/Greger, § 296/1; Musielak/Huber, § 296/1.

<sup>25</sup> Bkz. Jauerning, s. 113; krş. Leipold, ZJP 93 (1980), s. 258 vd.

derecede hak düşümüne uğramış açıklamaların istinaf yargılamasında da ileriye sürülmesi artık mümkün değildir (Alman MUK. m. 531/I).

Avusturya hukukunda usuli düzenlemeleri ilk defa bir araya getiren 1781 yılındaki Medeni Usul Kanununda (Erste einheitliche Gerichtsordnung von 1781) taraf hakimiyetine üstünlük tanınmıştır<sup>26</sup>. Taraflar dava konusu üzerinde tasarruf etme hakkına sahiptir ve dava malzemesinin toplanması işi de taraflara aittir. Hakim gerçeğin araştırılması bakımından hiç bir etkiye sahip değildir; hakim faaliyetini yargılamanın yürüyüşüne ilişkin tedbirler ile sınırlıdır. Kanun resen delil ikamesi veya soru sorma ve işaret etme ödevi öngörmemiş; bunun yerine taraf yeminine ilişkin karışık bir sistem getirmiştir. Ancak bu sistem, maddi gerçeğe uygun karar verilmesine hiçbir katkıda bulunmamıştır. Yargılamanın yürüyüşüne ilişkin getirilen tedbirler de, -ki bunlar, dolaylı delil ikamesine ilişkin kapsamlı kurallar, uzun hak düşümü süreleri ve teksif ilkesidir-, davayı uzatmaya yöneliktir. Bu Kanunda davanın gidişine hakim etkisi etmesine izin verecek kuralları içeren elastiki bir sistem mevcut değildir<sup>27</sup>. Tarafın yokluğunda yapılan yargılama, hak düşümü esaslarına ve ikrar fiksiyonuna dayanmakta ise de, eski hale getirme kuralları sayesinde hak düşümü etkisi ortadan kalkmaktadır.

Kanunun bu düzenleme şekli şikayetlere yol açmış ve 1796 yılında, daha sonra bir çok eyalet tarafından iktibas edilen Westgallen Medeni Usul Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun takdir yetkisine ilişkin kuralları ile hakim yargılamaya etkisini düzenlemiştir<sup>28</sup>. 19. yüzyılda reform çalışmaları kapsamında, ilk defa medeni usul hukukunun sosyal fonksiyonu üzerinde durulmuştur; teksif ilkesinin kaldırılması gerektiği ve keyfi dava yürütümüne karşı koymak için davada hakim daha kuvvetli bir konuma getirilmesi gerektiği görüşleri savunulmuştur<sup>29</sup>. Bu görüşleri temel alan Klein, basit, ucuz ve hızlı yargılama esasına ve dava konusunun tamlığına dayalı bir medeni usul kanunu hazırlamıştır<sup>30 31</sup>. Özellikle yargılamanın yoğunlaştırılması için gerekli

<sup>26</sup> Von Stosch, s. 24.

<sup>27</sup> Von Stosch, s. 24-25.

<sup>28</sup> Von Stosch, s. 25.

<sup>29</sup> Bkz. Von Stosch, s. 26.

<sup>30</sup> Von Stosch, s. 27; Ballon, s. 79-80.

<sup>31</sup> Klein, davanın zamanında haline, gerçeğin araştırılmasına nazaran üstünlük tanınmıştır (Ballon, s. 79).

görülen hakimin konumu kuvvetlendirilmiştir; nihayet 1898 yılında, -birkaç istisnai hal hariç-, teksif ilkesi ortadan kaldırılmıştır<sup>32</sup>; teksif ilkesinin yerini, her zaman açıklamada bulunma olanağı veren sözlü duruşma almıştır. 1895 yılında kabul edilen Avusturya Medeni Usul Kanununun 179/1. maddesinde, açıkça anlaşılan sürüncemede bırakma niyetinin ve davanın hallerinde önemli gecikmenin varlığı hallerinde yeni vakıaların ve delillerin reddedilmesi gerektiği öngörülmüştür<sup>33</sup>. İlk şartın (açıkça anlaşılan sürüncemede bırakma niyetinin) varlığı halinde, bu, eski vakıa iddialarına yönelik yeni delil teklifleri için de geçerlidir (Avusturya MUK. m. 275/II). 1976 yılında avukatlar ve hakimler, maddi anlamda davayı sevk ödevi kapsamında hakimin ret yetkisinin genişletilmesi; gecikmenin önemli olması şartının iptal edilmesi gerektiğini belirtmişler ve fakat bu öneri kanun koyucu tarafından kabul görmemiştir<sup>34</sup>. Uygulamada, gecikmiş açıklamaların reddi için öngörülen açıkça sürüncemede bırakma niyetinin çok zor gerçekleşen bir şart olduğu görülünce<sup>35</sup>, 1997 yılında yapılan değişiklikle, bu şart biraz yumuşatılmıştır. Buna göre, bütün hal ve şartların özenli bir şekilde göz önünde bulundurulması halinde, sürüncemede bırakma konusunda makul hiçbir şüphe mevcut olmamalıdır<sup>36</sup>. Bundan başka, delillerin kabulünün davanın hallini önemli ölçüde geciktirmesi şartı, Avusturya MUK. m. 275/II hükmüne alınmıştır. 1997 yılında yapılan değişiklikten sonra, Avusturya MUK.'nun bu maddeleri, daha doğrusu 179. madde hükmü, 2002 yılında değişime uğramıştır. Avusturya MUK.'nda 2002 yılında yapılan değişikliğin hedefi, yargılamanın hızlandırılmasıdır<sup>37</sup>. Bu amacı gerçekleştirmek için, diğer tedbirlerin yanı sıra, tarafların davayı sevk ödevinin kapsamı ve hak düşümü kuralları genişletilmiştir<sup>38</sup>. Avusturya MUK. m. 179 hükmünün yeni metnine göre, esasa ilişkin açıklamalar ve deliller, ağır kusur nedeniyle daha önce gösterilmemişse ve bunların kabulü davayı önemli ölçüde geciktirecekse, reddedilebilir.

<sup>32</sup> Deixler-Hübner, s. 170.

<sup>33</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ballon, s. 78 vd.

<sup>34</sup> Ballon, s. 83.

<sup>35</sup> Ballon, s. 84.

<sup>36</sup> Ballon (Bkz. s. 84), bu ifade şekilleri arasında herhangi bir fark bulunup bulunmadığını sorgulamaktadır.

<sup>37</sup> Ballon, s. 75.

<sup>38</sup> Ballon, s. 77; Annerl, s. 229.

## II-Gecikmiş Açıklamaların Reddini Öngören Kanuni Düzenlemeler

Alman hukukunda da 1976 yılı Kanun değişikliği (Vereinfachungsnovelle) ile kabul edilen kurallar sayesinde, taraflar gecikmeden ve konsantre bir yargılama yürütümü ile görevlendirilmiştir. Alman MUK. m. 296 hükmü, Kanunda düzenlenen bütün yargılama usullerinde (Verfahrensarten) geçerlidir<sup>39</sup>. Alman MUK. m. 296/I hükmüne göre; mahkeme, tayin edilen süre aşıldığı için geç ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtalarını, bunlar davayı geciktirdiği takdirde, reddetmek zorundadır. Şayet gecikme yeterli bir özre dayanıyorsa, o zaman bu iddia ve savunma vasıtaları dinlenebilir. Bu madde hükmü, gıyapta yargılamada da uygulanır (Alman MUK. m. 340)<sup>40</sup>. Gaip taraf, gıyabi hükmün (Versaeumnisurteil) tebliğinden sonra iki hafta içinde itirazını bildirmek ve açıklamalarını telafi etmek zorundadır (Alman MUK. m. 339). Alman MUK. m. 296/I hükmü, tayin edilen süre geçtikten sonra ve fakat daha henüz sözlü duruşma kapanmadan önce ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtalarını kapsamaktadır<sup>41</sup>. Sözlü duruşma kapandıktan sonra yapılan açıklamalar hakkında Alman MUK. m. 296a hükmü uygulanacaktır<sup>42</sup>.

Tarafa bir süre verilmemiş olsa da, Alman MUK. m. 296/II hükmüne göre, o genel davayı sevk ödevini (Alman MUK. m. 282/I) ihlal ederek sözlü duruşmada zamanında açıklamada bulunmazsa veya Alman MUK. m. 282/II hükmüne aykırı olarak sözlü duruşmadan önce hazırlanmış dilekçesi ile zamanında bildirimde bulunmazsa, mahkeme gecikmiş iddia ve savunma vasıtalarını reddedebilir. Hakimin ret kararı verebilmesi için, davanın gecikmesi ve açıklamaların geç ileri sürülmesinde, -Alman MUK. m. 296/I hükmünün aksine-, ağır ihmâl gereklidir. Buna karşılık, davanın kabul edilebilirliğine yönelik itirazlar (Zulaessigkeitslügen)<sup>43</sup>, -sıkı teksif ilkesini takiben<sup>44</sup>- Alman

<sup>39</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/3. Konut Mülkiyeti Kanunundaki yargılama ile iş mahkemelerindeki yargılama ve patent mahkemesindeki yargılamada da, bu madde uygulanır.

<sup>40</sup> Alman MUK. m. 296/I hükmüne atıf yapan diğer bazı maddeler için bkz. Alman MUK. m. 411/IV, 530, 697/III.

<sup>41</sup> Musielak/Huber, § 296/3.

<sup>42</sup> Alman MUK. m. 296a hükmüne göre; hükmün verildiği sözlü duruşmanın kapanmasından sonra artık iddia ve savunma vasıtaları ileriye sürülemez. Alman MUK. m. 156 ve 283. maddeler saklıdır.

<sup>43</sup> Burada mahkeme tarafından resen gözetilmesi zorunlu olmayan itirazlar söz konusudur.

<sup>44</sup> Bettermann, s. 381.



MUK. m. 282/III'e göre zamanında ve asıl mesele için yapılacak duruşmadan önce ve fakat sözlü duruşmadan önce davaya cevap süresi tayin edilmişse, bu süre içinde ileri sürülmek zorundadır. Davanın kabul edilebilirliğine ilişkin ve davalının vazgeçebileceği gecikmiş itirazlar, davalı gecikme için yeterince özür dilerse, kabul edilebilir (Alman MUK. m. 296/III).

Alman MUK. m. 273/II, b. 1 hükmüne göre, hakim her duruşmaya hazırlık için, belirli ve açıklamaya muhtaç noktalar hakkında açıklama yapmak üzere taraflara hak düşümü etkisi ile donatılmış süre tayin edebilir. Bu hüküm, tarafları duruşmalar arasında da yoğunlaştırılmış yargılama yürütümüne yardımda bulunmaya teşvik eder. Böylece mahkeme ve taraflar arasında işbirliği tam olarak gerçekleştirilebilir<sup>45</sup>. Bu suretle, hakimin iyi hazırlanarak duruşmaya girmesi de sağlanır.

Avusturya MUK. m. 144'de düzenlenen genel hak düşümü prensibinin doğal sonucu, süresi içinde ileri sürülmeyen taraf açıklamalarının dikkate alınmamasıdır<sup>46</sup>: Burada bu hareketin yargılama üzerinde geciktirici bir etki yaratıp yaratmaması ve tarafın kusurlu olup olmaması herhangi bir önem taşımaz; davacının talebi üzerine yoklukta bir hüküm (Versaeumnisurteil) verilebilir. Buna karşılık, 2002 yılında yapılan Kanun değişikliğinden önce, Avusturya MUK. m. 181/II hükmüne göre verilen süreye riayet edilmemesi halinde, hak düşümünün oluşumu daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Bir kere, ispat vasıtalarının geç getirilmesi, yargılamanın uzamasına neden olmak zorundadır. Bundan başka, gecikme yargılamayı sürüncemede bırakma kastına dayanmalıdır. Bu şartlar varsa, hasmın talebi üzerine veya resen ret gerçekleşir. Bu hüküm değiştirilerek Avusturya MUK.'nun 180/II. maddesine alınmıştır. Buna göre; hakim (Vorsitzende) taraflara eş zamanlı tayin edilmesi gereken süre içinde açıklamalarını bildirmelerini, ispat vasıtası olarak kullanılabilen belgeleri ve keşif objelerini mahkemeye sunmalarını ve dinlenecek tanıkların ad-soyad ve adreslerini açıklamalarını emredebilir. Taraf süresi içinde böyle bir emri yeterli özrü olmaksızın yerine getirmezse, bu açıklamalar talep üzerine veya resen reddedilebilir veya 381. madde anlamında ihmal olarak değerlendirilebilir. Görüldüğü üzere tarafın süresi içinde emirleri yerine getirmemesi, hak düşümü sonucunu doğurabilir. Dikkat edilirse, burada kanun koyucu 179. maddede öngörülen hak düşümü şartlarından (ağır kusur nedeniyle açıklamaların

<sup>45</sup> Von Stosch, s. 49.

<sup>46</sup> Von Stosch, s. 40; Rechberger/Gitschthaler, § § 144-145/2.

gecikmesi) ayrılmıştır. Fakat bu konuda uygulamanın herhangi bir fark gözetmediği görülmektedir; tarafın davayı sevk ödevi kapsamında yapması gereken davranışta bulunmaması, ağır kusurun varlığını akla yakın göstermektedir<sup>47</sup>. Süreler ve hak düşümü etkisinden başka, genel bir davayı sevk ödevinden de bahsetmek gerekir. Gerçi Avusturya MUK. sözlü yargılamanın bütünlüğünden yanadır ve teksif ilkesi geçerli değildir, yani taraflar sözlü yargılama sonuçlanıncaya kadar önemli gördükleri hususları ileriye sürebilirler. Ancak böyle bir serbesti, davanın sürüncemede bırakılması tehlikesini taşıdığı için hakimın eline hak düşürme enstrümanı verilmiştir (Avusturya MUK. m. 179, 275/II)<sup>48</sup>. Böylece tarafların, herhangi bir süre öngörülmemiş olsa da, gecikmeden açıklamada bulunmaları sağlanmaktadır. Avusturya MUK.'nda 2002 yılında yapılan değişiklik ile tarafların davayı sevk ödevi, Kanunun 178/II. maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Avusturya MUK. m. 178/I hükmü ise, doğruluk ödevine ilişkindir<sup>49</sup>. Avusturya MUK. m. 178 hükmüne göre; "Taraflardan her bir, açıklamalarında taleplerinin gerekçelendirilmesi için gerekli bütün hal ve şartları doğru bir şekilde tam ve kesin olarak belirtmek, açıklamalarının tespiti için gerekli delilleri sunmak, karşı tarafça ileri sürülmüş açıklamalar ve sunulmuş deliller hakkında kesin olarak açıklama yapmak, getirilmiş delillerin sonuçlarını değerlendirmek ve karşı tarafın buna ilişkin açıklamaları hakkında kesin olarak görüşünü bildirmek zorundadır.

Taraflardan her biri, yargılamanın mümkün olduğunca hızlı yürütülebilmesi için açıklamalarını zamanında ve tam olarak bildirmek zorundadır (Davayı sevk ödevi)". Maddede geçen açıklamalar kavramına, dilekçeler ve delil ikame talepleri de dahildir<sup>50</sup>. Taraflarca davayı sevk ödevinin ihlali, kanuni şartlar altında hak düşümünü ortaya çıkartacaktır<sup>51</sup>.

Avusturya MUK.'nun 179. maddesini tamamlayan Avusturya MUK. m. 275/II hükmüne göre; bütün hal ve şartlar özenli bir şekilde göz önünde bulundurulduğunda, delil ikamesi talebinin davayı sürüncemede bırakacağı ve bu delilin kabulünün davanın hallini önemli ölçüde geciktireceği hakkında makul hiçbir şüphe yoksa (yani bu husus şüphesiz ise), mahkeme, resen veya

<sup>47</sup> Rechberger/Fucik, § 180/4.

<sup>48</sup> Diexler-Hübner, s. 171.

<sup>49</sup> Rechberger/Simotta, s. 326 (571).

<sup>50</sup> Rechberger/Fucik, § 178/3. Ayrıca bkz. Avusturya MUK. m. 257/III.

<sup>51</sup> Rechberger/Fucik, § 178/3; Rechberger/Simotta, s. 326 (571).

talep üzerine delilin ikamesini reddedebilir. Bu madde hükmü, 179. maddenin 2002 yılında yapılan değişiklikten önceki metnine uygundur. 2002 yılında yapılan Kanun değişikliği, vakıa ve delillerin ağır kusurlu olarak daha önce ileri sürülmemiş olması şartını öngördüğü için, Avusturya MUK. m. 179 hükmünün uygulama alanını genişletmiştir<sup>52</sup>. Öğreti ve içtihat, 2002 yılı değişikliği ile Avusturya MUK. m. 179 hükmünde öngörülen yeni hak düşümü şartlarının, redaksiyon ile ilgili bir yanlışlık nedeniyle 275/II. maddeye yansıtılmadığı ve bu yüzden yeni kriterlerin 275. madde için de uygulanması gerektiği görülmüştür<sup>53</sup>. Buna karşılık, Avusturya MUK. m. 179 ile 275/II hükümleri arasındaki uyumsuzluğun redaksiyon hatasından kaynaklandığı yönündeki görüşlerin doğru olmadığı; zira yine 2002 yılı değişikliği ile 275/II. madde hükmüne benzer bir düzenlemenin 460. maddenin 4. bendine eklenmiş olduğu görüşü savunulmaktadır<sup>54</sup>.

Hak düşümüne yol açacak bir diğer düzenleme, Avusturya MUK.'nun 279. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; delil ikamesine belirsiz süreli bir engel karşı koymakta ise veya delil ikamesinin uygulanabilirliği şüpheli ise yahut delil ikamesinin yabancı ülkede yapılması gerekli ise<sup>55</sup>, mahkeme karşı tarafın talebi üzerine bir süre tespit etmek zorundadır ki, bu sürenin başarısız geçirilmesinden sonra yine taraflardan birinin talebi üzerine söz konusu delil olmaksızın duruşmaya devam edilir. Görüldüğü üzere, burada belli şartlar altında bir delilin hak düşümüne uğraması söz konusudur. Bu düzenleme davanın yoğunlaştırılmasına hizmet eder ve yargılamanın gecikmesini önlemek için taraflara verilen sayısız enstrümanlardan birini teşkil eder<sup>56</sup>. Ancak belirtelim ki, bu hak düşümü kesin değildir<sup>57</sup>. Avusturya MUK. m. 279/II hükmüne göre; söz konusu delil, yargılamayı geciktirmemek şartıyla devam eden sözlü duruşmada sonradan kullanılabilir.

### III-Usuli Hak Düşümü Kurallarının Anayasaya Uygunluğu

Sıkı hak düşümü kuralları sayesinde dava süresinin kısaltılması halinde, hakimnin artık gerçek dava malzemesini araştıramayacak olması nedeniyle,

<sup>52</sup>Rechberger/Rechberger § 275/3; Fasching/Konecny/Rechberger, § 275/6.

<sup>53</sup> Bkz. Rechberger/Fucik, § 179/10; krş. Ballon, s. 89.

<sup>54</sup> Bkz. Rechberger/Rechberger § 275/3.

<sup>55</sup> Rechberger/Rechberger § 279/3.

<sup>56</sup> Rechberger/Rechberger §279/1, 4; Diexler-Hübner, s. 171.

<sup>57</sup> Rechberger/Rechberger § 279/2.

maddi adaletin gerçekleştirilemeyeceği söylenebilir<sup>58</sup>; fakat geç ileriye sürülen iddia ve savunma vasıtalarının yargılamaya kabulü halinde, bunun davanın aşırı uzamasına yol açacağı da kuşkusuzdur. Diğer taraftan hızlı yargılama maddi adaletin teminine de hizmet edecektir. İşte davanın hızlandırılması ve adaletin temini hedeflerine birlikte ulaşabilmek için, kanun koyucunun bir yol bulması zorunludur<sup>59</sup>: Hakimin süre tayini yetkisi, tarafları gecikmeden dava yürütümüne teşvik edecektir; genel davayı sevk ödevi de, davanın sürüncemede bırakılmasını önleyecektir; ağır kusur halinde iddia ve savunma vasıtalarının reddedilecek olması, gerçeğin bulunmasını, başka bir ifade ile maddi adaleti sınırlandırabilecek ise de, haklı görülmelidir; çünkü ağır kusurlu bir şekilde usuli davranış, korunmaya değer değildir.

Bazı iddia ve savunma vasıtalarının hak düşümüne uğrayacak olması, tarafı dava malzemesini açıklama imkanından yoksun bırakacaktır. Bu durumun kanuni dinlenme hakkını<sup>60</sup> ihlal edip etmediği konusu, açıklamaya muhtaçtır. Kanuni dinlenme hakkı gereğince, herkes ilgili bulunduğu davasında vakıa iddialarını ortaya koyma ve bunları ispat için delillerini sunma, yani karar için önemli dava malzemesini (Sachverhalt) açıklama hakkına sahiptir<sup>61</sup>. Bu ilke, ileri sürülenlerin en azından potansiyel olay için önemli olma zorunluluğu ile sınırlandırılır<sup>62</sup>. Ayrıca tarafın, karşı tarafın açıklamalarından haberdar olma ve bunlara cevap verme; keza, mahkeme tarafından incelenen vakıalar ve ispat vasıtaları hakkında hüküm verilmeden önce dinlenme hakkı vardır<sup>63</sup>. Mahkemenin davaya katılanların açıklamalarına önem verme, bunları kararını oluştururken hesaba katma, önemli görülen delilleri ikame etme ve kanuni açıklama sürelerine dikkat etme ödevleri, tarafların bu hakları ile uyum içindedir<sup>64</sup>; hakimin bu ödevi sayesinde tarafların dilekçe vermeleri hakkı bir esas kazanır ve bu surette tarafların açıklamaları hakimin gerçeği aramasını etkileyebilir<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> Krş. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/2 ve 5; Jauerning, s. 114.

<sup>59</sup> Von Stosch, s. 51-52

<sup>60</sup> Alman Anayasası m. 103; AİHS. m. 6; Avusturya MUK. m. 177.

<sup>61</sup> AİHS. m. 6; Von Stosch, s. 57; Schwab/Gottwald, s. 50, 52-53.

<sup>62</sup> Von Stosch, s. 57.

<sup>63</sup> AİHS m. 6; Von Stosch, s. 57; Schwab/Gottwald, s. 50, 53-54; MüKo/Pritting, § 296/11.

<sup>64</sup> Schwab/Gottwald, s. 50.

<sup>65</sup> Von Stosch, s. 58.

AİHS. m. 6 ve Alman Anayasası m. 103 hükümleri, kanuni dinlenilme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olarak herhangi bir hüküm içermemekte ise de, dava yürütümünde belli sürelerle ve şekle riayet gereği, caiz sınırlamalar olarak kabul edilir<sup>66</sup>. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, maddi ve şekli hukuktan kaynaklanan sebeplerden dolayı bir tarafın açıklamalarının dikkate alınmadığı hallerde, Anayasanın 103. maddesi hükmünün hiçbir koruma sağlamayacağına ilişkin pek çok karar vermiştir<sup>67</sup>. Anayasa derecesi (Verfassungsrang) ile donatılmış hukuki değerlerin korunması söz konusu olduğunda, kanuni dinlenilme hakkının sınırlandırılması reddedilemez. Bu nitelikteki hukuki değerler olarak, hukuki korumanın etkinliği, yani uygun yargılama sürelerine yönelik emir zikredilir; etkin, gerçek hukuki koruma anlamına gelir<sup>68</sup>. AİHS. m. 6 hükmü gereğince, herkes davasının uygun bir süre içinde dinlenmesi hakkına sahiptir. Alman Anayasası'nda buna ilişkin açık bir hüküm yoksa da, Federal Anayasa Mahkemesi, bu hakkın anayasa derecesinde olduğunu kabul eder<sup>69</sup>. Bu prensip, davanın hızla sonuçlandırılmasında yargılamaya katılan herkesin menfaatinin bulunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması ile temellendirilir<sup>70</sup>. Dolayısıyla kanuni dinlenilme hakkı, davanın uzamasına ve etkinliğini yitirmesine sebep olduğu yerde sınırlama bulacaktır; bununla birlikte, kanuni dinlenilme hakkına hızlı bir dava yürütümü amacı ile ağır bir şekilde hanel getirilemez<sup>71</sup>. Hak düşümü kuralları, tarafların kanuni dinlenilme hakkına bir sınır teşkil eder ve bu kanuni sınırlama yargılamanın hızlandırılması yararına olarak caizdir<sup>72</sup>. Avusturya MUK. m. 179, 275/II ve Alman MUK. m. 296 hükümleri, tarafların anayasal koruma bulan hukuki değerlerini eşit şekilde gözettikleri için anayasaya uygun düzenlemelerdir<sup>73</sup>. Usuli hak düşümü hakkındaki bu düzenlemeler, anayasal esaslara uygun işletilmek şartıyla Anayasaya aykırı değildir<sup>74</sup>. Mahkeme hatalı olarak gecikmeye taraflar ile birlikte yol açmamış, özellikle gecikmenin sonuçları

<sup>66</sup> Von Stosch, s. 59.

<sup>67</sup> BVerfG NJW 1980, s. 1737; BVerfG NJW 1982, s. 1453; BVerfG NJW 1985, s. 3005. Diğer kararlar için bkz. MüKo/Prütting, § 296/12, dn. 28.

<sup>68</sup> Von Stosch, s. 59.

<sup>69</sup> BVerfG NJW 1976, s. 141; BVerfG NJW 1993, s. 1635.

<sup>70</sup> Bkz. Von Stosch, s. 60.

<sup>71</sup> Von Stosch, s. 61. Krş. Schwab/Gottwald, s. 55-56.

<sup>72</sup> MüKo/Prütting, § 296/12.

<sup>73</sup> Von Stosch, s. 61

<sup>74</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 296/26.

hakkında tarafları bilgilendirmiş, işaret ödevine (Alman MUK. m. 139) riayet etmiş, süreleri usule ve şekle uygun tayin etmiş ve duruşmaya hazırlık için bütün imkanları kullanmış olmak şartıyla, geç ileri sürülmüş iddia ve savunma vasıtalarını reddedebilir; ancak bu şartlar altında usuli hak düşümü kuralları anayasaya uygundur<sup>75</sup>. Kanuni dinlenme hakkı, dikkate alınması davanın hallini geciktirmeyen geç ileri sürülmüş açıklamaların reddini yasaklamaktadır<sup>76</sup>. Açıklamada bulunmak için yeter derecede fırsata sahip olmasına rağmen, kusurlu olarak bundan yararlanmayan taraf, korunmaya değer değildir; ancak hak düşümüne uğramış tarafa isnat edilebilecek bir davranış söz konusu olmaksızın açıklamaların reddi, AİHS. m. 6 ve Alman Anayasası m. 103 hükümleri ile bağdaştırılamaz<sup>77</sup>. O halde, tarafın kusurlu davranışı, gecikme için tek sebep değilse; hakim de eksik dava yürütümü nedeniyle gecikmeden sorumlu ise, açıklamalar hak düşümüne uğratılamaz. Bu kurallar çerçevesinde kanuni dinlenme hakkının hak düşümü kuralları ile sınırlandırılması hukuk devletinin yargılama düzeni ile uyumludur ve taraflar için orantısız bir yükümlülük teşkil etmez<sup>78</sup>.

Eşitlik ilkesi (Alman Anayasası m. 3; Avusturya Anayasası m. 7) gereği, her iki tarafa aynı şekilde açıklamada bulunma fırsatı verilmesi zorunludur. Böyle bir açıklamayı sonuçsuz kılan hak düşümü kuralları ile şans ve silah eşitliği ilkesi çatışma halindedir<sup>79</sup>. Bununla birlikte, her iki tarafa kanuni dinlenme hakkının sağlanması zorunluluğu, aynı zamanda şans ve silah eşitliği ilkesinin şartlarını da yerine getirir; ancak AİHS. m. 6 ve Alman Anayasası m. 103 hükümlerinin koruması altına girmeyen alanlarda, eşitlik ilkesinin uygulanması gündeme gelebilir.<sup>80</sup>

#### IV-Usuli Hak Düşümü Kurallarının Konusu

Alman MUK. m. 296 hükmüne göre, usuli hak düşümü kurallarının konusu iddia ve savunma vasıtalarıdır. Alman MUK. m. 282/I hükmü, özellikle iddiaları, itirazları, defileri, ispat vasıtalarını ve ispat defilerini iddia ve savunma

<sup>75</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 434 (30).

<sup>76</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/50.

<sup>77</sup> Von Stosch, s. 61; Schwab/Gottwald, s. 55; MüKo/Prütting § 296 /13; Thomas/Putzo/Reichold § 296/1.

<sup>78</sup> Von Stosch, s. 61-62.

<sup>79</sup> Von Stosch, s. 62.

<sup>80</sup> Von Stosch, s. 63.

vasıtaları olarak nitelendirmiştir. Ancak madde lafzından bu sayımın sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. İddia vasıtaları, talebi temellendiren ve davalının karşı açıklamalarını veya itirazlarını hükümden düşürmesi gereken her çeşit beyandır; savunma vasıtaları ise, dava veya karşılık davaya karşı koyma amacıyla ileri sürülen her şeydir<sup>81</sup>. Buna karşılık, önemsiz veya tartışmasız olan bildirimler, iddia ve savunma vasıtaları olarak sınıflandırılmaz<sup>82</sup>. Hakim, önemsiz olan bildirimleri dikkate almak zorunda olmadığı için, bunların davayı geciktirmesinden bahsedilemez; tartışmasız olan vakialarda ise, iddia ve savunma karakteri eksiktir<sup>83</sup>. Dolayısıyla önemsiz ve tartışmasız olan bildirimler, hak düşümü etkisine tabi değildirler<sup>84</sup>. Bundan başka, erteleme veya süre uzatımı gibi talepler (Prozessantraege) ve resen dikkate alınan kabul edilebilirlik itirazları da iddia ve savunma vasıtaları kavramına dahil değildir<sup>85</sup>.

Hakim hukuku resen uygulamakla görevli olduğu, tarafların göstermiş oldukları hukuki sebeple bağlı olmadığı için, hukuki açıklamalarda da iddia ve savunma karakteri eksiktir<sup>86</sup>. Bundan başka, tarafların hukuki görüşleri, vakıa açıklamalarının amacını daha anlaşılır hale getireceği ve böylece mahkemeye de yol göstereceği için, hukuki açıklamalar hak düşümüne tabi olmamalıdır<sup>87</sup>.

Delil ikamesinin bizzat kendisi iddia veya savunma vasıtasıdır ve bunun sonucu olarak Alman MUK. m. 296/I hükmüne tabidir<sup>88</sup>. Ancak delil ikamesi, örneğin tanığın adresinin geç bildirilmesinde olduğu gibi, düzeltilebilir bir

<sup>81</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 401 (10); Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Einl. III/70.

<sup>82</sup> Musielak/Huber § 296/5, 21; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/35.

<sup>83</sup> Von Stosch, s. 65.

<sup>84</sup> Von Stosch, s. 65; Zöllner/Greger § 296/13. Yazar, geç ileri sürülmüş açıklamalar hakkında derhal yargılama imkanı varsa, artık bir gecikmeden söz edilemeyeceğini; tartışmasız açıklamaların da bu nitelikte olduğunu ve hasmın açıklamasına ihtiyaç göstermediğini belirtmektedir.

<sup>85</sup> Musielak/Huber, § 296/6

<sup>86</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 438 (47); Musielak/Huber, § 296/6; Zöllner/Greger, § 296/4, § 282/2b; Von Stosch, s. 82. Aksi görüşte: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 282 /5 ve 15.

<sup>87</sup> Von Stosch, s. 83.

<sup>88</sup> Musielak/Huber, § 296/4. İddia ve savunma vasıtalarına delil dilekçeleri, ayrıca ispat vasıtaları ve ispat defileri de dahildir (Baumbach/Lauterbach/Hartmann Einl. III/70).

engele karşı koyacak ise reddedilemez; bu halde Alman MUK.'nun 356. maddesi<sup>89</sup> uygulanır<sup>90</sup>.

Bizzat iddia ve savunma, iddia ve savunma vasıtası olarak nitelendirilemez<sup>91</sup>. Dava ve karşı dava ve kanun yolları dilekçeleri, bir iddiayı somutlaştırdığı için iddia ve savunma vasıtaları değildir. Bu dilekçeler sözlü duruşma bitene kadar caizdir ve Alman MUK. m. 296a'nın sınırlarına tabidir<sup>92</sup>. Hak düşümü kuralları önceden başlamış bir yargılamayı hızlandırması gerektiği ve yeni bir dava konusu ile yeni bir davanın yürütülmesine mani olmaması gerektiği için, dava değişimi (Alman MUK. m. 263 vd.) de iddia vasıtası olarak nitelendirilemez<sup>93</sup>. Yeni bir talebe dayanan bildirimler de Alman MUK. m. 296 hükmünün sınırlarında ileri sürülmek zorundadır<sup>94</sup>. Bununla birlikte, gecikmiş bir dava değişikliği, Alman MUK. m. 263 anlamında yerindeliği (Sachdienlichkeit) gerçekleştiremeyebilir<sup>95</sup>. Davanın genişletilmesi de öğreti ve içtihatlar göre, iddia vasıtası değildir<sup>96</sup>. İddia gibi savunma da, örneğin davayı ret dilekçesi de hak düşümü kurallarına tabi değildir<sup>97</sup>.

İptal edilebilirlik defii davada ileriye sürülürse, bir savunma vasıtası haline dönüşür; bu ve feshi ihbar, rücu gibi diğer tek taraflı yenilik doğuran hakların zamanında yargılamaya getirilmesi gerekir; geciken açıklamalar usuli hak düşümüne uğratılabilir<sup>98</sup>. Keza takas defii için de aynı esas geçerlidir<sup>99</sup>. Takasın davada ileri sürülmesi bir usuli işlemdir (davalının vakıa iddiası) ve dolayısıyla

<sup>89</sup> Bu hükme göre; delillerin ikamesine belirsiz süreli bir engel karşı koymakta ise, bir karar (Beschluss) ile süre belirlenebilir ve bu sürenin başarısız geçirilmesinden sonra, mahkemenin serbest takdirine göre bu suretle yargılama geciktirilmezse delil kullanılabilir.

<sup>90</sup> Zöllner/Greger § 296/4; Musielak/Huber, § 296/4.

<sup>91</sup> Musielak/Huber, § 296/6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 438 (47); Zöllner/Greger, §282/2a.

<sup>92</sup> Von Stosch, s. 65-66; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §282/6.

<sup>93</sup> Von Stosch, s. 66; Zöllner / Greger, § 296/4; Musielak / Huber § 296/6; Baumbach / Lauterbach / Hartmann, § 296/29.

<sup>94</sup> Von Stosch, s. 66.

<sup>95</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 282/6; Zöllner/Greger, §282/2a.

<sup>96</sup> Von Stosch, s. 66; Musielak/Huber, § 296/6; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/29.

<sup>97</sup> Von Stosch, s. 67.

<sup>98</sup> Von Stosch, s.67-68.

<sup>99</sup> Von Stosch, s. 68-69; krş. Schreiber, s. 398 vd., Yazar (s. 400), takas defini bir iddia ve savunma vasıtası olarak değil, doğrudan iddia olarak nitelendirmekte ve davada takası henüz gelişmemiş bir karşı dava olarak görmektedir.



savunma vasıtasıdır<sup>100</sup>. Usul sözleşmelerine ilişkin defiler bakımından Alman MUK.'nun 296. maddesinin 1 ila 3. fıkraya hükümleri uygulanacaktır: Belli bir usuli durumun sağlanması amacıyla yapılan sözleşmeler, Alman MUK.'nun 296/III hükmüne tabi iken, -zira bu halde sözleşmesel bir dava engeli söz konusudur-; maddi hukuk içerikli sözleşmelerde ise, bu definin geç ileriye sürülmesi, Alman MUK. m. 296/I ve II hükümlerine göre ret sonucunu doğurabilir<sup>101</sup>.

Avusturya MUK. m. 179'a göre, sadece esasa ilişkin iddialar ve ispat vasıtaları hak düşümüne uğrayabilir. Görüldüğü üzere, bu madde hükmü hem vakıa iddialarını hem de delilleri kapsar. Esasa ilişkin iddialar, hukuken var olan olaylara (Sachverhalt) dayanan her şeydir<sup>102</sup>. İleri sürülen talebin unsurlarını içeren veya talebin reddini sağlayan bütün vakıalar karar için önemlidir. Avusturya MUK.'nda 2002 yılında yapılan değişiklikten önce, 179. maddenin vakıa açıklaması ile aynı anda ileri sürülen delil ikamesi talepleri; 275/II hükmünün ise, tarafların eski vakıalarına ilişkin gecikmiş delil ikamesi talepleri hakkında düzenleme içerdiği kabul edilmiştir. Tarafların davayı sevk ödevi nedeniyle, artık bu görüşün savunulamayacağı belirtilmektedir<sup>103</sup>. Buna göre; Avusturya MUK. m. 179 hükmü, yeni esasa ilişkin açıklamalar yapılmaksızın tarafların ilave delil talepleri için de uygulanır. Avusturya MUK.'nun 179. maddesi ile 275/II. maddesinin uygulama alanlarının tespiti için, delil ikamesi talebinin kendinden kaynaklanan sebeplerden veya sadece delilin geç ileri sürülmesinden dolayı geciktirici etki gösterip göstermediğine bakmak gerekir; eğer tarafın delil ikamesi talebi kendi kendine gecikmeye yol açacak ise<sup>104</sup>, Avusturya MUK. m. 275/II hükmüne göre ret söz konusu olabilir<sup>105</sup>.

Hakimin işaretine rağmen dava dilekçesi esassız (unschlüssig) ise, başka bir inceleme yapmaya gerek kalmaksızın dava reddedilebilir veya cevap dilekçesi temellendirilmemiş ise, davacı tarafından ileriye sürülmüş vakıalar ikrar edilmiş gibi olur; her iki halde de hakimin gecikmiş bildirimden dolayı

<sup>100</sup> MüKo/Prütting, §296/51; Zöllner/Greger, §282/2; Musielak/Foerste, §282/2.

<sup>101</sup> Von Stosch, s. 70 vd.

<sup>102</sup> Von Stosch, s. 74; krş. Rechberger/Simotta, s. 266 (449).

<sup>103</sup> Rechberger/Rechberger § 275/3.

<sup>104</sup> Örneğin bkz. Avusturya MUK. m. 297.

<sup>105</sup> Rechberger/Rechberger § 275/3.

reddi gereksizdir; çünkü bildirimlerin iddia ve savunma karakteri eksiktir<sup>106</sup>. Önemsiz bildirimler gibi, taraflar arasında tartışmasız olan bildirimler için de usuli hak düşümü kurallarının uygulanmasına gerek yoktur<sup>107</sup>. Alman hukukundaki gibi, iddia ve savunmalar, usuli hak düşümü kurallarına tabi değildir; çünkü hak düşümünün unsurları, iddia ve savunmayı destekleyen materyalin taraflarca zamanında getirilmesini teşvik etmeyi amaçlar<sup>108</sup>. Yine iddia gibi, dava değişiminde (Avusturya MUK. m. 235) de hak düşümü kuralları uygulanmaz. Viyana Eyalet Mahkemesi (LGZ) kararı ile<sup>109</sup> maddi hukuka ilişkin bütün inşai haklar, -ki buraya tek başına yapılan (takas gibi) ve yapılamayan bütün savunma vasıtaları dahildir-, Avusturya MUK. m. 179 hükmünün uygulama alanı dışında bırakılmıştır<sup>110</sup>. Geçerli olan usuli sözleşmelerin yargılama sırasında defî olarak ileriye sürülüp sürülemeyeceği meselesinde tahkim sözleşmesi yol gösterici olabilir. Buna göre, defilerin mutlaka asıl olay hakkındaki duruşmada davaya cevaptan önce ileriye sürülmesi zorunludur; daha sonra açıklamada bulunmak mümkün değildir<sup>111</sup>.

## V-Usuli Hak Düşümünün Şartı Olarak Gecikme

### 1) İddia ve Savunma Vasıtalarının İleri Sürülmesinde Gecikme

Hak düşümüne uğrayacak iddia ve savunma vasıtaları, geç ileriye sürülmüş olanlardır. Gecikme ile kastedilen, tarafın belli süreleri aşarak iddia ve savunma vasıtalarını getirmesidir. Bu da iki şekilde gerçekleşir<sup>112</sup>: I-Taraf kanun veya mahkeme tarafından tayin olunan süre içinde açıklamada bulunmazsa, gecikme gerçekleşmiş olur. Süre tayini hakimın davayı sevk ödevinin bir kısmıdır ve tarafların davayı sevk ödevi ile uyumludur; taraf zamanında açıklamada bulunmazsa bu ödevini ihlal eder. II- Taraf dava malzemesini hali hazırda dava durumuna göre gerekli olan zamanda davaya getirmezse, yine gecikme

<sup>106</sup> Von Stosch, s. 75.

<sup>107</sup> Bkz. Von Stosch, s. 75-76.

<sup>108</sup> Von Stosch, s. 76.

<sup>109</sup> Bkz. Von Stosch, s. 76, dn. 209.

<sup>110</sup> Von Stosch, s.76-77. Yazar, tek başına ileriye sürülebilen savunma vasıtası olan takasın hak düşümü kurallarına tabi olmaksızın ileri sürülmesinin kabul edilebileceği; buna karşın tek başına ileriye sürülemeyen savunma vasıtaları hakkında kuralın uygulanması gerektiği görüşündedir (bkz. s.77-79).

<sup>111</sup> Von Stosch, s. 81.

<sup>112</sup> Kallweit, s. 37; Von Stosch, s. 84.

gerçekleşmiş olur. Bu halde ise, genel davayı sevk ödevi ihlal edilmiş olur. Bu son halde, ne zaman gecikmenin vuku bulunduğunu tespit etmek zordur.

Alman MUK. m. 296/I hükmü, şu süreleri kapsamaktadır: Alman MUK. m. 273/II, b.1 ve 5'e göre; hakim (Vorsitzende), davacı veya davalı tarafa açıklamaya muhtaç belirli noktaların aydınlatılması veya keşif objesi yahut belgelerin ibrazı için süre tayin edebilir<sup>113</sup>. Hakimin talep ettiği noktalara ilişkin açıklamalar, süre bittikten sonra yapılırsa artık bunlar reddedilir, usuli hak düşümüne uğrar<sup>114</sup>. Alman MUK. m. 275/I, c. 1 hükmüne göre; hakim (Vorsitzende), davalıya erken ilk duruşmaya hazırlanması için davaya cevap süresi tayin edebilir. Bu süre, en azından dava dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren iki hafta olmak zorundadır<sup>115</sup>. Bu halde, tayin edilen süre içinde bütün iddia ve savunmaların ileri sürülmesi gereklidir. Buna riayet edilmemesi halinde, hak düşümü etkisinin oluşup oluşmayacağı konusunda, hakim görüş<sup>116</sup> şöyle bir ayırım yapmaktadır: Erken ilk duruşma sadece asıl duruşmanın hazırlanmasına hizmet ediyor ise, davanın gecikmesinden söz edilemeyeceği için usuli hak düşümü söz konusu olmaz. Buna karşılık, erken ilk duruşma, asıl duruşma olarak inşa edilmişse, bir hak düşümü düşünülebilir. Alman MUK. m. 275/I hükmü gereğince bir süre tayin edilmemişse veya davalı davaya henüz ya da yeterince cevap vermemişse, mahkeme, erken ilk duruşmada davalıdan belli bir süre içinde davaya cevap vermesini talep eder (Alman MUK. m. 275/III). En azından iki haftalık süre, Alman MUK. m. 275/I, c. 1'deki halde davanın tebliğinden, 275/III'deki halde tefhimden itibaren işlemeye başlar<sup>117</sup>. Alman MUK. m. 275/IV hükmüne göre; mahkeme<sup>118</sup> erken ilk duruşmada veya davaya cevaptan sonra yazılı açıklamada bulunmak üzere davacıya süre tayin edebilir. Hakim erken ilk duruşma yerine yazılı ön yargılamayı seçerse, Alman MUK m.

<sup>113</sup> Alman MUK. m. 273/II, b. 5 hükmünün söz konusu olduğu hallerde, süre tayini bir üçüncü kişiye değil, tarafa yapıldığında 296/I. madde uygulama alanı bulacaktır.

<sup>114</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/34; Musielak/Huber, § 296/8.

<sup>115</sup> MüKo/Prütting, § 277/11.

<sup>116</sup> Zöller/Greger, § 296/5; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/20, 34, 47; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/8, 20; Jauerning, s. 113; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 435 (34); Leipold, ZZP 97 (1984), s. 401 vd., 410; BVerfG NJW 1985, s. 1149; krş. Musielak/Huber, § 296/19-20. Aksi görüşte: Deubner, NJW 1983, s. 1026 vd. 1030. Yazar erken ilk duruşmada süreyi aşan açıklamaların reddinin Anayasaya (orantılılık ilkesine) aykırı olduğu görüşündedir. Aynı yönde: Deubner, NJW 1987, s. 2736.

<sup>117</sup> MüKo/Prütting § 277/11.

<sup>118</sup> Duruşma haricinde süre Vorsitzende tarafından tayin edilir (Musiak/Huber, § 296/7).

276/I, c.2'e göre davalıya davaya cevap süresi vermek zorundadır. Bu süre en azından dört haftadır. Alman MUK. m. 276/III hükmünde ise, aynı şey, yazılı ön yargılamada davalının bildirimlerine karşı davacının açıklamaları için söz konusudur. Son olarak, Alman MUK. m. 277 hükmünde, asıl duruşmadan önce davaya cevap ve replik için süre öngörülmektedir.

Davanın sulh yolu ile halledilmesi amacıyla sözlü duruşmadan önce<sup>119</sup> yapılacak sulh duruşmasında (Güteverhandlung) (Alman MUK. m. 278), Alman MUK. m. 296/I hükmü uygulanamaz<sup>120</sup>; ancak sulh teşebbüsü başarısız kalırsa, bunu takiben yapılacak sözlü duruşmada, Alman MUK. m. 296/I hükmü yine uygulama alanı bulacaktır; yani tartışmalı ve karar için önemli iseler, sulh duruşmasında görüşülmüş olmasına rağmen, geç ileri sürülmüş açıklamaların reddi gündeme gelecektir<sup>121</sup>. Buna karşılık, sulh teşebbüsünün başarısız kalmasından sonra sözlü duruşma için bir tarih tespit edilen hallerde, hakimin maddi anlamda davayı sevk ödevi dolayısıyla, Alman MUK. m. 296/I hükmü kural olarak yine devre dışı kalacaktır<sup>122</sup>.

Alman MUK. m. 296/I hükmünün diğer süreler hakkında da uygulanmasına yönelik görüş<sup>123</sup>, hak düşümü kurallarının istisnai karakterine<sup>124</sup> uygun düşmez: Zira bu kurallar, maddi adalet aleyhine olarak kanuni dinlenilmeye ağır bir müdahale teşkil eder ve böyle bir müdahale ancak sıkı şartlar altında mümkündür<sup>125</sup>. Bununla birlikte, Alman MUK m. 296/II hükmü çerçevesinde açıklamaların reddedilmesi mümkündür<sup>126</sup>. Çünkü taraflar genel davayı sevk ödevi gereğince davanın sürüncemede kalmasını önlemek için, dava

<sup>119</sup> Bkz. Alman MUK. m. 279/I.

<sup>120</sup> Alman MUK. m. 296/I hükmünün düzenleniş amacı ve sulh duruşmasında mahkemenin bütün hal ve şartları serbestçe değerlendirmek suretiyle hukuki uyumsuzluğu taraflar ile görüşmek zorunda olması (Alman MUK. m. 278/II) bunu gerektirir (Musielak/Huber, § 296/26).

<sup>121</sup> Musielak/Huber, § 296/27.

<sup>122</sup> Musielak/Huber, § 296/28.

<sup>123</sup> Bkz. Mischke, s. 564 -565.

<sup>124</sup> Bkz. Kallweit, s. 113 vd., 124.

<sup>125</sup> Musielak / Huber § 296/2; Thomas / Putzo / Reichold, § 296/26; Baumbach / Lauterbach / Hartmann, §296/30; MüKo/Prütting, § 296/14; Von Stosch, s. 85; Aynı yönde: BVerfG NJW 1992, s. 679-680; BVerfG NJW 1993, s. 1319; BGH NJW 1980, s. 343-344.

<sup>126</sup> Thomas/Putzo/Reichold, §296/26.

durumuna göre bütün gerekli olan şeyleri zamanında bildirmek durumundadırlar<sup>127</sup>.

İddia ve savunma vasıtaları süre geçtikten sonra ileri sürülürse, artık süre kaçırılmış olur. Bununla birlikte, örneğin, Alman MUK. m. 273/II, b. I hükmü gereğince belli bir konuda kendisinden açıklama istenen taraf, genel bir açıklamada bulunmuş ve fakat somut işaret edilen konuyu tamamen görmezlikten gelmişse, yine süre geçirilmiş olur<sup>128</sup>.

Avusturya MUK.'nda da davanın hızlandırılması için öngörülmüş süreler vardır. Ancak yargılamanın değişik kurallara bağlanması nedeniyle, usuli hak düşümü de başka şekilde ortaya çıkmaktadır<sup>129</sup>: Örneğin, davalı davaya cevap süresi içinde açıklamada bulunmazsa, ilk duruşmada tartışmalı hiçbir açıklama hakkında görüşülemeyeceği için, bu gıyap haline eşit tutulur ve Avusturya MUK. m. 179 hükmü değil, 396 ve devamı maddeleri uygulanır. Yani davacının talebi üzerine gıyabı hüküm verilir ve davalı bu hükmü, itiraz, eski hale getirme talebi veya istinaf ile iptal edebilir<sup>130</sup>. Her iki tarafın sözlü duruşma için tespit edilen günde mahkemede hazır bulunmaması, Avusturya MUK. m. 170 hükmüne göre, yargılamanın ertelenmesine (Ruhen des Verfahrens) neden olur<sup>131</sup>.

Alman MUK. m. 296/II hükmü gereğince, 282/I ve II maddelerine aykırı olarak zamanında ileri sürülmemiş veya bildirilmemiş iddia ve savunma vasıtaları reddedilebilir. Alman MUK. m. 282/I hükmü, iddia ve savunma vasıtalarının sözlü duruşmada zamanında ileriye sürülmesi zorunluluğunu düzenlemektedir. Bu hüküm, erken ilk duruşmada uygulanamaz<sup>132</sup>. Erken ilk duruşmada usuli hak düşümü etkisi, sadece sözlü duruşmadan önce yargılamanın yoğunlaştırılmasını amaçlayan Alman MUK. m. 282/II hükmü bağlantısı ile 296/II. madde dolayısıyla ortaya çıkar<sup>133</sup>. Alman MUK. m. 282/II

<sup>127</sup> Musielak / Huber, § 296/10; Thomas / Putzo / Reichold, § 296/26; Baumbach / Lauterbach / Hartmann, §296/32; Von Stosch, s. 87.

<sup>128</sup> Zöllner/Greger, § 296/10; Musielak/Huber § 296/12; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/48.

<sup>129</sup> Von Stosch, s. 88; Rechberger/Rechberger . § 396/1; Rechberger/Simotta, s. 284 (495).

<sup>130</sup> Rechberger/Rechberger §397a/1, 10-11.

<sup>131</sup> Diğer haller için bkz. Rechberger/Simotta, s. 284 (495).

<sup>132</sup> Von Stosch, s. 90; Deubner, NJW 1985, s. 1140; Musielak/Huber, § 296/30 (Sulh duruşmasında da bu kural uygulanamaz). Aksi görüşte: Kallweit, s. 129.

<sup>133</sup> Von Stosch, s. 90 dn.255; Jauernig, s. 113. Aksi görüşte: Deubner, NJW 1985, s. 1141.

hükmüne göre; karşı tarafın inceleme yapmaksızın açıklamada bulunamayacağı talepler ile iddia ve savunma vasıtalarının sözlü duruşmadan önce hazırlanmış dilekçeler ile zamanında bildirilmeleri<sup>134</sup> gereklidir.

Avusturya MUK, ilk derece yargılamasında iddia ve savunmaların ileri sürülmesi bakımından, Alman MUK.'nda düzenlenen şekilde herhangi bir sınırlama öngörmemektedir. Bunun sebebi Avusturya hukukunda teksif ilkesinin reddedilmesi ve sözlü yargılamanın teklifinden hareket edilmesidir. Avusturya MUK. m. 179 hükmünde sözlü duruşmanın sonuna kadar bildirim serbestisi vurgulanmıştır. Fakat tarafların açıklamaları bakımından zamansal sınırlara ve dolayısıyla davayı sevk ödevine (Avusturya MUK. m. 178) dikkat etmeleri gereği, davanın gecikmesi halinde hak düşümüne maruz kalabileceklerini düzenleyen 179. maddenin 2. cümlesi hükmünden çıkartılmaktadır<sup>135</sup>. Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) 2005 yılında verdiği bir kararda<sup>136</sup>, hak düşümü kurallarının ön duruşmada (Vorbereitende Tagsatzung)<sup>137</sup> uygulanamayacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre<sup>138</sup>; ön duruşma esasa ve hukuka ilişkin durumu görüşmeye hizmet ettiği için ön duruşmada tarafların tamamlayıcı açıklamalarına ve delil ikamelerine izin verilmelidir; davayı sevk ödevi ilk ön duruşmada uygulanmak gerekir ve fakat açıklamaların ön duruşmanın başında veya sonunda yapılması gecikme açısından herhangi bir fark yaratmaz. Bu karar, tarafa ön duruşma sonuçlanıncaya kadar vakıa açıklamalarını ve delillerini saklı tutma imkanı verdiği; bu suretle davanın sürüncemede bırakılmasına yol açtığı; davayı sevk ödevinin ve hak düşümü kurallarının uygulanma alanını sınırladığı için eleştirilmiştir<sup>139</sup>. Buna göre, Avusturya MUK. m. 179 hükmü yargılamanın her safhasında uygulanabilir ve davayı sevk ödevi yazılı yargılamaya ilişkin safhada da ihlal edilebilir<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Bkz. Alman MUK. m. 132.

<sup>135</sup> Von Stosch, s. 92.

<sup>136</sup> Bkz. Annerl, s. 230-231.

<sup>137</sup> Ön veya hazırlık duruşması, esas itibariyle usuli itirazlar hakkında karar verilmesine; tarafların açıklamada bulunmasına; esasa ve hukuka ilişkin açıklamaların hukuki açıdan da görüşülmesine; sulh teşebbüsünde bulunulmasına ve yargılama programının bildirilmesine ve de diğer delillerin toplanmasına hizmet eder (Bkz. Avusturya MUK. m. 258/1).

<sup>138</sup> Annerl, s. 230 vd.

<sup>139</sup> Bkz. Annerl, s. 231 vd.

<sup>140</sup> Annerl, s. 233.

Alman MUK. m. 277/1 ve 282/1 hükümleri gereğince, iddia ve savunmaların, davanın durumuna göre özenli ve yargılamanın ilerlemesini düşünen dava takibine uygun bir zamanda getirilmesi gerekir. Her somut olayda bu gerekliliğin yerine getirilip getirilmediği incelenmelidir<sup>141</sup>. “Davanın durumuna göre” ibaresi, her türlü ihtimal için itinalı ve tüketici bir şekilde açıklamaların yapılmasının gerekli olmadığını göstermektedir<sup>142</sup>. Taraf, karar için önemli olan veya olabilecek herhangi bir suretle akla gelen her şeyi ileri sürmek zorunda değildir; ne var ki, davayı sevk ödevi ve hak düşümü etkisi tarafa iddia ve savunmaların ileri sürülmesinde bir serbesti de vermemektedir<sup>143</sup>. Taraflardan her biri kendi iddia ve savunma vasıtalarını toplu halde getirmek zorundadır; dava dilekçesinde dava sebepleri veya cevap dilekçesinde karşı haklar ile ilgili bir sınırlandırma yapılması caiz değildir<sup>144</sup>. Davanın durumu, karşı tarafın önceki beyanları ile somutlaşır<sup>145</sup>. Bu beyanlardan, karşı açıklamaların hangi nitelikte olması gerektiği ortaya çıkar. Yargılamanın yürüyen her safhasında taraf, karşı tarafın ileri sürdüğü dava malzemesi hakkında daha çok bilgi sahibi olur ve bu onu davayı sevk ödevi gereğince derhal karşı açıklamada bulunmaya zorlar<sup>146</sup>. Tabi ki, hakimin yargılamaya müdahalesi de (Alman MUK. m. 139) açıklamaların kapsamını belirleyen bir diğer etkidir<sup>147</sup>. Yargılamanın sevkine yönelik dava takibinin şartları, tarafın sulh mahkemesinde kendisinin dava açtığı haller ile avukatla temsil edildiği haller bakımından farklılık gösterir; bu şartlar ve talepler, avukat ile takip edilmeyen davalarda azaltılır<sup>148</sup>. Sulh mahkemesi hakimi, aydınlatma ve işaret ödevi çerçevesinde eksik veya geciken dava takibine tarafların dikkatini çekebilir. Avukat hedeflenen dava başarısına ulaşmak için, tarafın temsilinde en sağlam ve en tehlikesiz yolu gerçekleştirmişse<sup>149</sup>, davayı sevk ödevini yerine

<sup>141</sup> Von Stosch, s. 94; Krş Kallweit, s. 31. Yazara göre, davayı sevk ödevinin somutlaştırılması için içtihatlar yolu ile genel kriterleri geliştirmek mahkemelerin görevidir.

<sup>142</sup> Von Stosch, s. 95, 100.

<sup>143</sup> Jauerning, 111.

<sup>144</sup> Von Stosch, s. 100. Federal Konseyin istisnai hallerde teker teker iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesine izin vermesi, öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu görüşler için bkz. Von Stosch, s. 97 vd.

<sup>145</sup> Stein/Jonas/Leipold, § 282/18; Musielak/Foerste, §282/3.

<sup>146</sup> Von Stosch, s. 100.

<sup>147</sup> Von Stosch, s. 101; Musielak/Foerste, §282/3.

<sup>148</sup> Von Stosch, s. 101

<sup>149</sup> Bkz. BGH JZ 1994, s. 524; BGH NJW 1993, s. 2045 vd.; BGH NJW 1991, s. 2080.

getirmiş demektir<sup>150</sup>. Avukat, karşı tarafın dilekçesinin caiz olmaması veya esaslandırılmaması nedeniyle reddedilmesi umuduyla kendi açıklamalarını yapmakta ihmalkar davranır veya içerik olarak kısa tutarsa; belli noktalarda esasa ilişkin açıklamaları, o konuda içtihat bulunmamasına rağmen, mahkemenin belli bir hukuki görüşü izleyeceğine güvenerek yapmazsa, davayı sevk ödevine aykırı hareket etmiş olur ve daha sonraki açıklamalar usulî hak düşümü ile karşılaşır<sup>151</sup>. Buna karşılık, avukatın açıklamalarını kısa tutmasına mahkeme sebep olmuşsa, böyle bir durumda ödevin ihlalden bahsedilemez ve daha sonraki açıklamalar hak düşümüne uğratılmaz<sup>152</sup>.

Alman MUK. m. 282 hükmünün lafzından çıkarılamamakta ise de, davanın başlangıcında, yani dava ve cevap dilekçeleri ile replik ve düplikte de tarafların davayı sevk edici açıklamalarda bulunmaları gereklidir<sup>153</sup>: Alman MUK. m. 253/II hükmünde yazılı hususlardan başka, dava dilekçesinde davacı talebini somut, esasa ilişkin iddialar ile desteklemek, iddia vasıtalarını toplu halde göstermek ve mahkemenin altlama yapabileceği şekilde dava malzemelerini (vakıalar ve delillerini) tam olarak açıklamak zorundadır; davalı da davayı sevk ödevini yerine getirmek için, davacının hangi iddialarına itiraz ettiğini gerekçeleri ve delilleri ile birlikte göstermek, iddia ve savunma vasıtalarını geniş bir şekilde bildirmek zorundadır. Replik ve düplik için de aynı esaslar geçerlidir; taraflardan her biri, karşı tarafın açıklamalarına somut cevaplar vermek zorundadır<sup>154</sup>.

Avusturya hukukunda, kural olarak<sup>155</sup> teksif ilkesi geçerli olmadığı için, Avusturya MUK. m. 235'e göre dava değişimi söz konusu olmadığı sürece, sözlü yargılamanın sonuna kadar açıklama yapılabilir veya açıklamalar tamamlanabilir. Ancak süre ve içerik olarak daha önceden ileri sürülebilecek iken getirilmemiş vakıa iddiaları ve deliller reddedilebilir<sup>156</sup>. Avusturya MUK. m. 226/I hükmüne göre; dava dilekçesi, talep ile birlikte, davacının hakkını dayandırdığı vakıaları ayrı ayrı kısa ve tam olarak göstermek; keza esasa ilişkin

<sup>150</sup> Von Stosch, s. 102.

<sup>151</sup> Von Stosch, s. 103 vd.

<sup>152</sup> Von Stosch, s. 103, 105.

<sup>153</sup> Von Stosch, s. 107 dn. 315, 107 vd.

<sup>154</sup> Von Stosch, s. 111.

<sup>155</sup> İstisnai haller için bkz. Rechberger, s. 13-15; Rechberger/Fucik, § 179/1; Deixler-Hüber, s. 171.

<sup>156</sup> Von Stosch, s. 111-112, 179. Bkz. Avusturya MUK. m. 179.



iddiaların ispatı için kullanılması amaçlanan delilleri içermek zorundadır. Davanın konusu (Streitgegenstand), talep ve dava sebebi dava dilekçesinin zorunlu içeriğine dahildir<sup>157</sup>. İddia olunan vakıaların ispatı için kullanılacak delillerin dava dilekçesinde gösterilmesi ise, tavsiye edici niteliktedir<sup>158</sup>. Bu düzenleme şekli, davayı sevk edici öğeler içermektedir<sup>159</sup>. Bu hükmün ihlalinde, hakim görüş<sup>160</sup>, Avusturya MUK.'nun 84 ve devamı maddelerine göre düzeltme için bir süre verilebileceği yönündedir. Cevap dilekçesinin de Avusturya MUK. m. 239 hükmü gereğince, davalının talebini, itirazlarını ve bunlara ilişkin vakıaları ve delilleri içermesi zorunludur. Ancak bu hükmün ihlalinde Kanunun hiçbir müeyyide öngörmemesi gerekçesiyle, gerek içtihat gerek öğreti neredeyse boş cevap dilekçesi düzenlenmesine izin vermektedir<sup>161</sup>. Cevap dilekçesi hakkında da Avusturya MUK. m. 84 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulacaktır<sup>162</sup>. Dilekçedeki eksikliğin (talep sonucu ve vakılarda) yargılamayı geciktirmek amacıyla yapıldığı açıksa, dilekçe derhal reddedilebilir<sup>163</sup>. Cevap dilekçesi verilen ek süre içinde düzeltilmezse, hakimün yönetimi altında ilk tartışmaya açık duruşmada Avusturya MUK m. 182, 432 hükümlerine göre düzeltmenin yeniden denenmesi gerektiği görüşünü kabul edenler<sup>164</sup> olduğu gibi; talep sonucu ve önemli vakıaların eksikliği halinde dilekçenin reddini öngören yazarlar da vardır<sup>165</sup>. Bununla birlikte, 2002 yılında yapılan Kanun değişikliği ile kabul edilen tarafların davayı sevk ödevinin (Avusturya MUK. m. 178/II) sadece sözlü duruşma değil, davaya cevap için de geçerli olduğu; böylece tarafların içerik olarak dolu dilekçeler vermeye teşvik edildiği ve davayı sevk ile tam açıklamada bulunma ödevlerinin (Avusturya MUK. m. 226/I, 239/II) ihlalini önlemek için kanun koyucunun hak düşümü kurallarını (Avusturya MUK. m. 179) kabul ettiği görüşü de savunulmuştur<sup>166</sup>. İçerik olarak

<sup>157</sup> Rechberger/Rechberger/Klicka, § 226/2.

<sup>158</sup> Rechberger/Rechberger/Klicka, § 226/9.

<sup>159</sup> Von Stosch, s. 113.

<sup>160</sup> Bkz. Von Stosch, s. 113 dn. 337'de zikredilen yazarlar.

<sup>161</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Stosch, s. 113-114; Fasching/Konecny/Mayr, §239/20-25.

<sup>162</sup> Fasching/Konecny/Mayr, §239/23-24; Von Stosch, s. 114.

<sup>163</sup> Fasching/Konecny/Mayr, §239/23.

<sup>164</sup> Von Stosch, s. 114.

<sup>165</sup> Fasching/Konecny/Mayr, §239/23.

<sup>166</sup> Annerl, s. 234-235.

yetersiz veya eksik cevap dilekçesi ile savaşta, dilekçenin reddi yerine hak düşümü kuralları uygulanmak zorundadır<sup>167</sup>.

## 2) Davanın Gecikmesi

Usuli hak düşümü için, tarafın açıklamasını yaparken belirli süreleri aşmış olması tek başına yeterli değildir; aynı zamanda mahkemenin serbest takdir yetkisine göre bu açıklamaların kabulü, davanın hallini geciktirmelidir (Alman MUK. m. 296/I-II)<sup>168</sup>. Alman MUK. m. 296/I hükmüne göre, geciken iddia ve savunma vasıtaları, davanın hallini geciktirmemek şartıyla kabul edilebilir. Alman MUK. m. 296/II hükmüne göre ise, geciken iddia ve savunma vasıtaları kabul halinde davanın hallini geciktirecekse reddedilebilir. Buna karşılık, gecikmiş kabul edilebilirlik itirazının (Alman MUK. m. 296/III) davanın hallini uzatıp uzatmaması önemli değildir.

Ne zaman gecikmenin söz konusu olacağı meselesi, 1976 yılı Kanun değişikliğinin (Vereinfachungsnovelle) yürürlüğünden sonraki ilk bir yıl içinde tartışılmıştır. Esas itibarıyla "Gecikme" kavramını açıklayan iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan biri, mutlak (absolute); diğeri ise, izafi (relative)<sup>169</sup> teoridir<sup>170</sup>. Mutlak teoriye göre; mahkeme, gecikmiş bildirimlerin kabulü halinde davanın uzayıp uzamayacağını incelemek zorundadır. Mahkemenin geciken açıklamaları reddetmesi halinde, davanın daha erken sonuçlanıp sonuçlanmayacağı karar verici olacaktır. Yeni açıklamalar olmadan hüküm daha erken verilebilecek ise; kabulün, ret haline nazaran yargılamayı uzatacağından şüphe duyulmaz. İzafi teoriye göre; geciken açıklamaların dikkate alınması halinde beklenebilecek dava süresi, açıklamalar zamanında yapılsaydı söz konusu olacak dava süresi ile karşılaştırılır. Mahkeme, açıklamanın zamanında yapılması halinde diğere hale (yani, iddia ve savunma vasıtalarının sonradan kabulü haline) nazaran davanın daha erken bitebileceği sonucuna varırsa, gecikmeden söz edilebilir. Mutlak teoriye karşı yapılan eleştirilerin başında,

<sup>167</sup> Fasching/Konecny/Mayr, §239/24..

<sup>168</sup> Krş. Avusturya MUK. m. 179.

<sup>169</sup> İzafi teori yerine farazi (Hypothetisch), izafi veya sebebe bağlı (kausal) gecikme kavramından da söz edilir (MüKo/Prütting § 296/75, dn. 168).

<sup>170</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/40-42; Musielak/Huber, § 296/13; MüKo/Prütting § 296/74-84; Von Stosch, s. 120. Diğere teoriler için bkz. MüKo/Prütting, § 296/85-87; Kallweit, s. 50 vd; Deubner, NJW 1983, s. 1026-1028, 1030.

davanın haddinden fazla hızlandırılması tehlikesi yer almaktadır<sup>171</sup>. İzafi teorinin, tarafların zararına olarak, sırf mahkemenin yükünü hafifletmeye hizmet eden bir hak düşümünü önleyeceği görüşü ileri sürülmüştür<sup>172</sup>. İzafi teori maddi adalet esasına dayandırılmıştır. Mutlak teori taraftarları eleştiriyi kabul etmekle birlikte, kendi görüşlerinin pratik ve uygulanabilir olduğunu savunmaktadırlar; açıklamaların zamanında yapılması halinde yargılamanın nasıl yürüyeceğini, fiilen tespit etmek mümkün değildir<sup>173</sup>; bir ölçüde güvenilir sonuca ulaşmayı, pek çok faktör etkiler ve mahkemenin bu yöndeki incelemesi çok zaman alır. Mutlak teori, Federal Yüksek Mahkeme (BGH) tarafından da benimsenen teoridir<sup>174</sup>. Buna göre, gecikmiş açıklamanın kabulü bir diğer sözlü duruşmayı gerektirecek iken, böyle bir açıklamanın reddi davayı derhal karar verilebilecek duruma getirmekte ise, gecikme kabul edilebilir. Federal Anayasa Mahkemesi 1987 yılında verdiği bir kararda<sup>175</sup>, mutlak teoriden ayrılmak için hiçbir neden bulunmadığını vurguladıktan sonra, bu teorinin Anayasaya uygun olduğunu ve fakat zamanında yapılan açıklamada da aynı gecikmenin ortaya çıkacağı ek bir düşünceye (incelemeye) gerek kalmadan kabul edilen hallerde, davanın haddinden fazla hızlandırılmasının anayasa hukuku bakımından katlanılmaz olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda artık usuli hak düşümü kuralları uygulanamayacaktır. Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı, mutlak ve izafi teoriye bağdaştıran bir çözüm (ortayol) olarak görülmüştür<sup>176</sup>.

Esasen gecikme, dava (Rechtsstreit) nihai karar verilecek olgunlukta ise (Endurteil) (Alman MUK. m. 300), söz konusu olabilir<sup>177</sup>. Yani gecikmiş açıklamaların kabulü yüzünden davanın halli bir bütün olarak (toptan) gecikecek olmalıdır<sup>178</sup>. Başka bir anlatımla, gecikmiş bildirimlerin kabulü veya reddi halinde, dava zaten karar verilecek olgunlukta değil ise, gecikmeden

<sup>171</sup> Kallweit, s. 44 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Stosch, s. 121-123.

<sup>172</sup> Leipold, ZJP 93 (1980), s. 249 vd.; Von Stosch, s. 122.

<sup>173</sup> Musielak/Huber, § 296/13; MüKo/Prütting, § 296/77, 84.

<sup>174</sup> BGH NJW 1989, s. 719-720; BGH NJW 1979, s. 1988; BGH NJW 1980, s. 945-948; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/41.

<sup>175</sup> BVerfG, NJW 1987, s. 2733.

<sup>176</sup> Zöller/Greger § 296/22; Leipold, JZ 1988, s. 93 vd.; Von Stosch, s. 119, 125-126. Krş. MüKo/Prütting, § 296/78, 82. Yazar mutlak teorinin Federal Anayasa Mahkemesinin kararı dikkate alınarak uygulanmak zorunda olduğu; bu kararın nedensellik bağına ilişkin bulunduğu görüşündedir.

<sup>177</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/46; Kallweit, s. 60 vd., 64.

<sup>178</sup> Thomas/Putzo/Reichold, § 296/15.

bahsedilemez<sup>179</sup>. Hak düşümü kuralları, davanın bir bütün olarak karar verilecek olgunlukta bulunması şartı ile uygulanabilir. Bununla birlikte, geç ileri sürülen açıklamalar dava sebebine ilişkin olduğu takdirde, yine bir gecikme söz konusu olabilir<sup>180</sup> ve gecikmiş açıklamalar sebep hakkındaki ara hükümde (Grundurteil) (Alman MUK. m. 304) reddedilebilir<sup>181</sup>. İddia ve savunma vasıtalarının, bir kısmı hüküm nedeniyle reddi ise caiz değildir<sup>182</sup>. Delil ikamesinin gecikmeden devamı mümkün ise, örneğin geç bildirilmiş tanık mahkemeye getirilmişse veya mahkemede hazır bulunan bilirkişiye şimdiye kadar tartışılmamış eksikliklere ilişkin soru sorulması gerekmekte ise, gecikmeden söz edilemez; fakat bu açıklamaların kabulü, yeni bir duruşmayı zorunlu kılıyorsa, örneğin hazır olmayan karşı tanığın dinlenmesi gerekli ise veya bilirkişi soruları yeni bir inceleme yapmadan cevaplandırılmazsa, bu durum davanın gecikmesine yol açar<sup>183</sup>.

Avusturya MUK. m. 179 hükmünde geçen “önemli gecikme” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda içtihat ve öğretide yeterli açıklamalar bulunmamakla birlikte, Yüksek Mahkeme bir kararında, davalı sigorta şirketinin, duruşmanın başlamasından dokuz ay sonra ilk defa edimini yerine getirmekten muaf olduğu savunmasında bulunmasını, “önemli gecikme” olarak kabul etmiştir<sup>184</sup>. Uygulamanın farazi gecikme kavramına meyilli olduğu söylenebilir<sup>185</sup>: Geç ileri sürülmüş açıklamaların kabulü halinde yargılama daha uzun sürecek ise, gecikme kabul edilebilir; ancak bu tek başına yeterli değildir; geç ileriye sürülmüş açıklamalar, zamanında yapılmış olsaydı da, dava gecikme halinde olduğu gibi uzun sürecek ise, artık usuli hak düşümü etkisi oluşmaz<sup>186</sup>. Burada gerçek ve farazi dava süresinin karşılaştırılması karar verici olacaktır. Alman MUK.’a göre kısa süreli bir zaman ertelemesi, gecikme olarak görülebilecek iken, Avusturya MUK. m 179 hükmü daha fazlasını

<sup>179</sup> Musielak/Huber, § 296/21.

<sup>180</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/46.

<sup>181</sup> Musielak/Huber § 296/21; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/46; BGH NJW 1980, s. 2355-2356; Aksi görüşte: Kallweit, s. 63-64, 65.

<sup>182</sup> BGH NJW 1980, s. 2355; Kallweit, s. 62 vd., 65; Musielak/Huber § 296/21; Thomas/Putzo/Reichold, §296/20; Schneider, s. 288. Aksi görüşte: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/49; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 435 (33).

<sup>183</sup> Musielak/Huber § 296/22; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 435 (33).

<sup>184</sup> Bkz. Von Stosch, s. 126 vd.

<sup>185</sup> Bkz. Von Stosch, s. 179.

<sup>186</sup> Krş. Rechberger/Fucik § 179/5.

öngörmektedir<sup>187</sup>. Geç açıklamada bulunan taraf gerçi başka deliller göstermemekte ve fakat karşı tarafın açıklamasına ve delil ikame etmesine yol açmakta ise, yine gecikme meydana gelebilir<sup>188</sup>. Davacı veya davalının yeni açıklamaları ek bir duruşmayı gerektiren yeni delil ikamesine yol açıyorsa ve bu durum ilk derecede delil ikamesinin sona erdirilmesi zamanını önemli ölçüde geciktiriyorsa, davanın gecikmesinden söz edilir<sup>189</sup>.

### 3) Nedensellik Bağı

Taraflarca davayı sevk ödevinin ihlali, gecikmenin hiç veya kısmen sebebi değilse, bu takdirde usuli hak düşümü caiz değildir; isnat edilebilme kriteri gereğince hak düşümü, yargılamanın gecikmesine sadece taraf davranışının neden olduğu haller ile sınırlıdır<sup>190</sup>. Açıklamaların gecikmesi ile davanın gecikmesi arasında bir nedensellik bağı (sebepler-sonuç ilişkisi) mevcut olmak zorundadır<sup>191</sup>. Şayet gecikme hakimnin hatalı bir davranışına dayanıyorsa, artık açıklamalar reddedilemez<sup>192</sup>. Örneğin mahkeme davaya cevap süresini çok kısa tayin etmişse, gecikme sadece tarafın hatasına dayanmaz. Bu halde, hak düşümü kurallarının işletilmesi haklı görülemez; tarafa iddia ve savunmada bulunma hakkı verilmemesi, AİHS. m. 6 ve Alman Anayasası m. 103 hükümlerinin ihlalidir<sup>193</sup>. Avusturya MUK. m. 179 ve Alman MUK. m. 296/1 hükümlerine göre de, gecikme için tek sebep, tarafın geç açıklamaları olmak zorundadır; bu illiyet eksikse, usuli hak düşümü söz konusu olamaz<sup>194</sup>.

Hakimin davayı sevk ödevini yerine getirmemesi, nedensellik bağını ortadan kaldıracığı ve gecikmiş açıklamaların reddini önleyeceği için, bu husus, yazılı olmayan bir şart olarak kabul edilmektedir<sup>195</sup>. Bu bağlamda, hakimnin maddi ve şekli anlamda davayı sevk ödevi üzerinde kısaca durmak gerekir; zira,

<sup>187</sup> Von Stosch, s. 127.

<sup>188</sup> Rechberger/Fucik, § 179/5.

<sup>189</sup> Ballon, s. 88.

<sup>190</sup> Von Stosch, s. 128; MüKo/Prütting § 296/83. Aynı yönde: BVerfG NJW 1987, s. 2733; BVerfG NJW 1989, s. 706.

<sup>191</sup> Thomas/Putzo/Reichold, § 296/12.

<sup>192</sup> MüKo/Prütting, § 296/15; Jauerning, s. 115.

<sup>193</sup> Von Stosch, s. 129; krş. Zöllner/Greger, § 296/2 ve 3.

<sup>194</sup> Von Stosch, s. 129; Musielak/Huber, § 296/17; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/12.

<sup>195</sup> Bkz. Kallweit, s. 73 vd., 76.

bu ödevin içerik ve kapsamından hareketle, hak düşümü kurallarının işletilmesini önleyen haller gösterilebilir.

#### a) Maddi Anlamda Davayı Sevk Ödevi

Avusturya MUK.'nda 1895 yılından beri yer alan maddi davayı sevk ödevleri, sosyal medeni usul hukukunun merkezi kısmını oluşturur. Mahkemenin bu faaliyeti, esaslı surette yargılamanın ve gerçeğe uygun karar verilmesinin garantisidir<sup>196</sup>. Böylece davanın hızlandırılması sadece tarafların sırtına yüklenmemiştir; hakim de buna katkıda bulunmak zorundadır<sup>197</sup>. Yani burada mahkeme ile taraflar arasında bir işbirliği söz konusudur<sup>198</sup>. Hakim ve taraflar ancak birlikte ödevlerini yerine getirmek suretiyle, maddi adaletin sağlanması şartı altında yargılamayı hızlandırırlar; aksi halde, hak düşümü kuralları sayesinde kazanılan zaman avantajı, hakimün sürüncemede bırakması nedeniyle kaybedilir<sup>199</sup>. Mahkemenin davayı sevk ödevi, tarafların doğruluk ödevi ile tamamlanır (Avusturya MUK. m. 178, Alman MUK. m. 138/I). Ancak bütün bu ödevler birlikte, maddi bakımdan doğru (adil, haklı) hükmü garanti edebilir. Bu ödevler, Avusturya MUK.'nun işbirliğine dayanan bütün sistemini tesis eder ki, bu sistem bir çok kanun değişikliği ile Alman MUK'na da entegre edilmiştir; her iki medeni usul kanunu artık taraflar ve mahkeme arasında işbirliğinin gerekliliğinden hareket eder<sup>200</sup>. Diğer taraftan hakimün ödevleri, sosyal bir fonksiyonu yerine getirir; çünkü bu ödevler sayesinde mahkeme önünde şans ve silah eşitliği ilkesi yerine getirilir<sup>201</sup>.

Maddi davayı sevk ödevi, dava malzemesinin toplanmasını, düzenlenmesini ve tamamlanmasını amaçlar<sup>202</sup>. Avusturya MUK. m. 182 hükmü, ki Alman MUK.'nun 139. maddesine esas itibariyle uygun bir düzenleme içermektedir, mahkeme ve taraflar arasındaki fikir teatisi yoluyla, dava konusunun (Sachverhalt) kapsamlı bir şekilde yeniden yapılandırılması ve

<sup>196</sup> Fasching, s. 414 (781).

<sup>197</sup> Jaucming, s. 115; Von Stosch, s. 131.

<sup>198</sup> Zöllner/Greger, § 139/1; Schilken, s. 61.

<sup>199</sup> Von Stosch, s. 131.

<sup>200</sup> Von Stosch, s. 131; Bettermann, s. 391; krş. Schilken, s. 62; Leopold, ZZZ 93 (1980), s. 263-265. Yazar (s. 265), tarafların davayı sevk ödevi ve hak düşümü kurallarının hukuk ve sosyal devlet anlayışını hedefleyen bir medeni usul hukukunun inşasında taşıyıcı bir fonksiyon üstlenmeye uygun olmadığı görüşündedir.

<sup>201</sup> Von Stosch, s. 131-132.

<sup>202</sup> Von Stosch, s. 132; Fasching, s. 412-413 (779); krş. Rechberger/Simotta, s. 263 (441).

hukuki görünüşlerin ortaya çıkartılmasını öngörmektedir. Maddi anlamda davayı sevk ödevi, mahkemenin, uyuşmazlık konusunu (Sach- und Streitverhaeltnis) gerekli olduğu takdirde, esas ve hukuki yönden taraflar ile görüşmesini ve sorular yöneltmesini; tarafları zamanında ve tam olarak bütün önemli vakıalar hakkında açıklamada bulunmaya ve özellikle ileri sürülen vakıalar için yetersiz bilgileri tamamlamaya, delilleri göstermeye ve olayın aydınlatılmasına hizmet eden dilekçeler sunmaya teşvik etmesini kapsamaktadır (Alman MUK. m. 139/I)<sup>203</sup>. Alman MUK. m. 139/II hükmü, hukuki nitelendirme bakımından da maddi anlamda davayı sevk ödevini düzenlemektedir: Buna göre; mahkeme, bir yan talebe ilişkin olmadığı sürece, taraflardan birinin açıkca gözden kaçırdığı veya önemsiz saydığı bir bakış açısına dayanarak karar vermek isterse, daha önceden buna işaret etmek ve tarafa açıklamada bulunmak için fırsat tanımak zorundadır. Mahkemenin her iki taraftan değişik karar vereceği bakış açısı için de, aynı şey geçerlidir. Mahkeme kararını dayandırmak istediği hukuki görüşünü taraflara önceden bildirmelidir. Buna karşılık, Avusturya hukukunda hakimin böyle bir işaret ödevinin bulunup bulunmadığı meselesi, 2002 yılında yapılan Kanun değişikliğinden önce tartışmalı iken<sup>204</sup>, Kanuna eklenen 182a maddesi ile bu konu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece sürpriz karar verme yasağı, kapsamı genişletilerek kanuni dayanağa kavuşturulmuştur<sup>205</sup>. Belirtelim ki, sürpriz karar verme yasağı 2002 yılında yapılan Kanun değişikliğinden önce Alman MUK.'nun 278/III. maddesinde düzenlenmişti; bu değişiklikten sonra, yasak kapsamı genişletilerek (hukuki ve esasa ilişkin bakış açıları ile tarafların ortak bakış açılarından sapmanın söz konusu olduğu haller) 139. madde içine alınmıştır<sup>206</sup>. Alman MUK. m. 139/III hükmü ise, mahkemece resen dikkate alınması zorunlu hususlar bakımından mevcut şüpheli hallerde işaret edilmesini öngörmektedir<sup>207</sup>. Alman MUK.'nun 139. maddesinin 4 ve 5. fıkra hükümleri ise hakimin bu ödevini nasıl yerine getireceğine ilişkin hükümler içermektedir. Buna göre, hakim madde kapsamına giren hususlara mümkün olduğunca erken işaret etmeli ve bir tutanak düzenlemelidir. Tarafın derhal açıklamada bulunacak durumda olmadığı hallerde, mahkeme, talep üzerine açıklamaları bir dilekçede yapabilmesi için tarafa süre vermelidir.

<sup>203</sup> Krş. Avusturya MUK. m. 182/I, III.

<sup>204</sup> Bkz. Von Stosch, s. 134.

<sup>205</sup> Bkz. Rechberger/Fucik, § 182a/1-2; Rechberger/Simotta, s. 264-265 (442/1).

<sup>206</sup> Ventsch, s. 173; Musielak/Stadler, § 139/2.

<sup>207</sup> Krş. Avusturya MUK. m. 182/II.

Alman MUK.'nun 139 ve Avusturya MUK.'nun 182. maddelerinin emredici nitelikte olduğu kabul edilir; yani yardım, mahkemenin takdirinde değildir<sup>208</sup>. Mahkeme, şekil ve içerik bakımından hatalı dilekçelerin düzeltilmesinde taraflara yardım etmek zorundadır<sup>209</sup>. Tek şart, açıklamaların hedefi yeterince belirlenebilir olmalı ve yardım, dilekçelerin nitelik ve nicel (miktar) bakımdan değişmesi ile sonuçlanmamalıdır<sup>210</sup>. Nihayet hakim in sevk ödevi iddia edilen hak çerçevesinde kalmalı ve dava konusunun değişimine neden olmamalıdır<sup>211</sup>. Bazı vakıalar üstü örtülü veya sadece açık değilse, bunları tamamlayacak şekilde somutlaştırmaya işaret etmek gereklidir<sup>212</sup>. Hatalı veya açıkça gözden kaçırılan delil ikamesi taleplerine dikkat çekilmelidir<sup>213</sup>. Hakim in bu işareti, somut olmalıdır; genel ve bir bütün olarak bazı hususlara işaret edilmesi yeterli değildir<sup>214</sup>. Buna karşılık, başarısız ispattan veya karşı tarafın başarılı ispat faaliyetinden sonra, ilgili tarafı yeni delil ikamesine teşvik, bu ödevin kanuni sınırlarını aşacaktır<sup>215</sup>. Keza bir defa vakiasına ilişkin olarak hiçbir belirti yok ise, davalının Alman MUK. m. 139 ve Avusturya MUK. m. 182 çerçevesinde dikkatini çekmek mümkün değildir. Ancak daha sonradan tarafın açıklamasına neden olacak eksik bildirimlere işaret edilebilir ve bununla ilgili olarak delil toplanması caizdir<sup>216</sup>. Mahkeme, Alman MUK. m. 139/I hükmünün öngördüğü maddi sevk ödevini yerine getirirken, taraf açıklamaları çerçevesinde hareket etmek zorundadır<sup>217</sup>. Avusturya hukukunda da, hakim, tarafın iddia etmediği bir husus hakkında vakıaları araştırma yetkisine sahip değildir<sup>218</sup>. Hakim in maddi bakımdan davayı sevk ödevi, avukat ile temsil zorunluluğu bulunan davalarda da uygulanacaktır. Avusturya MUK. m. 182, 182a ve Alman MUK. m. 139 hükümlerine Kanunun genel yargılama kuralları

<sup>208</sup> Fasching, s. 413 (779); Ventsch, s.79 vd., 81

<sup>209</sup> Ventsch, s. 136.

<sup>210</sup> Von Stosch, s. 132; krş Ventsch, s. 137 vd.

<sup>211</sup> Bkz. Ventsch, s. 112-113, 114 vd., 131.

<sup>212</sup> Von Stosch, s. 132.

<sup>213</sup> Von Stosch, s. 132-133; Ventsch, s. 143-144.

<sup>214</sup> Zöllner/Greger, § 139/12; BGH NJW 1999, s. 1264.

<sup>215</sup> Von Stosch, s. 133; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/19; Rechberger/Fucik, § 182/1; Ventsch, s. 146.

<sup>216</sup> Von Stosch, s. 133.

<sup>217</sup> Ventsch, s. 156-157; Greger/Zöllner, §139/3; Schilken, s. 62.

<sup>218</sup> Rechberger, s. 6. Fakat bu hal dışında, dava malzemesinin toplanmasında hakim in yetkileri bakımından yumuşatılmış araştırma ilkesinden bahsedilmektedir.



arasında yer verilmiş olması ve özellikle Avusturya MUK m. 182 hükmünde, 432. maddede olduğu gibi bir ayırım yapılmamış olması, bu konuda hiçbir şüpheye yer bırakmamaktadır<sup>219</sup>. Ancak hakim maddi bakımdan davayı sevk ödevi, tarafın yürüttüğü davalarda genişletilmiştir<sup>220</sup>. Bu husus, Avusturya MUK. m. 432, 435 hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir. Alman hukukunda ise, içtihatlar yolu ile avukat ile temsil zorunluluğu bulunan davalarda hakim işareti ödevinin kapsamının sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir<sup>221</sup>. Bu bağlamda, hakim, bir davranış şeklinin davanın gidişatı için ne anlama geldiği hakkında tarafı bilgilendirmek zorundadır; bu yol gösterme ve bilgilendirme ödevi, davanın içeriğine, iddia ve ispat yüküne ve de yokluk (ihmal) hallerine işareti kapsar<sup>222</sup>. Bu ödevin yerine getirilmesine, Avusturya MUK. m. 183 ve Alman MUK. m. 273 hükmündeki enstrümanlar yardımcı olacaktır.

### b)Şekli Anlamda Davayı Sevk Ödevi

Şekli anlamda davayı sevk, davanın yürütümüne, yani duruşma gününün tespiti, davet, tebligat, süre uzatımı gibi yargılamanın seyrine ilişkin mahkeme usul işlemlerini kapsar<sup>223</sup>. Alman MUK. m. 296 hükmünün uygulanabilmesi için, mahkeme etkin ve usulüne uygun şekilde süreleri tayin etmek zorundadır<sup>224</sup>: Süreyi tayin eden hakim yetkili olması ve şekli şartları (imza gibi) yerine getirmesi gereklidir. Hakimin davayı şekli bakımdan sevk ödevi, kanunda belirtilen hallerde (Örneğin, Avusturya MUK. m. 131/II, Alman MUK. m. 277/II) tarafın süreye uymaması durumunda ortaya çıkacak sonuçlar hakkında bilgilendirilmesini (ihtar) gerektirir<sup>225</sup>. Taraflar ve mahkeme açısından sürenin başlangıcı ve bitimi hakkında tam bir kesinlik sağlanmalıdır ve bu amaçla süre tayinine ilişkin kararın usulüne uygun bir şekilde tebliği şarttır<sup>226</sup>. Hakimin tayin ettiği süre, hal ve şartlara uygun olmalıdır; sürenin uygun olup

<sup>219</sup> Von Stosch, s. 134; Rechberger/Fucik, § 182/1.

<sup>220</sup> Bkz. Rechberger/Simotta, s. 264 (442); Fasching, s. 414-415 (782).

<sup>221</sup> Zöllner/Greger, § 139/2, 12; Musielak/Stadler, § 139/6.

<sup>222</sup> Von Stosch, s. 135.

<sup>223</sup> Rechberger/Simotta, s. 263 (441). Ayrıca bkz. Schilken, s. 51-53.

<sup>224</sup> Musielak/Huber, § 296/11; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/24, 33; Thomas/Putzo/Reichold § 296/30; Jauernig, s. 110; Schneider, s. 288.

<sup>225</sup> Zöllner/Greger, § 296/9c; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/19; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/31. Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Stosch, s. 136-138.

<sup>226</sup> Von Stosch, s. 138; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/25, 33; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 433-434 (29).

olmadığı şüpheli ise, süreyi ihlal eden taraf lehine bir hak düşümü ortaya çıkmamalıdır<sup>227</sup>. Mahkeme belirsiz veya kanuni dinlenilme hakkının ihlaline yol açacak şekilde kısa süre tayin edemez<sup>228</sup>. Hak düşümü kuralları, süre aşımı halinde, artık iddia ve savunma vasıtalarının dikkate alınmamasını gerektirir. Ancak böyle ağır bir müeyyidenin haklı görülebilmesi için, tarafa kanunen itiraz kabul etmez bir şekilde usule ve şekle uygun süre tayin edilmiş olması şarttır<sup>229</sup>. Mahkeme, süre aşımının sonuçları hakkında hukuken hatalı olarak tarafı bilgilendirmezse veya davet (talep) şekli eksiklik içeriyorsa, taraf gecikmede tek sorumlu olmadığı için, korunmaya muhtaçtır<sup>230</sup>; gecikmiş açıklamalar süre aşımından dolayı reddedilemez<sup>231</sup>.

Hakim maddi ve şekli anlamda davayı sevk ödevini yerine getirmemesi nedeniyle gecikmeye tarafla birlikte sebep olmuşsa, usuli hak düşümü kuralının uygulanması hakkın kötüye kullanımı teşkil eder<sup>232</sup>. Hak düşümü kurallarının istisnai karakteri, bu etkinin sadece tarafın davranışına dayanan gecikme nedeniyle ortaya çıkmasını gerektirir<sup>233</sup>. Kanun hem mahkemeyi hem de tarafları davayı teşvik ile yükümlü kıldığı için, mahkeme, taraf davranışına dayanan gecikmeyi makul bir tedbir ile önleyebilir. Ancak mahkemenin genel bir hak düşümünü önleme ödevi söz konusu değildir<sup>234</sup>. Şayet gecikme duruşmaya hazırlık sırasında makul bir tedbir ile önlenilecek ise veya bu hatalı olarak ihmal edilmişse, mahkeme geç ileri sürülen açıklamaları kabul etmek zorundadır<sup>235</sup>. Sözlü duruşmada yersiz zaman kaybına yol açmaksızın aydınlatılacak basit ve açıkça sınırlanabilir tartışmalı meseleler söz konusu ise, mahkemeden tedbirler alması beklenebilir<sup>236</sup>. Belirtelim ki, mahkeme aşırı bir çaba göstermesi gerekmeyen hallerde, gecikme sonuçlarını önlemek ile

<sup>227</sup> BGH NJW 1994, s. 736.

<sup>228</sup> Bkz. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/20.

<sup>229</sup> Von Stosch, s. 139; Schneider, 288; Zöllner/Greger, § 296/9-9d.

<sup>230</sup> Von Stosch, s. 139; Schneider, s. 289.

<sup>231</sup> Thomas/Putzo/Reichold, § 296/32.

<sup>232</sup> Musielak/Huber, § 296/15; Von Stosch, s. 136.

<sup>233</sup> Von Stosch, s. 136.

<sup>234</sup> Von Stosch, s. 140.

<sup>235</sup> Musielak/Huber, § 296/15; BVerfG NJW 1990, s. 2373-2374; BVerfG NJW RR 1995, s. 377 vd.; BGH NJW 1999, s. 585.

<sup>236</sup> Thomas/Putzo/Reichold, § 296/9; Musielak/Huber, § 296/15.

yükümlüdür<sup>237</sup>. Mahkemenin uygun bir tedbir (Alman MUK. m. 139/IV, 273) ile gecikmeyi önleyebileceği hallerde, artık Alman MUK. m. 296 anlamında yargılamanın gecikmesinden söz edilemez<sup>238</sup>.

Alman MUK. m. 283 hükmüne göre, önceden bilgisi olmadığı için karşı tarafın açıklamaları hakkında sözlü duruşmada savunmada bulunamamış olan tarafa, talep üzerine o konu hakkında dilekçe vermesi için ek süre tanınabilir ve aynı zamanda kararın tefhimi için bir gün tayin edilebilir. Alman MUK. m. 283 hükmü gereği verilen dilekçeye karşı yapılan açıklamalar nedeniyle kararın tefhimi artık mümkün değilse ve bir erteleme gerekli ise, gecikmiş açıklama hak düşümüne uğratabilir<sup>239</sup>.

Tarafın zamanında veya geç açıklamada bulunmuş olup olmamasından bağımsız olarak, dava sürecini etkileyen gecikmelerde de nedensellik bağı eksiktir<sup>240</sup>: Örneğin, adı geç verilmiş ve fakat usulüne uygun ve zamanında davet edilmiş tanık, mahkemeye gelmezse, bu hal söz konusudur.

#### VI-USULİ HAK DÜŞÜMÜNÜN BİR DİĞER ŞARTI: KUSUR

Tarafın geciken açıklamalarının reddi için, bu gecikmenin kusura dayalı olması gerekir. Alman MUK.'nun 296. maddesinin 1. fıkrasına göre, sürenin geçirilmesinde hak düşümü için hafif kusur yeterli iken, 2. fıkrada genel davayı sevk ödevinin ihlali halinde ağır kusur talep edilmiştir<sup>241</sup>. Bu düzenlemenin sebebi, ilk fıkradaki halde, tarafın açıklamada bulunmak zorunda olduğu süreyi kesin bir şekilde bilmesidir; ikinci fıkrada ise, böyle bir kesinlik söz konusu değildir, yalnız açıklamaların yapılmak zorunda olduğu yargılama safhaları belirtilmiş durumdadır (Bkz. Alman MUK. m. 282/I, II)<sup>242</sup>. Yani açıklamaların yapılacağı anın her zaman açık bir şekilde bilinemeyecek olması, kusurun ağırlaştırılmasını gerektirmiştir. Alman MUK. m. 296/III'deki halde ise, 1. fıkradaki gibi hafif kusur yeterlidir<sup>243</sup>. Avukatlarda kusur ölçütü olarak, taraflardaki gibi sadece süre aşımı değil, ayrıca açıklamaların içerik bakımından

<sup>237</sup> Von Stosch, s. 141; Musielak/Huber, § 296/28.

<sup>238</sup> Zöllner/Greger, § 296/14a

<sup>239</sup> Von Stosch, s. 142.

<sup>240</sup> Musielak/Huber, § 296/18.

<sup>241</sup> Zöllner/Greger, § 296/23; Musielak/Huber, § 296/24; Von Stosch, s. 44.

<sup>242</sup> Von Stosch, s. 144.

<sup>243</sup> Zöllner/Greger, § 296/29.

kapsamı da göz önünde bulundurulur<sup>244</sup>. Avukatın özen ödevi taraftan daha sıkı şartlara bağlıdır<sup>245</sup>.

Alman MUK. m. 296/I ve III hükümlerinde hafif kusurun varlığından hareket edilir iken, 2. fıkrada ağır kusur karine olarak kabul edilmiş değildir<sup>246</sup>. Hafif kusur, Alman MUK. m. 296/I ve III hükümlerine göre tarafın yeterli özrü halinde dikkate alınmaz<sup>247</sup>. Taraf, iddia ve savunma vasıtalarının geç ileri sürülmesinde kusuru bulunmadığına ilişkin vakıaları iddia yükü altındadır<sup>248</sup>. Taraf ya derhal, yani geciken açıklamalarını içeren dilekçesinde ya da en geç ilk sözlü duruşmada özrünü bildirebilir<sup>249</sup>. Bu özür, mahkemenin talebi üzerine gerçeğe yakın gösterilmelidir (Alman MUK. m. 296/IV). Özür haklı görülürse, geç ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtaları gecikmeye rağmen kabul edilmek zorundadır<sup>250</sup>. Burada objektif bir üçüncü kişinin bu davada nasıl hareket edeceğine bakılmaz; somut dava bakımından o taraftan beklenebilecek davranış şekli esas alınır ve buna göre tarafın kusurlu olup olmadığına karar verilir. Tarafın şahsi yetenekleri göz önünde bulundurulur<sup>251</sup>. Alman MUK. m. 296/II hükmü, geç ileri sürülen iddia ve savunmaların reddi için gecikmenin ağır kusura dayanmasını öngörmektedir ki, taraf davayı sevk ödevini ağır bir şekilde ihlal ederse, bu şart gerçekleşmiş olur<sup>252</sup>. Taraf, herkesten beklenen usuli özeni ihlal etmiş olmalıdır<sup>253</sup>. Buna karşılık, Kanun sürüncemede bırakma kastı aramamaktadır<sup>254</sup>. Ağır kusur tespit edilemezse, geç ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtaları gecikmeye rağmen kabul edilmelidir<sup>255</sup>.

<sup>244</sup> Von Stosch, s. 144-145.

<sup>245</sup> Zöllner/Greger, § 296/23; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/53, 63.

<sup>246</sup> Musielak/Huber, § 296/32; Kallweit, s. 66; Von Stosch, s. 44.

<sup>247</sup> MüKo/Prütting, § 296/168; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/28.

<sup>248</sup> MüKo/Prütting, § 296/168. Alman MUK. m. 296/II hükmünde tarafın ağır kusurun kendisine isnat edilemeyeceğine ilişkin vakıaları iddia yükünü taşıyıp taşımadığı meselesi ise tartışmalıdır (Bkz. MüKo/Prütting § 269/169).

<sup>249</sup> Musielak/Huber, § 296/24; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/52.

<sup>250</sup> Musielak/Huber, § 296/25.

<sup>251</sup> Stein/Jonas/Leipold, § 296/85; Musielak/Huber, § 296/25; Von Stosch, s. 145.

<sup>252</sup> Von Stosch, s. 145; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/61, 64; Zöllner/Greger, § 296/27.

<sup>253</sup> Von Stosch, s. 44.

<sup>254</sup> Von Stosch, s. 146; Zöllner/Greger, § 296/23; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/61.

<sup>255</sup> Musielak/Huber, § 296/32.

Avusturya MUK. m. 179 hükmüne göre, usuli hak düşümü etkisinin doğumu için, ağır kusur nedeniyle açıklamaların gecikmesi şarttır; burada taraftan ortalama bir kimsenin göstermesi gereken özen beklenmelidir (Objektif ölçü). Yeni açıklama, şimdiye kadar yapılanlar ile çelişki halinde ise veya hakim davayı sevk ödevini (Avusturya MUK. m. 182) yerine getirmiş olmasına rağmen açıklamalar çok sonra somutlaştırılmışsa, ağır kusurun gerçekleştiği kabul edilir<sup>256</sup>. Davayı sevk ödevini ihlal eden tarafa kusurun isnat edilebilirlik derecesi, her somut olayda ve hal ve şartlar gözetilerek incelenmelidir; erken açıklamada bulunmanın mümkün olduğu veya mahkemenin sevk ödevini yoğun olarak yerine getirdiği hallerde, tarafın davayı sevk ödevini ağır bir şekilde ihlal ettiği söylenebilir<sup>257</sup>. Avusturya MUK. m. 179 hükmünde yer alan “özellikle esasa ve hukuka ilişkin açıklamaları görüşme bakımından” ibaresi, ağır kusurun tespiti için bir emare teşkil edebilir<sup>258</sup>. Avukat ile yürütülen davalarda ağır kusur için küçük emareler yeterli olmalıdır<sup>259</sup>.

## VII-Mahkemenin İncelemesi ve Kararı

Mahkeme, kural olarak bütün hak düşümü şartlarını resen tespit etmek zorundadır<sup>260</sup>. Alman MUK.'nun 296/I ve III. maddeleri bu kurala bir istisna getirmiştir: Mahkeme tarafın kusurlu olup olmadığı hakkında bir inceleme yapmayacaktır; aksine taraf kusurlu bulunmadığını veya kusurun kendisine, temsilcisine ya da avukatına isnat edilemeyeceğini ispatlamak zorundadır<sup>261</sup>. İspat için gerçeğe yakın gösterme (mukarine ispat) yeterlidir ve özrün ispatı mahkemenin takdirindedir (Alman MUK. m. 296/IV). Buna karşılık, Alman MUK m. 296/II hükmünde ağır kusurun mahkeme tarafından resen incelenmesi gereklidir<sup>262</sup>. Alman MUK. m. 296/II hükmünde, 1. ve 3. fıkraların aksine, taraf

<sup>256</sup> Rechberger/Fucik, § 179/2; Von Stosch, s. 147, 148; Ballon, s. 88.

<sup>257</sup> Rechberger/Fucik, § 179/3.

<sup>258</sup> Annerl, s. 232.

<sup>259</sup> Von Stosch, s. 148. Von Stosch, hak düşümü kurallarının uygulanabilmesi için aranan kusur kavramının dar olması nedeniyle, bu kuralların yargılamanın hızlandırılmasına katkısının yetersiz kaldığı ve bu nedenle kusur ölçüsünün sertleştirilmesi gerektiği görüşündedir (Bkz. s. 149 vd.).

<sup>260</sup> Von Stosch, s. 151.

<sup>261</sup> Von Stosch, s. 152; Zöllner/Greger, § 296/30; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/53; MüKo/Prütting, § 296/175; ; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 436 (38); Kallweit, s. 69. Krş. Leipold, ZJP 93 (1980), s. 246; Stein/Jonas/Leipold, § 296/88. Yazara göre, taraf iddiada bulunma yükünü taşımakta ise de, ispat yükü altında değildir.

<sup>262</sup> Von Stosch, s. 152; Kallweit, s. 70.

ispat yükü altında değildir<sup>263</sup>. Ağır kusur şartlarının varlığına mahkeme tam kanaat getirmek zorundadır; yani mukarane ispat yeterli değildir<sup>264</sup>. Hal ve şartlar ağır kusurun varlığı yönünde ise, taraf bunun aksini iddia ve ispat edebilir<sup>265</sup>. Hatta hakim, aksini ispat için tarafa fırsat vermek zorundadır<sup>266</sup>. Diğer usuli hak düşümü şartları (iddia ve savunma vasıtaları, davayı sevk ödevinin ihlali, gecikme, nedensellik bağı) bakımından taraf ispat yükü altında değildir<sup>267</sup>. Davayı sevk ödevinin ihlali ve nedensellik bağının tespiti için normal ispat ölçüsü geçerlidir; mahkeme bu şartların gerçekleştiğine kanaat getirdiği takdirde, ret yetkisini kullanmaya izinlidir<sup>268</sup>.

Belirtelim ki, gecikmiş açıklamaların reddi söz konusu ise, mahkeme taraflara bunu işaret etmek zorundadır<sup>269</sup>. Hakim davayı sevk ödevi nedeniyle sözlü duruşmada hak düşümüne dikkat çekmelidir. Böylece taraf hak düşümü kuralının şartlarının gerçekleşmediğini (kusur, gecikme veya nedensellik) mahkemede iddia ve ispat edebilir<sup>270</sup>.

Alman MUK. m. 296 hükmüne göre, gecikmenin tespiti, mahkemenin serbest kanaatindedir<sup>271</sup>. Burada ispat ölçüsü düşürülmüştür; mahkeme yargılamanın aktüel durumuna (açıklamada bulunulan zamana) göre gecikmenin bulunup bulunmadığını serbestçe takdir edebilir<sup>272</sup>. Öyle ki, gecikmenin tespitinde davayı gereksiz yere uzatacak her türlü delil ikamesinden kaçınmak gerekir<sup>273</sup>. Gecikmenin varlığı kesin değilse, hak düşümü kuralları uygulanmamak zorundadır. Taraf mahkemenin gecikmenin varlığı yönündeki

<sup>263</sup> MüKo/Prütting, § 296/175.

<sup>264</sup> MüKo/Prütting, § 296/176; Leipold, ZZP 93 (1980), s. 246; Stein/Jonas/Leipold, § 296/108.

<sup>265</sup> Zöllner/Greger, § 296/30; MüKo/Prütting, § 296/169; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 437 (45); Kallweit, s. 70.

<sup>266</sup> Musciak/Huber, § 296/32.

<sup>267</sup> Zöllner/Greger, § 296/30; MüKo/Prütting, § 296/171-172

<sup>268</sup> MüKo/Prütting, § 296/173.

<sup>269</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/23; Musciak/Huber, § 296/35; Zöllner/Greger, § 296/32; Von Stosch, s. 157; MüKo/Prütting, § 296/23, 170; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/42. Krş. Stein/Jonas/Leipold, § 296/ 123. Yazar, mahkemenin her halde değil, sadece tarafın ret olasılığını gözden kaçırdığı hallerde işaret ödevini yerine getireceği görüşündedir.

<sup>270</sup> Von Stosch, s. 157 ve dn. 474; Musciak/Huber, § 296/32.

<sup>271</sup> MüKo/Prütting, § 296/174; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/13; Kallweit, s. 91

<sup>272</sup> Von Stosch, s. 153; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/13.

<sup>273</sup> Thomas/Putzo/Reichold, § 296/13, 29.

kararını haksız buluyorsa, aksini ispat hakkına da sahiptir<sup>274</sup>. Alman MUK. m. 296/III hükmüne göre kabul edilebilirlik itirazının reddinde, mahkeme yargılamanın gecikip gecikmediğini incelemeyiz; burada kanun koyucu kabul edilebilirlik itirazının geç ileri sürülmesinin kural olarak davayı uzatacağından hareket etmektedir<sup>275</sup>.

Hak düşümü şartları eksik olduğu için geç ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtaları kabul edilirse, herhangi bir ara karar (Zwischenentscheidung) verilmez; bu iddia ve savunmalar görüşülür ve bunlar hakkında delil ikame olunur<sup>276</sup>. Geç ileri sürülen iddia ve savunma vasıtalarının reddi ise, nihai kararda (Endurteil) yapılır<sup>277</sup>.

Taraf, Alman MUK. m. 296/I hükmünde yazılı kanuni ve hakim tarafından tayin edilen süreleri kaçırırsa, diğer şartların da varlığı halinde, gecikmiş açıklamalar reddedilmek zorundadır<sup>278</sup>. Mahkeme, davanın kabul edilebilirliğine yönelik itirazları da, eğer bunlar süresi<sup>279</sup> içinde ileri sürülmemişse, reddetmek zorundadır<sup>280</sup>. Her iki taraf anlaşarak, bu hak düşümü kurallarının uygulanmamasını talep etseler dahi, mahkeme açıklamaları reddetmek zorundadır<sup>281</sup>. Buna karşılık, Alman MUK. m. 296/II hükmü gereği ret, mahkemenin serbest takdirindedir<sup>282</sup>. Avusturya MUK. m. 179 ve 275/II hükümlerinin yazım şekli de reddin mahkemenin takdirinde olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, hak düşümü kurallarının düzenlenme amacının, mahkemenin bilinçli olarak kötüye kullanılması ile savaş olduğu; medeni yargının sosyal görevlerini yerine getirmek için, yargılamanın etkin yürütümünün şart olduğu ve bunun da ancak tutarlı bir şekilde yerine getirilecek hakimnin davayı sevk ödevi ile sağlanabileceği; takdir yetkisi kullanılırken esas alınacak kriterlerin eksik olduğu ve ret kararını hakimnin takdirine bırakmanın

<sup>274</sup> Von Stosch, s. 153.

<sup>275</sup> MüKo/Prütting, § 296/18.

<sup>276</sup> Museilak/Huber, § 296/36.

<sup>277</sup> Kallweit, s. 89.

<sup>278</sup> Zöllner/Greger, § 296/8; Museilak/Huber, § 296/3; MüKo/Prütting, § 296/178; Kallweit, s. 90.

<sup>279</sup> Bkz. Alman MUK. m. 282/III, 340/III, 275 ve 276.

<sup>280</sup> Zöllner/Greger, § 296/8a; MüKo/Prütting, § 296/178; Kallweit, s. 90.

<sup>281</sup> MüKo/Prütting, § 296/178.

<sup>282</sup> Zöllner/Greger, § 296/8b; Museilak/Huber, § 296/29; Kallweit, s. 90. Aksi görüşte: MüKo/Prütting, § 296/180.

hak düşümü kuralları ile bağdaşmayacağı; zira tarafın iddia ve savunma hakkına müdahalesi nedeniyle bu kuralların dar yorumlanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş; hak düşümü şartlarının gerçekleşmesi durumunda reddin mahkemeye görev olarak yüklenmesi gerektiği söylenmiştir<sup>283</sup>.

Mahkeme, bir taraftan hangi vakıa ve delillerin usuli hak düşümüne uğradığını<sup>284</sup>, diğer taraftan hangi hukuki değerlendirmeye dayanarak hak düşümü şartlarının mevcut kabul edildiğini hükmünde göstermelidir<sup>285</sup>. Yani bu konuda ayrı bir karar (eigener Beschluss) verilmesi öngörülmemiştir<sup>286</sup>. Red için öngörülen kanuni şartları yerine getiren vakıalar, somut bir şekilde hüküm gerekçesinde gösterilmek zorundadır<sup>287</sup>. Karar için önemli olan bütün vakıalar, -örneğin, Alman MUK. m. 296/I hükmünde kaçırılmış olan sürenin şekli, süre tayininin ayrıntıları ve delil ikamesinin tamamlanmadığı vs.-, belgelendirilmelidir; hükmün gerekçesinde uygulanmış hak düşümü kuralının bütün şartları birer birer özenli bir şekilde ve hatta gecikmiş vakıa açıklamasının ilgili olduğu kural ile bağlantılı olarak ele alınmak zorundadır<sup>288</sup>. Mahkemenin hangi tedbirler ile taraf açıklamasının gecikmesine karşı koymayı denediği ve bunun neden başarısız kaldığı veya neden belli tedbirlerin makul görülmediği açıklanmalıdır<sup>289</sup>.

Hak düşümü, gecikmiş yapılan açıklamaların hiç ileri sürülmemiş sayılması sonucunu doğurur<sup>290</sup>. Reddedilmiş açıklamalar kararda dikkate alınmaz<sup>291</sup>. Örneğin; davacının iddiası, savunma vasıtasının dikkate alınmaması halinde tartışmasız olarak işlem görür veya delil ikamesinin reddi halinde ispat konusu ispatlanmamış sayılır<sup>292</sup>. Taraf bu açıklamaları hem derdest yargılamada hem de

<sup>283</sup> Von Stosch, s. 155-156.

<sup>284</sup> Rechberger/Fucik, § 179/7; Fasching/Konecny/Rechberger, § 275/7. Avusturya hukukunda hak düşümü kararı hakemler kurulu (Senat) tarafından verilir.

<sup>285</sup> Von Stosch, s. 156; Zöllner/Greger, § 296/31; Musielak/Huber, § 296/38; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/74.

<sup>286</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 439 (52); MüKo/Prütting, § 296/177.

<sup>287</sup> Thomas/Putzo/Reichold, § 296/43; MüKo/Prütting, § 296/177.

<sup>288</sup> Musielak/Huber, § 296/38.

<sup>289</sup> Musielak/Huber, § 296/38.

<sup>290</sup> Zöllner/Greger, § 296/33; Musielak/Huber, § 296/37.

<sup>291</sup> Thomas/Putzo/Reichold, § 296/43; Kallweit, s. 94.

<sup>292</sup> Musielak/Huber, § 296/37.



daha sonradan ayrı bir dava ile ileriye süremeyecektir<sup>293</sup>. Reddedilen açıklamalar maddi anlamda kesin hükmün etkisi altındadırlar<sup>294</sup>. Hak düşümü kuralları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri kurallar olmadığı<sup>295</sup> için sonradan tarafların anlaşması da bu sonucu değiştirmez<sup>296</sup>.

### VIII-Kanun Yolları

Alman hukukunda, hak düşümüne uğramış olan taraf, mahkemenin kararına karşı istinaf yoluna başvurabilir<sup>297</sup>. İstinaf mahkemesi, açıklamalar haksız olarak hak düşümüne uğratılmışsa, reddedilmiş açıklamaları önündeki yargılamada kabul eder; ancak kapsamlı veya masraflı delil ikamesinin tamamlanması gereken hallerde, Alman MUK. m. 538/II, b. 1 hükmüne göre, dava talep üzerine yeniden görüşülmek için ilk derece mahkemesine havale olunur<sup>298</sup>. Aksi halde, talep reddedilir. Temyiz mahkemesi, hukuki kavramları, - gecikme, kusur, ağır kusur gibi-, tam olarak inceler ve fakat mahkemenin takdir yetkisini sadece bunun aşılması durumunda kontrol eder<sup>299</sup>. Avusturya hukukunda, ret kararına karşı ayrık olarak herhangi bir kanun yolu caiz değildir (Avusturya MUK. m. 179); ancak hüküm ile birlikte istinaf kanun yoluna başvurulabilir<sup>300</sup>. Bu halde istinaf mahkemesi itiraz mahkemesi (Rekursgericht) olarak inceleme yapar; ret kararı kabul edilirse, temyiz mümkün değildir; aksi halde, ret kararı kaldırılır ve bu karara karşı temyiz kanun yolu açıktır<sup>301</sup>. Avusturya MUK. m. 275/II hükmü gereği reddedilen delillere dayanarak, Avusturya MUK. m. 530/I, b.7 ve 531 hükmüne göre yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez<sup>302</sup>.

<sup>293</sup> Kallweit, s. 94; Von Stosch, s. 158. Bu kurala takas defî bir istisna teşkil eder (Bkz. Von Stosch, s. 158 dn. 480).

<sup>294</sup> MüKo/Prütting, § 296/181.

<sup>295</sup> Deubner, NJW 1983, s. 1029.

<sup>296</sup> Von Stosch, s. 182.

<sup>297</sup> Musielak/Huber, § 296/39; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/44; Kallweit, s. 93.

<sup>298</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 439 (54).

<sup>299</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/75.

<sup>300</sup> Rechberger/Fucik, § 179/8; Von Stosch, s. 160; Ballon, s. 88.

<sup>301</sup> Von Stosch, s. 160.

<sup>302</sup> Rechberger/Rechberger, § 275/4.

Hak düşümü şartları gerçekleştiği halde ret kararı verilmemişse, buna karşı istinaf veya temyiz kanun yolu açık değildir<sup>303</sup>; zira hak düşümü kurallarının amacı, davanın hızlandırılmasıdır; dava sona erdikten sonra artık bu amaca ulaşamayacaktır; gecikme, zaten geciken açıklamanın kabulü ile ortaya çıkmış durumdadır<sup>304</sup>. İddia ve savunma vasıtalarının kanuna aykırı bir şekilde dikkate alınması suretiyle ortaya çıkan gecikme, artık eski hale getirilemez<sup>305</sup>. Alman MUK. m. 296/III hükmüne göre gecikmiş kabul edilebilirlik itirazı söz konusu ise, burada mesele davanın gecikmesine bağlı olmadığı için, hatalı kabul istinaf veya temyize konu olabilir<sup>306</sup>.

Alman hukukunda, istinaf ve temyiz kanun yolları caiz olmadığı takdirde<sup>307</sup>, Anayasa m. 93/I, b. 4a hükmüne göre, -ki, hak düşümü kuralları açısından burada kanuni dinlenme hakkının ihlali söz konusudur-, anayasal itirazda bulunmak da mümkündür<sup>308</sup>. Avusturya hukukunda ise, Anayasa Mahkemesi önünde böyle bir itiraz caiz değildir; fakat AİHS.'nin 25. maddesine göre, iç kanun yolları tüketildikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru mümkündür<sup>309</sup>.

### IX-Hak Düşümü Kurallarının Bertarafı

Alman MUK.'nun hak düşümü kurallarını devre dışı bırakmak için, yine kanunda yer alan bazı kurumlar kullanılabilir: Gıyabi hüküm (Versaumnisurteil); karşı dava; davanın genişletilmesi, değiştirilmesi ve objektif dava yığılması<sup>310</sup> ile istinaf kanun yolu, gecikmiş iddia ve savunmaların

<sup>303</sup> Zöllner/Greger, § 296/35; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 439 (56); MüKo/Prütting, § 296/182; krş. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/75. Yazar, geciken açıklamanın hatalı bir şekilde kabul edilmesi halinde, bunun sadece son karar ile birlikte iptale konu olabileceğini belirtmektedir.

<sup>304</sup> Von Stosch, s. 161.

<sup>305</sup> Musielak/Huber, § 296/36.

<sup>306</sup> Musielak/Huber, § 296/36; Zöllner/Greger, § 296/35; MüKo/Prütting, § 296/183; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/39; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 439 (56).

<sup>307</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/76.

<sup>308</sup> Musielak/Huber, § 296/39; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 438 (55). Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Stosch, s. 161 vd.

<sup>309</sup> Von Stosch, s. 164.

<sup>310</sup> Davanın değiştirilmesi ve dava yığılması, Alman MUK. m 263 hükmü nedeniyle, -ki bunun için karşı tarafın rızası veya mahkemenin yerinde (sachdienlich) görmesi şarttır-, hak düşümü kurallarından kaçış için doğru bir yol olarak görünmemektedir (Von Stosch, s. 171 vd).

ileri sürülebileceği haller olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>311</sup>. Taraf, geciken açıklamasının reddedileceğinden korkuyorsa, duruşmaya gelmez veya mahkemede iddia ve savunmada bulunmaz (Alman MUK. m. 333) ve böylece hakkında bir gıyabi hüküm verilmesine neden olur. Daha sonra itirazda (Einspruch) bulunabilir ve itiraz dilekçesinde iddia ve savunma vasıtalarını ileriye sürebilir<sup>312</sup>. Gerçi bu geçirilmiş sürede hiçbir değişiklik yapmaz; fakat geciken açıklamalar dikkate alınmak zorundadır; zira bunlar Alman MUK. m. 341a hükmüne göre tayin olunan duruşmada sonuçlandırılabilirliği takdirde, davayı geciktirmez<sup>313</sup>. Davanın genişletilmesi, herhangi bir özel şarta ihtiyaç göstermediği (Alman MUK. m. 264/I. b. 2) ve iddia ve savunma vasıtası olarak değil de, bizzat savunma olarak nitelendirildiği için, hak düşümü kurallarına dolanılmasına izin verir<sup>314</sup>. Davalı da karşı dava açmak suretiyle, gecikmiş açıklamalarını ileri sürebilir; burada da mahkeme karşı dava nedeniyle tayin edeceği duruşma gününe kapsamlı bir şekilde hazırlanır; olası bir hak düşümünü önlemek için beklenebilir her şey yapılmak zorundadır<sup>315</sup>. Şayet mahkeme dava ve karşı dava hakkında ayrı ayrı karar verebilecek ve böylece geciken açıklamayı dikkate almadan dava talebi hakkında icra edilebilir bir kısmı hüküm verebilecek durumda ise, karşı dava yolu ile hak düşümü kurallarından kaçış başarısız kılınabilir<sup>316</sup>. Ancak Federal Yüksek Mahkeme böyle bir kısmı hükmün caiz olmadığı görüşündedir<sup>317</sup>. Davanın geri alınması davalının rızasına bağlı olmayan hallerde (Alman MUK. m. 269/I), bu yolla da hak düşümü kuralları devre dışı bırakılabilir<sup>318</sup>. Sulh teşebbüsünün başarısız kalması halinde yapılacak ayrı bir sözlü duruşmada da, hak düşümü etkisinden kurtulmak mümkün olacaktır<sup>319</sup>. Her iki taraf birlikte yargılamanın durdurulmasını (Ruhe des Verfehrens) (Alman MUK m. 251) talep ederse, yine hak düşümü

<sup>311</sup> Ayrıntılı bilgi için ve hak düşümü kurallarından kaçışı önlemek için yapılabilecekler hakkında bkz. Von Stosch, s. 164 vd.; Kallweit, s. 176 vd.

<sup>312</sup> Musielak/Huber, § 296/41; Von Stosch, s. 165.

<sup>313</sup> Musielak/Huber, § 296/41.

<sup>314</sup> Von Stosch, s. 170; Musielak/Huber, § 296/42.

<sup>315</sup> Von Stosch, s. 167-168.

<sup>316</sup> Bkz. Von Stosch, s. 168.

<sup>317</sup> BGH NJW 1989, s. 2821; BGH NJW 1980, s. 2355. Buna göre: hak düşümü sadece bütün davanın gecikmesi halinde mümkündür, yoksa bir kısmı hükümde değil.

<sup>318</sup> Musielak/Huber, § 296/43.

<sup>319</sup> Musielak/Huber, § 296/44. Bkz. yukarıda s. 14.

kurallarından kaçış gerçekleşir<sup>320</sup>. İstinaf kanun yolunda yeni iddia ve savunma vasıtaları artık istisnaen kabul edilebileceğinden (Alman MUK. m. 529/I, b. 2, 531/II, b. 3), bu yol hak düşümü kurallarından kaçış için kapanmıştır<sup>321</sup>.

### Kısaltmalar Cetveli

AİHS.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BGH	Bundesgerichtshof
Bkz.	Bakınız
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
dn.	dipnot
Einl.	Einleitung
JZ	Juristenzeitung
Krş.	Karşılaştırınız
LGZ	Landgericht für Zivilsachen
m.	madde
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MUK.	Medeni Usul Kanunu
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtssprechungsreport
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
s.	sayfa
vd.	ve devamı
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

<sup>320</sup> Zöllner/Greger, § 296/43; Musielak/Huber, § 296/45.

<sup>321</sup> Zöllner/Greger, § 296/41. Krş. Musielak/Huber, § 296/47. Yazar, ilk derecede Alman MUK. m. 296/I hükmü uygulanmadığı için, istinaf mahkemesinin 531/I. maddeye göre açıklamayı dikkate almadan bırakamayacağı görüşündedir.

### Kaynakça

- Annerl, Andrew: Vorbereitende Tagsatzung und Praeklusion von Parteivorbringen, ÖJZ 2006, s. 229-235.
- Ballon, Oscar J.: Das Zurückweisungsrecht des Gerichts bei nachtraeglichem Parteivorbringen, -Überlegungen zu einer Beschleunigungsmassnahme des neuen österreichischen Zivilprozessrechts-, Festschrift für Kostas E. Beys, Dem Rechtsdenker in Attischer Dialekte zum 70. Geburtstag am 25. November 2003, Erster Band, Athen 2003, s. 75-91.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 66. völlig neubearbeitete Auflage, München 2008. (Kısaltması: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, madde numarası/kenar numarası)
- Bettermann, Karl August: Hundert Jahre Zivilprozessordnung -Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, ZZP 91 (1978), s. 365-397.
- Deixler-Hübner, Astrid: Die Eventualmaxime im Oppositionsverfahren, ÖJZ 1995, s. 170-180.
- Deubner, Karl G.: Die Zurückweisung fristwidrigen Vorbringens im frühen ersten Termin, NJW 1983, s. 1026-1030. (Kısaltması: NJW 1983)
- Deubner, Karl G.: Das Ende der Zurückweisung verspäteten Vorbringens im frühen ersten Termin, NJW 1985, s. 1140-1143. (Kısaltması: NJW 1985)
- Deubner, Karl G.: Anmerkung vom BVerfG: Voraussetzungen für die Grundgesetzwidrigkeit der fehlerhaften Anwendung von Praeklusionsvorschriften, NJW 1987, s. 2733-2736. (Kısaltması: NJW 1987)
- Fasching, Hans W.: Lehrbuch des österreichisches Zivilprozessrechts, Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, Zweite überarbeitete und ergaenzte Auflage, Wien 1990. (Kısaltması: Fasching, sayfa numarası (kenar numarası))
- Fasching, Hans W./Konecny, Andreas: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Band §§ 226 bis 460 ZPO, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Wien 2004. (Kısaltması: Fasching/Konecny/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Jauerning, Othmar: Zivilprozessrecht, 28. völlig neubearbeitete Auflage, München 2003.

Kallweit, Uwe, Die Prozessförderungspflicht der Parteien und die Praekclusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozess nach der Vereinfachungsnovelle von 3.12.1976, Frankfurt am Main/Bern/New York 1983.

Leipold, Dieter: Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980), s. 237-265. (Kısaltması: ZZP 93 (1980))

Leipold, Dieter: Auf der Suche nach dem richtigen Mass bei der Zurückweisung verspäteten Vorbringens, ZZP 97 (1984), s. 395-410. (Kısaltması: ZZP 97 (1984))

Leipold, Dieter: Entscheidungen Verfassungsrecht-Zivilprozess, Anmerkung, JZ 1988/2, s. 93-96. (Kısaltması: JZ 1988)

Mischke, Winfried: Zurückweisung verspäteten Vorbringens über die in § 296 ZPO aufgezählten Faelle hinaus?, NJW 1981, s. 564-565.

Musielak, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 4. neubearbeitete Auflage, München 2005. (Kısaltması: Musielak/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§ 1-510c, 3. Auflage, München 2008. (Kısaltması: MüKo/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Rechberger, Walter H. (Hrsg): Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Wien 2006. (Kısaltması: Rechberger/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/ kenar numarası)

Rechberger, Walter H./Simotta, Daphne-Ariane: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 6. Ergaenzte Auflage, Wien 2003. (Kısaltması: Rechberger/Simotta, sayfa numarası (kenar numarası))

Rechberger, Walter H.: Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (Çeviren: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım), Derleyen: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2001, s. 1-16.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht. 16. neubearbeitete Auflage, München 2004. (Kısaltması: Rosenberg/Schwab/Gottwald, sayfa numarası (kenar numarası))

Schilken, Eberhard: Medeni Yargılamada Hakimın Rolü (Çeviren: Doç. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım), Derleyen: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2001, s. 43-66.

Schneider, Egon: Problemfalle aus der Prozesspraxis, Die Belehrung über Verspätungsfolgen, MDR 1985/4, s. 287-290.

Schreiber, Klaus: Prozessvoraussetzung bei der Aufrechnung, ZZZ 90 (1977), s. 395-417.

Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Verfassung und Zivilprozess, Bielefeld 1984.

Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, §§ 253-299a, 21. Auflage, Tübingen 1997. (Kısaltması: Stein/Jonas/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Thomas, Heinz/Putzo, Hans: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften (EuGVVO, EheVO, ZustellungsVO, ZustDG, AVAG), 25. neubearbeitete Auflage, München 2003. (Kısaltması: Thomas/Putzo/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Ventsch, Verena: Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung § 139 ZPO, Hamburg 2005.

Von Stosch, Felix Graf: Prozessförderung durch das Mittel der Praeklusion im österreichischen und deutschen Recht-de lege lata-de lege ferenda, Berlin 2000.

Zöller Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen Kommentar, 26. neubearbeitete Auflage, Köln 2007. (Kısaltması: Zöller/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

# AVRUPA BİRLİĞİ SİGORTA SEKTÖRÜNDE DENETİM

Dr. İrem Aral\*

## I. SİGORTA DENETİM MEVZUATI

25.03.1957 tarihli Roma Antlaşması ile, kuruluş ve hizmet serbestisini benimseyen ve üye ülkeler arasında gerçek bir ortak pazar kurmayı amaçlayan Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu kurulmuştur. Avrupa Birliği'nin temellerini atan Roma Antlaşması, uluslararası bir karar alma mekanizması oluşturmayı hedeflemiştir. Uluslararası bir karar mekanizmasının anlamı, Avrupa Birliği'ni yönetmek üzere oluşturulan kurumların üye devletlerden bağımsız olup pek çok konuda üye devletleri bağlayıcı durumda olmasıdır.

AB sigorta mevzuatının hazırlanmasına ilişkin olarak Avrupa Konseyi<sup>1</sup> ve Avrupa Komisyonu<sup>2</sup> görevlerini ifa edebilmek için Roma Antlaşması'nın 189. maddesi uyarınca tüzükler yapar, direktifler çıkarır, kararlar alır, tavsiyelerde bulunur ve görüş bildirir.

Dayanağı Roma Antlaşması olan AB sigorta mevzuatı, ortak pazarda finansal hizmetlerin kuruluş ve hizmet serbesitine varılmasını; bunların serbest dolaşımı ve sunulmasında olası engelleri ortadan kaldırarak Birlik içindeki

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Avrupa Konseyi, üye devletlerin temsilcilerinden oluşur. Her üye devletin hükümeti kendi üyelerinden birini Konsey'e delege olarak atar. Konsey üye devletlerin ekonomik politikalarının eşgüdümünü sağlamak ve Roma Antlaşması'nın yürütülmesiyle görevlidir. Günlük işler Komisyon tarafından görülmekle birlikte nihai karar alma yetkisi Konsey'e aittir.

<sup>2</sup> Avrupa Komisyonu, AB'nin yürütme organlarından biridir. Konsey'e sunulacak önerileri oluşturur. Konsey bu önerileri temel alan birlik mevzuatını kabul eder. Avrupa Parlamentosu da bu önerileri inceler ve yetkileri ile sınırlı olarak hukuksal düzenlemelerin kabul edilmesine katılır.



kanuni uyumsuzlukları gidererek, Avrupa Tek Sigorta Pazarını oluşturmayı, düzenlemeyi ve denetlemeyi amaçlamaktadır<sup>3</sup>.

AB sigorta mevzuatının amacını gerçekleştirebilmesinde üye devletlere çok önemli bir görev düşmektedir. Mevzuatı uygulamada birincil derecede sorumlu olan üye devletler öngörülen sürede mevzuatı kendi ülkelerinde uygulamaya koymak durumundadır. Aksi takdirde uygulamada meydana gelen gecikmeler birlik içi sorunların çıkmasına, sektörde tam rekabet ortamının oluşmasının gecikmesine ve iç sigorta pazarına olan güvenin zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu bağlamda mevzuatın öngörülen sürede uygulamaya konulduğunu hususunu gözlemlemekle görevli olan Avrupa Komisyon' u gecikmeye neden olan üye devletler aleyhine Adalet Divanı<sup>4</sup> nezdinde dava açmış bulunmaktadır.

AB' de sigorta sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkin mevzuatın hazırlanması ve izlenmesi tek pazardan sorumlu olan Avrupa Komisyonu İç Pazar Genel Müdürlüğü' nün sigortacılık birimine aittir. Sigortacılık birimi, hayat ve hayat dışı sigorta branşlarına ilişkin yasal düzenlemelerden sorumludur.

Sigortacılıkla ilgili yasal mevzuatın oluşturulmasında Avrupa Komisyonu' na tavsiyelerde bulunmak üzere iki önemli organ oluşturulmuştur.

19.12.1991 tarih ve 91/675/EEC sayılı direktif<sup>5</sup> ile Avrupa Komisyonu' na sigortacılıkla ilgili faaliyetlerde destek sağlamak üzere bir Sigorta Komitesi kurulmuştur. Direktif uyarınca Komite' nin amacı üye devletlerin denetim makamları ve Komisyon' un uyum içinde hareket etmesini sağlamak ve sektörle ilgili tavsiye niteliğinde kararlar almaktır. Bu bağlamda Komite, Komisyonu ile

<sup>3</sup> KENDER, HSH, s.12; MC GEE, Modern Law, s.371; MC GEE, Single Market, s.23; PAUL/CROLY, s.7.

<sup>4</sup> Adalet Divanı, Roma Antlaşması ve Direktiflere getirdiği yorumlar ve verdiği kararlarla Avrupa Birliği' nin yasal ve politik yapısının oluşmasında ve gelişmesinde büyük öneme sahip olmuştur. Avrupa Adalet Divanı' nın temel amacı AB hukukunun etkinliğinin geliştirilmesini sağlamak ve üye devlet yasal sistemlerine entegre edilmesi için çalışmalarda bulunmaktadır. Adalet Divanı yasal sorunların çözümünde yargıçlar tarafından geliştirilen hukuki ilkeler olarak tanımlanabilecek içtihatlar ile büyük ölçüde bu amacı gerçekleştirmektedir Üye ülkelerin ortak anlaşmalarıyla atanmış hakimlerden kurulu olan Adalet Divanı ayrıca üye devletleri ve şirketlerini para cezası ile cezalandırılabilme yetkisine sahiptir. ÖZŞAR, s.111; PAUL/CROLY, s.15.

<sup>5</sup> OJ-L 374, 31.12.1991, s.32-33.

ulusal yetkili makamlar arasında daha yakın işbirliği sağlanmaktadır. Daha sonra 05.11.2003 tarih ve 2004/9/EC Komisyon kararıyla<sup>6</sup> Sigorta Komitesi' nin yerini almak üzere Avrupa Sigorta ve Mesleki Emeklilik Komitesi (EIOPC) kurulmuştur. Üye devletlerin üst düzey temsilcilerinden oluşan EIOPC, sigortacılıkla ilgili Avrupa Komisyonu' nun önerilerine ilişkin olarak Komisyon'a tavsiyelerde bulunmakla yükümlüdür. Komite sigortacılıkla ilgili yeni direktiflerin hazırlanması ve genel sorunları incelemekle görevlidir.

Bir diğer önemli organ olan Avrupa Sigorta ve Mesleki Emeklilik Denetçileri Komitesi (CEIOPS) 05.11.2003 tarih ve 2004/6/EC sayılı<sup>7</sup> Komisyon kararıyla kurulmuştur. CEIOPS, Avrupa Komisyonuna hazırlanma aşamasında olan düzenlemelere ilişkin teknik destek sağlamakta ve tavsiyelerde bulunmaktadır. Üye devletler tarafından sigorta denetimi alanında yetkili üst düzey temsilcilerinden oluşan CEIOPS, AB çapında denetim uygulamalarının yakınlaştırılması için çalışmaktadır. Bunun yanı sıra denetlenen kurumlara ilişkin bilgi değişimi başta olmak üzere denetim işbirliği için bir forum niteliği taşımaktadır<sup>8</sup>.

Gelişmiş ülkelerin sigorta düzenleme ve denetim makamları, sigorta şirketlerinin mevzuatla belirlenen esaslara uygun şekilde faaliyet göstermelerini sağlamanın yanında, son yıllarda özellikle sigorta şirketlerinin mali yeterliliklerinin sağlanması konusunda sürekli ve yoğun bir arayış içindedir<sup>9</sup>. Bu bağlamda CEIOPS tarafından sigorta sektörünün sermaye yeterliliği düzenlemelerini risk bazlı bir sisteme oturtmayı amaçlayan Solvency II projesi yürütülmektedir.

### **1. Birincil Mevzuat**

AB' nin temel mevzuatı niteliğindeki birincil mevzuatı birliği kuran Paris ve Roma Antlaşmaları ile bunların ekleri ve protokoller, kurucu antlaşmalarda değişiklikler yapan antlaşmalardır. Antlaşmalar, karar alma süreçleri ile yasama, yürütme ve hukuk süreçlerinde rol oynayan AB kurum ve organlarının temel yapı, işleyiş ve sorumluluklarını da tanımlamaktadır.

<sup>6</sup> OJ-L 003. 07.01.2004, s.34-35.

<sup>7</sup> OJ-L 003. 07.01.2004, s.30-31.

<sup>8</sup> ÖZŞAR, s.109.

<sup>9</sup> FITZSIMMONS, s.107-108; TAŞBAŞI. Denetim ve Gözetim. s.399.

Birincil hukuk, üye devletlerde olduğu gibi üye devletlerin vatandaşlarına ve burada ikamet edenlere de doğrudan uygulanmaktadır<sup>10</sup>.

AB' yi kuran antlaşma sigorta ile ilgili pek çok hüküm içermektedir.

Üye devletler arasında malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırıldığı bir iç pazarın oluşturulması Birliğin hedeflerinden biri olarak Antlaşmanın 3/1-c hükmünde yer almaktadır. Sigorta hizmetlerinin üye devletlerde serbestçe verilebilmesi ve sermayenin serbest dolaşımı doğrudan sigortacılık faaliyeti ile ilgilidir.

Antlaşmanın 3/b hükmünde yer alan ortak ticaret politikası hedefi sigortaya ilişkin ortak düzenlemeleri ve uygulamayı gerekli kılmaktadır.

Antlaşmanın 3/g hükmünde yer alan, iç pazarda rekabetin bozulmamasını temin eden bir sistemin varlığı sigortacılar arasındaki rekabetin korunmasını da gerektirmektedir.

Antlaşmanın 3/h hükmünde yer alan ortak pazarın işlerliği için üye devletler hukukunun yakınlaştırılması, üye devletlerin sigorta hukuku kurallarınında yakınlaştırılmasını da içerir.

## 2. İkincil Mevzuat

Organ hukuku veya organlarca oluşturulan hukuk olarak adlandırılan ikincil hukuk, AB' nin organları tarafından oluşturulan, organların görevlerini yerine getirebilmeleri ve konulan hedeflere ulaşabilmeleri için antlaşmaların kendilerine verdiği yetkiler çerçevesinde koydukları, çeşitli etkileri haiz kurallardır<sup>11</sup>. Birliğin ikincil hukukunu oluşturan hukuksal norm türleri tüzükler, direktifler, kararlar, tavsiyeler, görüş, önerge, deklarasyon ve faaliyet raporlarıdır.

### A. Tüzük ve Kararlar

Tüzükler, AB' yi kuran antlaşma' nın 249/2 hükmü uyarınca bütünüyle üye devletleri bağlayıcı hükümlere sahip ve üye devletlerin ulusal mevzuatlarına geçirilmeksizin doğrudan uygulanan normlardır. Tüzüklerin doğrudan uygulanabilme özelliği onların sadece birlik kurumları ve üye devletler için değil, aynı zamanda birlik vatandaşları için de doğrudan hak ve yükümlülükler

<sup>10</sup> CROSSIK/LINDSAY, s.5: TEKİNALP/TEKİNALP, s.68, par.12.

<sup>11</sup> TEKİNALP/TEKİNALP, s.69, par.14.

ihdas etmesi anlamını taşır<sup>12</sup>. Tüzükler AB sigorta mevzuatının tekleştirilmesini amaçlamaktadır<sup>13</sup>.

Kararlar AB' yi kuran antlaşma' nın 249/4 hükmü uyarınca muhatapları için tümüyle bağlayıcı nitelikte kurallardır. Birlik kurumları kararlar aracılığıyla herhangi bir üye devleti veya vatandaşı herhangi bir eylemde bulunmaya ya da bulunmama zorlayabilir veya onlarla ilgili haklar ve ödevler tesis edebilir. Kararlar münferit bir uygulamadır ve bütün unsurlarıyla bağlayıcıdır. Kararlar muhataplarına doğrudan uygulanabilir niteliktedir<sup>14</sup>.

- EEC.2155/91 sayılı, EEC ve İsviçre Konfederasyonu Arasındaki Anlaşma Hükümleri Hakkında 20.06.1991 tarihli Tüzük<sup>15</sup>,

Avrupa Birliği (o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu) ve İsviçre Konfederasyonu arasında hayat sigortası dışında doğrudan sigortalama ile ilgili bir anlaşma 10 Ekim 1989' da Lüksemburg' da imzalanmıştır. Anlaşma uyarınca, anlaşmanın gözetilmesi ve idaresinin sağlanması, uygulanması ve anlaşma kapsamında belirlenen durumlarda karar alınmasının sağlanması için bir Ortak Komite oluşturulmuştur. 2155/91 sayılı Konsey Tüzüğü, Birliğin, Üye Devlet temsilcilerinin de desteğiyle Ortak Komite' de temsil edilmesini öngörmektedir.

Birliğin Ortak Komite' deki pozisyonu, Komisyon'dan gelen teklif doğrultusunda nitelikli oy çokluğu ile hareket edecek olan Konsey tarafından belirlenecektir.

Tüzük tamamen bağlayıcı ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır nitelik taşımaktadır.

- 91/370/EEC sayılı, EEC ve İsviçre Konfederasyonu Arasındaki Anlaşmanın Sonucu Hakkında 20.06.1991 tarihli Karar<sup>16</sup>,

Avrupa Birliği (o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu) ile İsviçre Konfederasyonu arasında yapılan hayat sigortası dışında doğrudan

<sup>12</sup> KUBİLAY, Entegrasyon, s.173; YAVAŞI, s.310.

<sup>13</sup> CROSSIK/LINDSAY, s.6; ELLIS, s. 44.

<sup>14</sup> CROSSIK/LINDSAY, s.6; ELLIS, s.40; KUBİLAY, Entegrasyon, s.174; YAVAŞI, s.310.

<sup>15</sup> OJ-L 205, 27.07.1991, s.1-1.

<sup>16</sup> OJ-L 205, 27.07.1991, s.2-2.

sigortalama ile ilgili anlaşmayı Topluluk adına onaylamaktadır. Anlaşmanın metni karara eklenmiştir.

- 91/371/EEC sayılı, EEC ve İsviçre Konfederasyonu Arasındaki Anlaşmanın Uygulanmasına İlişkin 20 Haziran 1991 tarihli Direktif<sup>17</sup>,

Avrupa Birliği (o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu) ile İsviçre Konfederasyonu arasındaki anlaşmanın en önemli etkilerinden biri de, merkez ofisleri İsviçre'de bulunan sigorta şirketlerine yönelik olarak, 73/239/EEC sayılı direktifin 3. Bölümü çerçevesinde merkez ofisleri Topluluk dışında bulunan sigorta şirketlerinin Topluluk içinde kurulmuş acente ve şubelerine uygulanan yasal kurallar dışında kurallar oluşturmasıdır.

Bu nedenle, 91/371/EEC sayılı Direktif çerçevesinde Üye Devletler ulusal hükümlerini anlaşmaya uygun hale getirmekle ve bu hükümleri kabul ettiklerinde de direktife atıfta bulunmakla yükümlü kılınmışlardır.

- 2001/776 sayılı, ekleri ve protokolleri değiştiren, 18.07.2001 tarihli ve 2001/1 sayılı EC-İsviçre Ortak Komitesi Kararıdır<sup>18</sup>,

Anlaşmanın imzalandığı tarihlerde İsviçre ve Avrupa Birliği tarafından kabul edilen yasal hükümleri takiben, uygulanacak yasal formlar, ECU teriminin EURO ile değiştirilmesi ve yükümlülük karşılama yeterliliği marjları gibi alanlarda bazı değişiklikler getirilmiştir.

## B. Direktifler

Direktifler AB' yi kuran Antlaşma' nın 249/3 hükmü uyarınca bütün üye devletlerin mevzuatlarına geçirip uygulamak zorunda oldukları bağlayıcı kurallardır. Direktiflerin hazırlanmasında Avrupa Komisyon' unun ön alışmaları ile tespit edilen teklif, üye devletlerin temsilcilerinden oluşan Avrupa Konsey' ine tevdi edilmekte; Konsey iki istişari organın Avrupa Parlamentosu ve Assamble' nin görüşünü aldıktan sonra metni kesin hale getirilen direktifi kabul ve ısdar eder<sup>19</sup>.

Direktifler üye devletlerin mevzuatlarının uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır. Direktifler üye devletlere bildirildikten itibaren genellikle on

<sup>17</sup> OJ-L 205, 27.07.1991, s.48-48.

<sup>18</sup> OJ-L 291, 08.11.2001, s.52-55.

<sup>19</sup> KENDER, HSH, s.12.

sekiz ay gibi bir süre içinde mevzuatların buna uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Bu süre sonunda direktif üye ülke hakkında yürürlüğe girer. Direktiflerin ulusal mevzuatlara geçirilmesi yönteminin seçimi ulusal makamlara aittir. Uygulamada çoğunlukla, devletlerin uygun bulunduğu ve direktifin uygulanmasına yönelik bir ulusal mevzuat ihdası gerekmektedir<sup>20</sup>. Bir direktiften etkilenen sektörler, direktif kadar uygulanan ulusal mevzuatı da dikkate almak zorundadır.

AB' nin sigorta ile ilgili ikincil mevzuatının özünü oluşturan direktifler, sigortacılık faaliyetinde uyumlaştırma sağlama ve sınır aşan ticarete imkan sağlama amacıyla düzenlemeler getirmektedir.

AB sigortacılık mevzuatında kamu denetimine ilişkin spesifik bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte hayat ve hayat dışı sigortalara ilişkin yayınlanan çok sayıda direktif ile sigorta sektörünün denetlenmesine ilişkin prensipler getirilmiş ve ulusal denetim makamları arasındaki işbirliği düzenlenmiştir. Direktiflerin büyük bir çoğunluğu sigorta sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkindir.

Direktifler ile üye devletlerdeki sigortacılık piyasalarını yakınlaştırmak üzere ulusal mevzuat düzenlemelerinde belli aykırılıkların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır<sup>21</sup>. Tek bir ortak sigorta pazarı oluşturmak için pazara giriş koşullarının benzeştirilmesi, iş kurma koşulları üzerindeki kısıtlamaların kaldırılması, denetim kurallarının paralel hale getirilmesi gerekmektedir<sup>22</sup>.

AB üyesi olan devletler sigorta mevzuatlarını direktiflere uygun hale getirmiştir<sup>23</sup>.

Almanya, 06.06.1931 tarihli VAG' de pek çok değişiklik yaparak direktif hükümlerine uygun hale getirmiştir.

Fransa, 09.05.1984 tarihli kararname ile direktif hükümlerini sigorta kanununa dahil etmiştir.

İngiltere 1981,1982 ve 1986 tarihli düzenlemelerle direktifleri hükümlerini benimsemiştir.

<sup>20</sup> PRECHAL, s.3; SEATZU, s.3.

<sup>21</sup> PRECHAL, s.40; MOSS/WESSEL, s.23; SEATZU, s.3.

<sup>22</sup> KENDER, HSH, S.12; TAŞDELEN, s.25.

<sup>23</sup> KENDER, HSH, s.37. dn.29.

Bu çalışma hayat dışı sigorta alanında faaliyet gösteren şirketlere ilişkin olduğundan AB direktiflerinden öncelikle hayat dışı sigorta başlığı altında düzenlenen direktifler ve konuya ilişkin mali tablolar, yükümlülük karşılama yeterliliği, tasfiye, yeniden yapılanma ve sigorta gruplarının ek denetimine ilişkin diğer direktifler esas alınmaktadır. Hayat dışı sigortacılığa ilişkin direktifler grubu esas itibariyle hayat dışı sigortacılık faaliyetine başlama ve bu faaliyetlerin sürdürülmesine ilişkin kural ve uygulamaları kapsamaktadır.

### a. Hayat Dışı Sigortaya İlişkin Direktifler

Hayat dışı sigorta direktifleri, hayat sigortası gibi tek bir direktif altında toplanmamıştır.

- 73/239/EEC sayılı, Sigortacılık Faaliyetlerine Başlama ve Yürütme ile İlgili Kanun, Tüzük ve İdari Düzenlemelerin Koordinasyonu Hakkında 24.07.1973 tarihli Birinci Hayat Dışı Sigorta direktifi<sup>24</sup>

Hayat dışı sigortaya ilişkin ilk direktiftir. Direktif müteaddit defalar tadil edilmiş ve pek çok maddesi değişikliğe uğramıştır.

Direktifin temel amacı hayat dışı sigortacılık alanında faaliyete başlamayı ve yürütmeyi kolaylaştırmak ve ulusal denetleyici mevzuatlarda yer alan bazı farklılıkları ortadan kaldırmaktır<sup>25</sup>. Bu amaca ulaşmak ve tüm üye devletlerde sigortalılar ve üçüncü şahıslar için gerekli korumayı sağlamak, özellikle sigorta şirketlerinin mali yapıları ile ilgili konularda eş güdüm sağlanmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede hazırlanan direktif ilk etapta beş ana başlık ve bir ekten oluşmuştur.

Bu direktifte özetle, üye devletlerde doğrudan sigorta faaliyetlerine başlanması ve sigorta faaliyetlerinin sürdürülmesi ile ilgili koşullar belirlenmekte ve denetim makamlarının birbirleriyle yakın işbirliği içinde olmaları talep edilmektedir.

73/239/EEC sayılı Birinci Hayat Dışı Direktifi ile yerleşme serbestisi konusunda yapılan düzenlemelerle tek sigorta pazarının iskeleti oluşturulmuştur.

<sup>24</sup> OJ-L 228, 16.08.1973, s.3-19.

<sup>25</sup> MC GEE, Modern Law, s.382; MC GEE, Single Market, s.8; MERKIN/RODGER, s.4; MOSS/WESSELS, s.27; PFENNIGSTORF, s.119; SEATZU, s.9-10.

- 73/240/EEC sayılı Kuruluş Serbestisi Konusundaki Yasakların Kaldırılması Hakkında 24.07.1973 tarihli Direktif<sup>26</sup>

Hayat sigortası dışında kalan doğrudan sigortacılık faaliyetleri alanında yerleşme serbestisine dair kısıtlamaların kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Direktif, üye devletlerin kişilerin ev sahibi üye devlette o ülke vatandaşlarıyla aynı koşullarda faaliyette bulunmalarını engelleyen kısıtlamalar ile ayrımcılık yaratan idari uygulamaların ortadan kaldırmalarını zorunlu kılmaktadır.

- 76/580/EEC sayılı, Hayat Dışı sigortacılık Faaliyetlerine Başlama ve Yürütme ile İlgili Kanun, Tüzük ve İdari Düzenlemelerin Koordinasyonu Hakkındaki 73/239/EEC sayılı Hayat Dışı Sigorta direktifinde değişiklik yapan, 29.06.1976 tarihli direktif<sup>27</sup>

73/239/EEC sayılı Direktif, o dönemki adıyla Avrupa Topluluğu'nda geçerli olan para birimi kavramını Avrupa Yatırım Bankası'nın tüzüğünde tanımlanan şekilde kullanmaktaydı. 76/580/EEC sayılı Direktif ise bu tanıma değiştirerek para birimi kavramını "Avrupa Para Birimi" olarak tanımlamıştır. Ancak, Euro'nun Avrupa Birliği para birimi olarak kabul edilmesiyle 76/580/EEC sayılı Direktif geçerliliğini yitirmiştir. Yükümlülük karşılama yeterliliği miktarlarında 2002/13/EC sayılı Direktif ile yapılan değişikliği takiben direktifin diğer maddeleri de geçerliliklerini yitirmiştir.

- 88/357/EEC sayılı, 73/239/EEC sayılı direktifi değiştiren, Hizmet Sağlama Serbestisinin Etkin Biçimde Uygulanmasını Kolaylaştıran Hükümlere İlişkin 22.06.1988 tarihli İkinci Hayat Dışı Sigorta direktifi<sup>28</sup>,

İkinci Konsey Direktifi, 73/239/EEC sayılı ilk direktifi tamamlayıcı nitelikte olup ilk direktifte belirlenen sigorta branşları ve şirketler için hizmet sağlama serbestisi ile ilgili özel düzenlemeler getirmektedir<sup>29</sup>.

İkinci Konsey Direktifi, "Genel Hükümlere" ilişkin birinci başlık altında "şirket", "yerleşme", "riskin gerçekleştiği üye devlet", "hizmet sunumunun gerçekleştiği üye devlet" gibi tanımlara yer vermektedir.

<sup>26</sup> OJ-L 228, 16.08.1973, s.20-22.

<sup>27</sup> OJ-L 189, 13.07.1976, s.13-14.

<sup>28</sup> OJ-L 172, 04.07.1988, s.1-14.

<sup>29</sup> MC GEE, *Modern Law*, s.389; MC GEE, *Single Market*, s.9; MERKIN/RODGER, s.7; PFENNIGSTORF, s.119; SEATZU, s.12.



Direktifin ikinci başlığı “İlk Direktife Getirilen Ek Hükümler” olup bu başlık altında “büyük risklerin” tanımı yapılmıştır.

Direktif özetle denetim kurumlarının şirketlerin mali durumu ve tüm faaliyetleri ile ilgili ayrıntılı incelemeler yapabilmeleri, bilgi toplayabilmeleri, şirketlerde yerinde incelemeler yapabilmeleri, şirketle ilgili tedbirler alabilmeleri ve gerektiğinde uygun hukuki araçlar kullanarak bu tedbirlerin uygulanmasını sağlayabilmelerini öngörmektedir.

- 92/49/EEC sayılı, 73/239/EEC ve 88/357/EEC sayılı direktiflerde değişiklik yapılması hakkında 18.06.1992 tarihli Üçüncü Hayat Dışı Sigorta direktifi<sup>30</sup>,

Kendisinden önceki ilk iki direktifte bir çok değişiklik yapmıştır. Bu direktif ile bilgi toplama, yerinde denetimler gerçekleştirme yoluyla ayrıntılı incelemeler yapabilme, şirketler hakkında tedbirler alabilme ve bu tedbirlerin uygulanmasını sağlayabilme konularında denetim makamlarına denetim yetkisi verilmektedir<sup>31</sup>.

92/49/EEC.m.2 uyarınca bu direktif 73/239/EEC.m.1 hükmünde belirtilen sigorta şirketlerine uygulanacaktır. Bunun yanı sıra 92/49/EEC sayılı direktif, 73/239/EEC sayılı direktifin uygulanmadığı şirketlere ve 73/239/EEC.m.4 hükmünde<sup>32</sup> sayılan kurumlara uygulanmayacaktır.

- 95/26/EC sayılı, İhtiyatlı Denetim Amacıyla Hayat Dışı Sigortalara İlişkin 73/239/EEC ve 92/49/EEC sayılı direktifleri değiştiren 29.06.1995 tarihli direktif<sup>33</sup>

95/26/EC sayılı direktif kredi kuruluşları, hayat ve hayat dışı sigortalar, yatırım firmaları ve kollektif yatırım şirketlerine ilişkin direktifleri tadil etmektedir.

<sup>30</sup> OJ-L 228, 11.08.1992, s.1-23.

<sup>31</sup> MC GEE, Modern Law, s.399; MC GEE, Single Market, s.10; MERKIN/RODGER, s.12; PFENNIGSTORF, s.120.

<sup>32</sup> 92/49/EEC sayılı direktifin 3. maddesi ile, 73/239/EEC sayılı birinci direktifin 4. maddesinde düzenlenmiş olan belirli üye devletlerdeki belirli kurumlara belirli rizikoları teminat altına alma tekeli kaldırılmıştır.

<sup>33</sup> OJ-L 168, 18.07.1995, s.7-13.

Direktif bilgi paylaşımı ile ilgili olarak 92/49/EEC sayılı direktifi tadil etmiştir. Direktifte üye devletlerin, yetkili merciler ve diğer ilgili kurumlar arasında bilgi paylaşımına izin verebileceği belirtilmektedir.

- 2000/64/EC sayılı, 92/49/EEC ve 92/96/EEC sayılı direktifleri değiştiren Üçüncü Ülkelerle Bilgi Değişimine İlişkin 07.11.2000 tarihli Bilgi Paylaşımı direktifi<sup>34</sup>

Bu direktif üçüncü ülkelerle bilgi paylaşımına ilişkin olup bu konuda birçok direktifi tadil etmektedir. Bu direktif uyarınca üye devletler, üçüncü ülkelerle bilgi paylaşımını sağlayabilmek için bu ülkelerin yetkili mercileriyle veya söz konusu bilgilerin meslek sırrı kapsamında olması durumunda ülkedeki ilgili mercilerle işbirliği anlaşmaları imzalayabilir. Bu ilgili merciler; mali kuruluşları denetleme sorumluluğu olan merciler, sigorta şirketlerinin tasfiye ve iflaslarıyla ilgili organlar, sigorta şirketlerinin kanuni denetim görevini ifa eden kişilerdir.

- 2002/13/EC sayılı, Hayat Dışı Sigorta Teşebbüsleri İçin Yükümlülük Karşılama Sınırı Hakkında 05.03.2002 tarihli direktif<sup>35</sup>

Bu direktif sigorta şirketlerinin mali yükümlülüklerini rahatlıkla yerine getirebilmeleri için karşılık ayırmalarını sağlayarak ileride doğması olası mağduriyetlerin önüne geçmeyi amaçlayan düzenlemeler içermektedir. Bu bağlamda minimum garanti fonu ve yeterlilik karşılabilmek marjı uygulamak gibi tedbirler öngörmektedir.

AB' de 01.01.2004 tarihinden itibaren yükümlülük karşılama yeterliliği konusunda Mali Yeterlilik I Projesi ile hazırlanan rapora dayanılarak hazırlanan 2002/13/EC ve 2002/83/EC sayılı direktifler yürürlüğe girmiştir. Mali Yeterlilik II Projesi çerçevesinde çalışmalar sürmektedir.

## **b. Finansal Şirket Gruplarına İlişkin Direktif**

2002/87/EC sayılı, 73/239/EEC, 79/267/EEC, 92/49/EEC, 92/96/EEC, 93/6/EEC ve 93/22/EEC sayılı Konsey Direktifleri ile 98/78/EC ve 2000/12/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktiflerini değiştiren, bir finansal şirket grubunda yer alan kredi kurumları, sigorta şirketleri ve yatırım

<sup>34</sup> OJ-L 290, 17.11.2000, s.27-28.

<sup>35</sup> OJ-L 077, 20.03.2002, s.17-22.

firmalarının ek denetimine ilişkin 16.12.2002 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi<sup>36</sup>

AB' nin finansal alandaki mevzuatı uzun zaman boyunca sektör bazlı tanımlanmış ve faaliyetleri sigortacılık veya bankacılıkla sınırlanmış homojen finansal gruplara yönelik olmuştur. Zamanla finans piyasalarındaki gelişmeler bu piyasaların farklı sektörlerinde faaliyet gösteren yeni finansal şirket gruplarının doğmasına yol açmıştır.

2002/87/EC sayılı direktif büyük finansal şirket gruplarının denetimine ilişkin uluslararası düzeyde kabul gören tavsiyelerin dünyada ilk kapsamlı uygulaması olması nedeniyle önem arz etmektedir.

AB, bu direktifinin uygulanmasıyla büyük finansal ortaklıkların farklı finansal sektörlerde ve sınırların ötesinde etkin denetimini, finansal istikrarın artırılmasını ve sigorta poliçe sahipleri ile yatırımcıların korunmasını amaçlamaktadır<sup>37</sup>.

Direktif başta bankalar ve holdingler olmak üzere finansal şirket gruplarının denetimine ilişkin genel düzenlemeler içermekte ve grubun ortak tasarrufunda bulunan varlıkların mükerrer olarak minimum şartları yerine getirmede kullanılmaması; birlikteliğin riski yoğunlaştırmaması; iç denetim mekanizmaları ve risk yönetimi süreçleri, ek denetimin koordinasyon ve yürütülmesinden sorumlu olan tek bir koordinatör atanması; yetkili makamlar arasında işbirliği gibi konularda düzenlemeler yapmaktadır.

Direktif uyarınca, bir finansal şirket grubu içerisindeki ana şirket AB içerisindeyse, ek denetimin koordinasyonundan ve uygulanmasından sorumlu bir düzenleyici koordinatör atanmaktadır. Koordinatör gerekli veya ilgili bilgilerin toplanması ve yayılmasının koordinasyonunu; şirket grubunun finansal durumunun ve sermaye yeterliliğinin ek denetimini; şirket grubunun yapısının, organizasyonunun ve iç kontrol sisteminin değerlendirilmesini; denetim faaliyetlerinin planlanması ve koordinasyonunu yaparak ek denetimi gerçekleştirmektedir<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> OJ-L 035, 11.02.2003, s.1-27.

<sup>37</sup> GRUSON, s.6.

<sup>38</sup> GRUSON, s.44.

### **c. Sigorta Gruplarının Ek Denetimine İlişkin Direktif**

98/78/EEC sayılı, Bir Sigorta Grubundaki Sigorta Şirketlerinin Tamamlayıcı Denetimi Hakkındaki 27.10.1998 tarihli Ek Sigorta Denetimi direktifi<sup>39</sup>,

Bu direktif ile sigorta gruplarının denetimi hususu düzenlenmektedir. Üye devletin denetim makamı tarafından gerçekleştirilmesi öngörülen bu ek denetim, sigorta şirketinin bağlı şirketlerini, iştiraklerini ve bu iştiraklerin bağlı şirketlerini kapsamaktadır. Bu şekilde, büyük finansal gruplarda öz kaynakların ana şirketlerle bağlı şirketlerinde çift kullanımının önlenmesi amaçlanmaktadır. Başka bir deyişle, sermaye yeterliliğini karşılamak üzere grubun farklı şirketlerinde aynı sermayenin kullanılması engellenmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle direktifte finansal grup bünyesindeki sigorta şirketlerinin finansal durumunu dikkate almak amacıyla düzeltilmiş yükümlülük karşılama yeterliliği hesaplanması öngörülmektedir. Direktifin 1. ekinde; indirme ve toplama metodu, gereklilik mahsup metodu ve muhasebe konsolidasyonu metodu olmak üzere birbirine eş değerde üç farklı hesaplama seçeneği sunulmaktadır.

Ayrıca bir sigorta grubunda hissesi bulunan şirketlerin, borçlu hale geldiklerinde bu borçları ödemek üzere bağlı sigorta şirketlerinden sermaye çekmeye çalışması ihtimaline karşılık bu şirketlerin kendi fonlarının denetimi de öngörülmektedir. Direktif uyarınca farklı üye devletlerde yerleşik sigorta şirketlerinin birbiriyle herhangi bir bağları veya ortak bir iştirakleri bulunuyorsa, bu üye devletlerdeki yetkili merciler denetimi kolaylaştırmak amacıyla işbirliğine gidebilmektedir.

2002/87/EC sayılı finansal şirket grupları hakkındaki direktif bu direktifte değişiklikler yapmıştır.

### **d. Tasfiye ve Yeniden Yapılandırmaya İlişkin Direktif**

2001/17/EC sayılı, Sigorta Şirketlerinin Yeniden Yapılanması ve Tasfiyesi Hakkında 19.03.2001 tarihli direktif<sup>40</sup>

2001/17/EC sayılı direktif sigorta şirketlerine ilişkin yeniden yapılandırma önlemlerine ve tasfiye usullerine yöneliktir. Direktif uyarınca başka üye devletlerde şubeleri olan bir sigorta şirketi iflas ederse, tasfiye süreci,

<sup>39</sup> OJ-L 330, 05.12.1998, s.1-12.

<sup>40</sup> OJ-L 110, 20.04.2001, s.28-39.

ev sahibi üye devletteki iflas hukukuna tabi olacak ve iflas işlemleri yine bu devlette yürütülecektir. Direktif sigorta şirketlerinin yeniden yapılandırılması ve tasfiyesine ilişkin prosedürün şirkete faaliyete başlama ve hizmet sunma yetkisini veren üye devletin yetkili makamları tarafından kendi iç hukuklarına göre uygulanacağını öngörmektedir. Bu kural, AB sigorta direktiflerinin temelini teşkil eden ev sahibi üye devlet kontrolü prensibiyle uyumludur<sup>41</sup>.

## II. SİGORTA DENETİM ESASLARI

### 1. Devlet Denetimi

AB sigortacılık mevzuatı denetim hukukunu geniş bir serbesti içinde ve piyasa ekonomisine kamu müdahalesini asgari ölçüye indirerek yeknesaklaştırmaktadır.

AB' de amaca en uygun çözüm sigorta şirketlerinin üye devletlerde kurulup faaliyet göstermesi bir başka deyişle yerleşmelerinin merkezileşmesidir. Bu anlamda merkezileşme, bir birlik kurumunun sigorta şirketlerinin yerleşmelerine ilişkin izin verilmesinde ve denetiminde yetkili kılınmasıdır. Birlikte merkezi izin ve denetim düzenlemesi söz konusu değildir.

AB mevzuatı sigorta şirketlerinin denetiminde şirketin merkezinin bulunduğu ülke denetimi esasını kabul etmiştir<sup>42</sup>. Buna göre sigorta şirketleri merkezlerinin bulunduğu üye devletin denetim organları tarafından denetlenmektedir. Birlik düzeyinde sorumlu denetim makamı şirket merkezinin bulunduğu devletin denetim makamıdır. Şirketin merkez ve şubelerinin hizmet sağlama özgürlüğü altında yürüttüğü bütün mali işlemlerde merkezin bulunduğu devlet tek yetkili kabul edilmektedir.

AB tek sigorta piyasasının düzgün işleyebilmesi için gerekli koşullardan biri de ülkelerdeki denetim sistemlerinin birbirine yakın olmasıdır. Üye devletlerin denetim makamlarının sigorta şirketleri üzerinde birbirlerinden farklı denetim kural ve uygulamaları tercih etmesi rekabet açısından haksızlıkların doğumuna neden olabilecektir.

Üye devletler denetim organlarına, kendi ülkelerinde yerleşik sigorta şirketlerinin faaliyetlerini, ülkeleri dışındaki faaliyetlerini de kapsayacak şekilde

<sup>41</sup> MOSS/WESSELS, s.34.

<sup>42</sup> HEISS, s.12; MC GEE, Single Market, s.11; SEATZU, s.17; TAŞDELEN, s.46; VAN EMPEL, s.39-40; VIPOND, s.16.

AB sigortacılık mevzuatı kapsamında denetlemelerini sağlayacak şekilde yetki ve araçları veren hukuki düzenlemeleri yaparlar. Bu yetki ve araçların yetkili denetim organlarına şu imkanları sağlaması gerekmektedir;

- Şirketin ve faaliyetinin bütünü hakkında ayrıntılı bilgi edinebilme,
- Şirketin uymak zorunda olduğu hukuksal ve idari düzenlemelerde faaliyet programıyla uyumlu olmasını güven altına alacak önlemler alınabilmesi,
- Sigortalıların menfaatlerini tehlikeye düşüren hallerden kaçınılmasına veya bunların ortadan kaldırılmasına yönelik önlemler alınabilmesidir.

Tek pasaport ilkesi uyarınca birden fazla ülkede faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin ve yine birden fazla ülkede kurulu bulunan sigorta şirketlerinin oluşturduğu büyük sigorta gruplarının denetlenmesi şirketin genel merkezinin bulunduğu ev sahibi üye devlet tarafından gerçekleştirilmektedir. Buna ev sahibi üye devletin denetimi ilkesi denmektedir. Bu bağlamda sigorta şirketi ve şubelerinin hizmet sağlama serbestisi altında yürüttüğü bütün mali işlemlerde tek yetkili şirket merkezinin bulunduğu devlettir. Bu nedenle denetim makamları arasındaki işbirliği çok önemlidir. Ulusal denetleyici otoriteler arasında sürekli bir bilgi alışverişi vardır<sup>43</sup>. AB' de bir denetim makamına, diğer AB ülkelerinde de faaliyet gösteren bir şirketin mali durumunu denetlerken ihtiyaç duyduğu bilgileri o ülkelerin denetim makamları tarafından sağlanması zorunluluğu söz konusudur. AB mevzuatında sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu üye devlette olduğu kadar, şirketin şube ve acentalarının faaliyette olduğu devletlerde de denetim yapılması gerektiğine işaret edilmektedir<sup>44</sup>.

AB ülkelerinde 1994 itibariyle tarife ve ürünler üzerindeki denetim kaldırılarak, şirketlerin mali yeterliliği üzerinde denetim yoğunlaştırılmıştır. Mali denetim şirketin likiditesini, teknik karşılıklarını, topluluk genelinde yürürlüğe konulan mevzuata dayanan merkezin bulunduğu devletin mevcut kurallarına ve uygulamalarına uygun olarak bütün faaliyetini kavrar. Bu denetimin amacı, tek sigorta pazarının daha verimli işlemlerini sağlamak, rekabet kurallarını ve tüketicileri korumaktır<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> BASEDOW, s.282.

<sup>44</sup> TAŞDELEN, s.46.

<sup>45</sup> VIPOND, s.8.

Şirket merkezinin bulunduğu üye devletin yetkili makamları sigorta şirketlerinden kurallara uygun bir yönetim ve muhasebe sistemi ile etkin bir iç denetim mekanizmasına sahip olmalarını ister.

## A. Avrupa Birliği Tek Sigorta Pazarı

### a. Tanımı

Sigorta sektöründe tek bir pazarın yaratılması finansal hizmetler alanında AB' nin başlıca önceliklerinden biri olmuştur. Avrupa ülkeleri emniyet ve istikrar dağıtmak üzere kurulmuş bulunan sigorta şirketlerinin istedikleri ülkelerde faaliyette bulunabilmeleri esasını benimsemiştir<sup>46</sup>.

AB üyesi ülkelerin ulusal sigorta piyasaları, sigorta şirketlerinin ürünlerini AB ülkelerinde serbestçe satmalarını ve bireylerin sigortacılık işlemleri için AB üyesi herhangi bir ülkede kurulmuş olan sigorta şirketine kendi ülkelerinde kurulmuş olan şirketlerle eşit şartlarda başvurabilmelerini temin etmek üzere oluşturulan pazardır<sup>47</sup>. İç Pazar malların, kişilerin, hizmetlerin, sermayenin serbestçe dolaşımının AB mevzuatına uygun bir biçimde sigortaladığı iç sınırları olmayan bir alandır<sup>48</sup>.

Sigorta için bir Avrupa tek pazarı kurmanın anlamı, öncelikle ulusal pazarları, sınırları hizmetlerle geçmek ve sağlanan serbestiyi güvence altına almak suretiyle her birine karşı ulusal pazarları açmak, bunun yanı sıra farklı üye devletlerin içinde rekabet koşullarını yasal etkileri koordine etmek suretiyle Birlik pazarı içinde ulusal pazarların bütünleştirilmesidir. Tek bir sigorta piyasası içerisinde şirketler ürünlerini AB üyesi tüm ülkelerde serbestçe satabildikleri gibi, kişiler de sigortacılık işlemleri için kendi yerleşik buldukları ülke dışında her hangi bir üye devlet sigortacısına başvurabilmektedir.

Sigorta alanında tam bir ortak pazarın kurulması bütün üye devletlerin sigorta mevzuatlarının uygun hale getirilmesi ile sağlanabilir<sup>49</sup>. Ancak tek sigorta pazarının oluşturulmasında bireylerin satın aldığı finansal ürünler ve bunların satışındaki kültürel farklar başta olmak üzere bir takım engeller

<sup>46</sup> ATABEK, Murakabe, s.295; CHANCE, EEC, s.2; MC GEE, Single Market, s.6.

<sup>47</sup> DUMANOĞLU/GEDİKOĞLU, s.39; ÖZŞAR, s.20.; OKSAY/ACAR, s.109.

<sup>48</sup> BASEDOW, s.281; MERKIN/RODGER, s.1.

<sup>49</sup> KENDER, HSH, s.12.

bulunmaktadır. Bunların yanı sıra yabancı para birimindeki fonların maliyetleri, genel ürün koşulları, sosyal düzenlemeler ve vergilendirme farkları ve sözleşme hukuklarındaki farklılıklar da tek bir sigorta pazarının oluşturulmasına engel diğer hususlardır.

Tek sigorta pazarı ev sahibi üye devlet prensibi, tek pasaport uygulaması ve karşılıklı tanıma prensiplerine dayanmaktadır<sup>50</sup>.

### **b. Amaçları**

AB' de tek sigorta pazarı ile hedeflenen kuruluş ve hizmet sunma serbestilerinin sağlanması ve AB vatandaşlarının en düşük ücret karşılığında en yüksek kalitede ve çok çeşitli sigorta ürünlerinden yararlanabilmeleridir<sup>51</sup>.

Tek bir sigorta pazarı kurulmasının amaçları;

- Bir üye devlette merkezi bulunan bir sigorta şirketinin AB dahilindeki diğer bir üye ülkede serbestçe şube açabilmesi,
- Sigortacıların ürünlerini diledikleri üye ülkede o ülke sigortacılarıyla aynı şekilde serbestçe pazarlayabilmeleri,
- Sigortacıların finansal taahhütlerini yerine getirmeleri ve farklı vergi sistemlerinin rekabet koşullarını olumsuz yönde etkilememesi için her üye ülkede aynı şartlara tabi olmaları,
- AB çerçevesinde ortak zorunlu sigortalar uygulaması,
- Para transferlerinde kısıtlama ve yaptırım uygulanmaması,
- AB üyesi her ülkede sigortalıların haklarını gözetecek ve yanlış yönlendirilmelerini önleyecek denetim mekanizmalarının kurulmasıdır<sup>52</sup>.

Tek sigorta piyasası ile Avrupa Birliği yalnızca şirketlerin aralarındaki rekabeti arttırmayı değil kişilerin güvenle daha iyi ürünlere erişimini sağlayacak olanakları sunmayı da hedeflemektedir. Bu amacın gerçekleşmesi ile rekabetçi bir sigortacılık sektörünün oluşması sağlanacak, bu da ekonomik etkinlik ve

<sup>50</sup> CHANCE, Insurance Regulation, s.45; CHANCE, EEC, s.2; KUBİLAY, Bütünleşme, s.13-14; MERKİN, s.471.

<sup>51</sup> ALANYA, s.45; CHANCE, EEC, s.2; ELLIS, s.33; OKSAY, Tek Sigorta, s.8; TANER/SEYMEYEN, s.168.

<sup>52</sup>ALANYA, s.45; ASLANLAR/KANDEMİR, s.25.



gelişmeye katkıda bulunacaktır. Tek sigorta pazarı ekonomik etkinliğin ve pazarın bütünlüğünü, bir araya gelmesini geliştirmekte ve desteklemektedir.

Bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için üye devletlerin hizmet, sermaye ve şahıslarının mübadele serbestisinin sağlanması için ilgili mevzuatlarını uygun hale getirmeleri gerekmektedir.

### c. Kapsamı

Avrupa Birliği' nin sigortacılık sektöründe iki temel görevi bulunmaktadır. Bunlar;

- Tüm Avrupa Birliği vatandaşlarının piyasadaki mevcut sigorta ürünlerine erişimlerini mümkün kılmak ve sigorta işlemlerinde kendilerine gerekli yasal ve finansal korumayı sağlamak,
- Bir üye devlette faaliyet gösterme iznine sahip bir sigorta şirketinin Avrupa Birliği genelinde faaliyette bulunabilmesi için yerleşme hakkı ile hizmet sunumu hakkından faydalanmasını sağlamaktır.

Tek sigorta pazarı sigortacıların AB' nin her yerine serbestçe yerleşmelerine ve faaliyette bulunarak hizmet sunmalarına izin veren ortak bir çerçeveyi gerektirmektedir. Yerleşme ve hizmet sunma serbestisi tek sigorta pazarın temel gereklerindedir. Bu haklar ticaretin veya serbest meslek faaliyetlerinin sürdürülmesini sağlar<sup>53</sup>.

Yerleşme ve hizmet serbestisi ile sigorta şirketlerinin üye devletlerde yerleşmeleri ve hizmet sunmalarının merkezleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bir başka deyişle bu serbestiler sigortacıların ve sigortalıların serbestçe dolaşımıdır. Burada merkezleşme ile bir AB kurumunun sigorta şirketlerinin yerleşmelerine ilişkin iznin verilmesinde ve denetlenmelerinde yetkili kılınması ifade edilmektedir.

Yerleşme ve hizmet serbestisinden yararlananlar, AB vatandaşları ile üye devletlerden birinin hukukuna göre kurulan sigorta şirketleridir.

01.07.1994 tarihine kadar yerleşme ve hizmet sunma serbestilerinden aynı anda yararlanmak mümkün değildi. Ancak 92/49/EEC sayılı Üçüncü Hayat Dışı direktifin başlangıcının 28. paragrafı ve 37. maddesi hükümleri ile üye

<sup>53</sup> CHANCE, Insurance Regulation, s.2; CHANCE, EEC, s.2.KENT, s.172.

devletlere belirli durumlarda yerleşme ve hizmet sunma serbestilerinden aynı anda yararlanmaya kısıtlama getirebilme hakkı ortadan kaldırılmıştır.

### aa. Yerleşme Serbestisi

Sigortacılıkta yerleşme serbestisi, bir üye ülkede kurulmuş olan sigorta kuruluşunun diğer bir üye devlet ülkesinde yerli şirketlerle aynı şartlara tabi olarak çalışabilmesidir<sup>54</sup>. Bir başka deyişle, sigorta alanında yerleşme serbestisi bir üye devlet vatandaşlarının kendi ülkelerinden başka bir üye devlet ülkesinde yerli şirketlerle aynı koşullara bağlı olarak bir iş kurabilme hakkını ifade eder.

Yerleşme serbestisi bir üye devlette belirsiz bir süre için sabit bir yerden ekonomik faaliyetin sürdürülmesini gerektirmektedir. Yerleşme serbestisinde süre belirsiz olmakla birlikte sürekli veya süreliye yakın bir hak olarak görülmektedir<sup>55</sup>.

Yerleşme ile hizmet sunma serbestileri arasındaki en temel fark süredir. Yukarıda belirtildiği üzere yerleşme serbestisinde belirsiz bir süre söz konusu iken, hizmet sunma serbestisinde yerleşme niyeti olmaksızın belirli bir süre mevcuttur. Her iki serbesti arasındaki bu farka ilişkin olarak Adalet Divanı, 205/84 sayılı Komisyon/Almanya davası kapsamında;

“Misafir ülkede şube veya acente şeklinde olmazsa da, şirketin kendi personelinin yönettiği veya bağımsız olmakla birlikte acente gibi şirketi sürekli olarak temsil yetkisine sahip bir kişi tarafından yönetilen bir büro – bu sadece bir büro bile olsa- yerleşme serbestisine ilişkin kurallara tabi olacaktır” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>56</sup>.

### bb. Hizmet Sunma Serbestisi

Hizmet sunma serbestisi, bir üye devlette kurulu bulunan bir sigorta şirketinin bir takım kısıtlamalarla engellenmeksizin hizmet vermek amacıyla

<sup>54</sup> BIRDS/HIRD, s.21; CHANCE, Insurance Regulation, s.2; CHANCE, EEC, s.5; CROSSIK/LINDSAY, s.9; ELLIS, s.33; HEISS, s.2; MC GEE, Modern Law, s.375; MC GEE, Single Market, s.28; KENDER, HSH, s.12.; KUBİLAY, ÖŞH, s.207; SEATZU, s.5; VAN EMPEL, s.71.

<sup>55</sup> KENT, s.172; KUBİLAY, Bütünleşme, s.12; YAVAŞI, S. 311.

<sup>56</sup> KENT, s.172; YAVAŞI, s.311.

başka bir üye devlete gitmesidir<sup>57</sup>. Hizmet sunma serbestisi, hizmet sunanın ve hizmetten yararlananın serbest dolaşımını kapsar. Bir üye devletin vatandaşı sigortacının, diğer bir üye devletin vatandaşı sigortalı ile sigorta sözleşmesinin şartlarını ve hizmet serbestisini tam olarak gerçekleştirilebilmesidir<sup>58</sup>.

Roma Antlaşmasının 49. maddesi uyarınca bir sigorta şirketi sigorta hizmetini belirli bir süre için bir başka üye devlette sunabilir. Hizmet sunma serbestisi bir ekonomik faaliyetin, hizmet sağlayıcısının veya alıcısının yerleşik olmadığı bir üye devlette geçici süre için verilmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda hizmet sunma serbestisi yerleşme niyeti içermeyen, geçici bir hak olarak görünmektedir<sup>59</sup>.

Roma Antlaşmasının 50. maddesi belirli hizmetleri düzenlemektedir. Anılan hüküm uyarınca hizmetler, normal olarak ücret karşılığında sağlanan, şimdiye kadar malların, sermaye ve kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili hükümlere tabi olmayan hizmetleri ifade eder. Hizmetler; sınai ve ticari nitelikteki faaliyetleri, esnaf faaliyetlerini ve serbest meslek faaliyetlerini kapsar. Sigortacılık sermayenin serbest dolaşımı kapsamında addedilmektedir<sup>60</sup>. Sigortacılık faaliyeti hizmet sunumu olmakla birlikte, taşımacılık ve bankacılık gibi antlaşmanın ayrı bir hükmüyle -51. maddesi ile- düzenlenmekte olup, 50. maddede sayılan hizmetler arasında yer almamaktadır. 51. madde hükmü uyarınca sigorta hizmetlerinin serbestleştirilmesi, sermayenin serbest dolaşımıyla uyumlu olarak gerçekleştirilebilir.

Hizmet sunan taraf, hizmetin verildiği ülkede faaliyetini geçici olarak bu ülkenin kendi vatandaşlarına uyguladıklarıyla aynı koşullarla yerine getirebilir.

## B. Tek Pasaport İlkesi

Üye devletlerin sigorta denetim hukuklarında meydana getirdiği uyumlaştırma neticesinde bir sigorta şirketi 01.07.1994 tarihinden itibaren AB üyesi devletlerin egemenlik alanlarından oluşan bir coğrafyada yerleşme ve

<sup>57</sup> ALANYA, s.45; <sup>57</sup> BIRDS/HIRD, s.22; CHANCE, Insurance Regulation, s.3; CHANCE, EEC, s.6; ELLIS, s.37; HEISS, s.3; KENDER, HSH, s.12; MC GEE, Single Market, s.24; SEATZU, s.6.

<sup>58</sup> KENDER, HSH, s.12.

<sup>59</sup> KUBİLAY, Bütünleşme, s.12; YAVAŞI, s.311.

<sup>60</sup> CRAIG/BURCA, s.801.

hizmet sunma özgürlüğü çerçevesinde sigortacılık faaliyetinde bulunabilecektir. Tek pasaport ilkesi uyarınca sigortacı belli koşullara uyduğu takdirde kurulduğu devlet toprakları dışındaki AB ülkelerinde yerleşmeden de sigortacılık yapabilecektir<sup>61</sup>. Devletler diğer üye devletlerin şirketlerine hiçbir şekilde ayırıcı işlem yapamayacaktır.

Ev sahibi üye devlet tarafından verilen sigortacılık işlemleri yapma yetkisine "Avrupa Pasaportu" ilkesi denilmekte olup, sigorta şirketleri sahip oldukları bu pasaport ile sigortacılık faaliyetlerini AB' ye üye olan tüm ülkelerde gerçekleştirebilmektedir<sup>62</sup>. Bu şekilde AB sigorta şirketleri hizmetlerini doğrudan kendi ülkelerinden veya diğer üye ülkelerde şube açmak suretiyle tüm AB üyesi ülkelerde eşit şartlarda sunabilmektedir<sup>63</sup>.

Sigorta şirketleri merkezlerinin kayıtlı olduğu üye devletten başka bir üye devlete yerleşme hakkı veya hizmet sunumu serbestisi çerçevesinde faaliyet göstermek isterlerse bu faaliyetlerine başlamak için gerekli izni ev sahibi üye ülkeden alırlar. Hizmetin verileceği ülke bunun dışında ayrıca bir izin talep edemez. Ancak tek pasaport prensibi sigorta şirketlerinin hiçbir ön koşul olmaksızın sınır ötesi faaliyette bulunabilecekleri anlamına gelmez. Sigorta şirketleri belirli belgeleri ev sahibi ülke makamlarına ibraz etmek zorundadır. Son kararı verecek olan ev sahibi üye devlet makamı idari ve mali yapı uygunluğuna ilişkin değerlendirmesinden sonra hizmetin sunulacağı ülkedeki ilgili makama bilgi vermekle yükümlüdür<sup>64</sup>. Sonuç olarak AB' ye üye ülkelerden birinde kurulu bir sigorta şirketi ev sahibi ülkenin resmi kurumlarını haberdar etmek suretiyle ruhsatlı bulunduğu branşlarda diğer üye ülkelerde de sigortacılık hizmeti verebilmektedir. AB üyeleri kendi pazar ihtiyaçlarını gerekçe göstererek sigortacılık izni vermekten kaçınmaz; bir başvuruyu reddettikleri takdirde bunu gerekçeli olarak başvuru sahibine bildirmek zorundadırlar<sup>65</sup>.

Bunun yanı sıra AB üyesi bir ülkede yerleşik kişilerin diğer üye ülkelerdeki sigorta şirketlerinden sigorta hizmeti alması mümkündür.

<sup>61</sup> ELLIS, s.69.

<sup>62</sup> CHANCE, EEC, s.31; MERKIN/RODGER, s.5; OKSAY, Tek Sigorta, s.8; TAŞDELEN, s.30.

<sup>63</sup> PAUL/CROLY, s.75.

<sup>64</sup> ATALAY, Ali Utku, s.30.

<sup>65</sup> ASLANLAR/KANDEMİR, s.26.; TAŞDELEN, s.30.

## 2. Bağımsız Denetim

Uluslararası yatırımcılar tarafından finansal tabloların gerçeği yansıtıp yansıtmadığını gösteren denetim raporlarına her zaman tam olarak güven duyulamaması nedeniyle AB çapında bağımsız denetim standartlarına yönelik uyumlaştırma çalışmaları başlamıştır; ancak iç denetim standartları henüz AB çapında uyumlaştırılmamıştır<sup>66</sup>.

### A. Avrupa Birliği Bağımsız Denetim Mevzuatı

Şirketler hukuku başlığı altında ele alınan AB bağımsız denetim mevzuatı tarih sırasıyla şu şekildedir;

- 25.07.1978 tarihli ve 78/660/EEC sayılı Dördüncü Şirket Hukuku direktifi<sup>67</sup>, üye devletlerdeki sınırlı sorumlu şirketlerin yıllık mali tabloları hakkındaki düzenlemelerinin uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır.

- 13.06.1983 tarih ve 83/349/EEC sayılı Yedinci Şirketler Hukuku direktifi<sup>68</sup>, en az bir sınırlı sorumlu şirketten oluşan gruplar için konsolide hesapların gerekliliğine ve bu hesapların hazırlanmasında uygulanacak yöntemlere ilişkindir.

Her iki direktifte yasal denetimin kapsamı belirlenmekle birlikte bu işi yapmaya kimin yetkili olacağı düzenlenmemektedir<sup>69</sup>.

- 10.04.1984 tarih ve 84/253/EEC sayılı Sekizinci Şirketler Hukuku direktifi<sup>70</sup>, AB üye devletlerinde Birlik müktesebatının gerektirdiği muhasebe belgeleriyle ilgili yasal denetimler yapmakla sorumlu denetçilerin ve denetim firmalarının asgari yeterliliklerini tanımlamaktadır. Direktifte, denetçilerin ve denetim firmalarının onayı, ehliyet şartları, bağımsızlık ilkeleri ele alınmaktadır. Ancak direktif AB üyesi ülkelerin ulusal mevzuatlarında yer alan denetim standartlarının uyumlaştırılmasını öngörmemektedir.

<sup>66</sup> FILIPOVA, s.99-100; KREMERS, s.13; MASCIANDARO, s.489; VIPOND, s.12.

<sup>67</sup> OJ-L 222, 14.08.1978, s.11-31.

<sup>68</sup> OJ-L 193, 18.07.1983, s.1-17.

<sup>69</sup> OKSAY/ACAR, s.117; FILIPOVA, S.89-90.

<sup>70</sup> OJ-L 126, 12.05.1984, s.20-26.

- 17.05.2006 tarih ve 2006/43/EC sayılı Yıllık Hesapların ve Konsolide Hesapların Yasal Denetimine İlişkin direktif<sup>71</sup>, dördüncü ve yedinci direktifleri değiştirmiş ve sekizinci direktifi yürürlükten kaldırmıştır.

2006/43/EC sayılı direktif yasal denetçilerin görevlerini tanımlamakta, tarafsızlık ve bağımsızlıklarını garantilemekte, etik ilkeler belirlemekte, güçlü bir kamusal gözetim getirmekte, AB üyesi ülkelerin ulusal düzenleyici kurumları arasında işbirliği öngörmekte ve AB' de yapılan bütün yasal denetimler için uluslar arası denetim standartlarının kullanımını benimsemektedir. Direktif ayrıca üçüncü ülke denetim kurumları ve denetçileriyle uluslar arası düzeyde işbirliği de öngörmektedir. Mayıs 2006 tarihinde kabul edilen direktifin uygulanması için üye devletlere yirmi dört ay süre tanınmıştır.

Direktif ortak denetim standartları, kalite güvenesi, kamu gözetimi, atama ve azil, üçüncü ülke denetçileri ve denetim şirketlerinin durumu gibi konularda yeni düzenlemeler getirmekte ve onay, karşılıklı tanıma ve profesyonel bağımsızlık ve gizlilik gibi konularda önemli değişiklikler öngörmektedir.

## **B. Avrupa Birliği' nde Sigortacılık Bağımsız Denetim Standartlarını Düzenleyen Kuruluşlar**

AB' de denetim alanında uyumlaştırma iç pazarın tam olarak işlenmesi için son derece önemli olduğundan bağımsız denetim konuları Avrupa Komisyonu İç Pazar Genel Müdürlüğü' nün sorumluluğunda şirketler hukuku başlığı altında yürütülmektedir.

### **a. Avrupa Komisyonu İç Pazar Genel Müdürlüğü**

Avrupa Komisyonu' nun otuz yedi genel müdürlüğünden biri olan İç Pazar ve Hizmetler Genel Müdürlüğü, Avrupa tek pazar politikasının işlenmesini sağlamak ve belli özel sektörlerde tek pazarı geliştirmekle sorumludur.

Genel Müdürlüğün başlıca üç temel sorumluluğu bulunmaktadır. Şöyle ki;

- Serbest dolaşımın önündeki engelleri ortadan kaldırmayı amaçlayan mevzuat tasarıları hazırlamak;

<sup>71</sup> OJ-L 157, 09.06.2006, s.87-107.

- AB normlarının üye devletler tarafından tam ve eksiksiz uygulanıp uygulanmadığını izlemek ve söz konusu normlara uymayan üye devletlerin Avrupa Adalet Divanına götürülmesi için komisyona öneride bulunmak;
- Gerçek ve tüzel kişileri tek pazar içinde sahip oldukları haklar konusunda bilgilendirmek ve bu haklardan uygulamada yararlanmalarını sağlamaktır.

İç Pazar Genel Müdürlüğü, mali hizmetler, posta hizmetleri, medya, e-ticaret, kamu alımları, fikri ve sınai mülkiyet hakları, sözleşme hukuku, haksız rekabet, şirket hukuku, muhasebe ve denetim konularından sorumludur.

Bunun yanı sıra İç Pazar Genel Müdürlüğü, AB içinde yasal denetimin kalitesini geliştirmekle sorumludur. Genel Müdürlük yıllık konsolide finansal tabloların birlik hukukuna uygun olarak denetlenmesinden sorumlu olup, rekabetçi bir denetim piyasası yaratılması ve denetimlerin yüksek kalitede yapılması için çalışmaktadır. Bu bağlamda Genel Müdürlük denetim şirketlerinin ve denetçilerin bağımsızlığı, denetçilerin sorumluluğu, denetçilerin kamu gözetimi, denetimde uluslararası standartlar, üçüncü ülkelerle işbirliği konularıyla ilgilenmektedir.

#### **b. Denetim Düzenleme Komitesi**

Avrupa Komisyonu yasal denetime ilişkin direktifle ilgili uygulama önlemleri alırken üye devletlerin temsilcilerinden oluşan ve kendi bünyesinde faaliyet gösteren Denetim Düzenleme Komitesi tarafından desteklenmektedir.

### **B İ B L İ Y O G R A F Y A**

**ALANYA, Çetin**

: Türk Sigorta Sektörünün Avrupa Birliği' ne Uyum Sürecinin Değerlendirilmesi: Sigorta Şirketleri Perspektifinden, TSRŞB I. Ulusal Sigorta Sempozyumu, İstanbul 24.05.2005, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Sigorta Sektörü Bildiri Kitabı, İstanbul 2005.

**ASLANLAR, İsmail/**

**KANDEMİR, Seyran**

: Sigorta Sektöründe Rekabetin Düzenlenmesi, Reasürör S.34, Ekim 1999.

**ATABEK, Reşat**

: İstihsal Organlarının Murakabesi, Sigorta Şirketlerinin Murakabesi, Sigorta Semineri,

15-18 Mayıs 1967, Bildiriler Tartışmalar, İstanbul 1967. (Murakabe)

**ATALAY, Ali Utku**

: Avrupa Birliği Perpektifiyle Hizmetlerin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Sigortacılık Sektörünün Değerlendirilmesi, Ankara 2004.

**BASEDOW, Jürgen**

: Avrupa Birliği' nde Sigorta Sözleşmeleri ve İç Sigorta Pazarı, Türkiye' de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul 19-20 Kasım 2004.

**BIRDS, John /**

**HIRD, Norma J**

: Bird's Modern Insurance Law, London 2003.

**CHANCE, Clifford**

: Insurance Regulation In Europe, London 1993. (Insurance Regulation).

**CHANCE, Clifford**

: Insurance In The EEC, London 1990. (EEC).

**CRAIG, Paul/**

**BURCA, Grainne De**

: EU Law Text, Cases and Materials, 3. Edition, Great Britain 2003.

**CROSSIK, Stanley /**

**LINDSAY, Margie**

: European Insurance Law, London 1982.

**DUMANOĞLU, Sezayi/**

**GEDİKOĞLU, Hacer**

: Türkiye, Avrupa Birliği ve ABD' de Sigorta Uygulamaları Muhasebesi ve Yükümlülük Karşılama Yeterliliği, İstanbul 2004.

**ELLIS, Henry T**

: The Single European Market And Insurance Law and Practice, London 1994.

**FITZSIMMONS, Anthony**

: Insurance Competition Law, London 1994.

**GRUSON, Michael**

: Supervision of Financial Holding Companies in Europe: The Proposed EU Directive on



- Supplementary Supervision of Financial Conglomerates, London 2002.
- HEISS, Helmut** : An Internal Insurance Market in An Enlarged European Union, Germany 2001.
- KENDER, Rayegan** : Türkiye' de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi – Sigorta Sözleşmesi, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2008. (HSH)
- KENT, Penelope** : Law Of The European Union, Third Edition, England 2001.
- KREMERS, Jeroen J.M.** : Financial Supervision in Europe, USA 2003.
- KUBİLAY, Huriye** : Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003. (ÖSH)
- KUBİLAY, Huriye** : Türk Özel Sigortacılığının Avrupa Birliği Sigorta Hukuku İle Bütünleşmesi, Sigorta Araştırma Dergisi, S.2, Temmuz 2006. (Bütünleşme)
- KUBİLAY, Huriye** : Türk Özel Sigortacılığının Avrupa Birliği Sigorta Hukukuna Entegrasyonu, Türkiye' de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul 19-20 Kasım 2004. (Entegrasyon)
- MASCIANDARO, Donato** : Handbook of Central Banking and Financial Authorities in Europe: New Architectures in the Supervision of Financial Markets, USA 2005.
- MC GEE, Andrew** : The Modern Law Of Insurance, London 2001. (Modern Law)
- MC GEE, Andrew** : The Single Market in Insurance, Breaking Down the Barriers, London 1998. (Single Market)
- MERKIN, Robert** : Colinvaux's Law Of Insurance, 8. Edition, London 2006.

- MERKIN, Robert/**  
**RODGER, Angus** : EC Insurance Law, London 1997.
- MOSS, Gabriel/**  
**WESSELS, Bob** : EU Banking And Insurance Insolvency, Oxford 2002.
- OKSAY, Suna** : Avrupa Tek Sigorta Piyasası, Birlik' ten, TSRŞB, S.1, Ocak – Mart 2005. (Tek Sigorta)
- OKSAY, Suna/**  
**ACAR, Onur** : Avrupa Birliği ve Türk Sigorta Sektöründe Denetim, Sigorta Araştırma ve İnceleme Yayınları- 9, İstanbul 2007.
- PAUL Nicholas/**  
**CROLY, Richard** : EC Insurance Law, London 1991.
- PFENNIGSTORF, Werner** : Public Law Of Insurance, Germany 1996.
- PRECHAL, Sacha** : Directives in EC Law, Oxford 2006.
- ÖZŞAR, Berna** : Avrupa Birliği Sigorta Müktesebat Rehberi, TSRŞB Yayın No:3, İstanbul 2005.
- TANER, Berna/**  
**SEYMEN, Dilek** : Gümrük Birliğinin Türk Bankacılık ve Sigortacılık Sektörleri Üzerindeki Etkileri. Türkiye – AB İlişkileri ve Gümrük Birliği Sürecinde Sektörlerimiz, İzmir Ticaret Odası, İzmir 1995, Yayın no: 13.
- TAŞBAŞI, İbrahim** : Sigorta Sektöründe Denetim Ve Gözetim, TSRŞB I. Ulusal Sigorta Sempozyumu, İstanbul 24.05.2005, Avrupa Birliği' ne Uyum Sürecinde Türk Sigorta Sektörü Bildiri Kitabı, İstanbul 2005. (Denetim ve Gözetim)
- TAŞDELEN, Servet** : Avrupa Birliğinde Sigorta Denetim Hukuku ve Türk Sigorta Denetim Hukuku Bakımından

Bir Değerlendirme, Sermaye Piyasası Kurulu  
Yayın No.42, Haziran 1996.

**TEKİNALP, Gülören/**

**TEKİNALP, Ünal/**

**Katkıda Bulunanlar:**

**ATAMER, Yeşim M./**

**ODER, Bertil Emrah/**

**ODER, Burak/**

**OKUTAN, Gül**

: Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2.  
Bası, İstanbul 2000.

**SEATZU, Francesco**

: Insurance In Private International Law, An  
European Perspective Oxford 2003.

**VAN EMPEL, Martjin**

: Insurance and EC Law, Deventer 1994.

**VIPOND, Peter**

: CEA Policy Report On European Prudential  
Regulation And Supervisory Structure, 2004.

**YAVAŞI, Mahmut**

: Yürürlükteki Avrupa Birliği Sigorta  
Mevzuatı ve Türkiye, TSRŞB I. Ulusal Sigorta  
Sempozyumu, İstanbul 24.05.2005, Avrupa  
Birliği' ne Uyum Sürecinde Türk Sigorta  
Sektörü Bildiri Kitabı, İstanbul 2005.

## CEZANIN BELİRLENMESİ VE BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

Dr. Mustafa ÖZEN\*

### ÖZET

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, TCK m. 61 ve 62'de yer alan düzenlemeler temel alınmaktadır. İlk önce, temel cezanın belirlenmesi ve bu belirleme yapılırken dikkate alınacak hususlar ve bu hususların ETCK ve YTCK'undaki farklılıkları, temel ceza üzerinden yapılacak artırma ve indirimler, çifte (mükerrer) değerlendirme yasağı, sonuç cezanın belirlenmesi ve bu belirlemede yer alan hukuki kurumların değerlendirilmesi, takdiri indirim nedenleri ve son olarak da cezada mahsup konuları ele alınmaktadır.

### ABSTRACT

In the determination and customization of punishment to be examined 61 and 62 article of Turkish Criminal Code (TCC). In the first instance, to be examined that is accepted topics for the determination basis of punishment. While to be examined is will be compared 765 numbered TCC and 5237 numbered TCC. Subsequently, is will be examined increment of punishment and diminution, double determination of prohibition, diminution causes within the discretion of the court, deduction.

---

\*Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

## I - GİRİŞ

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, bir yandan ceza hukukunun güvence işlevi, diğer yandan suçlunun kişiliğinin dikkate alınması ve diğer yanda da, adil bir cezanın belirlenebilmesi bakımından bir yaptırım hukukuna ilişkin önemli bir düzenlemedir<sup>1</sup>. Güvenlik tedbiri, ceza değil bir yaptırım olduğu için, güvenlik tedbirine değinilmeyecektir.

## II - GENEL OLARAK

Ceza, kanunda suç olarak kabul edilen bir fiilin kusurlu irade ile ihlal edilmesi halinde, yine kanunda öngörülen yaptırımın uygulanmasıdır<sup>2</sup>.

Cezanın belirlenmesi, kanundaki soyut cezanın, yine kanunda belirlenen usullere göre somut ceza haline getirilmesidir<sup>3</sup>. Kanun koyucu, ilk önce soyut – genel belirleme, daha sonra ise soyut – öze belirleme yapmaktadır<sup>4</sup>.

Cezanın belirlenmesinde, kanunilik ilkesi gereğince, ilgili suç ile ilgili olarak kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar esas alınacaktır. Yani, suçta ve cezada kanunilik ilkesi sadece hangi fiillerin suç olduğunun daha önceden açık ve seçik

<sup>1</sup>ÜZÜLMEZ, İlhan; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi. E.Ü.H.F.D, Cilt X, Sayı 3 – 4, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, Erzincan, 2006, s. 203.; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 508.

<sup>2</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 203.

<sup>3</sup>ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 967.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 203.

<sup>4</sup>KAYIHAN, İçel/SOKULLU – AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami; İçel Yaptırım Teorisi, İstanbul, 2002, s. 551 vd.; HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 437.; DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 579.; ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Genel Hükümler, (m. 1 – 75), Ankara, 2005, s. 571. ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 204.; CENTEL, Nur; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 356, 357. :KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 509.ÇOLAK, Harun/ALTUN, Uğurtan; Türk Ceza Hukukunda Ceza Yaptırımının Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Normatif Düzenlemeler, Adalet Dergisi, Sayı 29, Eylül, 2007, s. 1.; ALDEMİR, Hüsnü; Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Kasım, 2006, Sayı 3, s. 31.; GEDİK, Doğan; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesine Hakim Olan İlkeler, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık, 2006, Sayı 4, s. 76.

bir şekilde düzenlenmesini değil, uygulanacak cezanın da açıkça belirtilmesi gerektirmektedir<sup>5</sup>.

Sabit (mutlak) ceza sistemi, suçların işlenişindeki ve faillerin kişiliğindeki farklılık ve bu nedenle de her suçun işlenişinin diğerinden farklı olması nedeniyle terk edilmiş, yerine aşamalı (basamaklı) ceza sistemi benimsenmiştir. Bu sistemin de eksik yönleri olabileceği ve bu eksik yönlerinin giderilebilmesi için, hâkime takdir yetkisi tanınmıştır<sup>6</sup>.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, hâkimlerin keyfi davranmalarını önlemek için, başka bir ifadeyle takdir hakkında serbestliği ortadan kaldırmak için, gerekçe gösterme yükümlülüğü getirilmiştir (Any m. 141, CMK m. 34)<sup>7</sup>.

### III – SOYUT CEZANIN BELİRLENMESİNDE AŞAMALAR

Cezanın belirlenmesi için, ilk önce kanun koyucu tarafından kanunda soyut ceza belirlenmeli, daha sonra hâkim tarafından somut ceza belirlenmelidir<sup>8</sup>.

#### 1) Soyut Cezanın Belirlenmesi

Soyut cezanın belirlenmesi iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlar; soyut genel ceza ve soyut özel cezalardır<sup>9</sup>.

##### A) Soyut Genel Ceza

Soyut genel ceza, hapis cezası ve adli para cezasıdır. Hapis cezası; ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis cezası şeklinde üç farklı şekle sahiptir<sup>10</sup>. Hapis cezası ile adli para cezalarının kanunda alt ve üst sınırları açıkça belirtilmiştir.

Süreli hapis cezası; 'Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz', 'Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır' (TCK m. 49) şeklinde süreli ve kısa

<sup>5</sup>CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005, s. 578.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 204.

<sup>6</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 204.

<sup>7</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 205.

<sup>8</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 579.

<sup>9</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 579.

<sup>10</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 579.

sürelî olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Adli para cezası; 'Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmaz' (TCK m. 52/1). Özel kısımdaki cezalar, genel kısımdaki üst sınırı aşamaz<sup>11</sup>. Ancak, özel hükümler kısmında bu kuralın istisnaları bulunmaktadır.

## B) Soyut Özel Ceza

Soyut özel ceza, kanunda cezanın tür ve ağırlık miktarının belirlenmesi anlamına gelir. Suç için belirlenen somut ceza, kanunda öngörülen türde ve yine kanunda öngörülen alt ve üst sınırlar içinde olmalıdır<sup>12</sup>. Soyut özel ceza; mutlak ceza, seçenekli ceza ve alt - üst sınırları belirlenmiş ceza olarak üç farklı şekilde oluşabilir. Mutlak ceza, kanunda suç karşılığında tek bir cezanın öngörüldüğü cezadır. Bu tür cezada hâkime takdir hakkı tanınmamaktadır. Seçenekli ceza, farklı türdeki cezalar arasından birinin seçilebileceğinin öngörüldüğü durumlardır. Hâkime, bu konuda takdir hakkı tanınmıştır. Alt – üst sınırlı ceza ise, kanunda uygulanacak somut cezanın alt – ve üst sınırlarının belirlendiği durumlardır<sup>13</sup>. Alt – üst sınırlı ceza, cezanın bireyselleştirilmesi bakımından daha uygun bir ceza türüdür. Çünkü hâkim, alt ve üst sınırlar içinde sanığın bireysel özelliklerini dikkate alarak takdir hakkını kullanabilecektir. Ancak, bu taksir yetkisi sınırsız olmayıp, alt ve üst sınırlar içinde sınırlandırılmıştır<sup>14</sup>. Cezanın bireyselleştirilmesi, her somut olayda, kanunda öngörülen cezanın suçluya ait özel koşullara uydurulmasıdır<sup>15</sup>.

Cezanın bireyselleştirilmesi, çağdaş ceza hukukunun geldiği önemli noktalardan biridir. Çünkü, kanunda öngörülen soyut ceza, her suçluya farklı etkide bulunacaktır. Bu nedenle, her bir suçlu farklı özellikleriyle değerlendirilmelidir<sup>16</sup>.

**Bize göre,** cezanın bireyselleştirilmesi, eşitlik ilkesine aykırı olduğu akla gelebilirse de, cezanın amacı dikkate alındığında ve eşitlik anlayışının mutlak

<sup>11</sup>DEMİRBAŞ; (2006), s. 579.

<sup>12</sup>CENEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 580.

<sup>13</sup>CENEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 581.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 509.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 5.

<sup>14</sup>CENEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 582.

<sup>15</sup>CENEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 582.

<sup>16</sup>CENEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 582.

anlamda değil de eşitler arasında eşitlik şeklinde anlaşılması gerektiği dikkate alındığında, eşitlik ilkesine aykırı olmadığı söylenebilecektir.

Tekerrür halinde, hâkime seçimlik ceza belirleme hakkı tanınmamıştır. Bu durumda, hâkim hapis cezasına hükmetmek zorundadır (TCK m. 58).

Kanunda, cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin başka kurumlara da yer verilmiştir. Örneğin, cezanın ertelenmesi, takdiri indirim nedenleri, infaz aşamasında mahkûmun kişiliğine uygun infaz şeklinin belirlenmesi gibi<sup>17</sup>.

#### IV – SOMUT CEZANIN BELİRLENMESİNDE YER ALAN İLKELER

Somut cezanın belirlenmesinde kesin (mutlak) ceza öngörülmesi, suçlunun kişiliğinin göz ardı edilmesi, alt ve üst sınır getirilmemesi ise, keyfilige ve hatalı sonuçlara yol açabilir. Bunun için somut cezanın belirlenmesinde; 1) Kusur ilkesi, 2) İki kez değerlendirme yasağı, 3) Gereğe gösterilmesi durumları dikkate alınmaktadır<sup>18</sup>. Cezanın alt ve üst sınırlarının belirtilmesi, cezanın amacını gerçekleştirmek ve ceza adaletini sağlamak için en uygun sistemdir<sup>19</sup>.

Somut cezanın belirlenmesine ilişkin olarak, kanunda belirli bir sıra öngörülmüştür. Somut cezanın belirlenmesinde belirli bir sıra öngörülmesi, cezanın belirlenmesinde keyfiligi önlemeye yöneliktir<sup>20</sup>. Somut cezanın belirlenmesi için öngörülen sıraya uyulmaması ve bunun neticesinde verilen hatalı ceza, mahkûm için, kazanılmış hak oluşturmaz, mutlak bozma nedenidir<sup>21</sup>.

##### 1) Kusur İlkesi

Kusursuz suç ve ceza olmaz (nulla poena sine culpa) ilkesi, cezanın belirlenmesinde temel ilkedir. Çünkü, somut cezanın uygulanabilmesi için, cezadan önce gelen ve cezanın verilen nedenini oluşturan kusur bulunmalıdır<sup>22</sup>.

<sup>17</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 583.

<sup>18</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 584.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 8.; GEDİK; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, s. 79.

<sup>19</sup>CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 358.; GEDİK; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, s. 79.

<sup>20</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 206.;

<sup>21</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 206.

<sup>22</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 584.; HAFIZOĞULLARI, Zeki; Cezanın Tayin Edilmesi, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989, s. 481.; GEDİK; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, s. 77.



Ceza belirlenirken, ilk önce, kişinin kusuru göz önüne alınır. İşlenen haksızlık bir derecelendirmeye tabi tutulabilirken, hukuka aykırılık bir derecelendirmeye tabi tutulamaz<sup>23</sup>.

**Centel/Zafer/Çakmut'a göre**, kanunda cezanın belirlenmesinde kusur ilkesine açıkça yer verilmemesi yerinde olmamıştır<sup>24</sup>.

Cezanın amaçlarından biri olan önleme amacının işlev görebilmesi için, uygulanacak ceza ile kusur arasında bir dengenin varlığını gerektirmektedir<sup>25</sup>.

## 2) Çifte (Mükerrer) Değerlendirme Yasağı

Çifte (Mükerrer) değerlendirme yasağı TCK m. 61/ 3'te 'Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz' şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak husus, aynı zamanda bir suçun nitelikli hali ise, örmeğin, hırsızlık suçunda suçun gece vakti işlenmesi gibi (TCK m. 143), temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır<sup>26</sup>. **Hakeri'ye göre**, kanunda sadece, suçun unsuru sayılan hallerde temel cezanın belirlenmesinde mükerrer değerlendirme yasağı öngörülmüşse de, bu yasağın özel suç tiplerinde düzenlenmiş olan etkin pişmanlık hükümleri içinde geçerli olması gerekir. Çünkü, etkin pişmanlık, ya cezayı azaltan ya da cezasızlık sebebidir<sup>27</sup>. **Öztürk/Erdem'e göre**, çifte değerlendirme yasağı, nitelikli hallerde de geçerli olmalıdır<sup>28</sup>. **Bize göre**, teşebbüs halinde kalan suçlarda, teşebbüs halinde kalan harekete verilecek ceza, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlenecektir. Teşebbüs, bağımsız bir suç tipi değil, ceza sorumluluğunu genişleten hukuki bir kurumdur<sup>29</sup>. Bu nedenle de, 'meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı',

<sup>23</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 689.

<sup>24</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 585.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 358.

<sup>25</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 585.

<sup>26</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 217.

<sup>27</sup>HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 438.

<sup>28</sup>ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 178.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 359.; ÖZBEK; (2005), s. 572.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 10.; ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 35.; GEDİK; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, s. 82.

<sup>29</sup>SOYASLAN, Doğan; Teşebbüs Suçu, Ankara, 1994, s. 50 vd.; SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, İstanbul, 1994, s. 45 vd.

teşebbüs halinde kalan hareketlerde, suçun unsuru değildir. TCK m. 61/1 – e, bendindeki, ‘Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını’ ifadesi bakımından çifte değerlendirme yasağı, teşebbüs açısından, suçun unsuru olduğu için değil, TCK m. 61/5’te yer alan düzenlemede dikkate alınacak olmasıdır.

### 3) Gerekeç Gösterilmesi

Gerekeç gösterme, hem Anayasada (Ay m.141/3) hem de Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK m. 34) açıkça belirtilmiştir. Gerekeç gösterilmesi, keyfiligi önleme, tarafların ve kamuoyunun tatminini sağlamak kararı aydınlatmak için önemlidir. Gerekeç, hem temel cezanın belirlenmesi hem de artırım ve indirimler bakımından geçerlidir<sup>30</sup>. Temel cezanın belirlenmesinde takdir hakkı denetlenmektedir<sup>31</sup>. Yargıtay, asgari haddin üzerinde ceza tayininde tartışma yapılmasını istemektedir<sup>32</sup>. Cezanın alt sınırdan tayin edilmesinde bile gerekeç gerekmektedir<sup>33</sup>. Gerekeç gösterilirken, sanığı incitici, aşağılayıcı ifade kullanılmamalıdır<sup>34</sup>. Gerekeç gösterilirken ‘takteren ve teşdiden’ sözcüğü değil, nesnel ve öznel ölçütler kullanılmalıdır<sup>35</sup>.

## V - SOMUT CEZANIN BELİRLENMESİNDE SIRA

### 1) Genel Olarak

YTCK ile ETCK arasında, cezanın belirlenmesi konusunda bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, TCK m. 61/1 – f, ‘Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını’ bendi dışında kalan m. 61/1’de yer alan diğer durumlar, işlenen fiilin haksızlık içeriği ile ilgilidir. İşlenen fiilin haksızlık içeriği ile ilgili olan hususlar, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı için, işlenen fiilin haksızlık içeriği ile ilgili olmayan hususlar olan; ‘failin geçmiş’, ‘kişisel ve

<sup>30</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 585 – 586.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 12.

<sup>31</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 592.

<sup>32</sup>Önceki hükümde cezanın asgari haddin üzerinde tayini nedeniyle bu olguların 5237 sayılı Yasanın 61. maddesi uyarınca tartışılmasının gerekmesi, CGK, E: 2006/5-182, K: 2006/182, T: 11.07.2006, Yargıtay Kararları Dergisi (YKD) Nisan - 2008 s. 723.

<sup>33</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 971.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 591.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 368.; ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 32.; GEDİK; Yeni Türk Ceza Kanunu’nda, s. 84.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 13.

<sup>34</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 592.

<sup>35</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 970.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 369.; GEDİK; Yeni Türk Ceza Kanunu’nda, s. 85.

sosyal durumu', 'failin fiilden sonraki davranışları', temel cezanın belirlenmesinde değil, takdiri indirim nedenlerinde dikkate alınacaktır. İkincisi ise, ETCK m. 29'da temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar sınırlı sayıda belirtilmemiş 'gibi hususlar' ifadesine yer verilmiş iken, YTCK'nda bu hususlar sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bu nedenle YTCK, hâkime bu konuda takdir yetkisi vermemiştir<sup>36</sup>. ETCK'da temel cezanın belirlenmesinde esas alınan; 'failin geçmişi, sosyal durumu, yargılama sürecindeki tutumu'. YTCK temel cezanın belirlenmesinde değil, takdiri indirim nedenlerinde dikkate alınacaktır<sup>37</sup>.

TCK'nda suçlar için öngörülen cezalar genelde alt ve üst sınırları belirtilen aşamalı (basamaklı) cezalardır. Basamaklı cezalar, cezadan beklenen amacın gerçekleştirilmesi ve faile en uygun cezanın verilebilmesi için elverişlidir. Cezanın fiil ve faile uydurulması, adil cezanın belirlenmesi<sup>38</sup>. Hâkim, bu sınırlar içinde temel cezayı belirleyecektir<sup>39</sup>. **Özbek'e göre**, temel cezanın belirlenmesinde, suçun alt ve üst sınırları arasında hâkime takinan takdir yetkisi, sakıncalı bir şekilde oldukça geniş tutulmuştur. Örneğin, TCK m. 94'te altı sınırlı üç yıl, üst sınır oniki yıl, m. 85/2'de altı sınırlı iki yıl, üst sınır onbeş yıl olarak kabul edilmiştir<sup>40</sup>. TCK m. 61/1'de yer alan hususlar sınırlı sayıda olup, kıyasa yoluyla genişletilemez<sup>41</sup>. Özel kısımdaki cezalar, genel kısımdaki üst sınırlı aşamaz<sup>42</sup>.

<sup>36</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 587.; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, Ankara, 2005, s. 178.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 207.

<sup>37</sup>ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 178.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 511. Gerekçesi ise, temel cezada, fiilin haksızlık muhtevası belirlenmekte, sayılan hususlar ise doğrudan fiilin haksızlık muhtevası ile ilgili olmamasıdır.

<sup>38</sup>DEMİRBAŞ; (2006), s. 584.

<sup>39</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 206.

<sup>40</sup>ÖZBEK; (2005), s. 572.

<sup>41</sup>HAFIZOĞULLARI, Zeki; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 497.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 975.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 511.

<sup>42</sup>DEMİRBAŞ; (2006), s. 579.

## 2) Fiile İlişkin Koşullar

### A) Suçun İşleniş Biçimini

Kanunda suç olarak düzenlenmiş olan fiilin nasıl işleneceği açıkça gösterilmemişse (bağlı hareketli suç) fiil, her türlü şekilde işlenebilir (Serbest hareketli suç).

Suçun işleniş şeklinin temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınabilmesi için, suçun unsuru, cezaya etki eden ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerden olmaması gerekir<sup>43</sup>.

Bize göre, çifte değerlendirme yasağı gereğince, örneğin dolandırıcılıkta hile kullanılması gibi bağlı hareketli suçlarda, hilenin şekli ne olursa olsun suçta unsur olduğu için, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır.

Kesintisiz suçta, neticenin devam etmesi, suçun unsur mu yoksa suçun işleniş şekli mi olduğu temel cezanın belirlenmesinde önem taşıyacaktır. Bize göre, kesintisiz suçta devam eden neticedir. Bu nedenle de, suçun unsuru olduğu için, suçun işleniş biçiminde dikkate alınmaması gerekir.

Seçimlik hareketli suçlarda, hareketlerden hepsinin gerçekleştirilmiş olması, suçun işleniş şeklinin mağdur veya üçüncü kişilerde bıraktığı etki, mağdurun özel durumundan yararlanması, kullanılan cebrin süresi ve şiddeti, kullanılan hilenin niteliği, suçun işleniş şekli kapsamında değerlendirilmektedir<sup>44</sup>.

Suçun işleniş şeklinin temel cezanın belirlenmesinde, alt sınırdan ceza verilmesini gerektirebileceği gibi, üst sınırdan verilmesini de gerektirebilir<sup>45</sup>. Cinsel saldırı suçunun eşinin önünde işlenmesi, yaralama suçunun mağdur uyurken işlenmesi, çocuğun annenin gözleri önünde öldürülmesi, kişinin özel

<sup>43</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 588.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 359.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 585.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 19, 20.

<sup>44</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 976.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 207, 208.

<sup>45</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 588.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 361.

durumundan yararlanması, cebrin şiddeti ve süresi, seçimlik hareketli suçlarda hareketlerden hepsinin gerçekleştirilmesi gibi<sup>46</sup>.

### B) Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar

Atılan kurşunların fazla olması, zorla ırza geçme fiilinde tehdit vasıtası olarak silah kullanılması, hırsızlık suçunun anahtar yardımı ile işlenmesi, silahın savunma amaçlı kullanılması, aracın tehlikeli kullanılması, temel cezanın belirlenmesinde alt sınırın üstünde cezanın belirlenmesinde etkili olabilir<sup>47</sup>. Bize göre, aracın tehlikeli kullanılması ve silahın savunma amaçlı kullanılması, suçta kullanılan araçlar değil, araçların kullanılış şekli ve amacı ön plana çıkmaktadır. Bu durum ise, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır.

Silahın, kasten yaralama suçunda kullanılmasında olduğu gibi, kullanılan araçların suçun unsuru veya nitelikli hali olması durumunda, çifte değerlendirme yasağına dikkat edilmelidir. Ancak, TCK m. 95’de işkence suçunda olduğu gibi nitelikli hal olarak kabul edilmeyen durumlarda, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir<sup>48</sup>.

**Üzülmez’e göre**, suçta kullanılan araç, cezanın tayininde suçun içeriğine göre farklı belirlenebilir. Örneğin, kasten öldürmede silah kullanılması ile kasten yaralamada silah kullanılması, temel cezanın belirlenmesinde farklılık oluşturacaktır. Yazara göre, kasten yaralama suçunda silah kullanıldığı zaman, temel cezanın belirlenmesinde daha ağır ceza tayin edilmelidir<sup>49</sup>.

**Bize göre**, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, TCK m. 61/3’ göre, ‘Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz’. Ancak, kasten öldürmede, TCK m. 82/1 – c, ‘bombalama, nükleer, biyolojik veya kimyasal silah’ dışındaki silah bakımından (tabanca, av silahı, tam veya kısmi otomatik silah), temel cezanın belirlenmesinde, dikkate alınabilecektir.

<sup>46</sup>SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 519.; ÖZBEK; (2005), s. 572.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 512.

<sup>47</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 588.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 586.; ÖZBEK; (2005), s. 573.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 513.

<sup>48</sup>CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 361.; ÖZBEK; (2005), s. 573.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 513.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 24.; ALDEMİR; Yeni Trük Ceza Kanunu, s. 32.

<sup>49</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu’nun Siteminde, s. 208, 209.

### C) Suçun İşlendiği Zaman Ve Yeri

Yer ve zaman, suçun işlenmesinde, önemli bir yere sahip ise, başka bir ifadeyle, suçun işlenmesini kolaylaştırmakta, mağdurun savunma imkânını azaltmakta ise, temel cezanın belirlenmesinde alt sınırın üstünde ceza belirlenmesi nedeni olabilir. Örneğin, hırsızlığın, düğün, cenaze zamanında veya evinde işlenmesi, kasten öldürme ve kasten yaralama suçunun gece vakti işlenmesi gibi<sup>50</sup>. Ancak, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi (TCK m. 143), doğal afetlerin getirdiği korkudan yararlanma (TCK m. 142/2-c) gibi durumlarda, suçun cezaya etki eden ağırlatıcı nedenler olduğu zaman, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır<sup>51</sup>.

### D) Suçun Konusunun Önem Ve Değerini

Suç ile korunan hukuki yarar bakımından, suçun konusunun önem ve değeri gündeme gelebilir. Yani, kasten öldürme suçları, evrakta sahtekârlık suçları, kamu idaresine karşı işlenen suçlarda korunan hukuki yararlar farklıdır ve önemlidir. Ancak bu durumlar, temel cezanın belirlenmesinde üst sınırdan belirlemenin gerekçesi olamaz<sup>52</sup>. Ancak, kasten yaralama suçunda mağdurun kaymakam olması ve suçun görev sırasında işlenmesi, değer yüksekliği, emekli maaşının çalınması, değerli tarihi eser, temel cezada dikkate alınır<sup>53</sup>. Suçun konusu fiilden doğrudan etkilendiği için, normal hale göre değerinin azlığı veya çokluğu temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır<sup>54</sup>. Suçun konusundan anlaşılması gereken hukuki konu değil, maddi konudur<sup>55</sup>. Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı, cezada indirim veya daha az ceza verilmesini gerektiren bir hal olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, temel cezanın belirlenmesinde

<sup>50</sup>SOYASLAN; (2005), s. 520.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 209.; ÖZBEK; (2005), s. 573.

<sup>51</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 978.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 588.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 362.;DEMİRBAŞ; (2006), s. 586.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 514.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 24.

<sup>52</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 589.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 362.;KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 514.

<sup>53</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 589.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 586.; ÖZBEK; (2005), s. 573.;KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 514.

<sup>54</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 978.

<sup>55</sup>HAFIZOĞULLARI; (2008), s. 497.

dikkate alınmayacaktır<sup>56</sup>. **Üzülmez'e göre**, mal varlığı aleyhine işlenen suçlarda olduğu gibi, suçun konusunun önem ve değeri suçun unsuru olduğu suçlarda, mükerrer değerlendirme yasağı gereğince, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır<sup>57</sup>. **Bize göre**, sadece malvarlığına karşı işlenen suçlarda değil, her suçta suçun bir konusu bulunmakta ve bir öneme sahip olmaktadır. Ayrıca, sadece malvarlığı aleyhine işlenen suçlarda suçun konusu, suçun unsuru değildir. Eğer, suçun konusu maddi ve hukuki konusu ayrımı yapılmaksızın, suçun unsuru kabul edilecek olursa, her suçta mutlaka bir konu vardır ve suçun unsuru sayılmalıdır. Kaldı ki, m. 61/3'e göre, 1. fıkrada sayılan durumlar, suçun unsuru ise, çifte değerlendirme yasağı öngörülmüştür. Bu durum karşısında, suçun konusunun önem ve değeri ifadesinin suçun maddi konusu mu yoksa hukuki konusu mu şeklinde anlaşılacağı sorunu akla gelebilir. Bazı suçlarda suçun maddi konusu ile suçun hukuki konusu birleşmektedir. Örneğin, hakaret suçu gibi. Ancak bazı suçlarda ise, suçun maddi konusu ile hukuki konusu farklılık gösterebilmektedir. Örneğin, öldürme, yaralama, hırsızlık gibi. Suçun konusu, suçun unsuru olarak kabul edilecek olursa, bu durum, 61. maddede temel cezanın belirlenmesinde hiçbir zaman dikkate alınamaması gerekir. Çünkü, m.61/3'e göre çifte değerlendirme yasağı kapsamına girecektir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, suçun konusunu suçun unsuru olarak kabul eden görüş taraftarları, YTCK'nun bu düzenlemesini isabetli bulmaktadırlar. Sonuç olarak, eğer çifte değerlendirme yasağı kapsamına girmediği kabul edilecekse, bu fıkradaki ifadeden anlaşılması gereken, bazı suçlar ile korunan hukuki değerler diğer bazı suçlara göre daha fazla önem taşımaktadır. Örneğin, hayat hakkına karşı işlenen suçlar ile şeref hakkına karşı işlenen suçlarda suçun konusunun önem ve değeri farklıdır. Ancak, her bir suçta da mutlaka suçun konusu önemli ve değerlidir. Çünkü, aksi halde, kanun koyucu, bu tür fiilleri yaptırım altına almazdı.

### E) Meydana Gelen Zarar Veya Tehlikenin Ağırlığını

Suçun işlenmesiyle meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, temel cezanın belirlenmesinde üst sınırdan belirlenmesine neden olabilir. Suçun işlenmesinden sonra zararın artması (dolaylı etki) yine, bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, ırza geçilen kişinin intihara teşebbüs etmesi, uyuşturucu kullanan

<sup>56</sup>HAFIZOĞULLARI; (2008), s. 497.; SOYASLAN; (2005), s. 519.; ÖZBEK; (2005), s. 573.; ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 37.

<sup>57</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 210.

kişinin ölmesi, yaralanan kişinin ölmesi gibi. Ancak bu durumlarda, cezanın saha üst sınırından belirlenebilmesi için, failin bu durumu öngörebilir olması gerekir<sup>58</sup>.

Suç tipinde doğrudan öngörülen zarar veya tehlikenin yanında suç tipinde öngörülmeyen zarar veya tehlike de söz konusu olabilir. Örneğin, ölen kişinin yakınlarının uğradığı zararlar gibi. Bu tehlike veya zararlar maddi olabileceği gibi, manevi de olabilir<sup>59</sup>.

**Bize göre**, kanunda meydana gelen zarar veya tehlike ifadesine yer verildiği için, olası zarar veya tehlike bu kapsamda dikkate alınmayacaktır. Örneğin, yaralanan kişinin ileride iki gözünü de kaybedebileceği ihtimali olsa bile, salt bu ihtimali temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması gerekir.

Mağdurun sıfatı, sosyal konumu, mesleği veya yaşam biçimi, meydana gelen zarar veya tehlike kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, irza geçme suçunun mağdurunun fahişe olması, temel cezanın belirlenmesinde daha alt sınırdan ceza belirlenmesinin gerekçesi olamaz<sup>60</sup>.

Mağdurun suçtan etkilenme oranı, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Örneğin, hırsızlık suçunun mağdurunun fakir veya zengin olması gibi<sup>61</sup>.

**Bize göre**, Yargıtay'ın ETCK döneminde verdiği, mağdurun hamile olması ve bu durumu failin bilmesi ve fiil sonucu 8 aylık ceninin ölmesi halinde, temel cezanın belirlenmesinde üst sınırdan ceza tayininin isabetli olduğuna ilişkin karar<sup>62</sup>, isabetli değildir. Çünkü, söz konusu durum, TCK m. 87/1- e, bendine göre, kasten yaralama suçunda cezayı arttıran nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu karar, çifte değerlendirme yasağı ile çelişmektedir. Yine Yargıtay'ın yeni dönemde, malın değerinin cezayı arttıran nitelikli hal olarak

<sup>58</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: (2005), s. 589.

<sup>59</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: (2005), s. 590.; CENTEL: Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 363.; DEMİRBAŞ: (2006), s. 586.; ÜZÜLMEZ: Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 210, 211.; ÇOLAK/ALTUN: Türk Ceza Hukukunda, s. 27.

<sup>60</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: (2005), s. 590.; CENTEL: Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 363.

<sup>61</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: (2005), s. 590.

<sup>62</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: (2005), s. 590.; 1 CD, 17.3.1998, 100/722, YKD, XXIV, 5 Mayıs 1998, s. 752 – 753, 36 nolu dipnottan naklen.



kabul edildiği bir düzenlemenin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceğine karar vermiştir<sup>63</sup>.

Suçun işlenmesiyle asgari düzeyde zarar veya tehlike meydana gelir. Bu asgari düzeyde zarar veya tehlike bu kapsamda değerlendirilmemelidir<sup>64</sup>. Suçun işlenmesiyle meydana gelen zarar veya tehlikenin büyüklüğü nesnel (objektif) olarak değerlendirilmelidir<sup>65</sup>.

Özbek'e göre, suçlarda meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, hem temel cezanın belirlenmesi hem de teşebbüs aşamasında kalan suçlarda yer almaktadır. Mevcut düzenlemeye göre, çifte değerlendirme yasağını bu iki düzenleme bakımından geçerli gözükmemektedir. Çünkü, çifte değerlendirme yasağı, suçun unsuru veya nitelikli hallerine ilişkindir. Oysa, teşebbüs, suçun unsuru veya nitelikli hali değil, suçun özel görünüş şeklindedir. Bu durum karşısında, çifte değerlendirme yasağı teşebbüsü de içine alacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu nedenle de, temel cezanın belirlenmesinde değil, sonuç cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır<sup>66</sup>. Bize de aynı görüşe katılmaktayız.

### 3) Faile İlişkin Koşullar

#### A) Failin Kast Veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı

Öğretide kast ve taksir konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, kast ve taksir, işlenen fiilin **haksızlık içeriğine** etki etmektedirler<sup>67</sup>. TCK'nda, **kast ve taksir, birer kusurluluk şekli değil, haksızlığın birer gerçekleştiriliş şekli** olarak kabul edilmiştir. Kast ve taksir, kusurluluk şekli değil, haksızlığın gerçekleştiriliş şeklindedir. Yani, kast ve taksir haksızlık teşkil eden (suçun) bir unsur iken, kusur, bu haksızlık teşkil eden fiilden dolayı kişinin

<sup>63</sup>522. madde gereğince cezanın artırılmasını gerektiren, "sağlanan haksız menfaatlerin değeri" 5237 sayılı TCK'nun 61. maddesine göre temel cezanın tayininde dikkate alınması gerektiği..., 11. CD, E: 2006/516, K: 2006/1625, T: 06.03.2006, YKD Ağustos – 2006, s. 362. Bize göre, cezada artırım nedeni olarak kabul edilen malın değeri, çifte değerlendirme yasağı gereğince, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır. Bu nedenle, Yargıtay'ın bu kararında isabet bulunmamaktadır.

<sup>64</sup>ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: (2007), s. 978.; ÜZÜLMEZ: Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 210.

<sup>65</sup>ÜZÜLMEZ: Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 210.

<sup>66</sup>ÖZBEK; (2005), s. 574.

<sup>67</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 692.

kınanabilmesinin temelini oluşturmaktadır<sup>68</sup>. Kusur, hem cezanın adil olması hem de ceza ile ulaşılmak istenen amaç bakımından önem taşımaktadır<sup>69</sup>.

Kasta dayanan kusurdaki ağırlılık ifadesi, kişinin bu haksızlığı yani suç işlemeye gösterdiği kararlılık veya ısrar şeklinde anlaşılmalıdır. Yani, kişi suç işlemeye ne kadar zorluğa katlanmış, ne kadar sabır göstermişse, kasta dayanan kusurun ağırlığı o kadar ağır olacaktır<sup>70</sup>.

Taksire dayalı kusurun ağırlığında ise, kişinin kendisine yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uyup uymadığına bakılacaktır. Kişi, yaşı, mesleği, eğitim ve öğretimi, şahsi becerileri gibi, olayın meydana getirebileceği neticeleri öngörmesini gerektiren veya öngörmesinin kendisinden beklenebileceği özellikler bulunmasına rağmen, hareketlerinden vazgeçmez ve kanunda belirtilen neticeyi gerçekleştirirse, taksire dayalı kusurun ağırlığı söz konusu olacaktır. Yani bu durumda, bilinçli taksir – bilinçsiz taksir ayrımı yapılmayıp, meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasına rağmen, dikkate ve özen yükümlülüğüne uyulmadığı için öngörülmemiş olması dikkate alınacaktır<sup>71</sup>.

Kast veya taksirin yoğunluğu, suçta kurucu unsur veya nitelikli hal olarak bulunmuyorsa, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Örneğin, kastın yoğun hali olan tasarlama öldürme veya yaralama suçlarında cezayı arttıran nitelikli hal olarak kabul edildiği için, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır<sup>72</sup>.

<sup>68</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 693.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 979.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 211.; MERAN, Necati; www.yayin.adalet.gov.tr/24\_sayi, 02.06.2009, s. 3.

<sup>69</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 211.

<sup>70</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 590.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 364.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 586.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 979.; SOYASLAN; (2005), s. 520.; ÖZBEK; (2005), s. 574.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 211.; ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 38.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 27.

<sup>71</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 590.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 364.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 586.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 980.; SOYASLAN; (2005), s. 520.; ÖZBEK; (2005), s. 574.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 211.; ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 38.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 27.

<sup>72</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 591.; ÖZBEK; (2005), s. 574.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 29. Soyaslan'a göre, tasarlama kastın yoğunluğunu göstermektedir. SOYASLAN; (2005), s. 520. Ancak, Bize göre, tasarlama kastın

Özgenç'e göre, mükerrer değerlendirme yasağı nedeniyle, 1. fıkranın (f) bendindeki, 'Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı', temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Çünkü, olası kast veya bilinçli taksir, ilk defa ikinci fıkra kapsamında dikkate alınmaktadır<sup>73</sup>.

Bize göre, kast ve taksir, birer kusurluluk şeklidir. Haksızlığın gerçekleştirilişi şekli olarak kabul edilemez. Çünkü, şekil ilk olarak, dış dünyaya yansıyan bir durumu ifade eder. Oysa haksızlık somut değil soyut bir kavramdır. Örneğin, suçun işleniş şekli ifadesinde, suçun bıçakla, silahla, işlenmesi gibi belli bir şekilde somutlaşma söz konusudur. İkinci olarak, kusur, kişiye yaptığı davranıştan dolayı cezai sorumluluk yüklenebilmesinin temelidir. Kast ve taksir de, bu kusurun ortaya çıkışı, belirmesidir. Haksızlık, kusurlu bir irade ile gerçekleşebileceği gibi, kusursuz bir irade ile de gerçekleşebilir. Haksızlık kusurlu bir irade ile gerçekleştiği zaman, örneğin, kusurlu hareket edebilme yeteneğine sahip bir kişi, bir başkasını silahla öldürdüğü zaman, öldürme fiili başlı başına bir haksızlıktır. Bu haksızlığın gerçekleşme şekli, silahla işlenmesidir. Bu haksızlık, kusurlu bir iradeyle gerçekleştirilmiştir. Kusurun ortaya çıkışı, kasta dayanmaktadır. Dolayısıyla, kast ve taksir, haksızlığın gerçekleşme şekliyle değil, kusurla ilintilidir. Ayrıca, kast ve taksir, failin iç dünyası ile ilgili olduğu için, zaten özü gereği tespiti oldukça zordur. Bu zorluk karşısında, olası kast aşamasına varmayan veya bilinçli taksir derecesine varmayan (öngörülebilir bir taksir seviyesinde olmama) gibi, içinden çıkılması iyice zorlaşan kavramlara yer vermek, sorunun çözümüne değil, çözümsüzlüğüne neden olacaktır. Bu nedenle, bu bend kaldırılarak, kast veya taksir içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenlerle, 1. maddenin (f) bendi gereksizdir. Bu gereksizlik, hem 2. madde hem de 3. madde bakımından ortaya çıkmaktadır. Çünkü, kast veya taksire dayalı kusurluluk şekli olmaksızın bir suç olamayacağı için, mutlaka kast veya taksir bir suçun unsuru olacağından, (5237 TCK'nun kusursuz / objektif sorumluluğu kaldırdığı kabul edilmektedir) 1. maddenin (f) bendi gereksizdir, malumun ilanıdır. Taksire dayalı kusurun ağırlığında, bilinçli taksir ifade edilmektedir.

yoğunluğunu göstermekte ise de, örneğin öldürme suçlarında olduğu gibi, açıkça nitelikli hal olarak düzenlenmişse, bu kapsamda değerlendirilemez.

<sup>73</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 694.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 980.; ÖZBEK; (2005), s. 574.

Üzülmez'e göre, kusurluluğu kaldıran nedenler, bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Yine yazara göre, özel zorunluluk halleri (TCK m. 92, 147), hukuki hata halleri, kasta ve taksire dayalı kusurun ağırlığı kapsamında değerlendirilmelidir<sup>74</sup>.

Bize göre, hukuki hata aynı maddi hatada olduğu gibi, kast bulunmamaktadır. Bu nedenle de, kastın yoğunluğundan bahsetmek mümkün değildir. Çünkü, kast olmadığı için, zaten ortada cezalandırılacak suç da yoktur. Bu nedenle, temel cezanın belirlenmesine gerek bulunmayacaktır.

### B) Failin Güttüğü Amaç Ve Saiki

Faile belirli bir suçu işlemeye yönelen nedenler saiki, suçun işlenmesiyle ulaşılmak istenen netice, amacı oluşturur<sup>75</sup>. Faili suçu işlemeye yönelen nedenler çok çeşitli olabilir. Bu sebepler; birinin gözüne girmek, nişan madalya olmak, hırs göstermek düşüncesiyle olduğu zaman ceza artırılabilir, ekonomik zorluklar nedeniyle işlenirse azaltılabilir<sup>76</sup>.

Suçun işlenmesinde failin suçu işlemem sebebi ve saiki, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir. Örneğin, makam elde etme, açgözlülük, birinin gözüne girme veya gönlüne girme, kazanç elde etme hırsı, cinsellik, tamah, intikam gibi<sup>77</sup>. Zengin olma tutkusu ile yapılan dolandırıcılık ile zorunlu ihtiyacını karşılamak için yapılan hırsızlık farklı değerlendirilecektir<sup>78</sup>.

Çifte değerlendirme yasağı gereğince, özel kastla işlenen suçlarda, failin amaç ve saiki, suçun unsuru veya nitelikli hali ise, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Örneğin, kasten öldürme suçunun kan gütmeye veya töre saikiyle işlenmesinde (TCK m. 82/1 (j), (k), m. 141).

YTCK, ETCK'ndan farklı olarak, temel cezanın belirlenmesinde sınırlandırma (sayma usul) yöntemini seçmiştir. Bu nedenle genişletilemez<sup>79</sup>.

<sup>74</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 213. Bize göre, Üzülmez, aynı sayfada, maddi hata ile hukuki hatayı hem kusurluluğu kaldıran hal, hem de kusurluluğu azaltan hal olarak örnek vermektedir. Bu büyük bir çelişkidir.

<sup>75</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 214.

<sup>76</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 214.

<sup>77</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 591.; CENDEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 364.; SOYASLAN; (2005), s. 520.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 29.

<sup>78</sup>DEMİRBAŞ; (2006), s. 587.

<sup>79</sup>ÖZBEK; (2005), s. 576.

Bize göre, özel kast ile saik arasındaki ilişkiye değinmek gerekmektedir. Özel kasta kanunda açıkça yer verilmemiştir. Hatta, özel kastın, kastın bir türü olmadığı ifade edilmiştir. Özel kast, saik ile eşdeğerde veya saikin içinde kabul edilirse, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir. Aksi halde, örneğin, hırsızlık suçunda unsur olduğu gibi, bazı suçlarda unsur veya nitelikli hal olarak düzenlenmişse, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Başka bir ifadeyle, saik ile özel kast aynı anlamda kabul edilirse ve saik (özel kast) Kanunda suçun daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali olarak kabul edildiği hallerde (TCK m. 147, 211, 82/1, i – j) temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz. Çünkü, çifte değerlendirme yasağı bulunmaktadır. Ancak cinsel saldırının vücuda organ sokulması, kasten yaralama suçunun mafyanın korkutucu etkisini göstermek amacıyla işlenmesi gibi durumlarda, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır<sup>80</sup>.

### 3) Olası Kast İndirimi Veya Bilinçli Taksir Artırımının Uygulanması

Olası kast, doğrudan kasta göre daha az ceza verilemesini gerektiren haldir (TCK m. 61/2, m. 21/1). Bilinçli taksir, bilinçsiz taksire göre daha fazla ceza verilemesini gerektiren haldir (TCK m. 61/2, m. 22/3).

Bize göre, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken hallerden biri olan 'Failin kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı' başlığı, 'Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım' başlığının düzenleyen m. 61/2 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle de, 'Failin kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı' (TCK m.61/1-f) maddeden kaldırılmalıdır. Aksi halde, hem çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacak hem de, farklı uygulamalara yol açılmış olacaktır. **Üzülmez'e göre**, olası kastta yapılacak indirimlerin hangi ölçütlere göre yapılacağı sorun teşkil etmektedir. Eğer, olası kast, TCK m. 61/1 – f, kapsamında değerlendirilseydi, böyle bir sorun oluşmazdı. Aynı durum, bilinçli taksir için de geçerlidir<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> ÖZBEK; (2005), s. 575.

<sup>81</sup> ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 218.; İlk bakışta Üzülmez ile farklı görüşte olduğumuz görünse de, olası kast – bilinçli taksir ile kast veya taksire dayalı kusurluluk durumlarına ilişkin düzenlemelerin çifte değerlendirme yasağını ihlal edecek nitelikte olması yönündeki temel itiraz noktalarında hemfikir görünmekteyiz.

#### 4) Ağırlatıcı ve Hafifletici Nedenlerin Uygulanması

Ağırlatıcı ve hafifletici nedenler; suçun kurucu unsurlarına eklenen, bulunmaları halinde daha fazla veya daha az ceza verilemesini gerektiren, bulunmaması halinde de, suçun varlığını etkilemeyen ve suçun niteliğini değiştirmeyen sebeplerdir<sup>82</sup>. Nitelikli haller; cezayı artıran veya azaltan nedenler olup, kanunilik ilkesi gereğince, kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Bu konuda kanunilik ilkesinin tek istisnası, cezayı azaltan nitelikli hal olarak, takdiri indirim nedenleridir.<sup>83</sup> Cezayı etkileyen nedenler ile suçu etkileyen nedenler bazen farklı olabilmektedir<sup>84</sup>. Örneğin, suçun işlenmesinden sonra etkin pişmanlık gösterilmesi (TCK m. 252/4) gibi durumlarda, suç sabit olmakla birlikte ceza ya tamamen kaldırılmakta ya da daha az verilmektedir. Teşebbüs, iştirak suçu etkileyen bir hal değildir. Ancak, zincirleme suç, cezayı etkileyen bir haldir<sup>85</sup>.

Suçu etkileyen haller; ağırlatıcı ve hafifletici, fiili (objektif) ve kişisel (sübjektif), genel ve özel olarak ayrılabilirler<sup>86</sup>. 5237 sayılı TCK'nda haksız tahrik, 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler' içinde düzenlendiği için, genel hafifletici bir neden olarak kabul edilmiştir.

Artırma ve indirme nedenleri kişisel ve fiili nitelikte olurlarsa, ilk önce fiili nedenler sonra da kişisel nedenler dikkate alınmalıdır<sup>87</sup>. Suçun konusu, suçta kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlık veya hafifliği, mağdurun sıfatı, fiili; kastın veya taksirin yoğunluğu, failin sıfatı, fail ile mağdur arasındaki ilişkin kişisel nedenlerdir<sup>88</sup>.

Bir suçta, birden çok ve fakat bağımsız nitelikli haller öngörülmüşse ve her bir nitelikli hal için alt ve üst sınırlar belirlenmişse, en fazla ceza öngören nitelikli hal, bağımsız bir suç olarak kabul edilip temel ceza TCK m. 61/1'de yer alan

<sup>82</sup>DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II. İstanbul, 1997, kn, 1027.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 592.

<sup>83</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 218.

<sup>84</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 594.

<sup>85</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 594.

<sup>86</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 594.

<sup>87</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 595.; SCD, 13.11.1948, 1843/2734.; ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, II - III İstanbul, 1992., s. 637.; 57 nolu dipnottan naklen.

<sup>88</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 594.

hususlara göre belirlenecektir. Eğer, birden çok bağımsız nitelikli haller için ayrı ceza öngörülmeyp, basit şekle göre bir ceza belirlenmişse veya bir önceki nitelikli haldeki cezaya göre bir ceza oranı belirlenmişse, ilk önce basit şekildeki ceza, TCK m. 61/1'de yer alan hususlara göre belirlenecek, daha sonra bu belirlemeye göre, nitelikli hallerdeki oran değerlendirilecektir.<sup>89</sup>

**Centel/Zafer/Çakmut'a göre,** sonuç ceza bakımından genel sınırların aşılabileceği durumlar ETCK m. 29/6'da açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, YTCK'nda bu durum açıkça belirtilmemiştir. Hapis cezalarında sonuç (somut) ceza, TCK m. 61/7'ye göre 30 yılı geçemeyeceği öngörülmüş olmakla beraber, adli para cezalarında böyle bir üst sınır belirtilmemiştir. Buna göre, aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe, adli para cezalarında üst sınır, 730 günü geçemeyecektir (TCK m. 52)<sup>90</sup>. Kanunda istisna tutulan durumlar dışında, sonuç ceza bakımından genel sınırlar aşılamaz. Ancak, cezanın belirlenmesi aşaması olan ara aşamada, bu sınırlar aşılabılır<sup>91</sup>.

Nitelikli hal için 1/2 gibi bir artırım veya indirim öngörülmüşse, bu artırım veya indirim, TCK m. 61'e gör belirlenen temel ceza üzerinden yapılmalıdır. Ancak, nitelikli hal için alt ve üst sınırlar öngörülmüşse, artık bu nitelikli hal, basit hale göre genel norm – özel norm ilişkisi içinde kabul edilir. Bu durumda, özel normun önceliği gereğince, alt ve üst sınırları belirlenmiş olan nitelikli hal, ayrı bir suç gibi kabul edilerek, TCK m. 61/1'de yer alan unsurlar burada uygulanacaktır<sup>92</sup>.

Birden çok artırma ve eksiltme bulunduğu zaman, kaç defa artırma veya indirim uygulanacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin TCK'nun 61. maddesinin 4. fırcası, 'Birden çok artırma ve eksiltme bulunduğu zaman, ilk önce artırma yapılır' şeklindedir. Bu konuda **öğretide bir görüşe göre,** kanunda aynı nitelikli hali düzenleyen maddedeki birden çok nitelikli hal bir arada bulunursa, sadece bir kez artırım yapılacaktır. Örneğin, kasten yaralama suçunun silahla alt veya üst soydan birine karşı işlenmesi gibi (TCK m. 86/3). Bir veya birden çok seçimlik nitelikli halde sadece birinin dikkate alınması karşısında, diğer nitelikli hal veya haller, temel cezanın

<sup>89</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 220.

<sup>90</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 596.

<sup>91</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 595, 596.

<sup>92</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 219.

belirlenmesinde üst sınıra yakın bir ceza öngörülmesine etki edebilecektir<sup>93</sup>. Bu görüş taraftarlarına göre, YTCK, ETCK'dan farklı olarak, birden fazla nitelikli halin söz konusu olduğu durumlarda, her bir artırım nedeninden sonra diğer artırım nedeninin uygulanması siteminde vazgeçmiştir. Bu gibi durumlarda, sadece tek artırma ve tek indirme nedenlerinin uygulanacağını kabul edilmiştir. TCK m. 61/4'te yer alan 'birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır' ifadesi, bu şekilde anlaşılmalıdır<sup>94</sup>. Yargıtay da benzer kararlar vermiştir<sup>95</sup>. **Çoğunlukta olan diğer bir görüşe göre** ise, her bir artırım ve indirim neden ayrı ayrı uygulanır. Yani, ilk önce birinci artırım nedeni uygulanır çıkan sonuca göre ikinci ve diğer artırım nedenleri bir önceki sonuca göre uygulanır. Aynı usul cezayı azaltan indirim nedenleri için de geçerlidir<sup>96</sup>.

Bize göre, tek artırma ve indirme şeklindeki uygulama ve görüş, TCK m 61'deki sıralamaya uygun olsa da, isabetli değildir. Kanunda artıma ve indirme ifadesi, birden çok artıma ve indirme olduğu zaman, sadece tek artırma ve indirmenin uygulanabileceği şeklinde yorumlanmasını gerektirmez. Çünkü, her ne kadar kanunda 'arttırmalar ve indirmeler' şeklinde 'çoğul' ifadesine yer verilirse de,

<sup>93</sup>ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 983.; ÖZGENÇ; (2007), s. 701.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 220.; MERAN;\_www.yayin.adalet.gov.tr/24\_sayf, 02.06.2009, s. 3. Önemle belirtmek gerekir ki, kanunun madde gerekçesinde sadece bir kez artırım veya indirim uygulanacağına yer verilmiştir. Oysa bu ifade, maddede yer almamaktadır. Kanun gerekçesi, madenin yorumlanmasında önem taşımakla birlikte, kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren madde gerekçesinden bağımsız hale gelir. Dolayısıyla Kanun koyucu, amacını madde gerekçesinde açıklamakla yetinmeyerek, kanun maddesine de taşımaktadır.

<sup>94</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 221.

<sup>95</sup>Yağma suçunun 5237 sayılı Yasa'nın 149/1. maddesinin hem (a), hem de (h) bentlerine aykırı, geceleyin ve silahla işlendiği anlaşıldığından, aynı Yasanın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken bunların değerlendirilmesi gerekir. 6. CD, E: 2005/10849, K: 2005/8074, T: 22.09.2005, YKD Mayıs – 2006, s. 825.; 522. madde gerekçince cezanın artırılmasını gerektiren, "sağlanan haksız menfaatlerin değeri" 5237 sayılı TCK'nun 61. maddesine göre temel cezanın tayininde dikkate alınması gerektiği gibi, anılan yasanın 158. maddesinin birinci fıkrasında yer alan birden fazla bendin ihlali halinde suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, sanığın kusurunun ağırlığı da gözetilerek alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerekir. 11. CD, E: 2006/516, K: 2006/1625, T: 06.03.2006, YKD Ağustos – 2006, s. 362.

<sup>96</sup>TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara, 2005, s. 269. ; HAFIZOĞULLARI; (2008), s. 498.

SOYASLAN; (2005), s. 522.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 587.; HAKERİ; (2007), s. 441.; ÖZBEK; (2005), s. 576.



kanunda geçen 'artıma ve indirme' ifadesi, işin nasıl ve hangi sırayı takip ederek gerçekleştirileceğini gösterme amacı taşımaktadır.

Bize göre, nitelikli halde, sadece alt sınır belirtilmiş ve fakat üst sınır belirtilmemişse, üst sınır, süreli hapis cezalarında kabul edilen üst sınır olan 20 yıl olmalıdır.

Bir suçun farklı maddelerde aşamalı olarak birden çok nitelikli hali kabul edilmişse, (TCK m. 86/1,2 = Temel Suç, 86, 87 = Nitelikli Hal), ilk önce temel ceza belirlendikten sonra (TCK m. 86) daha sonra, nitelikli hallerle ilişkin artırımlar, her bir nitelikli halden ortaya çıkan artırım üzerinde yapılacaktır<sup>97</sup>.

**Özbek'e göre**, örneğin, TCK m. 142/2 bilişim sisteminin kullanılması suretiyle (TCK m. 142/2, e) elektrik enerjisi hakkında (TCK m. 142/2, f) hırsızlık suçunun işlenmesinde olduğu gibi, birden çok nitelikli haller aynı olayda birleşirse, daha fazla cezayı öngören nitelikli hale göre ceza artırımı yapılacaktır<sup>98</sup>.

Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda, 61. maddesinin dördüncü fıkrasına göre hareket edilecektir<sup>99</sup>. Yani, netice sebebiyle ağırlaşan durumlar, suçun nitelikli hali gibi kabul edilecektir. Netice sebebiyle ağırlaşan suçta, cezanın alt ve üst sınırı belirlenmişse, temel ceza, TCK m. 61/1'de yer alan hususlara göre, netice sebebiyle ağırlaşan suç için öngörülen cezaya göre belirlenecektir. Ancak, netice sebebiyle ağırlaşan suçta, cezanın oransal artırımı öngörülmüşse, işlenmesi amaçlanan suç için kabul edilen temel cezaya göre belirlenecektir<sup>100</sup>.

Bazı durumlarda, netice sebebiyle ağırlaşan durumlar, temel suçta belli bir oranda artırım şekli değil (TCK m. 87/1,2,3), suçun temel şekli imiş veya bağımsız bir suçmuş gibi, alt ve üst sınırları belli olan bir norm gibi düzenlenmiştir (TCK m. 142/1,2). **Bir görüşe göre**, bu gibi durumlarda, temel cezanın belirlenmesinde suçun hem temel şekline ilişkin hem de nitelikli şekline ilişkin unsurla birlikte değerlendirilecektir<sup>101</sup>.

<sup>97</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 701.

<sup>98</sup>ÖZBEK; (2005), s. 578.

<sup>99</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 700.

<sup>100</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 221.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 984.

<sup>101</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, 220 vd. ÖZGENÇ; (2007), s. 700.

Kasten yaralama suçunda olduğu gibi, netice sebebiyle ağırlaşan durumlardan birden çok hüküm ihlal edilirse, sadece, en ağır cezayı gerektiren netice sebebiyle ağırlaşan hüküm uygulanacaktır. Diğer netice sebebiyle ağırlaşan durum, temel cezanın belirlenmesinde, üst sınırdan hüküm kurulması şeklinde değerlendirilebilir<sup>102</sup>.

## 5) Diğer Nedenler

Temel ceza ve cezayı artıran ve azaltan nedenlerden sonra, 'sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir' (TCK m. 61/5).

### A) Teşebbüs

ETCK'nda, teşebbüs ve iştirake ilişkin indirim ile zincirleme suçla ilişkin artırım nasıl veya hangi sırada yapılacağı açıkça düzenlenmemiştir. YTCK'nda bu durum açıkça düzenlenmiştir<sup>103</sup>.

TCK m. 61/5'te yer alan durumlara ilişkin artırım ve indirim, kendinden bir önce gelen durumdaki artırım veya indirim göre yapılacaktır<sup>104</sup>.

Bize göre, TCK m. 61/5'teki sıra özensizce sıralanmıştır. Çünkü, teşebbüs ve iştirake ilişkin indirim yapıldıktan sonra zincirleme suçla ilişkin artırım yapılmakta ve hemen sonra haksız tahrike ilişkin olarak tekrar indirim yapılmaktadır. Bu nedenle, m.61/1'de yer alan nedenlerden sadece zincirleme suç durumunda ceza artırılabilir. Bu durum karşısında, zincirleme suçla ilişkin düzenleme, en sonunda değerlendirilmelidir.

Öğretide bir görüşe göre, **çifte değerlendirme yasağı** gereğince, 61. maddenin (e) bendinde yer alan ve temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak bir hususu olan '**Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını**', teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Çünkü bu ölçüt, tamamlanmış suçlar için geçerlidir<sup>105</sup>. Bu nedenle, teşebbüs halinde kalan suçlarda, temel cezanın belirlenmesinde, suç tamamlanmış gibi hareket edilecek, bunun neticesinde bulunan temel ceza, teşebbüs hükümleri gereğince

<sup>102</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 701.

<sup>103</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 596.

<sup>104</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 596.

<sup>105</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 702.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 222.

indirilecektir<sup>106</sup>. Yargıtay, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, 'Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı'nın temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağına karar vermiştir<sup>107</sup>.

Bize göre, Kanunda tamamlanmış suçlarda dikkate alınıp, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda dikkate alınmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, madde gerekçesinde de bu konuya ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Çifte değerlendirme yasağı, kanundaki düzenlemeye göre, bir durumun aynı zamanda suçun unsuru olması halinde geçerlidir. 'Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını' suçun unsuru değildir. Bu durumda, ancak, hem temel cezanın belirlenmesi hem de teşebbüse ilişkin düzenlemede, 'Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı' somut cezanın belirlenmesi aşamasında değerlendirmeye konu edildiği için, çifte değerlendirme imkânı olmayacaktır. Yoksa, ne kanun maddesinden ne de madde gerekçesinden böyle bir sonuç çıkmaktadır. Yapılması gereken, bu durumun açıkça maddede düzenlenmesidir. Böylelikle, çifte değerlendirme yasağı, 'Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsuru oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz' şeklindeki kanun hükmü ile sınırlı değil, bir durumun (konunun) cezanın belirlenmesinde fail aleyhine birden çok kez değerlendirilmeme şeklinde daha geniş olarak anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda 'Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı' temel cezanın belirlenmesinde değil, TCK m. 61/5'te yer alan düzenlemede dikkate alınacaktır.

## B) İştirak

**Özgenç'e göre**, iştirak halinde işlenen suçlarda, TCK'nun 38. maddesinin 3. fıkrası<sup>108</sup>, şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, iştirakta sorumluluk durumuna ilişkin değil, şahsi bir indirim nedenidir. Bu nedenle, TCK'nun 61.

<sup>106</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 223.

<sup>107</sup>Teşebbüs nedeniyle uygulama yapılırken, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre alt ve üst sınırlar arasında bir cezanın tayini gerekir. I. CD 01, E: 2007/5799, K: 2008/2590, T: 02.04.2008, YKD Mart – 2009, s. 551.

<sup>108</sup>Azettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir'.

maddesinin beşinci fıkrasındaki şahsi indirim nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>109</sup>.

**Hafizoğulları'na göre**, TCK m. 61/5'te iştirak ve zincirleme suçta ceza artırılırken diğer hallerde indirilmektedir. Bu nedenle m. 61/4 ile 61/5 bağdaşmamaktadır<sup>110</sup>. **Üzülmez'e göre**, kanunun iştirak halinde işlenen suçlarda, iştirak halinde suç işlemeyi nitelikli hal kabul etmediği durumlarda, suçun iştirak halinde işlenmesi, TCK m. 61/1 – a, 'Suçun işleniş biçimi' kapsamında değerlendirilmeli ve temel cezanın alt sınırının üstünde ceza belirlenmelidir<sup>111</sup>.

Bize göre, iştirak, suçun işlemiş biçimi ile ilgili değil, ceza sorumluluğunu genişleten hukuki bir durumdur. Yani, gerçekte, kanunda suç olarak kabul edilen fiili bizzat işlemediği ve bu nedenle de, cezai sorumluluğu bulunmaması gerektiği halde, suçu bizzat işleyen (müşterek fail) kişi ile irade birliği sağladığı için, cezai sorumluluk yolunu açan bir hukuki kurumdur. Bu nedenle, suçun işleniş biçimi kapsamında değerlendirilmemelidir. Aksi halde, bir durum, iki yerde (çifte) değerlendirilmiş olacaktır. Yani, hem TCK m. 61/1 – a'da hem de TCK m. 61/5'de değerlendirilmiş olacaktır.

### C) Zincirleme Suç

TCK m. 43/1'e göre, 'Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır'. Zincirleme suç kapsamında işlenen suçlardan biri basit hal, diğeri cezayı artıran nitelikli hal ise, artırım nitelikli hal üzerinden yapılacaktır. Eğer, basit hal ile cezayı azaltan nitelikli hal zincirleme suç oluşturmuşsa, artırım, basit hal üzerinden yapılacaktır<sup>112</sup>.

### D) Haksız Tahrik

Haksız tahrikte, indirim iki şekilde olmaktadır. Birincisinde, 'ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir' şeklinde indirim miktarı açıkça belirtilmekte, ikincisinde ise, 'Diğer hallerde verilecek

<sup>109</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 702.

<sup>110</sup>HAFIZOĞULLARI; (2008), s. 498.

<sup>111</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 224.

<sup>112</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 225.

cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir' şeklinde, oranlı indirim yapılmaktadır.

Haksız tahrike ilişkin indirim yapılırken, haksız tahrikin ağırlığı veya hafifliğinin kusurluluğa etkisi dikkate alınarak, yani TCK m. 61/1 – e'ye göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Çifte değerlendirme yasağı burada da geçerlidir<sup>113</sup>. Nitekim Yargıtay, temel cezanın belirlenmesinde haksız tahrikin ağırlığı veya hafifliğinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir<sup>114</sup>.

**Özgenç'e göre**, suçun özel görünüş şekillerinden sonra, kusurluluğu azaltan nedenler dikkate alınacaktır<sup>115</sup>. Haksız tahrik, kusurluluğu azaltan bir nedendir. Kişi somut olayda haksız tahrikin koşulları gerçekleşmediği halde hataya düşerek gerçekleşmiş sanırsa, bu hatasından yararlanıp, cezasında indirim yapılacaktır<sup>116</sup>.

#### E) Yaş Küçüklüğü

Yaş küçüklüğü konusunda, 12 – 15 yaş arasında olup da, kusur yeteneği olanlar ile 15 – 18 yaş arasında olan kişilerin ceza sorumluluğu bulunmakla beraber, cezalarında indirim yapılmaktadır. Buna göre, TCK m. 31/2, 'İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz'. TCK m. 31/3, 'Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş

<sup>113</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 225.

<sup>114</sup>5237 sayılı Yasa'da tahrikle ilgili ağır tahrik hafif tahrik ayrımına son verilmiş, tahrik oluşturan fiilin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi hakim tarafından yapılarak sanığın iradesine olan etkisi nazara alınıp maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen oranda indirim yapılması gerekecektir. 3. CD, E: 2006/10914, K: 2007/8821, T: 28.11.2007, YKD Mayıs – 2008, s. 982.

<sup>115</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 703.

<sup>116</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 704.

yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz’.

Yaş küçüklüğünde de, aynı haksız tahrikte olduğu gibi, miktar ve oran şeklinde iki farklı indirim öngörülmüştür. Belirtilen miktar veya oran arasında indirim belirlenirken, failin işlediği fiilin ne anlama geldiğini, irade yeteneğinin ne düzeyde olduğunu dikkate alınacaktır<sup>117</sup>.

15 – 18 yaş arası çocuklar için de, indirim yapılırken, ‘İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğindeki gelişmişlik düzeyi dikkate alınacaktır’<sup>118</sup>. 12 – 15 ve 15 – 18 yaş arasındaki küçükler için açıklanan durum, sağır ve dilsizler için de geçerlidir<sup>119</sup>.

Bize göre, gerek 12 – 15 ve 15 – 18 yaş arasındaki küçükler ve gerekse de, sağır ve dilsizler için, temel cezanın belirlenmesinde çifte değerlendirme yasağı gereği kusurun ağırlığı dikkate alınmamalıdır.

#### **F) Akıl Hastalığı**

TCK m. 32/2’ye göre, ‘Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir’.

Akil hastaları için indirim yapılırken, normal ceza sorumluluğu varmış gibi ceza verilecek, daha sonra, TCK m. 32/2’ye göre indirim yapılacaktır<sup>120</sup>.

#### **G) Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler**

Şahsi indirim sebepleri; şahsi cezasızlık sebepleri (TCK m. 167) ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler (etkin pişmanlık) olarak ikiye ayrılır (TCK m. 93).

İştirak halinde işlenen suçlarda, ‘Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında’

<sup>117</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu’nun Siteminde, s. 226.

<sup>118</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu’nun Siteminde, s. 226.

<sup>119</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu’nun Siteminde, s. 226.

<sup>120</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu’nun Siteminde, s. 227.

indirim kabul edilmiştir (TCK m. 38/3). Bu indirim, iştirak hükümleri uygulanırken değil, şahsi indirim nedenleri içinde yapılacaktır<sup>121</sup>.

## H) Takdiri İndirim Nedenleri

### a) Takdiri İndirim Nedenleri Uygulanırken Uyulacak Esaslar

Cezanın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi eleştirilmektedir. Bir görüşe göre, hâkime takdir yetkisi verilmesi, hâkimi kanun koyucu yerine koymak anlamına gelmektedir. Çünkü, kanunda açıkça düzenlenmeyen durumlarda hâkim bu durumları gerekçe göstererek takdir yetkisini kullanıp, daha az ceza verebilmektedir. Buna bağlı olarak adaletin tesisinde, akıl ve mantık yerine, duygusallık veya merhamet öne çıkacaktır<sup>122</sup>.

Hâkimin takdir yetkisi, cezanın bireyselleştirilmesi bakımından önemli bir yere sahiptir. Somut cezayı belirlerken sanığın kişiliğinin dikkate alınmasını sağlamaktadır<sup>123</sup>. Hâkimin takdir yetkisi, cezanın türünü belirlemede de geçerlidir<sup>124</sup>.

Takdiri indirim nedenleri, suçların işleniş şekilleri, failerin özelliklerinin farklı olması, cezanın bireyselleştirilmesinde etkili olan hallerin önceden bilinmemesi nedeniyle kabul edilmiştir. Takdiri indirim nedeni cezanın bireyselleştirilmesinde önemli bir etkiye sahiptir<sup>125</sup>.

Çifte değerlendirme yasağı gereğince, temel cezanın belirlenmesinde esas alınan hususlar, takdiri indirim nedenlerinde değerlendirilemeyecektir<sup>126</sup>. Takdiri

<sup>121</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 227.

<sup>122</sup>CENEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 596.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 987, 988.

<sup>123</sup>CENEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 596.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 2.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 230.

<sup>124</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 215.

<sup>125</sup>HAKERİ; (2007), s. 443.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 228.; ÇOLAK, Harun/ALTUN, Uğurtan; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları, Adalet Dergisi, Sayı 30, Ocak – 2008, s. 1.

<sup>126</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 228.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 3, 4.; ALDEMİR; Yeni Trük Ceza Kanunu, s. 41.

indirim nedenlerinde hâkim, gerekçe göstermelidir<sup>127</sup>. Yargıtay benzer şekilde kararlar vermiştir<sup>128</sup>.

Takdiri indirim nedenleri, geneldir bu nedenle her suçta uygulanabilir. Kanunda takdiri cezayı artırıcı neden kabul edilmemiştir. Çünkü, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince takdire bağlı ceza artırımı kabul edilemez<sup>129</sup>.

Bize göre, takdiri indirim nedeni, bazen kanuni indirim nedenlerinden çok daha fazla etkiye sahip olabilir. Örneğin, TCK m. 62/1'e göre, 'Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadar indirilir'. Bu düzenlemeye bakıldığında, 'müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir' hükmü gereğince, örneğin, müebbet hapis cezası verilmesi gereken bir suçta, eğer takdiri indirim nedeni 25 yıl verilmesini gerektirmeseydi, belki mahkûm, 50 yıl ceza infaz kurumunda yatacaktı. Başka bir açıdan ifade edilirse, takdiri indirim nedeni uygulandığı için, 25 yıllık infaz tamamlandıktan sonra, kişi, 25 yıl daha yaşayabilir. Bu durumda, kanuni indirim nedenleri ile bile öngörülme-yen bir indirim nedeninin hâkime tanınmış olacağı sonucu ortaya çıkacaktır ki, bunu suç ve ceza siyaseti ile açıklamak mümkün değildir.

Birden çok takdiri indirim nedeni varsa, sadece tek takdiri indirim nedeni var gibi kabul edilecek ve fakat indirim oranında birden çok takdiri indirim nedeni gözetilebilecektir<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 2.

<sup>128</sup> Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar irdelenmeden, sanıklar hakkında koşullar oluşmadığından ve sanıklar yararına hafifletici nedenler bulunmadığından denilerek yeterli olmayan gerekçelerle 5237 sayılı Yasanın 62. maddesinin uygulanmaması doğru değildir. 8. CD, E: 2006/750, K: 2006/2744, T: 03.04.2006, YKD Eylül - 2006, 533.; 5237 sayılı Yasa'nın 62. maddesine göre: sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonra ve yargılama süresindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri konusunda mahkemede oluşan kanaate göre takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekir. 8. CD 08, E: 2007/441, K: 2008/4538, T: 28.04.2008, YKD Ocak - 2009, s.173.

<sup>129</sup> HAKERİ; (2007), s. 443.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 594, 598.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 987.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 14.; OTACI, Cengiz; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda, s. 121. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m. 17/2 - c bendinde, duruşmada iyi halin sanık için takdiri indirim nedeni kabul edilemeyeceğine ilişkin hükmü, TCK m. 5 hükmü gereği uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.



Hapis cezası ile adli para cezası birlikte uygulanacak ise, her iki ceza bakımından takdiri indirim nedeni ayrı ayrı değerlendirilecektir<sup>131</sup>.

Cezayı azaltan nitelikli haller, takdiri indirim nedenin uygulanmasına engel teşkil etmez<sup>132</sup>. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanabilmesi için, sanığın talepte bulunması gerekmez<sup>133</sup>.

Bize göre, takdiri indirim nedenleri başlığı taşıyan TCK m. 62/1'de yer alan ifade, emir kipindedir. Yani, takdir hakkını ortadan kaldırmakta, indirimi zorunlu kılmaktadır. Bu ise, maddenin kenar bağılığı ile içeriğinin farklı ya da çelişkili olmasına neden olmaktadır. Bu düzenleme karşısında, TCK m. 62, takdiri indirim nedenleri değil, kanuni indirim nedenlerini düzenleyen bir madde niteliğindedir. Her ne kadar, indirim nedenlerinin neler olacağı konusunda hâkime takdir yetkisi verilmişse de, ne kadar indirim yapılacağı konusunda takdir yetkisi verilmemiştir.

Takdiri indirim nedenlerinde gerekçe gösterilecektir. Çünkü, takdir keyfilik anlamına gelmez<sup>134</sup>. Ancak, takdiri indirim nedenlerinin, nasıl bir gerekçeyle gösterileceği kanunda belirtilmemiştir. Kanunun madde gerekçesinde, sadece, gerekçenin geçerli olması gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>135</sup>.

**Centel/Zafer/Çakmut'a göre,** takdiri indirim nedenleri, ceza için uygulanmışsa, diğer tüm asli cezalar için de uygulanmalıdır<sup>136</sup>. **Bize göre,** cezada uygulanan takdiri indirim nedenleri, güvenlik tedbirlerinde uygulanamaz. Çünkü, TCK m. 62'de yer alan takdiri indirim nedenleri, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi' başlığı altında düzenlenmiştir. Güvenlik tedbirleri YTCK'nda suç karşılığında öngörülen bir ceza olmadığı için, takdiri indirim nedenleri, güvenlik tedbirlerinde uygulanamamalıdır. Zaten güvenlik tedbirleri; ceza yerine geçen ve cezaya bağlı olan şekilde iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu görüşümüz ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri için de geçerlidir.

<sup>130</sup> ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 231.

<sup>131</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 970.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 231.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 22.

<sup>132</sup> ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 231.

<sup>133</sup> ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 17.

<sup>134</sup> ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 181.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 231.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 16.

<sup>135</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 598.

<sup>136</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 598.

**Centel/Zafer/Çakmut'a göre**, kanunda, sanığın birden fazla suçtan yargılanması durumunda, suçlardan birine ilişkin takdiri indirim nedeninin uygulanması halinde, diğerinde de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bir eksiklik olup, bu konu düzenlenmeliydi<sup>137</sup>.

Sanık iki farklı suçtan yargılandıktan sonra, her iki suça ilişkin ceza belirlenirken, takdiri indirim nedeni uygulanmak istenirse, iki suçun toplam cezası değil, ayrı ayrı cezaları üzerinden takdiri indirim uygulanmalıdır<sup>138</sup>. **Bize göre**, sanığın iki ayrı suçtan yargılanmasında, suçlar arasında zincirleme suç ilişkisi tespit edilirse, artık her bir suçtan değil, zincirleme suç sonucunda verilen toplam ceza üzerinden takdiri indirim nedeni uygulanmalıdır.

Tazminat şeklindeki para cezalarında takdiri indirim nedeni uygulanmaz<sup>139</sup>.

**Centel/Zafer/Çakmut'a göre**, temel cezanın alt sınırdan yukarıda belirlenmesi halinde, takdiri indirim nedeninin uygulanması bir çelişki doğurur<sup>140</sup>. Ancak, **Üzülmez'e göre**, temel cezanın belirlenmesinde alt sınırın üstünde ceza tayin edilmesi, takdiri indirim nedeninin uygulanmasına engel teşkil etmez<sup>141</sup>.

Hapis cezasının adli para cezasına, başka tedbire veya ertelemeye dönüştürülmesi halinde, takdiri indirim nedeni kararda tartışılmalıdır<sup>142</sup>. Bir durum, kanunda cezayı azaltan indirim nedeni kabul edilmişse, aynı durum, takdiri indirim nedeni olamaz<sup>143</sup>.

Takdiri indirim nedenleri ile haksız tahrik bir arada bulunabilir<sup>144</sup>. Ancak, bir durum, aynı olayda birden çok takdiri indirim nedeni sayılamaz<sup>145</sup>.

<sup>137</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 598.; ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 181.

<sup>138</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 598.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 22.

<sup>139</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 598.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 22.

<sup>140</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 598.

<sup>141</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 231.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 24.

<sup>142</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 599.

<sup>143</sup>ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 23.

<sup>144</sup>ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 181.; CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 599.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 24.

<sup>145</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 599.

Bize göre, bir durum, hem haksız tahrik indirimi hem de takdiri indirim nedeni kabul edilmemelidir. Çünkü, mükerrer değerlendirme yasağı burada da geçerli olmalıdır. Ayrıca, mağdurun hareketleri ya bütünüyle haksız tahriktir ya da değildir. Haksız tahrik ise, haksız tahrik nedenine dayalı kanuni indirim nedeni uygulanmalı, değilse, takdiri indirim nedeni uygulanmalıdır.

Bir olayda, ham takdiri indirim nedeni uygulanıp hem de, cezanın ertelenmemesi yönünde karar verilmesi halinde, her iki nedenin gerekçesi, sanığın ahlaki eğilimi, sabıkasız oluşu gibi, aynı özellikler oluşturuyorsa, gerekçede çelişki var demektir<sup>146</sup>. **Bize göre**, dikkate edilecek olursa, burada üzerinde durulan nokta, gerekçede çelişkiye düşülmemesidir. Ancak, gerekçede çelişkiye düşülmesinde temel dayanak, aynı özelliğin farklı (birbirine zıt hukuki sonuç doğuracak) şekilde değerlendirilmesidir.

#### b) Takdiri İndirim Nedenler Konusunda YTCK – ETCK farkı

ETCK'nun 29. maddesinde, 'Cezanın asgari haddten tayini halinde dahi takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir' ifadesine yer verilmişti. YTCK'nda böyle bir ifadeye yer verilmemiştir. **Öztürk/Erdem'e göre**, ETCK m. 29'da yer alan hüküm, YTCK'nda olmasa da uygulanmalıdır. Yani, temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi halinde, takdiri nedenler gösterilmelidir<sup>147</sup>. **Özbek'e göre**, CMK m. 34 karşısında bu düzenlemeye yer verilmemesi bir eksiklik değildir<sup>148</sup>. ETCK'nda takdiri indirim nedenleri temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması kabul edilmişti. YTCK'nda takdiri indirim nedenleri ile temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak nedenler birbirinden ayrılmıştır. Bu ayrım, temel cezanın belirlenmesinde esas alınacak nedenler sınırlı sayıda belirtilmişken, takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıda belirtilmemiştir<sup>149</sup>. Kanun, TCK m. 62 dışında bazı hükümlerde, hâkime, ceza vermeme veya cezayı indirerek verme konusunda takdir hakkı tanımıştır (TCK m. 260)<sup>150</sup>.

<sup>146</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 600.

<sup>147</sup>ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 180.

<sup>148</sup>ÖZBEK; (2005), s. 576.

<sup>149</sup>ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 180.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 598.; HAKERİ; (2007), s. 443.; ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 41.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 228.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 1.

<sup>150</sup>HAKERİ; (2007), s. 444.

## c) Taktiri İndirim Nedenleri ve Uygulanması

### aa) Failin Geçmişi

Failin geçmişi, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamıştır. Ancak, Hükümet tasarısında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmıştır. Temel cezanın belirlenmesinde değil, taktiri indirim nedeni olarak kabul edilmiş olması, sadece lehe uygulanabileceğini göstermektedir<sup>151</sup>. Soyaslan'a göre, hâkim temel cezayı belirlerken failin geçmişini göz önünde bulunduracaktır<sup>152</sup>. Bize göre, failin Kanunun açık hükmü gereği, geçmişi, temel cezanın belirlenmesinde değil, taktiri indirim nedenlerinde dikkate alınacaktır (TCK m. 61/2).

Failin geçmişi, aleyhe olabileceği gibi lehe de olabilir<sup>153</sup>. Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, Failin geçmişi, taktiri indirim nedenleri içinde düzenlendiği için aleyhe değerlendirilemez<sup>154</sup>. Failin sabıkalı olmaması, daha önce bazı ödüller almış olması, kamuya yararlı işlerde çalışmış olması, uzun yıllar sürücülük yapmış olmasına rağmen hiç kaza yapmamış olması, taktiri indirim nedeni olarak lehe bir durum kabul edilebilir<sup>155</sup>. Daha önceki suçun zamanaşımına uğraması, suç olmaktan çıkarılması, iade talebi kabul edilmeyen suç da aleyhe değerlendirilmemelidir<sup>156</sup>. Kumarbaz olma, uyuşturucu bağımlısı olma, alkolik olma gibi durumlar cezanın aleyhe olmasına neden olabilir<sup>157</sup>. Failin daha önce mahkûmiyet hükümleri almış olması, taktiri indirim nedeninin uygulanmamasına neden olabilir<sup>158</sup>.

<sup>151</sup> ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 229.

<sup>152</sup> SOYASLAN; (2005), s. 521.; Bize göre, Soyaslan'ın bu ifadesi, yazım hatasından kaynaklanmış olmalıdır.

<sup>153</sup> CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 365.; SOYASLAN; (2005), s. 521.

<sup>154</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 988.

<sup>155</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 600.; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 988.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 229.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 7.

<sup>156</sup> CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 365.

<sup>157</sup> CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 365.

<sup>158</sup> ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu nun Siteminde, s. 229.

### bb) Failin Sosyal İlişkileri

Failin sosyal ilişkileri, cezanın bireyselleştirilmesinde önem taşımaktadır<sup>159</sup>. Failin toplum içindeki saygınlığı, sosyal durumunu ifade eder. Kişinin öğrenimi, geliri, eğitim ve öğretim durumu, mesleği, medeni hali, çalıştığı yer, sosyal çevresi, sağlık durumu, iş arkadaşları, aile bireyleri ile ilişkileri, engelli olması, aile kurması, sabit bir iş edinmesi, bu kapsamda değerlendirilebilir. Cezanın amaçlarından birinin, kişinin sosyal yaşama uyumunu sağlamak olduğu düşünüldüğünde, ceza verilirken, kişinin sosyal ilişkilerinin dikkate alınması yerinde olacaktır<sup>160</sup>. Failin sosyal ilişkileri aslında kötü de olabilir. Ancak, bu durum takdiri indirim nedenleri içinde kabul edildiği için, aleyhe değerlendirilemez<sup>161</sup>.

**Centel/Zafer/Çakmut'a göre**, sosyal durum ile kişisel durum, birbiriyle sıkı ilişki içinde olduğu ve kanunda takdiri indirim nedenleri bakımından bir sınırlama da bulunmadığı için, şahsi özellikler de, lehe takdiri indirim nedeni olabilir<sup>162</sup>.

Failin sosyal durumunun takdiri indirim nedeni sayılacak olması, eşitlik ilkesi açısından Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülebilir. Nitekim, bu hallerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini düzenleyen ETCK'nun ilgili düzenlemesi aleyhine açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, iptal davasını reddetmişti<sup>163</sup>.

Bize göre, failin sosyal ilişkisinin temel cezanın belirlenmesi ile cezada takdiri indirim nedeni kabul edilmesi arasında, uygulanacak ceza bakımından mutlaka fark bulunmaktadır. Örneğin, temel cezanın belirlenmesinde esas alındığı zaman kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar içinde hareket etme zorunluluğu bulunduğu ve bu nedenle de çok fazla bir hareket etme olanağı bulunmadığı halde, takdiri

<sup>159</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 229.

<sup>160</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 601.; CENDEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 366.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 229.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 989.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 8, 9.

<sup>161</sup>ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 8, 9.

<sup>162</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 601.

<sup>163</sup>CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 601.; Ay M, 20.6.1995 – 1994 -1992/14, R.G; 5.8.1997, No. 23071.; CENDEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 366, 367.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 8.

indirim nedenlerinde esas alındığında ve özellikle müebbet hapis cezalarında çok ciddi miktarda indirim yapılabilecektir.

### cc) Suçtan Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Davranışı

Failin suçtan sonra ve yargılama sürecindeki davranışları hem olumu hem de olumsuz olabilir. Örneğin, failin mağdurun uğradığı zararları ödemesi, hastalığının iyileşmesi için doktor getirmesi hastane masraflarını karşılaması olumlu davranış olabilirken, mağduru tehdit etmesi, olumsuz davranış olabilmektedir<sup>164</sup>. Bize göre, önemle belirtmek gerekir ki, kanunda takdiri indirim nedeni kabul edilip, takdiri artırım nedeni kabul edilmediği için, failin suçtan sonra ve yargılama sürecindeki olumsuz davranışları, hâkime cezanın artırılmasında takdir hakkı vermemektedir. Bu durum, temel cezanın belirlenmesinde, cezanın altı sınırdan yukarıda belirlenmesinde de, etkisi olmaması gerekir. Çünkü, bu durumu düzenleyen TCK m. 61/1'de bu konuya yer verilmemiştir. Suç işlendikten sonra, etkin pişmanlık olarak zararın giderilmesinin (TCK m. 168) özel olarak düzenlendiği durumlar, çifte değerlendirme yasağı gereğince, bu kapsamda değerlendirilmemelidir<sup>165</sup>. Yargıtay, suç işlendikten sonra sanığın kaçması, delileri yok etmeye çalışmasını, bu kapsamda değerlendirmiştir<sup>166</sup>.

**Centel/Zafer/Çakmut'a göre**, uygulamada failin suçu itiraf etmesi, takdiri indirim nedeni kabul edilmektedir. Etkin pişmanlık dışında, suçu ikrar etmek kusuru azaltıcı bir durum değildir. Suçun ikrar edilmesi, tekrar suç işlenmeyeceği anlamına da gelmez. Sanığın konuşmaması veya suçu inkâr etmesi, savunma hakkının bir parçasıdır. Eğer, ikrar, cezada takdiri indirim nedeni kabul edilirse, inkârı cezada artırım nedeni saymak gerekebilir ki, bu durum, savunma hakkı ile bağdaşmaz<sup>167</sup>. Bize göre, itiraf ile ikrar aynı anlama

<sup>164</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 602.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 989.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 367.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 229.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi, s. 10.

<sup>165</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 989.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 230.

<sup>166</sup>Sanığın olayı müteakip kaçtığı, aracındaki çarpma izini kaybetmeye çalıştığı ve olaydan altı gün sonra tesbit edilip yakalandığı anlaşılacakla, kişiliğinin açıklanmasında olumsuz olan bu davranışların cezanın tayin ve şahsileştirilmesinde inceleme dışı bırakılmaması gerekir. 2. CD, E: 1999/11082, K: 1999/12051, T: 30.09.1999.

<sup>167</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 602.; CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 367.; HAKERİ; (2007), s. 444.; ÇOLAK/ALTUN; Ceza Yaptırımının

gelmektedir. Önemli olan, bu durumun samimi olup olmadığı değil, ceza muhakemesinin hangi aşamasında ve kanunlarda öngörülen koşullara uygun yapılıp yapılmadığıdır. Eğer, kanunlarda öngörülen aşamalarda ve koşullarda gerçekleşmişse, etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Bu durum ise, şahsi indirim nedeni olarak, TCK m. 61/5'te düzenlenmiştir. Çifter değerlendirme yasağı gereğinde de, etkin pişmanlık, cezayı indiren takdiri nedenler içinde kabul edilmeyecektir. Yargıtay, etkin pişmanlığın bulunması halinde, TCK m. 61/1'e göre değerlendirme yapılacağına karar vermiştir<sup>168</sup>.

#### dd) Cezanın Failin Üzerindeki Olası Etkisi

Cezanın amaçları dikkate alındığında, cezalandırma ile failin geleceği üzerinde oluşacak veya meydana gelecek etki iyi değerlendirilmelidir<sup>169</sup>. Tayin edilecek cezanın, failin ileriki yaşamında kamu görevlisi olması, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği izne dayalı bir mesleği serbest meslek sahibi olarak yapıp yapamayacağı dikkate alınacaktır<sup>170</sup>.

#### 4) Kusurluluğu Azaltan Nedenler

Özgenç'e göre, zorunluluk hali, genel hükümler kısmında kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak düzenlenmiştir. Ancak özel hükümlerin bazı düzenlemelerinde, kusurluluğu azaltan neden olarak düzenlenmiştir<sup>171</sup>. Bu durumlarda, belirlenen temel ceza indirim yapılacaktır.

Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler, suç işlenirken (TCK m. 167/1, a,b,c) olabileceği gibi suç işlendikten sonra (TCK m. 168/1, 2) da olabilir. Ceza sorumluluğunu kaldıran yaş küçüklüğü ile akıl hastalığı, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacağı için, doğal olarak, indirimde dikkate alınacaktır. Bir olayda birden fazla şahsi indirim nedeni olursa, nasıl hareket

Bireyselleştirilmesi, s. 10.; OTACI, Cengiz; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdiri Bağlı İndirim Ve Uygulanması, Adalet Dergisi, Yıl 98, Eylül 2006, Sayı 26, s. 118.

<sup>168</sup>Sanıkların zimmete konu malı hakimiyet alanlarına sokmadan ihbar üzerine yakalanmaları üzerine malın kollukça zapt edildiği anlaşıldığına göre, gönüllü iadede söz edilemeyeceğinden, 5237 sayılı TCK.nun 248/2. maddesi uygulanamaz. Ceza belirlenirken TCK.nun 61. maddesindeki sıralamaya uyulmalıdır. 5. CD, E: 2007/2213, K: 2007/3517, T: 09.05.2007, YKD Ekim – 2007, s. 1966.

<sup>169</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 602.

<sup>170</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 230.

<sup>171</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 704, 705.

edileceğine ilişki açık bir düzenleme bulunmamaktadır. **Bize göre**, her bir şahsi indirin nedeni ayrı ayrı uygulanmalıdır.

Tekerrür, YTCK'nda cezada artırım nedeni olarak kabul edilmediği için, TCK m. 61/5'te yer almamıştır<sup>172</sup>.

## VI – SEÇİMLİK CEZALARDA CEZANIN BELİRLENMESİ

Hâkimin takdir yetkisi, cezanın türünü belirlemede de geçerlidir<sup>173</sup>. Hapis cezasının yanında adli para cezasının da öngörüldüğü durumlarda, ilk önce 61. maddeye göre hapis cezası belirlenecek, daha sonra, adli para cezası belirlenecektir<sup>174</sup>. Yargıtay, seçimlik cezalarda hâkimin cezanın türünü belirlerken gerekçe gösterilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>175</sup>.

Ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarda elde edilen gelirin miktarı belirlenebilirse, kazanç müsaderesine ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK m. 55). Elde edilen gelirin miktarı belirlenemezse, bu durum için, hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörülmüştür<sup>176</sup>. Yani, bir olayda, hem kazanç müsaderesi hem de adli para cezası uygulanamayacaktır. Ancak, **Üzülmez'e göre**, örneğin, uyuşturucu imal ve ticareti suçlarında, elde edilen kazanç tespit edildiği takdirde, ayrıca hapis cezasına hükmedilmelidir. Çünkü, kanun koyucu açıkça öngörmüştür (TCK m. 188/1)<sup>177</sup>. Bize göre, nasıl ki, suç işlemek bir gelir kapısı olarak görülemezse, aynı şekilde, fakirleşme nedeni olarak da görülmemelidir.

Seçimlik cezalarda, cezanın türü belirlenirken, suçlunun kişisel ve ekonomik özelliği dikkate alınmalıdır. Yani, ceza ile beklenen amaç dikkate alınarak, cezanın bireyselleştirilmesi sağlanmalıdır<sup>178</sup>. Ancak, bazı durumlarda kanun koyucu, seçimlik cezalarda, hâkimin takdir yetkisini kaldırmıştır. Örneğin,

<sup>172</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 969.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 588.

<sup>173</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 971.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 215.; KOCA/ÜZÜLMEZ; (2008), s. 510.

<sup>174</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 967.; ÖZGENÇ; (2007), s. 698.

<sup>175</sup>Sanığın eylemine seçenekli ceza öngörüldüğüne göre, temel cezanın hapis olarak belirlenmesinin nedeni kararda gerekçeli olarak belirtilmelidir. 4. CD, E: 2008/4053. K: 2008/16634, T: 15.09.2008, YKD Şubat - 2009, s. 365.

<sup>176</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 698.

<sup>177</sup>ÜZÜLMEZ, İlhan; Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, E.Ü.H.F.D., Cilt X, Sayı 3-4, Yıl 2006, s. 217.

<sup>178</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 215.



tekerrür halinde, tekerrüre esas olan suç seçimlik ceza öngörmüşse, hâkim, hapis cezasına hükmetmek zorundadır (TCK m. 58/3)<sup>179</sup>.

Seçimlik ceza öngörülen durumlarda, hapis cezasının alt ve üst sınırları belirlenmiş olmasına rağmen, adli para cezalarında alt ve üst sınırlar belirlenmemiştir. Bu durumda, adli para cezası TCK m. 52’de öngörüldüğü gibi alt sınırı 5, üst sınırı 730 gün olarak mı yoksa, hapis cezasının alt ve üst sınırlarının gün karşılığına göre mi belirleneceği sorunu gündeme gelmişti<sup>180</sup>. Bu tartışmaları sona erdirmek amacıyla, 5560 sayılı Kanun’un I. maddesiyle, TCK m. 61/8’e, ‘Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz’ fıkrası eklenmiştir.

Suç karşılığında hapis ve adli para cezası birlikte öngörülmüşse, her iki tür cezada da, aynı biçimde takdir etmek gerekir. Yani, hapis cezasında alt sınırdan takdir edildiği zaman, adli para cezasında da alt sınırdan takdir edilmelidir<sup>181</sup>. Ancak, Yargıtay yeni tarihli bir kararında, hapis cezasında alt sınırdan takdir edildiği zaman, adli para cezasında da alt sınırdan takdir edilmesinin zorunlu olmadığına karar vermiştir<sup>182</sup>. Kanunda hem hapis cezası hem de adli para cezası öngörülmüş ise, temel ceza olarak her iki ceza türü esas alınacak ve artırma ve eksiltmeler her iki ceza türü üzerinden yapılacaktır<sup>183</sup>.

Askeri Yargıtay, Suç karşılığında hapis ve adli para cezası birlikte öngörüldüğü durumlarda, hapis cezasında alt sınırdan takdir edildiği zaman, adli para cezasında üst sınıra doğru takdir edilebileceğini kabul etmiştir<sup>184</sup>.

<sup>179</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 973.; ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 32.

<sup>180</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu’nun Siteminde, s. 215, 216.

<sup>181</sup>CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 370.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 592.; Askeri Yargıtay, bu gibi durumlarda, hapis cezasında alt sınırdan temel ceza belirlendiği zaman, adli para cezasının üst sınırdan belirlenebileceğine karar vermiştir. SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık; Ankara, 1999, s. 505 – 506.

<sup>182</sup>Yasa koyucunun hapis cezası yanında adli para cezası öngördüğü suçlarda, hapis cezasının alt sınırdan tayini halinde mutlak surette adli para cezasının da alt sınırdan tayini gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmamakta ise de, bunun gerekçelerinin gösterilmesi, dayanan gerekçelerin de yasal ve dosya içeriğiyle örtüşmesi gerekmektedir. CGK, E: 2007/10-108, K: 2007/152, T: 19.06.2007, YKD Mart - 2008 s. 519.

<sup>183</sup>ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 973.

<sup>184</sup>CENTEL; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s. 370.

## VII – HAPİS CEZASININ HESAPLANMASI

Sürelili hapis cezalarının hesaplanmasında; gün, ay ve yıl esas alınır. Bir gün; 24 saat, bir ay; 30 gün, bir yıl; resmi takvime göre belirlenir. Bu nedenle, bir yıl yerine 12 ay şeklinde hapis cezası verilemez. Çünkü, 12 ay, ifadesi bir ay; 30 gün olduğu için, 360 gün olur. Oysa, resmi takvim dikkate alındığında, 12 ay, daha az ceza anlamına gelir<sup>185</sup>.

Yıl olarak belirlenen cezalarda, infaz hangi ayın hangi gününde başlamışsa, gelecek yılın aynı ay ve gününde sona erer<sup>186</sup>.

Kanunda soyut ceza yıl olarak belirlenmiş ve cezayı artıran veya azaltan nedenler olduğu zaman, artırım ve azaltım ay üzerinden yapılır ve tekrara yıla çevrilir. Cezalarda bir günün, adli para cezalarında bir liranın küsuru dikkate alınmaz<sup>187</sup>.

### 1) Kanunda Öngörülen Cezanın Yukarı ve Aşağı Sınırının Aşlamaması

Kanunda öngörülen cezanın yukarı ve aşağı sınırın aşlamaması, belirlenen ceza türü için kanunda öngörülen genel sınırların aşlamaması anlamına gelir. Genel sınırlar ise TCK m. 49 ve 52’de belirtilmiştir. Ancak, kanunda özel olarak bir istisna getirilebilir. Örneğin, TCK m. 61/7’de yer alan ‘Sürelili hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz’ şeklindeki düzenleme gibi<sup>188</sup>. Artırım veya indirim nedenleri uygulanırken, özel suç tipindeki sınırlar aşılabılır. Yine, kanunda özel düzenleme bulunduğu yani istisnai bir durum söz konusu olduğu zaman, genel sınırlar da aşılabılır. Örneğin, haksız tahrik halinde, ağırlaştırılmış müebbet halinde yirmi dört yıla kadar hapis cezası verilebilecektir. Aynı durum, adli para cezası için de geçerlidir<sup>189</sup>.

TCK m. 61/7’de belirtilen 30 yıl, sonuç ceza için geçerli olup, ara değerlendirmeler için geçerli değildir. Yine bu hüküm, özel bir içtima kuralı

<sup>185</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 603.; SOYASLAN; (2005), s. 522.; DEMİRBAŞ; (2006), s. 580.; ÖZBEK; (2005), s. 580.; ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 40.

<sup>186</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 603.

<sup>187</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 603.

<sup>188</sup>DEMİRBAŞ; (2006), s. 580.; MERAN; [www.yayin.adaleet.gov.tr/24\\_sayi\\_02.06.2009\\_s.4](http://www.yayin.adaleet.gov.tr/24_sayi_02.06.2009_s.4).

<sup>189</sup>ALDEMİR; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 38.

değildir<sup>190</sup>. Yani, TCK m. 61'de cezaların içtimai düzenlenmemiştir<sup>191</sup>. Kanunda alt ve üst sınırlar belirtilmemişse, genel kural geçerlidir. Eğer sadece alt veya sadece üst belirtilmişse yine genel kural geçerlidir (TCK m. 49, 52)<sup>192</sup>. Yargıtay, dolaylı olarak, toplam cezada genel sınırlama olan 20 yılın aşılabileceğine ilişkin karar vermiştir<sup>193</sup>.

## VIII – ADLİ PARA CEZASININ HESAPLANMASI

TCK'nun 52. maddesinde düzenlenen adli para cezası, bazen hapis cezasına seçenek bazen de hapis cezasının yanında bir yaptırım olarak kabul edilmiştir.

Adli para cezası, üç aşamada tespit edilir. İlk aşama; adli para cezasına esas alınacak gün sayısı belirlenir. Çünkü, artırma ve indirmeler gün üzerinden yapılır (TCK m. 61/8)<sup>194</sup>. İkinci aşama; failin ekonomik ve şahsi halleri dikkate alınarak belirlenen gün karşılığına uygulanacak parasal miktarın belirlenmesidir<sup>195</sup>. Üçüncü aşama; birinci aşamada belirlenen gün ile ikinci aşamada gün karşılığı öngörülen miktar (20 TL ile 100 TL arası) failin kişisel ve ekonomik duruma göre çarpılarak, sonuç adli para cezasının belirlenmesidir<sup>196</sup>. Yargıtay benzer kararlar vermiştir<sup>197</sup>.

Bir görüşe göre, temel gün belirlendikten sonra, bu temel gün 20 – 100 TL ile çarpılarak temel ceza belirlendikten sonra, artırım ve indirim bu parasal değer üzerinden yapılmalıdır<sup>198</sup>. **Özgenç'e göre**, temel gün belirlendikten sonra, artırım ve indirim, bu temel gün üzerinden yapıldıktan sonra en son gün 20 –

<sup>190</sup> ÖZTÜRK/ERDEM; (2005), s. 180.; ÇOLAK/ALTUN; Türk Ceza Hukukunda, s. 36, 37.

<sup>191</sup> HAFIZOĞULLARI; (2008), s. 498.; HAKERİ; (2007), s. 442.

<sup>192</sup> ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 974.; HAKERİ; (2007), s. 440.

<sup>193</sup> 5237 sayılı TCK'nun 49. maddesinin sonuç cezası değil, temel cezası gösterdiği halde; sanığa verilen cezanın, aynı Yasanın 61/7. maddesi uyarınca 30 yıl yerine 20 yıl olarak belirlenmesi karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. 5. CD 05, E: 2007/1367, K: 2007/2313, T: 27.03.2007.

<sup>194</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 604.

<sup>195</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 604.

<sup>196</sup> HAFIZOĞULLARI; (2008), s. 498.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 985.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 604.; ÖZGENÇ; (2007), s. 697.; HAKERİ; (2007), s. 442.; ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 216.

<sup>197</sup> Adli para cezası hesaplanırken, artırım ve indirimler gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur. 5. CD, E: 2007/1889, K: 2007/3308, T: 07.05.2007, YKD Ekim - 2007, s. 1964.

<sup>198</sup> ÇINAR, Ali Ruza; Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara, 2005, s. 87, 92.

100 TL ile çarpılarak sonuç gün bulunacaktır<sup>199</sup>. Bize göre de, belirlenen temel para cezasının üzerinden değil, belirlenen temel gün üzerinden gün olarak artırım ve indirim yapılarak sonuç gün bulunmakta ve bu sonuç gün, 20 -100 TL ile çarpılmalıdır. Yargıtay da benzer yönde kararlar vermiştir<sup>200</sup>.

**Centel/Zafer/Çakmut'a göre**, ülkede genel olarak nüfusun çoğunluğunun sabit gelire sahip olmaması nedeniyle, gün para cezası sisteminin uygulanması zor olacaktır<sup>201</sup>.

Ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarda, kazancın hesaplanamaması halinde, faile kazancın yanına kar olarak kalmaması için, hapis cezasının yanı sıra, adli para cezası da öngörülmüştür. Bu gibi düzenlemelerde adli para cezasının üst sınırı belirlenmişken alt sınır belirlenmemiştir. Alt sınır, TCK m. 52'de yer alan genel düzenleme gereği, 5 gün olarak kabul edilecektir<sup>202</sup>. Eğer, kazanç tespit edilirse, adli para cezası alt sınırdaki, tespit edilemezse, işlenen suç ile elde edilen gelir takdir edilerek, üst sınıra kadar bir miktar takdir edilebilecektir<sup>203</sup>.

Bize göre, adli para cezası suç karşılığında uygulanan bir cezadır. Oysa eşya ve kazanç müsadereyi suç karşılığında öngörülen bir ceza değil, bir güvenlik tedbiridir. Ancak, her ikisinin de ortak noktası, mülkiyetin Devlete geçmesidir. Yine her ikisinde de, failden ekonomik bir değer alınmaktadır. Bir suçta, hem adli para cezası hem de kazanç müsaderesinin uygulanması, suçlunun işlenen suç ile orantılı olmayan veya olmayabilecek bir ceza ve güvenlik tedbiri ile karşı karşıya kalmasına neden olunabilecektir. Ayrıca, güvenlik tedbiri, failin tehlikelilik halinin önlenmesi ve ıslahı amaçlı olması yanında, müsadere ile bu

<sup>199</sup>ÖZGENÇ; (2007), s. 697.

<sup>200</sup>5237 sayılı TCK.nun 61/8. maddesi uyarınca; temel para cezasının gün olarak belirlenmesi, artırıma ve indirimlerin gün üzerinden yapılması, adli para cezasının sonuç gün ile 52/2. maddesine göre saptanan gün karşılığı miktarın çarpılması suretiyle bulunması gerektiği gözetilmelidir. 10. CD, E: 2006/8375, K: 2006/11225, T: 09.10.2006, YKD Haziran – 2007, s. 1211.; 5237 sayılı Yasanın 61/8 maddesi uyarınca adli para cezası hesaplanırken, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırıma ve indirimlerin gün üzerinden yapılması gerekir. 2. CD, E: 2006/6346, K: 2006/12920, T: 04.07.2006, YKD Ekim - 2006, s.1691.; 5237 sayılı Kanunun 61/8. maddesi gereğince adli para cezasının hesaplanması sırasında, artırıma ve indirimlerin belirlenen tam gün sayısı üzerinden yapılıp, sonuç gün ile bir gün karşılığı tayin olunan miktarın çarpımı ile sonuç adli para cezasının bulunması gerekir. 11. CD, E: 2006/1228, K: 2006/2868, T: 10.04.2006, YKD Haziran – 2006, 1015.

<sup>201</sup>CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; (2005), s. 604.

<sup>202</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 217.

<sup>203</sup>ÜZÜLMEZ; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde, s. 217.

amacın nasıl bağdaştığını izah etmek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, özellikle ekonomik çıkar amaçlı işlenen suçlarda öngörülen müsadere hükümleri, güvenlik tedbirinden ziyade, adli para cezası gibi, maddi yaptırım olan bir ceza niteliği taşımaktadır.

### XIX - MAHSUP

Mahsup, TCK'nun 64. maddesinde, '**Hüküm kesinleşmeden önce** gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır' şeklinde düzenlenmiştir.

Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller ifadesi, gözaltı, yakalama, tutuklama gibi durumları ifade etmektedir. Hükmolunan hapis cezasından indirilir ifadesi, **aynı suçtan** dolayı geçirilen hürriyetten yoksun kalınma durumlarıdır<sup>204</sup>. Ancak, bazı koşulların varlığı halinde, başka suçtan dolayı gözlem altında, gözaltında, tutuklulukta geçen süreler, başka suçtan mahkûmiyet halinde, mahsup edilebilir.

Bunun için; a) Gözlem altında, gözaltında, tutuklulukta geçen suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmiş olmalı, b) Başka bir suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilmiş olmalıdır. c) Mahkûmiyet kararı verilen suçun, gözlem altında, gözaltında, tutuklulukta geçen suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilen suçtan daha önce işlenmiş olmalıdır<sup>205</sup>. Başka bir ifadeyle, tutuklu kalıp beraat ettiği suçun, mahkûm olduğu diğer suçtan daha sonra işlenmiş olması gerekir. Aksi halde, kişiye ileride işleyeceği suçtan dolayı daha önce tutuklu kalıp beraat ettiği suçtan dolayı açık çek verilmiş olur<sup>206</sup>. Yani, beraat edilen suç, mahkûm edilen suçtan sonra işlenmiş olması gerekir.

Kişi hakkında mahkûmiyet hükmü verilmemişse, yani, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmişse, ortada indirim yapılacak bir mahkûmiyet olmadığına göre, **bize göre**, CMK'nun m. 141/1 (e) bendine göre tazminat nedeni kabul edilmelidir.

<sup>204</sup> ÖZGENÇ; (2007), s. 708.

<sup>205</sup> ÖZGENÇ; (2007), s. 710.

<sup>206</sup> DEMİRBAŞ; (2006), s. 588.; ÖZGENÇ; (2007), s. 711.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; (2007), s. 998.

Kişi, adli kontrol tedbirine tabi tutulmuşsa, ancak, bu tedbirlerden 109/6'ya göre, 'Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek' durumlarında geçen süreler, mahsup edilecektir.

**Özgenç'e göre**, erteleme kararı verilmiş olsa bile, mahsup yapılmalıdır. Çünkü, denetim süresinde yeni bir suç işlendiği veya yükümlülükler uygun davranılmadığı zaman, ceza infaz edilecektir<sup>207</sup>. **Bize göre**, denetim süresinde yeni bir suç işlenmediği veya yükümlülükler uygun davranıldığı zaman, mahsup yapılmalıdır. Yani, ilk önce mahsup yapıp denetim süresi ona göre belirlenmelidir.

**Özgenç'e göre**, kısa süreli hapis cezası, seçenek yaptırımlardan adli para cezasına çevrilmişse, mahsup adli para cezası üzerinden yapılmalıdır<sup>208</sup>. Yazara göre, kişi hakkında hem hapis hem de adli para cezası hükmedilmişse, önce, hapis cezasından sonra da adli para cezasından mahsup yapılmalıdır<sup>209</sup>.

Mahsup ilkesi, uluslar arası hukuktaki uygulaması bakımından da önem taşımaktadır. TCK'nun 16. maddesine göre, 'Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede **gözetim altında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte** geçen süre, **aynı suçtan** dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir'. Bu hüküm, **Non bis in idem ilkesinin istisnasıdır**. 16. maddenin uygulanabilmesi için, **her iki fiilin de aynı olması** gerekmektedir. Oysa, 64. madde için, aynı olması gerekmemektedir<sup>210</sup>.

## X - SONUÇ

1) Kesintisiz suçta devam eden neticedir. Bu nedenle de, suçun unsuru olduğu için, suçun işleniş biçiminde dikkate alınmaması gerekir.

2) Suçun konusu, suçun unsuru olarak kabul edilecek olursa, bu durum, 61. maddede temel cezanın belirlenmesinde hiçbir zaman dikkate alınmaması gerekir. Çünkü, m.61/3'e göre çifte değerlendirme yasağı kapsamına girecektir. Suçun konusunun önemi ve değeri ifadesinden anlaşılması gereken, bazı suçlar

<sup>207</sup> ÖZGENÇ; (2007), s. 709.

<sup>208</sup> ÖZGENÇ; (2007), s. 709.

<sup>209</sup> ÖZGENÇ; (2007), s. 710.

<sup>210</sup> ÖZGENÇ; (2007), s. 711.

ile korunan hukuki değerin diğer bazı suçlara göre daha fazla önem taşımasıdır. Örneğin, hayat hakkına karşı işlenen suçlar ile şeref hakkına karşı işlenen suçlarda suçun konusunun önem ve değeri farklıdır. Ancak, her bir suçta da mutlaka suçun konusu önemli ve değerlidir. Çünkü, aksi halde, kanun koyucu, bu tür fiilleri yaptırım altına almazdı.

3) Suçlarda meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, hem temel cezanın belirlenmesi hem de teşebbüs aşamasında kalan suçlarda yer almaktadır. Mevcut düzenlemeye göre, çifte değerlendirme yasağını bu iki düzenleme bakımından ihlal edilmektedir.

4) Kast ve taksir, birer kusurluluk durumudur. Haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak kabul edilemez. Dolayısıyla, kast ve taksir, haksızlığın gerçekleşme şekliyle değil, kusurla ilintilidir. Bu nedenlerle, 1. maddenin (f) bendi gereksizdir. Bu gereksizlik, hem 2. madde hem de 3. madde bakımından ortaya çıkmaktadır. Çünkü, kast veya taksire dayalı kusurluluk şekli olmaksızın bir suç olamayacağı için, mutlaka kast veya taksir bir suçun unsuru olacağından, (5237 TCK'nun kusursuz / objektif sorumluluğu kaldırdığı kabul edilmektedir) 1. maddenin (f) bendi gereksizdir, malumun ilanıdır.

5) Kanunda artıma ve indirme ifadesi, birden çok artıma ve indirme olduğu zaman, sadece tek arttırma ve indirimin uygulanabileceği şeklinde yorumlanmasını gerektirmez. Bu nedenle, her bir artırım ve indirim neden ayrı ayrı uygulanır. Yani, ilk önce birinci artırım nedeni uygulanır çıkan sonuca göre ikinci ve diğer artırım nedenleri bir önceki sonuca göre uygulanır. Aynı usul cezayı azaltan indirim nedenleri için de geçerli olacaktır.

6) Çifte değerlendirme yasağı, bir durumun (konunun) suçun unsuru olması halinde temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması şeklindeki kanun hükmü ile sınırlı değil, cezanın belirlenmesinde fail aleyhine birden çok kez değerlendirilmeme şeklinde daha geniş olarak anlaşılmalıdır.

7) Takdiri indirim nedeni, bazen kanuni indirim nedenlerinden çok daha fazla etkiye sahip olabilir. Örneğin, TCK m. 62/1'e göre, 'Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir'. Bu durumda, kanuni indirim nedenleri ile bile öngörülme-yen bir indirim nedeninin hâkime tanınmış

olacağı sonucu ortaya çıkacaktır ki, bunu suç ve ceza siyaseti ile açıklamak mümkün değildir.

8) Takdiri indirim nedenleri başlığı taşıyan TCK m. 62/1'de yer alan ifade, emir kipindedir. Yani, takdir hakkını ortadan kaldırmakta, indirimi zorunlu kılmaktadır. Bu ise, maddenin kenar bağılığı ile içeriğinin farklı ya da çelişkili olmasına neden olmaktadır. Bu düzenleme karşısında, TCK m. 62, takdiri indirim nedenleri değil, kanuni indirim nedenlerini düzenleyen bir madde niteliğindedir. Her ne kadar, indirim nedenlerinin neler olacağı konusunda hâkime takdir yetkisi verilmişse de, ne kadar indirim yapılacağı konusunda takdir yetkisi verilmemiştir.

9) Kanunda takdiri indirim nedeni kabul edilip, takdiri artırım nedeni kabul edilmediği için, failin suçtan sonra ve yargılama sürecindeki olumsuz davranışları, hâkime cezanın artırılmasında takdir hakkı vermemektedir. Bu durum, temel cezanın belirlenmesinde, cezanın altı sınırdan yukarıda belirlenmesinde de, etkisi olmaması gerekir. Çünkü, bu durumu düzenleyen TCK m. 61/1'de bu konuya yer verilmemiştir.

## KAYNAKÇA

ALDEMİR, Hüsnü; Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Kasım, 2006.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007.

CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005.

CENDEL, Nur; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan, İzmir, 2001.

ÇINAR, Ali Ruza; Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara, 2005.

ÇOLAK, Harun/ALTUN, Uğurtan; Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları, Adalet Dergisi, Sayı 30, Ocak – 2008.

ÇOLAK, Harun/ALTUN, Uğurtan; Türk Ceza Hukukunda Ceza Yaptırımının Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Normatif Düzenlemeler, Adalet Dergisi, Sayı 29, Eylül, 2007.



- DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2006.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, İstanbul, 1997.
- GEDİK, Doğan; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim Olan İlkeler, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık, 2006.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki; Cezanın Tayin Edilmesi, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1989.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2008.
- HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007.
- KAYIHAN, İçel/SOKULLU – AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami; İçel Yaptırım Teorisi, İstanbul, 2002.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008.
- MERAN, Necati; Yeni Türk Ceza Kanununda Cezanın Belirlenmesi, [www.yayin.adalet.gov.tr/24\\_sayi](http://www.yayin.adalet.gov.tr/24_sayi), 02.06.2009.
- OTACI, Cengiz; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim Ve Uygulanması, Adalet Dergisi, Yıl 98, Sayı 26, Eylül 2006.
- ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, II – III İstanbul, 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Genel Hükümler, (m. 1 – 75), Ankara, 2005.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, Ankara, 2005.
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık; Ankara, 1999.
- SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2005.
- SOYASLAN, Doğan; Teşebbüs Suçu, Ankara, 1994.
- SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, İstanbul, 1994.
- ÜZÜLMEZ, İlhan; Yeni Ceza Kanunu'nun Siteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, E.Ü.H.F.D, Cilt X, Sayı 3 – 4, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, Erzincan, 2006.

# TOMİMARU DAVASI: MÜSADERENİN GECİKMEKSİZİN SERBEST BIRAKMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİLERİ

Dr. Derya AYDIN OKUR\*

## I. GİRİŞ

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin<sup>1</sup> (UDHM) 6 Ağustos 2007 tarihli "Tomimaru Davası" Kararı<sup>2</sup>, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi<sup>3</sup> (BMDHS) uyarınca gemilerin serbest bırakılması usulü ile ilgilidir. Japonya ile Rusya Federasyonu arasındaki Tomimaru Davası'nın merkezi sorunu, kıyı devleti tarafından bir geminin müsadere edilmesinin, 1982 BMDHS uyarınca devletlerin gemiyi teminat üzerine gecikmeksizin serbest bırakma yükümlülüğüne etkileridir.

Japonya, Rusya Federasyonu'nun 1982 BMDHS'nin 73/2. maddesindeki yükümlülüklerini ihlal ederek, Tomimaru gemisinin alıkonulduğu iddiasıyla, aynı sözleşmenin 292. maddesine göre UDHM'ye başvurmuştur. Japonya UDHM'nin; başvuruyu incelemede 292. maddeye göre yetkili olduğuna, başvurunun kabul edilebilir olduğuna, iddiasının mesnetli olduğuna, Rusya Federasyonu'nun BMDHS'nin 73/2. maddesindeki yükümlülüğünü ihlal ettiğine dair karar vermesini ve Rusya Federasyonu'nun Tomimaru gemisini serbest bırakmasını emretmesini istemiştir. Davalı Rusya Federasyonu ise cevap beyanında, UDHM'nin, Japonya'nın başvurusunda belirttiği talepleri reddetmesini ve Japonya'nın başvurusunun kabul edilemez olduğuna ya da Japonya'nın iddialarının mesnetsiz olduğuna ve Rusya Federasyonu'nun

---

\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> International Tribunal for the Law of the Sea. Ayrıntılı bilgi için bkz. [www.itlos.org](http://www.itlos.org) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009)

<sup>2</sup> The "Tomimaru" Case (Japan v. Russian Federation), Judgment of 6 August 2007. Karar için bkz. [www.itlos.org](http://www.itlos.org) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009)

<sup>3</sup> United Nations Convention on The Law of the Sea, Montego Bay, 10 Aralık 1982. Sözleşme metni için bkz. 21 ILM 1245 (1982). Ayrıca bkz. [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_overview\\_convention.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009) 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmeye Türkiye taraf değildir.

BMDHS'nin 73/2. maddesindeki yükümlülükleri yerine getirdiğine dair karar vermesini istemiştir.

## II. OLAYIN İNCELENMESİ

### A. Tomimaru'nun Denetlenmesi

Tomimaru, Japonya'da tescil edilmiş bir şirket olan Kanai Gyogyo Co.'nun donatanı ve işleteni olduğu bir balıkçı gemisidir. Tomimaru, alıkonulma zamanında Japon bayrağı taşımaktadır. 31 Ekim 2006 tarihinde Tomimaru, Rusya'nın münhasır ekonomik bölgesinde avlanırken, bir devriye botundaki subaylar tarafından gemiye çıkılmış ve Rusya Federasyonu Federal Güvenlik Servisi Kuzeydoğu Sınırı Sahil Güvenlik Müdürlüğü memurları tarafından denetlenmiştir. *Yapılan incelemede Rus makamları tarafından verilen balıkçılık lisansında belirtilen kotadan fazla miktarda balık avlandığı tespit edilmiştir.*<sup>4</sup> Daha ileri araştırma için geminin rotası Avanchinskiy Koyu'na çevrilerek gemiye refakat edilmiştir. Daha sonra yapılan incelemelerde de kotayı aşan miktarda balık avlandığı doğrulanmış ve gemide bazı yasak balık türlerinin de bulunduğu bildirilmiştir.<sup>5</sup> Rusya Federasyonu Japonya Başkonsolosluğu'na, canlı kaynaklara verilen zararı 8,800,000 ruble olarak bildirmiştir.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Yetkili Rus makamları tarafından Tomimaru'ya verilen balıkçılık lisansına göre, gemiye 1 Ekim - 31 Aralık 2006 tarihleri arasında Rusya Federasyonu'nun münhasır ekonomik bölgesinde bulunan Bering Denizi'nin batı bölgesinde *walleye pollack* ve *herring* avlama izni verilmiştir. Balıkçılık lisansında belirlenen kota 1,163 ton *walleye pollack* ve 18 ton *herring*dir. Kuzeydoğu Sınırı Sahil Güvenlik Müdürlüğü'nden Kamchatka'daki Doğa Koruma Bölgelerarası Savcılığı Ofisi'ne gönderilen 5 Kasım 2006 tarihli yazıya göre, gemi ambarlarının incelenmesi sonucu 5.5 ton *walleye pollack* bulunduğu açığa çıkmıştır. Bkz. *Tomimaru Case, Judgment of 6 August 2007*, par. 24.

<sup>5</sup> Vladivostok'ta bulunan Japonya Başkonsolosluğu'na, Rusya Federasyonu Dışişleri Bakanlığı'nın Petropavlovsk-Kamchatskii'deki Temsilci Ofisi tarafından 9 Kasım 2006 tarihli bir yazı ile, Tomimaru'nun 8 Kasım 2006 tarihinde yapılan denetim sonucunda, geminin güvertesinde gemi jurnalinde listeye geçirilmemiş en az 20 ton kadar *walleye pollack* ve tutulması yasaklanan bazı tür balık ürünlerinin bulunduğu bildirilmiştir.

<sup>6</sup> 22 Aralık 2006 tarihli bir yazı ile Kamchatka'da bulunan Doğa Koruma Bölgelerarası Savcılığı Ofisi, Vladivostok'ta bulunan Japonya Başkonsolosluğu'na, yasa dışı şekilde yakalanan balığın tam miktarının 62,186.9 kg olarak tespit edildiği ve Rusya Federasyonu'nun canlı deniz kaynaklarına verilen zararın 8,800,000 ruble (yaklaşık 345.000 ABD doları) olduğu konusunda bildirimde bulunmuştur. Bkz. *ibid.*, par. 25.

## **B. Rusya Federasyonu Tarafından Kovuşturmanın Başlatılması**

8 Kasım 2006 tarihinde Savcılık tarafından *Tomimaru'nun kaptanına karşı*, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nu md. 253/2 uyarınca<sup>7</sup> münhasır ekonomik bölgede bulunan doğal kaynakları izinsiz kullanarak canlı deniz kaynaklara 8,500,000 rubleden az olmayan miktarda büyük çevresel zararlara sebep olma gerekçesiyle *ceza davası açılmıştır*.<sup>8</sup> Tomimaru, maddi delil olarak değerlendirilmiş ve Avachinskiy Koyu'nda alıkonulmuştur.

Tomimaru ile avlanılanların, yasadışı olduğu iddia edilen kısmı Rus yetkililerince müsadere edilmiştir. Avlanılanların geri kalanı donatanın temsilcisi tarafından satılmış ve değeri donatana iade edilmiştir. Soruşturmanın tamamlanmasının ardından diğer mürettebatın Rusya Federasyonu'ndan ayrılmasına izin verilmiştir. Rusya Federasyonu İdari Suçlar Kanunu'nun 8.17/2. maddesinin<sup>9</sup> ihlali sebebiyle 14 Kasım 2006'da *donatana karşı idari dava açılmıştır*.

---

<sup>7</sup> Rusya Federasyonu'nun Ceza Kanunu'nun 253. maddesinin 2. paragrafı şu şekildedir: Rusya Federasyonu'nun kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde bulunan doğal kaynakları uygun ruhsat olmaksızın araştırma, arama ve kullanma; yüz bin rubleden beşyüz bin rubleye kadar para cezası; veya suçlunun bir yıldan üç yıla kadar bir süredeki ücreti veya diğer geliri kadar para cezası; veya iki yıla kadar ıslah edici çalışma cezası ile belirli görevlere devam etme hakkından ya da belirli faaliyetlerde bulunma hakkından üç yıla kadar mahrumiyet ile ya da bu tür bir mahrumiyet olmaksızın cezalandırılacaktır. Bkz. *ibid.*, par. 27.

<sup>8</sup> Bu durum Rusya Federasyonu Savcılık Ofisi tarafından Vladivostok'taki Japon Başkonsolosluğu'na gönderilen 1 Aralık 2006 tarihli yazıyla bildirilmiştir. Bkz. *ibid.*, par. 26.

<sup>9</sup> İdari Suçlar Kanunu'nun 8.17nci maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: "Akuatik biyolojik canlı kaynakların avlanması ve korunmasına ilişkin kuralların veya su kullanım ruhsatı şartlarının veya Rusya Federasyonu'nun iç suları, karasuları, kıta sahanlığı ya da münhasır ekonomik bölgesindeki akuatik biyolojik canlı kaynakları avlama ruhsatı şartlarının ihlali, idari ceza verilmesini gerektirecektir. Vatandaşlara verilecek idari ceza, geminin ve idari suçun işlenmesinde kullanılan diğer araçların müsadere edilmesiyle birlikte ya da müsadere edilmeksizin, idari suçun konusu olan akuatik biyolojik canlı kaynakların yarı fiyatından tam fiyatına kadar olan tutar olacaktır. Memurlara verilecek idari ceza, geminin ve idari suçun işlenmesinde kullanılan diğer araçların müsadere edilmesiyle ya da müsadere edilmeksizin, idari suçun konusu olan akuatik biyolojik canlı kaynakların fiyatının bir katından birbuçuk katına kadar olacaktır. Tüzel kişilere verilecek idari ceza, geminin ve idari suçun işlenmesinde kullanılan diğer araçların müsadere edilmesiyle birlikte ya da müsadere edilmeksizin, idari suçun konusu olan akuatik biyolojik canlı kaynakların fiyatının iki katından üç katına kadar olacaktır." Bkz. *ibid.*, par. 32.

### C. Teminatın Tespit Edilmesi

8 Aralık 2006 tarihinde donatan Doğa Koruma Bölgelerarası Savcılığı Ofisi'ne geminin serbest bırakılması için bir teminat tespit edilmesi talebinde bulunmuştur.<sup>10</sup> Bölgelerarası Savcılığı Ofisi tarafından gönderilen 12 Aralık 2006 tarihli Rusya Federasyonu'na verilen zararın, 8,800,000 ruble olduğu, teminatın yatırılması durumunda Tomimaru'nun serbest kullanımının Bölgelerarası Savcılığı Ofisi tarafından engellenmeyeceği belirtilmiştir. Ancak teminat ödenmemiştir.

14 Aralık 2006 tarihinde donatan, Kuzeydoğu Sınırı Sahil Güvenlik Müdürlüğü'ne gönderdiği dilekçede Doğa Koruma Bölgelerarası Savcılığı Ofisi'nin, gemi kaptanına karşı açılan ceza davasında, teminat miktarını belirlediğini belirtmiş ve geminin *donatanına karşı açılan idari suçlar davası için bir teminat miktarı belirlenmesini* istemiştir. Donatana bu konunun Petropavlovsk-Kamchatskii Şehir Mahkemesi tarafından ele alındığının bildirilmesinin ardından, donatan idari usul ile ilgili olarak Petropavlovsk-Kamchatskii Şehir Mahkemesi'ne de teminat hakkında benzer bir talepte bulunmuştur.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> *Teminatın tespitine ilişkin olarak 8 Aralık 2006 tarihinden önce de bazı yazışmalar olmuştur:* 30 Kasım 2006'da Yokei Suisan şirketinin -bu şirket alıkonulan bir diğer balıkçı gemisi olan Youkeimaru'nun sahibidir- bir temsilcisi, içlerinde Tomimaru'nun donatanının da olduğu ("Kanai Gyogyo") üç Japon şirketine karşı açılan davalarla ilgili olarak Kuzeydoğu Sınırı Sahil Güvenlik Müdürlüğü'ne bir yazı göndermiştir. Yazıda kaptanların eylemlerinden ötürü özür dilenmiş; Rus kanunlarının öngördüğü tüm uygun cezaların ödeneceği garanti edilmiş ve Rusya tarafınca saptanacak teminatın yatırılmasının ardından gemilerin serbest bırakılması imkanının dikkate alınması talep edilmiştir. Kuzeydoğu Sınırı Sahil Güvenlik Müdürlüğü bu talebe cevap olarak, 14 Aralık 2006'da Vladivostok'ta bulunan Japon Başkonsolosluğu'na bir yazı göndermiş ve Başkonsolosluğun ilgili şirketlerin temsilcilerine, konunun Kamchatka'daki Doğa Koruma Bölgelerarası Savcılığı Ofisi tarafından ele alındığını bildirmesini istemiştir. Doğa Koruma Bölgelerarası Savcılığı Ofisi tarafından Japon Başkonsolosluğu'na gönderilen 1 Aralık 2006 tarihli yazıda da, donatanın, maruz kalınan zararlar orantılı bir senet temin etmek için henüz başvuruda bulunmadığı ve alıkonulan gemilerin serbest bırakılmasına ilişkin kararın, donatanlara karşı açılan idari suçlar konusundaki davalara ilişkin hukuki masrafları da içeren bir senedin yatırılmasının ardından verileceği belirtilmiştir. Bkz. *ibid.*, par. 33-35.

<sup>11</sup> Bkz. *Tomimaru Davası Kararı*, par.37. Geminin donatanı tarafından yapılan eylemlere ek olarak, Japon hükümeti de Vladivostok'ta bulunan Başkonsolosluğu ve Moskova'daki elçiliği aracılığıyla geminin ve kaptanının gecikmeksizin serbest bırakılması için birkaç kez talepte bulunmuştur.

19 Aralık 2006 tarihli karar ile Şehir Mahkemesi, Tomimaru için makul bir teminat belirlenmesi konusundaki talebi, İdari Suçlar Kanunu uyarınca, teminat yatırılmasının malın serbest bırakılmasını sağlamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>12</sup>

#### D. Rusya Federasyonu Mahkemelerindeki Diğer Gelişmeler

Petropavlovsk-Kamchatskii Şehir Mahkemesi, 28 Aralık 2006 tarihinde donatana karşı açılan dava hakkında, para cezası ile birlikte *geminin müsadere edilmesine karar vermiştir*<sup>13</sup>. Donatan 6 Ocak 2007 tarihinde Kamchatka Bölge Mahkemesi'nde temyize başvurmuştur. Kamchatka Bölge Mahkemesi, Petropavlovsk-Kamchatskii Şehir Mahkemesi'nin Tomimaru'nun müsaderesine ilişkin kararını, 24 Ocak 2007 tarihinde onaylamıştır. Donatan daha sonra Kamchatka Bölge Mahkemesi'nin kararına ilişkin olarak 26 Mart 2007 tarihinde *kararın yeniden incelenmesi için başvuruda bulunmuştur*. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ndeki inceleme devam ettiği sırada, Japonya tarafından UDHM'ye başvuru yapılmıştır.

Federal Mallar İdaresi Federal Dairesi tarafından verilen 9 Nisan 2007 tarihli emir gereğince, Tomimaru'ya devlet tarafından el konulmuş ve Rusya Federasyonu'nun malı olarak Federal Mallar Sicili'ne kaydedilmiştir. Kaptana karşı açılan davaya ilişkin olarak, Petropavlovsk-Kamchatskii Şehir Mahkemesi 15 Mayıs 2007 tarihinde kaptanın para cezasına çarptırılmasına ve verilen

<sup>12</sup> Şehir Mahkemesi'nin kararına göre; "İdari suçlar yargılamasının yapılabilmesini sağlayacak tedbirler, Rusya Federasyonu İdari Suçlar Kanunu'nun 27.1 ve 27.14 maddeleri uyarınca geminin alıkonulması yoluyla alınmıştır. Rusya Federasyonu İdari Suçlar Kanunu hükümleri, idari suçlar davasının sanığı tarafından teminat miktarının yatırılması üzerine bir malın serbest bırakılması imkanı vermemektedir. İdari Suçlar Kanunu'nun 29.10(3) maddesine göre, bir malın alıkonulmasına, mala el konulmasına ilişkin meseleler idari suçlar davasının kararında çözüme bağlanacaktır." İdari Suçlar Kanunu'nun 29.10(3)ncü maddesine göre ise; "İdari suça ilişkin bir dava hakkındaki karar, müsadere veya el koyma şeklinde bir idari ceza verilmemişse ya da verilemeyecekse; alıkonulan parçalar ve belgelerle, tutuklu bulunan parçalara ilişkin meseleleri halledecektir." Bkz. *ibid.*, par. 39-41.

<sup>13</sup> "Kanai Gyogyo Co. Şirketi'nin Rusya Federasyonu İdari Suçlar Kanunu'nun 2. Bölüm madde 8.17'e göre idari suç işlemek sebebiyle sorumlu olduğu kabul edilmiş ve idari suçun konusu olan biyolojik akuatik kaynakların değerinin iki katı tutarında bir para cezası olarak, 2,865,149 ruble ve 40 kopecks tutarında idari ceza verilmesine ve 53. Tomimaru gemisinin her türlü teknik ve diğer ekipmanları, haberleşme tesisatı, kurtarma araçları ve tertibatının müsadere edilmesine karar verilmiştir." Bkz. *ibid.*, par.42.

zararın ödenmesine karar vermiştir. Kaptan para cezasını ödemiş ancak zararları ödememiştir. 30 Mayıs 2007 tarihinde kaptanın Japonya'ya gitmek üzere Petropavlovsk-Kamchatskii'den ayrılmasına izin verilmiştir.

Rusya Federasyonu 26 Temmuz 2007 tarihinde UDHM'e, Yüksek Mahkeme'nin Tomimaru'nun müsaderesi ile ilgili dilekçeyi "... kararın yeniden gözden geçirilmesi için bir sebep bulunmaması sebebiyle" reddettiğini bildirmiştir.<sup>14</sup>

### III. UDHM'İN YETKİSİ

UDHM'nin yetkili olması için karşılanması gereken şartlar 1982 BMDHS'nin 292. maddesinde belirtilmektedir. "Gemilerin ve Mürettebatın Gecikmeksizin Serbest Bırakılması" başlıklı bu maddeye göre;

"1. Bir taraf devletin yetkililerinin, başka bir taraf devletin bayrağını taşıyan bir gemiyi tutukladığı ve tutuklamayı yapan devletin makul bir teminatın veya diğer bir mali güvencenin yatırılması üzerine gemiyi ve mürettebatını gecikmeksizin serbest bırakmasını öngören Sözleşme hükümlerine uymadığının iddia edildiği durumlarda, *tutukluluktan kurtarma sorunu; tarafların üzerinde mutabık kaldıkları herhangi bir mahkemeye veya yargı yerine veya, tutuklama zamanından itibaren 10 gün içinde böyle bir anlaşmaya varılmaması halinde, tutuklayan devletin 287. maddeye göre kabul ettiği bir mahkeme veya yargı yerine veya Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'ne sunulabilir.* Ancak taraflar bunun aksini de kararlaştırabilirler.

2. Serbest bırakma ile ilgili müracaat sadece geminin bayrağını taşıdığı devlet tarafından veya onun adına yapılabilir.

3. Mahkeme veya yargı yeri, gecikmeksizin serbest bırakma ile ilgili müracaatı inceleyecek ve gemi, gemi sahibi veya gemi mürettebatı aleyhine yetkili bir ulusal mercide görülen *herhangi bir davanın esasına halel getirmeksizin*, sadece serbest bırakma konusunu ele alacaktır. Tutuklamayı yapan devletin yetkilileri, herhangi bir zamanda gemiyi, mürettebatını serbest bırakmakta yetkilidir.

4. Mahkeme veya yargı yerinin saptadığı *teminat veya diğer mali güvencenin yatırılması üzerine tutuklamayı yapan devletin yetkilileri, geminin veya mürettebatının serbest bırakılması ile ilgili mahkeme veya yargı yeri kararına uyacaklardır.*"

<sup>14</sup> Bkz. *ibid.*, par.46.

Japonya ve Rusya Federasyonu 1982 BMDHS'ye taraftır.<sup>15</sup> Tomimaru'nun bayrak devleti olarak Japonya'nın statüsüne Rusya Federasyonu tarafından karşı çıkılmamıştır. Bununla birlikte Rusya Federasyonu, müsadere yoluyla geminin mülkiyetinin değişmiş olmasının başvuru konusuz bıraktığı görüşündedir.

Japonya 1982 BMDHS'nin 73/2. maddesindeki "Tutuklanan tekneler ve onların mürettebatı, makul bir teminat veya diğer bir mali güvencenin verilmesi üzerine gecikmeksizin serbest bırakılacaklardır" hükmüne Rusya Federasyonu'nun riayet etmemiş olduğunu ve bu sebeple başvurunun 1982 BMDHS'nin 292. maddesi kapsamına girdiğini iddia etmiştir. UDHM, Japonya'nın başvurusundaki iddianın, 292/1. madde kapsamında olduğunu kabul etmiştir.<sup>16</sup>

Davalı Rusya Federasyonu, Kamchatka Bölge Mahkemesi'nin Tomimaru'nun müsaderesini onaylayan kararının,<sup>17</sup>1982 BMDHS md.292 uyarınca Japonya'nın başvurusunu konusuz bıraktığını iddia etmiştir. Rusya Federasyonu'na göre, UDHM, md. 292/3 uyarınca, serbest bırakmaya ilişkin başvuruları incelerken; bir gemiye, geminin sahibine ya da mürettebatına karşı, uygun bir yerel mahkemede görülen hiçbir davanın esasına zarar vermeksizin, yalnızca serbest bırakma sorunu ile ilgilenmelidir. Rusya Federasyonu, davanın esasa ilişkin olarak yetkili bir ulusal mercide görülmüş olduğunu, bu merci

<sup>15</sup> Japonya tarafından 20 Haziran 1996 tarihinde onaylanan sözleşme, 20 Temmuz 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Rusya Federasyonu tarafından 12 Mart 1997 tarihinde onaylanan sözleşme, 11 Nisan 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>16</sup> Bkz. *ibid.*, par. 56. Davalı Rusya Federasyonu, geminin gecikmeksizin serbest bırakılmasına ilişkin bu başvurunun kabul edilemez olduğunu, davacı Japonya'nın maruzatının çok belirsiz ve genel olduğunu iddia etmiştir. Davalıya göre davacının maruzatı ne UDHM'nin gerektiği gibi mütalaa etmesine ne de davalının cevap vermesine izin vermektedir. Ayrıca davalı, UDHM'nin 1982 BMDHS md.292 uyarınca, tutuklu gemilerin serbest bırakılmasının gerektiği şartları ve koşulları belirlemede yetkili olmadığını iddia etmiştir. UDHM'nin yalnızca geminin ve mürettebatının serbest bırakılması için yatırılacak teminat ya da diğer mali güvencenin miktarını, özelliğini ve şeklini belirlemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. *ibid.*, par. 57.

<sup>17</sup> Rusya Federasyonu, 28 Aralık 2006 tarihinde Petropavlovsk-Kamchatskii Şehir Mahkemesi'nin, geminin müsadere edilmesi gerektiğine ve 2.685.149.5 ruble (yaklaşık US\$ 112.000) para cezasının gemi sahibi tarafından ödenmesi gerektiğine karar verdiğini ve bu kararın 24 Ocak 2007 tarihinde, donatanın temyize başvurduğu Kamchatka Bölge Mahkemesi tarafından onaylandığını belirtmiştir. Bkz. *ibid.*, par. 60.



tarafından verilen kararın yürürlüğe girip<sup>18</sup> infaz edilmiş olduğunu<sup>19</sup> belirtmiştir. Sonuç olarak Rusya Federasyonu'na göre UDHM, geminin gecikmeksizin serbest bırakılmasına ilişkin Japonya tarafından yapılan başvuruyu inceleme yetkisine sahip değildir.

Davacı Japonya, müsaderecinin nihai olarak değerlendirilemeyeceğini iddia etmiştir. Davacı, Tomimaru'nun donatanının, Kamchatka Bölge Mahkemesi'nin kararının yeniden incelenmesi için Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ne başvurduğunu ve konunun henüz karara bağlanmamış olduğunu belirtmiştir.<sup>20</sup>

Davalı Rusya Federasyonu ise Yüksek Mahkeme'ye yapılan başvurunun bir temyiz değil, yeniden inceleme usulüne göre geminin donatanı tarafından sunulan bir şikayet olduğunu iddia etmiştir. Rusya Federasyonu, bu tür bir şikayetin Kamchatka Bölge Mahkemesi'nin hükmünü askıya almadığını; bu usulün esas amacının, hukuk kurallarının uygulanmasında yeknesaklığı temin etmek olduğunu belirtmiştir. Rusya Federasyonu, temyiz sırasında onaylanan kararların ancak, taraf olunan uluslararası antlaşmalar ve uluslararası hukukun evrensel olarak kabul edilmiş prensipleri ve kuralları tarafından ilan edilmiş insan hakları, medeni haklar ve özgürlükleri, belirsiz sayıdaki kişilerin haklarını ve meşru menfaatlerini ya da diğer kamu menfaatlerini ihlal etmesi durumunda, yeniden inceleme sırasında bozulabileceğini belirtmiştir.<sup>21</sup>

Japonya, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ndeki usulün nitelendirilme biçimi ne olursa olsun, bu davanın halen devam ettiğini ve

<sup>18</sup> Rusya Federasyonu, Yüksek Mahkeme'den gönderilen ve temyize gidilen davalardaki idari suçlara ilişkin karar ve hükümlerin yürürlüğe girmesi konusunda açıklık getiren 20 Ağustos 2003 tarihli yazıda "eğer bir konu, sulh hakimi ya da benzer statüdeki bir hakim tarafından ele alınmışsa, onun kararı ya da hükmü Rusya Federasyonu İdari Suçlar Kanunu'nun 30.2-30.8 maddeleri uyarınca temyiz edilebilir" denildiğini ve böylelikle Kamchatka Bölge Mahkemesi'nin kararının, doğrudan karar verildiği tarihte, yani 24 Ocak 2007'de yürürlüğe girdiğini belirtmiştir. Bkz. *ibid.*, par. 60.

<sup>19</sup> Rusya Federasyonu, Petropavlovsk-Kamchatskii Şehir Mahkemesi'nin hükmünün yürürlüğe girmesinin ardından, Kamchatskii Bölgesindeki Federal Mallar İdaresi Federal Dairesi'nin 9 Nisan 2007 tarihli kararı uygulayarak, Mahkemenin kararı uyarınca müsadere edilen Tomimaru'yu Rusya Federasyonu'nun malı olarak Federal Mallar Siciline dahil ettiğini belirtmiştir. Bkz. *ibid.*, par. 61.

<sup>20</sup> Bkz. *ibid.*, par. 62.

<sup>21</sup> Bkz. *ibid.*, par. 63.

Yüksek Mahkeme'nin 24 Ocak 2007 tarihli Kamchatka Bölge Mahkemesi kararını bozabileceğini iddia etmiştir.<sup>22</sup>

Duruşmanın kapanmasının ardından, Rusya Federasyonu 26 Temmuz 2007 tarihinde UDHM'ye, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Tomimaru'nun müsaderesine ilişkin kararın yeniden incelenmesi ile ilgili şikayeti reddettiğini bildirmiştir.<sup>23</sup>

UDHM, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin kararının, yerel mahkemelerdeki yargılamaları sona erdirdiğini, Yüksek Mahkeme'nin kararının bildirilmesinin ardından Davacının Tomimaru'nun müsaderesinin nihai olmadığı iddiasında bulunmadığını belirtmiş, ayrıca yasal sürecin gereklerine dair uluslararası standartlara uygunsuzluğun ileri sürülmediğini ve müsadere ile sonuçlanan yargılamanın ulusal ya da uluslararası yollara başvurma imkanına engel olduğu gibi bir iddiada bulunulmadığını ifade etmiştir.<sup>24</sup>

#### IV. KARAR

UDHM, 1982 BMDHS md. 292 uyarınca, gemiyi serbest bırakma kararının, uygun yerel mercide görülen yargılamayı sonuçlandıran karara aykırı düşeceği ve ulusal yetkilere tecavüz edeceği, böylelikle de md. 282/3'ü ihlal edeceği görüşünde olduğunu belirterek, oybirliği ile, *Japonya tarafından yapılan geminin gecikmeksizin serbest bırakılması başvurusunun artık hiçbir konusunun kalmadığı* hükmüne varmıştır.<sup>25</sup>

#### V. DEĞERLENDİRME

Tomimaru Davası'nın esas sorununu teşkil eden müsadere konusu, gerek tarafların iddia ve savunmaları gerekse UDHM'nin değerlendirmelerinde çeşitli boyutlarıyla ele alınmıştır. UDHM'nin Tomimaru Davası'na ilişkin kararını verirken ortaya koyduğu bazı görüşlerin ayrıntılı olarak incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Zira kararın oybirliği ile verilmesine karşın, yargıçların kararda yer alan bazı hususlarda farklı görüşlerde olmaları, 1982 BMDHS'nin konuyla ilgili maddelerinin ve bazı kavramların bir kez daha aydınlatılmasını gerekli kılmaktadır. Tomimaru Davası'ndan önce de gemiyi alıkoyan devletin,

<sup>22</sup> Bkz. *ibid.*, par. 65.

<sup>23</sup> Bkz. *ibid.*, par. 66.

<sup>24</sup> Bkz. *ibid.*, par. 79.

<sup>25</sup> Bkz. *ibid.*, par. 80-82.

geminin gecikmeksizin serbest bırakılması başvurusunu geminin müsadere edilmesine dayanarak reddettiği olmuştur.<sup>26</sup> Ancak Tomimaru Davası'nda müsadere konusu UDHM tarafından ilk kez doğrudan ve ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

UDHM müsadere eden etkilerini incelerken, iki sorunun ayırt edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bunlar; müsadere eden geminin uyruklığı üzerinde etkisinin olup olamayacağı sorunu ve müsadere eden bir geminin gecikmeksizin serbest bırakılması başvurusunu konusuz bırakıp bırakmayacağı sorunudur.

Davacı Japonya, Tomimaru'nun uyrukluğuna ilişkin durumun, Rusya Federasyonu tarafından müsadere edilmiş olsa bile aynı kalacağını belirtmiştir. Davacı, tutuklanan gemilerin müsadere edilmesinin, UDHM'nin gecikmeksizin serbest bırakmaya ilişkin yetkisini engelleme imkanı vermesi halinde, 1982 BMDHS'de yer alan gecikmeksizin serbest bırakmaya ilişkin yükümlülüklerin tüm pratik anlamını yitireceğini ifade etmiştir.<sup>27</sup>

Müsadere genel anlamda mülkiyetin müsadere eden devlete geçmesi ile sonuçlanmaktadır. 1982 BMDHS md.292 uyarınca geminin gecikmeksizin serbest bırakılması başvurusu, yalnızca başvurunun yapıldığı sıradaki bayrak devleti tarafından ya da bayrak devleti adına yapılabilmektedir. Müsadere eden geminin uyruklığı üzerindeki etkisi konusunda UDHM, müsadere eden geminin mülkiyetini değiştirdiğini, geminin mülkiyeti ve geminin uyrukluğunun farklı konular olduğunu;<sup>28</sup> bir geminin müsadere eden bayrağın otomatik değişimi ya da kaybı sonucunu kendi başına doğurmayacağını ifade etmiştir. Ancak UDHM, davalı Rusya Federasyonu'nun, Tomimaru'nun bayrağının değiştiğine ya da

<sup>26</sup> Grand Prince Davası'nda Fransa, Juno Trader Davası'nda Guinea-Bissau da geminin teminat üzerine serbest bırakılması yükümlülüğünün, geminin müsadere edilmiş olması sebebiyle konusuz kaldığını ileri sürmüşlerdir. Grand Prince Davası için bkz. The "Grand Prince" Case (Belize v. France), Prompt Release, Judgment of 20 April 2001; Juno Trader Davası için bkz. The "Juno Trader" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Prompt Release, Judgment of 18 December 2004. Bkz. [www.itlos.org](http://www.itlos.org) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009).

<sup>27</sup> Bkz. **Tomimaru Davası Kararı**, par. 65.

<sup>28</sup> Bir devlet ile bu devletin bayrağını taşıma hakkı olan bir gemi arasındaki uyrukluk bağı, 1982 BMDHS md. 94'te belirtilen karşılıklı haklar ve yükümlülükler ağı meydana getirmektedir. UDHM'e göre, bayrak devletinin hem gemi ile ilgili çeşitli yetki ve sorumluluklarının bulunması hem de 1982 BMDHS'nin 292. maddesine göre bir geminin gecikmeksizin serbest bırakılması usulünün başlatılmasında çok önemli bir rol oynaması sebebiyle, bir geminin mülkiyetinin değişmesinin, otomatik olarak geminin bayrağının değişmesine ya da bayrağın kaybına yol açacağı farzedilemez. Bkz. **ibid.**, par. 70.

kaybına dair bir iddiada bulunmadığını da belirtmiş ve bu konu üzerinde çok fazla durmamıştır.

Gerek tarafların beyanlarında gerek UDHM'nin kararında esas üzerinde durulan konu ise, bir geminin müsaderesinin, 1982 BMDHS md. 292'e göre gecikmeksizin serbest bırakma başvurusunu konusuz bırakıp bırakmayacağı sorunu olmuştur.

### **A. 1982 BMDHS Md.73 Çerçevesinde Müsadere Yetkisi**

UDHM, 1982 BMDHS'nin 73. maddesinin gemilerin müsaderesine hiçbir atıfta bulunmadığını belirtmiş ve ardından, birçok devletin canlı deniz kaynaklarının muhafaza ve idaresi açısından kendi mevzuatlarında balıkçı gemilerin müsadere edilmesi şeklinde tedbirler öngördüklerini ifade etmiştir.<sup>29</sup>

Yasadışı avlanmaların artması; kıyı devletlerinin, kaynaklarının yağmalanmasını engellemek amacıyla bazı sert önlemler almasına sebep olmuştur. Para cezalarının yeterli derecede caydırıcı olmadığı kanaatiyle birçok devlet, yasadışı avlanan balıkçı gemilerin müsadere edilmesine ilişkin düzenlemeler yapmışlardır. Müsadere genellikle, gemiyi alıkoyan devletin balıkçılıkla ilgili kanun ve düzenlemelerinde bir ceza olarak ya da hükmedilen para cezalarının zamanında ödenmemesinin sonucu olarak uygulanmaktadır.

Tomimaru Davası'nda Japonya, Rusya Federasyonu'nun müsadere yetkisini kullanmasına karşı çıkmamıştır. BM Gıda ve Tarım Örgütü<sup>30</sup> birçok ülkenin arasında Japonya ve Rusya'yı da balıkçılık ihlallerinde geminin, donanımının ve avlanılanların müsadere edilmesine izin verenler arasında göstermektedir.<sup>31</sup>

1982 BMDHS'nin "Kıyı Devletinin Kanun ve Düzenlemelerinin Uygulanması" başlıklı 73. maddesine göre;

"1. Kıyı devleti, kendi münhasır ekonomik bölgesindeki canlı kaynaklarını araştırma, işletme, muhafaza etme ve yönetme ile ilgili egemen haklarını kullanırken, bu Sözleşmeye uygun şekilde kabul edilen kanun ve düzenlemelere

<sup>29</sup> Bkz. *ibid.*, par. 72.

<sup>30</sup> UN Food and Agriculture Organization (FAO). Örgütle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. [www.fao.org](http://www.fao.org) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009)

<sup>31</sup> Oxman, Bernard H., "The Tomimaru", *AJIL*, Vol.102, April 2008, s. 318, dn.11.

riyeti sağlamak için yanaşma, kontrol, tutuklama ve yargılamalar da dahil olmak üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.

2. Tutuklanan tekneler ve mürettebatı, makul bir kefalet veya diğer bir teminatın verilmesi üzerine, gecikmeksizin serbest bırakılacaktır.

3. Münhasır ekonomik bölgede balıkçılık kanunlarının ve diğer düzenlemelerin ihlal edilmesi sebebiyle kıyı devletinin vereceği cezalar, ilgili devletlerce aksine yapılmış bir anlaşma olmadığı takdirde hapis cezası veya diğer herhangi bir cismani ceza şeklini kapsamaz.

4. Yabancı gemilerin tutuklanması veya alıkonulması halinde, kıyı devleti, geminin bayrağını taşıdığı devleti, yapılan hareketten ve daha sonra uygulanan cezalardan derhal haberdar edecektir.”

1982 BMDHS'nin 73. maddesi, kıyı devletinin kanun ve düzenlemelerini ihlal etmenin cezası olarak, geminin, ekipmanının ve avlanılanların müsadere edilmesine izin verir görünmektedir.<sup>32</sup> Zira 1982 BMDHS'de müsadere yasaklanmak istenseydi, bu durumun md. 73/3'te zikredilen sınırlamalar arasında yer alması gerekirdi. Oysa münhasır ekonomik bölgedeki balıkçılık kanun ve düzenlemelerinin ihlal edilmesinin cezaları üzerindeki tek spesifik sınırlama, md.73/3'e göre "...ilgili devletlerce aksine yapılmış bir antlaşma olmadığı takdirde hapis cezası veya diğer herhangi bir cismani ceza şeklini kapsamaz" şeklindedir.

### **B. Yerel Mahkemedeki Davanın Esasına Halel Getirilmemesi**

Müsaderenin bir geminin gecikmeksizin serbest bırakılması başvurusunu konusuz bırakıp bırakmadığını değerlendirirken; gecikmeksizin serbest bırakma usulünün konusunun ve amacının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirten UDHM, 1982 BMDHS'nin 292. maddesinin 3. fıkrasının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>33</sup>

Md. 292/3'e göre; "Mahkeme veya yargı yeri, gecikmeksizin serbest bırakma ile ilgili başvuruyu inceleyecek ve gemi, gemi sahibi veya gemi mürettebatı aleyhine yetkili bir ulusal mercide görülen herhangi bir davanın esasına halel getirmeksizin sadece serbest bırakma konusunu ele alacaktır."

<sup>32</sup> Aynı görüş için bkz. Oxman, s. 318; *Separate Opinion of Judge J.L.Jesus*, s. 2 [www.ilos.org](http://www.ilos.org) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009).

<sup>33</sup> Bkz. *Tomimaru Davası Kararı*, par. 73.

UDHM “Monte Confurco” Davası’ndaki kararına da atıfta bulunarak, 1982 BMDHS’nin 73. maddesinin, bir yanda kıyı devletinin kendi kanunları ve düzenlemelerine riayet edilmesini sağlamak için gerekli olabilecek uygun tedbirleri almadaki menfaatleri ile diğer yanda bayrak devletinin bir teminat ya da diğer bir mali güvencenin yatırılması üzerine kendi gemilerinin ve mürettebatının gecikmeksizin serbest bırakılmasını sağlamadaki menfaati arasında bir denge kurduğunu ifade etmiştir. UDHM, 1982 BMDHS’nin 292. maddesine göre verilen bir kararın; gemi, donatan veya mürettebatla ilgili yetkili bir ulusal mercide görülen “herhangi bir davanın esasına hanel getirmemesi” gerektiğini ve bunun da kıyı devletinin menfaatleri ile bayrak devletinin menfaatleri arasındaki dengeyi koruyan bir etken olduğunu vurgulamıştır.<sup>34</sup>

### C. Müsadere Kararının Veriliş Şekli ve Zamanlaması

UDHM, bir balıkçı gemisinin müsaderesinin, 1982 BMDHS’de tesis edilen bayrak devletinin menfaatleri ile kıyı devletinin menfaatleri arasındaki dengeyi bozacak şekilde kullanılmaması gerektiğini ifade etmiştir.

UDHM kararda şu ifadelerle de yer vermiştir: “*Müsadere etme kararı geminin gecikmeksizin serbest bırakılması prosedürünü konusuz bırakarak geminin alkonulmasının geçici niteliğini ortadan kaldırmaktadır.* Bu tür bir karar gemi sahibinin mevcut iç hukuk yollarına başvurmasını önleyecek şekilde, ya da bayrak devletinin Sözleşme’de belirtilen gecikmeksizin serbest bırakma prosedürüne başvurmasını önleyecek şekilde veya yasal sürecin gereklerine dair uluslararası standartlara uygun olmayan işlemler yoluyla verilmemelidir. Özellikle *haksız ivedilikte verilen bir müsadere kararı, Sözleşme’nin 292. maddesinin işleyişini tehlikeye düşürecektir.*”<sup>35</sup>

UDHM’nin yukarıdaki paragrafta ortaya koyduğu görüşleri, bazı açılardan tartışılabilir niteliktedir. Nitekim kararın oybirliği ile verilmesine karşın farklı görüş bildiren yargıçlar da bu paragraf üzerinde oldukça durmuş ve çeşitli gerekçelerle kararın bu paragrafındaki bazı ifadelerle katılmadıklarını belirtmişlerdir.

UDHM, kararda her ne kadar yerel mahkemelerde görülen davanın esasına hanel getirilmemesi prensibini içeren 292. maddeye yer vermişse de,

<sup>34</sup> Bkz. *ibid.*, par. 74-75.

<sup>35</sup> Bkz. *ibid.*, par. 76.

kararın söz konusu paragrafındaki bazı ifadeler, 292. maddedeki prensiple çelişen bir yaklaşım ortaya koymaktadır.

Kıyı devletleri balıkçı gemileri yasadışı avlanma sebebiyle kanunlarının öngördüğü bir ceza olarak müsadere etmektedirler. Bu itibarla, geminin müsadere edilmesi de dahil, kıyı devleti tarafından verilen cezalar, bir davanın esasının merkezinde yer almakta ve dolayısıyla gemilerin serbest bırakılması başvurusunda UDHM'nin yetkisinin dışında bulunmaktadır.<sup>36</sup>

UDHM müsadere kararı ile sonuçlanan yerel mahkemelerdeki yargılamanın riayet etmesi gereken uluslararası standartlara da atıfta bulunmuştur. Yargıç Jesus, UDHM'ye yapılan gecikmeksizin serbest bırakma başvurusunda, bir devletin ulusal kanunları ve kararlarının, UDHM tarafından değer yargısı ya da nitelendirme konusu olmaması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>37</sup> Yargıç Nelson'a göre de, UDHM'nin bu paragrafta ortaya koyduğu yaklaşım, yerel mahkemeye ait olan bir alana girme tehlikesini göze almaktadır. Zira bu paragraf UDHM'nin, yargılamanın yasal sürecin gereklerine vs. uygun olup olmadığını tespit edebilmek için, donatanın mevcut iç hukuk yollarına başvurusunun önlenip önlenmediğini inceleme yetkisi olduğunu ima eder görünmektedir. Oysa bu hususlar, md. 292/3 hükmü uyarınca UDHM'nin yetkisinin dışındadır. UDHM'e yapılan başvuru yerel mahkemenin kararının

<sup>36</sup> Bkz. *Separate Opinion of Judge J.L. Jesus*, s. 2.

<sup>37</sup> Bkz. *ibid.*, s. 3. Oxman ise kararın söz konusu paragrafını da savunan bir yazardır. Bkz. Oxman, s. 320-322. Oxman, alıkoyan devletin müsadere kararını, gerek bu kararın temyiz edilemeyeceğini öngörmek suretiyle, gerekse Yüksek Mahkeme'nin hızlı bir onayına tabi tutmak suretiyle, çok hızlı uygulayabilmesi ihtimali sebebiyle UDHM'nin kararında-yasal sürecin gereklerine dair- uluslararası standartlara atıf yapıldığını söylemiştir. Oxman'a göre gemiyi alıkoyan devlet, kendi işlemi ile –geminin müsadere ile- 1982 BMDHS'de öngörülen gecikmeksizin serbest bırakma yükümlülüğünü sonlandırmaktadır. Dolayısıyla meseleyi UDHM'nin önüne getiren, gemiyi alıkoyan devletin gecikmeksizin serbest bırakma yükümlülüğünü gerektirdiği gibi sonlandırıp sonlandırmadığı meselesini incelemesinde olağanüstü bir şey yoktur. Bkz. *ibid.*, s. 322. Yazara göre, 1982 BMDHS md. 73 uyarınca kıyı devletinin sahip olduğu uygulama yetkilerinin, aynı maddede hem hapis üzerindeki sınırlama ile hem de teminat üzerine gecikmeksizin serbest bırakma yükümlülüğü ile sınırlanarak dengelendiği göz önünde bulundurulduğunda; kıyı devletinin uygulama yetkilerinin, gemiyi teminat üzerine gecikmeksizin serbest bırakma yükümlülüğüne mani olacak şekilde kullanılamayacağı anlaşılmaktadır. Yazar, bu açıdan UDHM'nin yaklaşımını doğru bulmakta ve UDHM tarafından sunulan testlerin –ulusal ve uluslararası yollara başvurma imkanı, yasal sürecin gereklerine dair uluslararası standartlar, haksız ivedilik- 292. maddedeki usul çerçevesinde yerinde testler olduğunu savunmaktadır. Bkz. *ibid.*

temyizi değildir. Dolayısıyla UDHM'nin görevi, temyiz mahkemesi gibi davranmak olmamalıdır.<sup>38</sup>

UDHM'nin müsaderenin "haksız bir ivedilikte" yapılmaması gerektiğini ifade eden görüşü de tartışılabilir niteliktedir. Zira 1982 BMDHS'de kıyı devletinin alıkoyduğu bir gemiyi müsadere etmesinin zamanlamasına dair sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir kıyı devleti, gemiyi alıkoyduktan kısa bir süre sonra da müsadere edebilir. Kaldı ki, müsaderenin zamanlaması, yerel mahkemedeki bir davanın esasına ilişkin bir konu olup; kıyı devletinin yerel makamlarının yetkisi dahilindedir. Dolayısıyla UDHM'nin müsaderenin haksız ivedilikte yapılmaması gerektiği şeklindeki değerlendirmesi doğru bir yaklaşım değildir.

UDHM'nin kıyı devletlerinin baltacı gemileri müsadere etmesi ile sonuçlanan yargılama sürecinde, belirli kural ve standartlara bağlı kalınmasını istemesi elbette haklı bir kaygıdır. Ancak müsaderenin, davanın esasına ilişkin bir konu olması sebebiyle, müsadere ile sonuçlanan işlemlerdeki hukuka aykırılık ya da haksızlıklar, UDHM'de değil, uygun yerel mercilerde takip edilmesi gereken konulardır. Zira UDHM'nin yalnızca geminin serbest bırakılması başvurusunu değerlendirmesi gerekir. Dolayısıyla UDHM, bir geminin gecikmeksizin serbest bırakılması başvurusunda, yetki bulunmayışı sebebiyle, müsaderenin gerektiği gibi yapılıp yapılmadığını ya da makul bir hızda yapılıp yapılmadığını değerlendiremez.<sup>39</sup>

Kararın söz konusu paragrafı, yukarıda da belirtildiği üzere tartışma konusu olabilecek ifadeler içermesine karşın, sonuç olarak isabetli bir şekilde müsaderenin başvuruyu konusuz bıraktığı hükmüne varılmıştır. Zira gemilerin gecikmeksizin serbest bırakılması prosedürünün amacı, yerel mahkemelerdeki yargılama sonuçlanana kadar, gemilerin seyrüsefer özgürlüğünün, gereksiz şekilde sınırlanmasını önlemektir. Dolayısıyla bir geminin teminat üzerine serbest bırakılması, söz konusu geminin kıyı devleti tarafından "alıkonulmuş" statüde olmasını gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir geminin kıyı devletinin hukuku gereğince nihai bir kararla müsadere edilmesi durumunda, söz konusu gemi artık 1982 BMDHS md. 292 anlamında "alıkonulan" bir gemi değildir. Bu

<sup>38</sup> Bkz. *Declaration of Judge L.D.M. Nelson*, par.3; [www.itlos.org](http://www.itlos.org) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009).

<sup>39</sup> Bkz. *Separate Opinion of Judge J.L.Jesus*, s. 3-4.



sebeple, bir geminin müsadere edilmesi, kararda da belirtildiği gibi, gecikmeksizin serbest bırakma başvurusunu konusuz hale getirmektedir.

#### D. Bayrak Devletinın Başvuruda Gecikmesi

Tomimaru Davası'nı karmaşık hale sokan en önemli unsur, bayrak devleti olan Japonya'nın, UDHM'e başvurmadan önce çok fazla beklemiş olmasıdır. Geminin Rusya Federasyonu yetkilileri tarafından alıkonulması ile UDHM'e başvurulması arasında geçen süre çok uzundur. Rus yetkililer tarafından Rusya münhasır ekonomik bölgesinde bulunan gemiye 31 Ekim 2006 tarihinde çıkılarak denetim yapılmış ve gemi daha sonra alıkonulmuştur. Ancak Japonya UDHM'e 6 Temmuz 2007 tarihinde başvuru yapmıştır. Bu zaman zarfında Rus hukuk sistemi gereğince yargı süreci işlemiş ve Şehir Mahkemesi geminin müsadere edilmesine karar vermiştir. Geminin donatanı temyize gitmiş ancak karar onaylanmıştır. Sonuç olarak gemi, müsaderenin ardından Rusya Federasyonu'nun malı olarak tescil edilmiştir.

Bayrak devletinin, geminin gecikmeksizin serbest bırakılmasını sağlamak ve geminin daha önce müsadere edilmesini önlemek için, md. 292/1'deki şartlar yerine geldikten sonra, alıkonulma zamanından itibaren 10 gün geçmesinin hemen ardından gecikmeksizin serbest bırakma için UDHM'e başvurması yerinde olurdu.

Nitekim UDHM de, 1982 BMDHS'nin 292. maddesinin amacı dikkate alındığında, *bayrak devletinin vakitlice harekete geçmek yükümlülüğü* olduğunu vurgulamıştır. UDHM'e göre bu amaca yalnızca, donatan ve bayrak devleti makul bir vakitte alıkoyan devletin ulusal hukuk sistemine başvurur ya da md. 292 uyarınca gecikmeksizin serbest bırakma prosedürünü başlatırsa ulaşılabilecektir.<sup>40</sup>

Tomimaru Davası'nda başvuruyu konusuz bırakan hususlardan en önemlisi, Rusya Federasyonu tarafından 12 Aralık 2006 tarihinde teminatın tespit edilmesine rağmen, gemi sahibi ve kaptan tarafından bu teminatın

<sup>40</sup> Bkz. **Tomimaru Davası Kararı**, par. 77. UDHM, hem Rusya Federasyonu'nun müsaderesinin hem de Japonya'nın UDHM'e başvurusunun zamanlaması konusunda prensip olarak bazı kaygılara işaret etse de, kararını Japonya'nın gecikmesine dayandırmamıştır. Oxman'a göre UDHM'e başvuru yapılmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi bir şart olmaması; bir devletin, UDHM'e başvurmaya karar vermeden önce, gemiyi alıkoyan devletin yerel mahkemelerindeki yargılamanın sonucunu beklemesine engel değildir. Bkz. Oxman, s. 321.

ödenmemesi olmuştur.<sup>41</sup> Geminin donatanı, teminatı ödemek yerine Rusya Federasyonu'nun yerel mahkemesine başvurmayı tercih etmiş ve böylelikle yerel hukuk sistemine göre bir süreci başlatmıştır. Söz konusu süreç sonunda da geminin müsadere edilmesine karar verilmiştir. Ayrıca temyiz sırasında yürütmenin durdurulması talebinde de bulunulmamıştır.<sup>42</sup>

### **E. Yerel Mahkemelerdeki Yargılamanın Sona Ermesi**

Rusya Federasyonu, yerel mahkemelerdeki yargılamanın tamamlandığı ve müsaderenin nihai olduğunu belirterek, Grand Prince Davası'nda Fransa tarafından sunulan argümanların bir kısmına atıfta bulunmuştur. Grand Prince Davası'nda Fransız Hükümeti; iç hukuktaki yargılamalar tamamlanınca ve özellikle geminin müsadere edilmesine yönelik bir cezanın verilmesi ile sonuçlanınca, 1982 BMDHS md. 292 prosedürü uyarınca yapılacak gecikmeksizin serbest bırakma başvurusu varlık sebebinin yitirir ve başvuru konusuz kalır, demiştir. Fransız Hükümeti'ne göre, bir devletin yerel mahkemelerinin uygulanabilir ceza olarak geminin müsadere edilmesine karar vermesinden itibaren, UDHM'de gecikmeksizin serbest bırakma başvurusunun incelenmesi mümkün değildir.

Japonya, Rusya Federasyonu'ndaki yerel yargılamanın sona ermediğini, Şehir Mahkemesi'nin müsadere kararı vermesine rağmen, kararın yeniden incelenmesi için Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ne başvuru yapıldığını ve davanın halen söz konusu mahkemede görülmekte olduğunu belirtmiştir.

---

<sup>41</sup> Yargıç Yanai, Rusya Federasyonu'nun alıkonulan yabancı balıkçı gemilerinin serbest bırakılması ile ilgili prosedürlerin ve teminat sisteminin basit olmasının, Tomimaru Davası'nı karmaşıklaştıran bir faktör olduğunu ileri sürmüştür. Yargıç Yanai daha sonra devletlerin, gemilerin serbest bırakılması ve teminatlara ilişkin sistemlerinin sahip olması gereken niteliklerden bahsetmiştir. Yanai'e göre devletlerin ulusal kanunlarının öngördüğü teminatların bir örnek ve parçalanmamış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, tutuklanan gemiler ve mürettebatları, makul bir teminat veya diğer bir mali güvencenin verilmesi üzerine gecikmeksizin serbest bırakılmalı ve aynı doğrultuda başka teminatlara ya da şartlara tabi kılınmamalıdır. Yanai ayrıca devletlerin iç hukuklarındaki serbest bırakma usullerinin, teminat konusu da dahil olmak üzere basit ve şeffaf olması gerektiğini; gemiyi alıkoyan devletin teminat miktarını belirlerken ve ilgili kişilere bildirirken makul bir hızda davranması gerektiğini; gecikmeksizin serbest bırakma usulünün uygulanmasındaki haksız bir gecikmenin, gemi sahiplerine ekonomik zarar vereceğini ve mürettebat için de önemli sorunlara sebep olacağını ifade etmiştir. Bkz. **Declaration of Judge S. Yanai**, s. 2-3; [www.itlos.org](http://www.itlos.org) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009).

<sup>42</sup> Bkz. **Separate Opinion of Judge A.A. Lucky**, s. 6-10 [www.itlos.org](http://www.itlos.org) (son erişim tarihi: 15 Mart 2009)

Sözlü savunma sırasında Rusya Federasyonu'nun avukatı, Yüksek Mahkeme'nin kararı gözden geçirme yetkilerinin sınırlı olduğunu, Yüksek Mahkeme'ye başvurulmasına rağmen, Rus kanunları uyarınca müsadere'nin nihai olduğunu ve icra edildiğini; böylelikle de teminat üzerine gecikmeksizin serbest bırakma yükümlülüğünün konusuz kaldığını ileri sürmüştür. UDHM ise, "gecikmeksizin serbest bırakma prosedürünün hedef ve amacı gözönüne alındığında, alıkoyan devletin yerel mahkemelerindeki yargılama halen devam ederken; bir gemiyi müsadere etme kararının, UDHM'i, geminin gecikmeksizin serbest bırakılmasına dair bu tür bir başvuruyu dikkate almaktan alıkoymadığını" ifade etmiştir.<sup>43</sup>

UDHM'nin bu görüşü pek de isabetli değildir. Zira, Rusya Federasyonu'nun kanunlarına göre yetkili mahkemeler tarafından davanın esası karara bağlanmış ve müsadere kararı verilmiştir. Rusya Federasyonu kanunlarına göre, bölge mahkemelerinin idari suçlara ilişkin kararları temyiz edilememekte ve karar verildiği anda yürürlüğe girmektedir Dolayısıyla Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin kararını vermesinden önce bile UDHM'e yapılan başvuru konusuz kalmıştır.

Müsadere ile sonuçlanan yargılama sürecinin kötüye kullanıldığını gösteren bir delil de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, aksine bir delil ya da gerekçe bulunmadığı için *omnia praesemuntur rite esse acta* prensibi uygulanır.<sup>44</sup> Daha açık bir ifadeyle, tüm yapılması gerekenlerin gereği gibi yapıldığı; tüm görevlerin gereği gibi yerine getirildiği farzedilir. Kaldı ki, Rusya Federasyonu, Japonya'nın iddialarının aksine 1982 BMDHS md. 73/2'deki yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Zira Rusya Federasyonu tarafından teminat belirlenmiş ve yatırılması durumunda geminin serbest bırakılacağı belirtilmiştir. Buna karşın teminat yatırılmamıştır.

Sonuç olarak UDHM, kararda tartışılabilir nitelikte bazı ifade ve yorumlara yer vermesine karşın, isabetli bir yaklaşımla Rusya Federasyonu'nun yerel mahkemelerinde yapılan yargılamaya ve bunun sonucunda verilen müsadere cezasına saygı göstererek, davanın konusuz kaldığına karar vermiştir.

<sup>43</sup> Bkz. Tomimaru Davası Kararı, par. 78.

<sup>44</sup> Bkz. Separate Opinion of Judge A.A. Lucky, s. 7.

## VISUMSPFLICHT FÜR DIE EINREISE NACH DEUTSCHLAND: AUSWIRKUNGEN DES SOG. „SOYSAL URTEILS“

Dr. Hatice Selin Pürselim-Doğan\*

### ÖZET

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), Soysal-Savatlı Davasına ilişkin kararını 19 Şubat 2009 tarihinde vermiştir. ATAD, Türk vatandaşlarına uygulanan vizenin Türkiye-AT Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol'ün madde 41 I. fıkrasına aykırı olduğuna hükmetmiştir; buna göre, AB üyesi bir devlet, Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte, Protokol madde 41 I. fıkrası kapsamındaki Türk vatandaşlarına (hizmet sunmak veya almak veya iş kurmak amacıyla AB ülkelerine giden iş adamları, akademisyenler, avukatlar, sporcular, doktorlar, turistler, öğrenim ve tedavi amacı ile seyahat eden vb. Türk vatandaşları) vize uyguluyor ise, bunun şartlarını Mevcut Haklarda Kötüleştirme Yapılamayacağı Kuralı uyarınca ağırlaştıramayacaktır.

ATAD'ın kararına göre, AB üyesi devletlerde Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarih, 1 Ocak 1973'ten başlamak üzere, her bir üye devlet için AB'ye üyelik tarihi olarak esas alınacaktır. Buna göre, Katma Protokol'ün Avrupa Birliği'ne üye devlette yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olmayan vize uygulaması, 41. maddenin I. fıkrası uyarınca “yeni bir kısıtlama” şeklinde tanımlanmıştır ve bu şekilde bir kısıtlama yapılmasının Mevcut Haklarda Kötüleştirme Yapılamayacağı Kuralı uyarınca yasak olduğu belirtilmiştir. Ancak, ATAD'ın Soysal-Savatlı Davasında verdiği karar, vizenin uygulanacağı ve uygulanmayacağı ülkeler açısından parçalı bir uygulama alanına neden olacaktır; bu durum Avrupa Birliği'nin bütünlük prensibine kanımızca aykırı olmaktadır. ATAD'ın bu kararı uyarınca bir uygulama söz konusu olduğunda, Almanya -ATAD kararına göre- vize uygulamasını kaldırılırken, misal olarak Bulgaristan tüm Türk vatandaşlarına yönelik olarak bu uygulamayı devam ettirecektir.

**Schlüsselwörter:** Einreise nach Deutschland; Das "Soysal-Urteil" des EuGH; Visumpflicht für die Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats; Freier Dienstleistungsverkehr; Freizügigkeit.

## I. EINLEITUNG

Der EuGH hat am 19.02.2009 eine Grundsatzentscheidung zur Einreise von türkischen Staatsangehörigen nach Deutschland getroffen -sog. „Soysal-Urteil“<sup>1</sup> -. Diese Klage betrifft direkt die Türkei, Deutschland und die EU hinsichtlich der Grundfreiheiten. Der Entwicklungsprozess dieser Klage sieht folgendermaßen aus: Herr Mehmet Soysal und Herr Ibrahim Savatli hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Türkei, und beide waren LKW-Fahrer türkischer Nationalität. Diese zwei Fahrer waren bei einer internationalen Speditionsfirma mit Sitz in Deutschland angestellt. Ihr Arbeitsplatz befand sich zwischen Deutschland und der Türkei. Wie allgemein bekannt, mussten diese zwei Fahrer bei jeder Einreise in das Hoheitsgebiet der EU ein gültiges EU-Visum besitzen. Die zwei Fahrer beantragten und erhielten jedes Mal ihr Visum bei bzw. von dem Generalkonsulat in Istanbul. Das Generalkonsulat lehnte im September 2001 und Januar 2002 die Visa-Anträge der beiden türkischen Staatsangehörigen ab. Der Ablehnungsgrund bestand darin, dass beide Betroffenen in Deutschland zugelassene Lastkraftwagen fuhren. Die Tatsache, dass sie in Deutschland zugelassene Lastkraftwagen fuhren, wurde im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs bewertet. Während es sich in einem Fall um die Durchführung einer Dienstleistung mit einem in der Türkei zugelassenen Lastkraftwagen handelte, handelte es sich in dem anderen Fall um die Durchführung einer Dienstleistung mit einem in der EU zugelassenen Lastkraftwagen.

---

\**Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü, AB Hukuku Anabilim Dalı.*

<sup>1</sup> EuGHE 19.02.2009 C-228/06; Mehmet Soysal ist der Namensgeber der Straßburger Gerichtsentscheidung. Der türkische LKW-Fahrer Mehmet Soysal und sein Kollege Ibrahim Savatli hatten bis zum Jahr 2000 mehrfach Visa der Bundesrepublik erhalten, um mit türkischen LKWs Lieferungen einzuführen.

## II. KLAGEPROZESS

Nachdem ihre Visa-Anträge abgelehnt worden waren, erhoben die Betroffenen, Soysal und Savatli, vor dem Verwaltungsgericht Berlin-Brandenburg eine Klage gegen die Ablehnung der Visa-Anträge. Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichtes Berlin-Brandenburg, mit dem ihre Klagen abgewiesen wurden, legten Herr Soysal und Herr Savatli am 03.07.2002 Berufung beim Oberverwaltungsgericht Berlin – Brandenburg ein. Das Oberverwaltungsgericht Berlin, ein Berufungsgericht, reichte beim Europäischen Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen<sup>2</sup> nach Art. 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ein<sup>3</sup>. Denn der Gegenstand dieser Klage ist eine Klage, die dem Gemeinschaftsrecht EU und

---

<sup>2</sup> Dem Europäischen Gerichtshof werden gemäß Art. 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft folgende Fragen vorgelegt: 1) Ist Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zu dem Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 23. November 1970 so auszulegen, dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darin zu sehen ist, dass ein türkischer Staatsangehöriger, der für ein türkisches Unternehmen im grenzüberschreitenden Verkehr auf einem in Deutschland zugelassenen Lastkraftwagen als Fahrer tätig ist, für die Einreise nach Deutschland aufgrund der § 4 Abs. 1, § 6 des AufenthG vom 30. Juli 2004 und des Art. 1 Abs. 1 VO (EG) 539/2001 im Besitz eines Schengen-Visums sein muss, während er im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls sichtsvermerksfrei in die Bundesrepublik Deutschland einreisen durfte? 2) Wenn die Frage zu 1) zu bejahen ist, muss Art. 41 Abs.1 des Zusatzprotokolls dahingehend ausgelegt werden, dass die in Nummer 1) genannten türkischen Staatsangehörigen für die Einreise nach Deutschland keinen Sichtvermerk benötigen?; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, OVG 7 B 13.05; 30.03.2006, [http://www.urteile.net/gerichte/ovgberlinbrandenburg/Beschluss\\_vom\\_30.03.2006\\_OVG\\_7\\_B\\_13\\_05.html](http://www.urteile.net/gerichte/ovgberlinbrandenburg/Beschluss_vom_30.03.2006_OVG_7_B_13_05.html), 04.04.2009; siehe dazu, Tezcan, Ercüment, Avrupa Birligi Kurumlar Hukuku, Istanbul 2001, S. 107 ff.

<sup>3</sup> Artikel 234 (ex-Art. 177) lautet: Der Gerichtshof entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

- a) über die Auslegung dieses Vertrags,
- b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft und der EZB,
- c) über die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen, soweit diese Satzungen dies vorsehen.

Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlaß seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet.

Türkei unterliegt. Am 30. März 2006 erging ein Beschluss für ein Vorabentscheidungsersuchen. Die Klage wurde beim Europäischen Gerichtshof am 19.05.2006 eingereicht.

### III. EuGH – PROZESS; Klage mit dem Az. C-228/06

Dem Europäischen Gerichtshof wurde ein Vorabentscheidungsersuchen eingereicht. Der Gegenstand der Vorabentscheidung besteht aus der Frage, ob ein Visum zu erteilen ist oder nicht. Die Frage, ob ein Visum zu erteilen ist oder nicht, hat eine direkte Beziehung zu der Frage, ob der deutsche Arbeitgeber die betroffene Person eingestellt hat oder nicht. Hier handelte es sich um den Punkt, ob die Mitgliedstaaten berechtigt sind, ein Visum aufzuerlegen, um das Arbeiten der Betroffenen zu verhindern. Denn Soysal und Savatli arbeiteten bei einer internationalen Speditionsfirma als Lastkraftwagen-Fahrer und es hatte eine direkte Wirkung, ob sie ein Visum erhalten konnten oder nicht.

Die Parteien der im Europäischen Gerichtshof anhängigen Klage waren Soysal und Savatli. Die angeklagte Partei war die Bundesrepublik Deutschland. Die Beteiligte war die Bundesagentur für Arbeit. Außerdem wurden in dieser Klage Dänemark, Griechenland, Slowenien und die Europäische Kommission durch ihre Anwälte neben der Bundesrepublik Deutschland vertreten.

Herr Savatli und Herr Soysal beantragten, festzustellen, dass nach Art. 41 I des Zusatzprotokolls keine neuen Beschränkungen eingeführt werden können<sup>4</sup>. Die Stillhalteklausele in Art. 41 I des Zusatzprotokolls sieht vor, dass die Bedingungen rückwirkend nicht verschlechtert werden dürfen<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Am 12. September 1963 wurde das Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei in Ankara unterzeichnet. Es wurde durch den Beschluss 64/732/EWG(2) des Rates im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt. Das Zusatzprotokoll zum Assoziierungsabkommen wurde am 23. November 1970 in Brüssel unterzeichnet und durch die Verordnung (EWG) Nr. 2760/72(3) des Rates vom 19. Dezember 1972 im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt.

<sup>5</sup> Art. 41 des Zusatzprotokolls, der in Titel II Kapitel II enthalten ist, lautet:

„(1) Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen.

(2) Der Assoziationsrat setzt nach den Grundsätzen der Artikel 13 und 14 des Assoziierungsabkommens die Zeitfolge und die Einzelheiten fest, nach denen die

Die Parteien trugen vor, dass die Anwendung eines Visums die Bedingungen verschlechtere, weil es am Tage der Unterzeichnung des Zusatzprotokolls keine Visumfrage gab<sup>6</sup>. Da es am Tage des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls in den Mitgliedstaaten kein Visumszwang gab was nach Art. 41 I des Zusatzprotokolls, auch Stillhalteklausele genannt wird, ist es verboten, neue Beschränkungen einzuführen. Die Beklagten behaupteten, dass Europa durch alle Drogenschmuggler und Terroristen besetzt würde, falls die Visa-Anwendung aufgehoben werde<sup>7</sup>. Die deutsche Regierung behauptete, dass das Schengen-Visum den türkischen Staatsangehörigen genügend Erleichterungen einräume. Die Einstellung der Europäischen Kommission variierte innerhalb des Klageprozesses. Während sie sich zu Beginn zu Gunsten der Betroffenen äußerte, änderte sie ihre Ansicht am 2. September 2008 plötzlich und es kamen zwei Äußerungen hervor, die einander widersprachen. Dies führte zu einer harten Reaktion des EuGH-Richters. Mit der Frage, ob der heilige Geist zu ihnen sprach und dies nun eine göttliche Eingebung sei, kritisierte der vorsitzende Richter die sich verändernde Haltung der Kommission<sup>8</sup>.

#### IV. ANSICHT DES EUGH

In der Klage, die hinsichtlich der Freizügigkeit und des Dienstleistungsverkehrs in der EU einen wichtigen Platz einnimmt, fiel am 19. Februar 2009 eine Entscheidung. Der Gerichtshof erklärte in seiner Entscheidung, dass Art. 41 I des Zusatzprotokolls (das Zusatzprotokoll zum Assoziationsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12.09.1963 dahingehend auszulegen ist und am 23.

---

Vertragsparteien die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs untereinander schrittweise beseitigen.

<sup>6</sup> Das Zusatzprotokoll enthält einen Titel II („Freizügigkeit und Dienstleistungsverkehr“), der in seinem Kapitel I die „Arbeitskräfte“ und in seinem Kapitel II das „Niederlassungsrecht, Dienstleistungen und Verkehr“ betrifft.

<sup>7</sup> <http://www.abvizyonu.com/avrupa-birligi/avrupa-toplulugu-adalet-divani-soysal-kararina-gore-vize-haksiz.html>, 04.04.2009.

<sup>8</sup> Auch wenn an diesem Punkt bestimmte Dinge nicht bewiesen werden können, so ist es doch sehr beachtlich, dass der Zeitpunkt bzw. Zeitbemessung sehr interessant ist, wenn man sich daran erinnert, dass damals die Präsidentschaft Frankreich führte; Tezcan, Ercüment, <http://www.usakundem.com/yazar/1137/soysal-karar%C4%B1-avrupa-adalet-divan%C4%B1%E2%80%99ndan-%C3%BCyc-devletlere-standst%C4%B1ll-dersi.html>; 04.04.2009.



November 1970 zwischen der Türkei und der EU unterzeichnet worden ist)<sup>9</sup> es verbietet, für türkische Staatsangehörige, die zur Durchführung von Dienstleistungen in die EU-Staaten einreisen, neue Beschränkungen einzuführen; dh. ein Visum für die Einreise türkischer Staatsangehöriger in ein EU-Mitgliedsstaat zu verlangen, wenn sie Dienstleistungen für ein in der Türkei ansässiges Unternehmen erbringen wollen, sofern ein solches Visum zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls nicht verlangt wurde.

Der Gerichtshof erklärte klar und deutlich, dass gemäß Art. 41 I, d.h. gemäß der Stillhalteklausele des Zusatzprotokolls die sachlichen und verfahrensrechtlichen Bedingungen, die durch die EU-Staaten gegenüber türkischen Staatsangehörigen, die zum Zwecke der Leistung oder Beanspruchung von Diensten oder der Gründung von Firmen in die EU-Staaten einreisen, angewandt werden, nicht erschwert werden dürfen. An diesem Punkt ist es eigentlich mit einer rechtmäßigen Auslegung offensichtlich, dass auch das Visum eine verfahrensrechtliche Maßnahme (also eine neue Beschränkung) ist, die die Lage der türkischen Staatsangehörigen erschwert. Aber in der verkündeten Entscheidung ist ans Tageslicht gebracht worden, dass die Visa-Anwendung, die am Tage des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls in den Mitgliedstaaten nicht existierte, nach Art. 41 I eine neue Beschränkung darstellt und demnach verboten ist.

Mit der Begründung, das Schengenvisum, eingeführt mit dem Schengener Abkommen, bringe Zusatzkosten und Förmlichkeiten mit sich, äußerte der Gerichtshof weiterhin, dass in diesem Sinne das Schengenvisum eine neue Beschränkung sei<sup>10</sup>. Der Beschluss des Europäischen Gerichtshofes

<sup>9</sup> Heper, Altan, *Europäisches Arbeitsrecht und die Türkei*; ITES Jahrbuch 2000-2001 Globalisierung, Herausforderungen und Chancen für die Türkei, Hrsg. Harun Gümrükçü, Institut für Türkisch-Europäische Studien, März 2001 Istanbul, S. 262 ff.

<sup>10</sup> Während der diesjährigen Frankfurter Buchmesse haben einige Autoren und Theaterschauspieler Schwierigkeiten bei der Visaerteilung gehabt. Dem türkischen Popstar Tarkan wurde zum Auftakt seiner Europatournee am Londoner Heathrow Flughafen die Einreise verweigert. Die Begründung lautete, er sei mit einem Visum zum touristischen Zwecke eingereist und nicht mit einem Visum, zum Zwecke der Erwerbstätigkeit. Erst nach der Intervention des türkischen Botschafters und die Hinterlegung seines Reisepasses mit der Verpflichtung, dass er London nach seinem Konzert sofort am nächsten Tag verlassen werde, ermöglichte ihm die Einreise nach England. Das Institut für Türkisch Europäische Studien beziffert die Gesamtsumme der Gebühren für erteilte Visa für touristische Zwecke mit 500 Millionen EUR; Zeran, Ünal, *Visaverhandlungen mit der Türkei: Stillstand oder stand*.

ist, weil darin insbesondere zum ersten Mal offen festgestellt wurde, dass das Visum im Sinne von Art. 41 eine neue Beschränkung ist, nach den zuvor gefällten Abatay-Sahin<sup>11</sup> und Töm-Dari<sup>12</sup> Beschlüssen, ein neuer und ernster Schritt<sup>13</sup>. Mit diesem Beschluss ist nun offenbart worden, dass das am Tage des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls in den Mitgliedstaaten nicht als Pflicht eingeführte Visum nach Art. 41 I eine neue Beschränkung darstellt und somit verboten ist.

Die Sichtweise des Europäischen Gerichtshofes ist, dass bei der Fragestellung, ob es für türkische Staatsangehörige eine Visumpflicht besteht, eine rückwirkende Untersuchung durchgeführt werden müsse und das Datum des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls als Grundlage genommen werden müsse. Das Datum des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls ist für neue Mitgliedstaaten der Tag, an dem sie der EU beigetreten sind. Zum Beispiel ist dieses Datum für Rumänien das Jahr 2007. Das heißt, dass das Datum 23. November 1970 für Staaten, die späteren zu einem Zeitpunkt als Mitglied beigetreten sind, keine Gültigkeit hat. Es ist wichtig, ob in den Staaten am Tage ihres Beitrittes in die EU eine Visumpflicht bestand oder nicht. Demnach wird in diesem Rahmen zwischen den Mitgliedstaaten ein geteilter Fall hinsichtlich der Visa-Anwendung gegenüber türkischen Staatsangehörigen vorhanden sein. Dem Gerichtshof nach, waren im Jahre 1973 die Länder England, Deutschland, Frankreich, Italien, Irland, Dänemark, Holland, Belgien und Luxemburg Mitglied der, mit damaligem Namen, „Europäische Wirtschaftsgemeinschaft“ lautenden Gemeinschaft, und es ist offensichtlich, dass demnach dieser Beschluss diese neun Staaten umfasst. Anders ausgedrückt: Es ist nicht möglich, zu sagen, dass dieser Beschluss des Gerichtshofes in jedem Fall bindend für alle Mitgliedstaaten ist und die Visumpflicht vollständig aufhebt.

---

[http://www.migrationsrecht.net/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=1207](http://www.migrationsrecht.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1207), 04.04.2009. Siehe dazu, Gümrükçü, Harun, Die Zollunion zwischen der Türkei und der EU- eine Analyse im Lichte der Globalisierung-, ITES Jahrbuch 2000-2001 Globalisierung, Herausforderungen und Chancen für die Türkei, Hrsg. Harun Gümrükçü, Institut für Türkisch-Europäische Studien, März 2001 Istanbul, S. 199.

<sup>11</sup> EuGHE vom 21.10.2003 C-317/01.

<sup>12</sup> EuGHE vom 20.09.2007 C-16/05.

<sup>13</sup> Siehe dazu, Gümrükçü, Harun, Uyum Politikası, Avrupa Vatandaşlığı'na Doğru ve Türk İşçilerin Durumuna İlişkin Öneriler; Türkiye-AB İlişkileri-Dış Politika ve İç Yapı Sorunsalları, Derleyenler: Erol, M. Seyfettin/Efegil, Ertan, Ankara 2007, S.193 ff.

## V. DIE UMSETZUNG DES BESCHLUSSES DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES

Die Umsetzung dieses Beschlusses spielt eine wichtige Rolle für die Türkei und die EU-Staaten. Dieser Beschluss bedeutet nicht, dass türkisch Staatsangehörige ab dem Tage der Beschlussfassung unbekümmert daher schlendernd in das Hoheitsgebiet der EU-Staaten einreisen können. Demnach ergibt sich auf keinen Fall das Ergebnis, dass jeder, der dies wünscht, ohne Visum in die europäischen Staaten einreisen darf.

Unserer Meinung nach ist dieser Beschluss nach Art. 41 I<sup>14</sup> des am 23.11.1970 unterzeichneten Zusatzprotokolls so zu deuten, dass von Arbeitnehmern, die in Betrieben mit Sitz in der Türkei angestellt sind, für die Einreise in die EU – Staaten zum Zwecke der Durchführung von Dienstleistungen kein Visum verlangt werden darf. Denn der betreffende Absatz ist ziemlich offen und beinhaltet folgende Bestimmung: „Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen“. Als Folge davon umfasst dieser Beschluss des Europäischen Gerichtshofes türkische Staatsangehörige, die durch diese Bestimmung umfasst werden, wie z.B. in erster Linie Unternehmer, Rechtsanwälte, Sportler, Ärzte und Akademiker sowie Personen, die zu Touristik, Studien-, bzw. Erziehungs- und Behandlungszwecken in die EU-Staaten einreisen<sup>15</sup>. Doch diese genannten Bürger müssen bestimmte Eigenschaften besitzen, denn die Entscheidung, welcher Ausländer in einen Staat einreisen darf, gehört nach internationalem Recht zu den Hoheitsrechten des betreffenden Staates und ist eine undiskutierbare grundlegende Regel. Die Staaten legen die Regelung, welche Ausländer in ihre Staaten einreisen dürfen,

<sup>14</sup> Bislang liege jedoch noch keine Rechtsprechung des Gerichtshofs zu der Frage vor, ob die Einführung einer Visumpflicht durch das nationale Ausländerrecht oder das Gemeinschaftsrecht eine „neue Beschränkung“ des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll sei; EuGHE 19.02.2009, C-228/06, Rn. 34. Dazu siehe; Art. 41 des Zusatzprotokolls, der in Titel II Kapitel II enthalten ist.

<sup>15</sup> Für ähnliche Ansicht, Westphal, Volker, <http://www.gurbetport.com/avrupa-haberleri/almanya-haberleri/2168-volker-westphal-almanya-vize-kararini-uygulamak-zorunda.html>, 02.04.2009; Gümrükçü, Harun, <http://www.cnnturk.com/2009/turkiye/03/20/almanya.vizesiz.seyahati.eksik.yorumluyor/518684.0/index.html>, 20.03.2009. Außerdem könnte eine in der Türkei geheiratete Ehefrau, die in der Heimat den Sprachtest nicht bestehen würde, zu ihrem in Deutschland lebenden Mann reisen; vergl. gemäß § 28 AufenthG.

nach ihren eigenen nationalen Interessen fest. Jeder Staat ist im Besitz einer Liste über Ausländer, deren Einreise ins Land verboten/bedenklich ist. Die Personen, deren Einreise in das Land nicht verboten ist, müssen in erster Linie einen gültigen und die geforderten Bedingungen erfüllenden Reisepass besitzen; nachweisen können, dass sie über Geldmittel verfügen, die für die Begleichung der anfallenden Kosten ausreichend sind (d.h. sie müssen die erforderliche Finanzen besitzen, um für den betreffenden Staat keine Last zu werden): Sie dürfen zuvor keine Handlungen durchgeführt haben, die eine Gefahr für die nationale Sicherheit, die öffentliche Gesundheit und die *ordre public* des betreffenden Staates darstellen. Es ist möglich, dass der Visumsantrag eines Ausländers, der sich nicht auf der Liste der Verbotenen befindet, mit der Begründung, er könne wirtschaftlich zur Last fallen, die öffentliche Ordnung verletzen oder eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit darstellen, abgelehnt werden kann.

Bündnis 90/Die Grünen reichten der Bundesregierung eine schriftliche Anfrage zur Aufhebung der Visapflicht für türkische Staatsangehörigen, die für kurze Zeit nach Deutschland einreisen möchten ein<sup>12</sup>. Die Grünen stützten ihre schriftliche Anfrage auf den Beschluss des Europäischen Gerichtshofes<sup>16</sup>. In dieser schriftlichen Anfrage wird auch darum gebeten, die Visa-Anwendung nicht nur für die Einreise zu Zwecken der Durchführung von Dienstleistungen, sondern auch für die Einreise zu Zwecken der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, insbesondere gesundheitliche Zwecke aufzuheben<sup>17</sup>.

Der Deutsche Botschafter Dr. Eckart Cuntz äußert sich diesbezüglich folgendermaßen: „Das "Soysal Urteil" bezieht sich auf die Visumpflicht für türkische LKW-Fahrer, die Transportfahrten nach Deutschland durchführen. Wir werden dieses Urteil des EuGH bei der künftigen Einreise von türkischen Staatsangehörigen im LKW-Güterverkehr nach Deutschland sorgfältig berücksichtigen. Im übrigen prüfen wir, welche sonstigen Auswirkungen das Urteil für türkische Staatsangehörigen hat, die zur kurzfristigen Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit nach Deutschland einreisen. Auf die Visumpflicht türkischer Staatsangehörigen, die zu selbstständiger Erwerbstätigkeit, als Arbeitnehmer oder auch zum

<sup>16</sup> [http://www.hurhaber.com/news\\_detail.php?id=185977](http://www.hurhaber.com/news_detail.php?id=185977), 31.03.2009.

<sup>17</sup> [http://www.hurhaber.com/news\\_detail.php?id=185977](http://www.hurhaber.com/news_detail.php?id=185977), 31.03.2009.

Familiennachzug nach Deutschland einreisen möchten, hat das Urteil keine Auswirkungen.<sup>184</sup> Cuntz, betont weiterhin, dass dieser Beschluss nicht eng ausgelegt werden darf. Laut Cuntz, wird geprüft, welche sonstigen Auswirkungen das Urteil für türkische Staatsangehörigen hat, die zur kurzfristigen Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit nach Deutschland reisen. Unserer Meinung nach handelt es sich um einen positiven Prozess zur Einführung der Visa-Befreiung zu Gunsten der festgelegten Personen. Aber dieser Prozess schreitet langsamer voran als erwartet. Die Tatsachen, dass das deutsche nationale Recht im Gegensatz zum Jahr 1973 harte Bedingungen hinsichtlich der Einreise von Türken ins Land eingeführt hat, und insbesondere dass das im Jahre 2007 verabschiedete Einwanderungsgesetz neue Regeln hinsichtlich der Einreise/Einwanderung von Türken nach Deutschland eingeführt hat, und nun nach dem Soysal-Beschluss die Grenzen und der Umfang für die türkischen Staatsangehörigen, die durch Geltendmachung ihres durch den Soysal-Beschluss gewährten Rechts ohne Visum ins Land einreisen möchten, sind wichtige Faktoren und ein Fragezeichen dafür, warum Deutschland diesbezüglich langsam handelt<sup>19</sup>.

Der hier zu erwähnende zweite Punkt ist, dass die Mitgliedstaaten für die Umsetzung dieses Beschlusses des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen der Respektierung des Prinzips der Rechtshoheit Maßnahmen hinsichtlich der Umsetzung dieses Beschlusses ergreifen müssen. Aber leider ist es ziemlich schwer zu sagen, dass die Mitgliedstaaten dies aus diesem Gesichtspunkt sehen. Für die Umsetzung des durch den Europäischen Gerichtshof verkündeten Beschlusses müsste der diplomatische Weg beschritten, politische Beziehungen geknüpft und Maßnahmen wie Überzeugungsbemühungen getroffen werden. Sollte dies nicht ausreichen, sollten erst dann gesetzliche Wege begangen werden. Insbesondere gegen diejenigen Staaten, die sich hinsichtlich der Visapflicht eine enge Annäherungsweise aneignen, können die Benachteiligten eine Beschwerde bei

<sup>184</sup>[http://www.ankara.diplo.de/Vertretung/ankara/de/03/Veranstaltung\\_\\_Botschafter/2009\\_\\_09\\_\\_pressemitteilung.html](http://www.ankara.diplo.de/Vertretung/ankara/de/03/Veranstaltung__Botschafter/2009__09__pressemitteilung.html), 04.04.2009.

<sup>19</sup> Siehe Ansicht für Westphal, Volker: <http://www.gurbetport.com/avrupa-haberleri/almanya-haberleri/2168-volker-westphal-almanya-vize-kararini-uygulamak-zorunda.html>, 02.04.2009; Westphal, Volker/Stoppa, Edgar, <http://www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm>, 02.04.2009. Siehe dazu, Ansay, Tuğrul, Alman Yabancılar Kanunu ve Türk İşçileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1974/31 Nr. 1-4, S. 223 ff.

der EU-Kommission oder beim Petitionsausschuss des Europäischen Parlaments einlegen. Denn um bei der Kommission oder dem Europäischen Parlament eine Beschwerde einzulegen, ist es nicht zwingend notwendig, Staatsbürger eines EU-Mitgliedstaates zu sein. Somit kann durch Beschwerdeeinlegung bei den EU-Behörden nachgewiesen werden, dass die betreffenden Staaten die Beachtung bzw. Befolgung des Rechts nicht im Geringsten berücksichtigen. Ein zweiter Weg kann sein, dass die Benachteiligten vor den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten je nach Fall eine Anfechtungs- oder Schmerzensgeldklage erheben. In diesem Fall kann dieser Beschluss des Europäischen Gerichtshofes zur Grundlage für die Anfechtung bzw. Annullierung der Visapflicht gemacht werden. Herr Dr. Rolf Gutmann, Rechtsanwalt der Betroffenen, äußerte, dass dieser Beschluss die 9 EU-Mitgliedstaaten auf bestimmte Weise binde, und setzte seine Worte folgendermaßen fort: „Ich sage niemandem ‘Reist sofort nach Deutschland und versucht ohne Visum einzureisen’; doch diejenigen, die nach Deutschland reisen möchten, sollten bei dem Konsulat einen schriftlichen Antrag zur Bestätigung des Umstands, dass diese Personen ohne Visum in Deutschland einreisen dürfen, stellen.“ Gutmann erklärt weiterhin, dass eine zweite Alternative darin bestünde, zu versuchen, ohne Visum ins Flugzeug zu steigen. In diesem Falle, so Gutmann, hafte die Fluggesellschaft, und man könne dann gegen diese Fluggesellschaft eine Schmerzensgeldklage erheben<sup>20</sup>.

## VI. ERGEBNIS

Wie im vorhergehenden bereits erläutert, ist das für die Umsetzung des Beschlusses des Europäischen Gerichtshofs rückblickend zu prüfende Datum, dasjenige, an dem für jeden einzelnen Mitgliedstaat das Zusatzprotokoll innerhalb seiner eigenen Rechtsordnung in Kraft getreten ist, als das Beitrittsdatum in die Gemeinschaft. Nur sofern ein Mitgliedstaat, in diesem Fall an dem genannten Datum, keine Visumpflicht ausübte, wird es rechtswidrig und verboten sein, wenn er heute ein Visum verlangt. Da zum Beispiel dieses Datum für Deutschland der 1. Januar 1973 ist, hat das Europäische Gerichtshof rückblickend die an diesem Datum in Kraft befindlichen deutschen Gesetzesbestimmungen geprüft und beschlossen, dass heute eine

<sup>20</sup> Siehe diesbezüglich, Westphal, Volker, <http://www.gurbetport.com/avrupa-haberleri/almanya-haberleri/2168-volker-westphal-almanya-vize-kararini-uygulamak-zorunda.html>, 02.04.2009.

Visaanwendung rechtswidrig ist, weil an dem betreffenden Datum für türkische Staatsangehörige nach Art. 41 I keine Visaanwendung bestand. Doch wenn ein Mitgliedstaat schon zur Zeit des Beitritts in die Gemeinschaft von türkischen Staatsangehörigen ein Visum verlangte, stellt die Visumpflicht heute, zumindest im Sinne des Art. 41 I, keine Rechtswidrigkeit dar.

Doch an diesem Punkt kann unserer Meinung nach verteidigt werden, dass der 1. Januar 1973, also das Datum des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls, als Grundlage für alle Mitgliedstaaten zu betrachten ist, mit der Begründung, dass das sogenannte *acquis communautaire* übernommen worden ist. Sofern diese Meinung akzeptiert wird, wird die durch den Europäischen Gerichtshof empfohlene Teillösung zu einer die ganze Europäische Gemeinschaft umfassenden einheitlichen Lösung. Doch natürlicherweise kann unsere Meinung mit dem Gedanken, der Beschluss des Europäischen Gerichtshofes sei erweitert worden, kritisiert werden.

In erster Linie ist es unsere Idee, durch diplomatische Wege, politische Beziehungen und Maßnahmen der Überzeugungsbemühungen zu veranlassen, dass alle Mitgliedstaaten diesen Beschluss sowie zuvor ergangene ähnliche Beschlüsse auf alle türkischen Staatsangehörigen, die in der gleichen Lage wie die Betroffenen der betreffenden Klage sind, umsetzen.

Ansay, Tuğrul, *Alman Yabancılar Kanunu ve Türk İşçileri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1974/31 Nr. 1-4. (S. 223-243).

Gümrükçü, Harun, *Die Zollunion zwischen der Türkei und der EU-eine Analyse im Lichte der Globalisierung-*; ITES Jahrbuch 2000-2001 *Globalisierung, Herausforderungen und Chancen für die Türkei*, Hrsg. Harun Gümrükçü, Institut für Türkisch-Europäische Studien, März 2001 Istanbul. (S. 169-215). (Kısaltma: ITES Jahrbuch)

Gümrükçü, Harun, *Uyum Politikası, Avrupa Vatandaşlığı'na Doğru ve Türk İşçilerin Durumuna İlişkin Öneriler, Türkiye-AB İlişkileri-Dış Politika ve İç Yapı Sorunsalları, Derleyenler: Erol, M. Seyfettin/Efegil, Ertan*, Ankara 2007. (S. 183-201). (Kısaltma: Uyum Politikası)

Heper, Altan, Europäisches Arbeitsrecht und die Türkei; ITES Jahrbuch 2000-2001 Globalisierung, Herausforderungen und Chancen für die Türkei, Hrsg. Harun Gümrükçü, Institut für Türkisch-Europäische Studien, März 2001 Istanbul. (S. 245-299)

Tezcan, Ercüment, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, Istanbul 2001. (Kısaltma: Kurumlar Hukuku).

Gümrükçü, Harun, <http://www.cnnturk.com/2009/turkiye/03/20/almanya.vizesiz.seyahati.eksik.yorumluyor/518684.0/index.html>, 20.03.2009.

Tezcan, Ercüment, <http://www.usakgundem.com/yazar/1137/soysal-karar%C4%B1-avrupa-adalet-divan%C4%B1%E2%80%99ndan-%C3%BCye-devletlere-standst%C4%B1ll-dersi.html>; 04.04.2009.

Westphal, Volker, <http://www.gurbetport.com/avrupa-haberleri/almanya-haberleri/2168-volker-westphal-almanya-vize-kararini-uygulamak-zorunda.html>, 02.04.2009.

Westphal, Volker/Stoppa, Edgar; <http://www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm>, 02.04.2009.

Zeran, Ünal, Visaverhandlungen mit der Türkei: Stillstand oder stand still?

[http://www.migrationsrecht.net/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=1207](http://www.migrationsrecht.net/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1207), 04.04.2009.

[http://www.urteile.net/gerichte/ovgberlinbrandenburg/Beschluss\\_vom\\_30.03.2006\\_OVG\\_7\\_B\\_13\\_05.html](http://www.urteile.net/gerichte/ovgberlinbrandenburg/Beschluss_vom_30.03.2006_OVG_7_B_13_05.html), 04.04.2009.

<http://www.abvizyonu.com/avrupa-birligi/avrupa-toplulugu-adalet-divani-soysal-kararina-gore-vize-haksiz.html>, 04.04.2009.

[http://www.hurhaber.com/news\\_detail.php?id=185977](http://www.hurhaber.com/news_detail.php?id=185977), 31.03.2009.

[http://www.ankara.diplo.de/Vertretung/ankara/de/03/Veranstaltung\\_\\_Botschafter/2009\\_\\_09\\_\\_pressemitteilung.html](http://www.ankara.diplo.de/Vertretung/ankara/de/03/Veranstaltung__Botschafter/2009__09__pressemitteilung.html), 04.04.2009.



# AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNA UYUM SÜRECİNİN İDARE HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Dr. Gül ÜSTÜN\*

## Giriş

Avrupa Konseyi organları, Avrupa Birliği ülkelerinin ve aday ülkelerinin hukuk düzenleri hakkında icrai ve tavsiye niteliğinde kararlar tesis etmektedir<sup>1</sup>. Avrupa Birliğine giriş süreciyle Birliğin hukuku ve düzenlemeleri ülkemiz hukukunda dolayısıyla İdare Hukuku' muzda da etkili olmuştur. Nitekim bu süreçte, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı hazırlanmış<sup>2</sup>, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı<sup>3</sup>, Yerel Yönetimler Özerlik Şartı tesis edilmiş<sup>4</sup>, Kamu Yönetimi Reformları yapılmıştır.

Söz konusu etkilenme ve uyum sürecinin İdare Hukuku' ndaki birçok konuda yansımaları mevcut olup, çalışmamız kapsamında bu konular ele alınacaktır. Bu nedenle, ilk olarak İdare Hukuku üzerinde etkili olan/olacak olan Avrupa Konseyi kararları kısaca ele alınacak olup, sonrasında genel olarak uyum sürecinin İdare Hukuku' ndaki özel kurumlar açısından etkilerine yer verilecektir.

---

\* Marmara Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Avrupa Konseyi organlarından parlamenter meclis (danışma organı) ve bakanlar komitesi (karar organı) karar ve tavsiye kararı tesis etmektedirler. Avrupa Birliği Hukukunun üye devletler üzerindeki etkisi hakkında bkz. ÇOLAK Nusret İlker, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar İngiltere ve Türkiye**, Ankara,2005, s.220-227.

<sup>2</sup> Anılan program hakkında detaylı bilgi için bkz. [www.khgm.gov.tr](http://www.khgm.gov.tr).

<sup>3</sup> R.G. 31.12.2008, S.27097 (5. Mükerrer); R.G. 24.07.2003, S. 25178; R.G. 24.03.2001, S. 24352.

<sup>4</sup> Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, R.G. 21.05.1991, S. 20877, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının Onaylanmasına Dair Karar, R.G. 03.10.1992, S. 21364.

## 1. İdare Hukuku Alanında Kabul Edilen Avrupa Konseyi Kararları<sup>5</sup>

İdare Hukuku' nu konu alan Avrupa Konseyi kararlardan ilki 28 Eylül 1977 tarihinde kabul edilen, İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında (77) 31 sayılı Bakanlar Komitesi Kararıdır. Bu tavsiye kararı, idari işlemlerden hakları etkilenen kişilere “dinlenilme hakkı tanınması”, “işlemlerle ilgili bilgilere ulaşma hakkı tanınması”, “idari süreçte temsil ve ücretsiz hukuki yardım olanağı sağlanması”, “işlemlerin gerekçeli olması zorunluluğu” ve “işlemlerde, işleme karşı başvuru yolunun gösterilmesi” ilkelerini içermektedir.

11 Mart 1980 tarihinde kabul edilen İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80) 2 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında ise, idarenin takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkiler arasında uygun denge sağlayacağı gibi konular düzenlenmiştir. Yine tavsiye kararına göre, bir idari makam takdir yetkisini kullanırken, kişilerin haklarına, özgürlüklerine veya menfaatlerine zarar verecek şekilde bir genel idari ilkeden ayrılırsa, ilgili kararın gerekçesinden haberdar edilecektir. Takdir yetkisinin kullanıldığı işlem bir mahkeme veya bağımsız bir kurulun hukuki denetimine tabidir.

18 Eylül 1984 tarihli İdari Sorumluluğa İlişkin R(84) 15 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararıyla da, kamu otoritelerinin düzenleyici işlemler dahil işlem ve eylemlerinden dolayı verdikleri zararların tazminat ödenerek ya da başka yollarla giderilmesi düzenlenmiştir. Buradaki kamu otoriteleri, eyalet, bölge, taşra örgütü, belediye, bağımsız idari otoriteler dahil her tür ve her düzeyde kamusal yetki kullanan oluşumlar ile resmi yetkiye dayanarak kamu hizmeti gören gerçek kişileri ifade etmektedir.

13 Eylül 1989 tarihinde kabul edilen İdari İşlerde Önleyici Yargısal Korumaya İlişkin R (89) 8 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı ile idari işlemin iptali istemiyle dava açan kişilerin mahkemece nihai karar verilene kadar, işlemin uygulanmasını önlemek amacıyla başvurabileceği tedbirler düzenlenmiştir. Tavsiye kararında, işlemin açıkça hukuka aykırı olması ya da

<sup>5</sup> Avrupa Konseyi kararlarının niteliği ve İdare Hukuku alanında kabul edilen kararları hakkında detaylı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI ERDEM Özden, “Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku”, www.danistay.gov.tr.

işlemin yürütülmesi halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması koşullarının mahkemece değerlendirilerek karar verileceği de belirtilmiştir.

Bunlar dışında 13 Şubat 1991 tarihli İdari Yaptırımlara İlişkin R (91) 1 sayılı Tavsiye Kararı, 18 Ekim 1993 tarihli Kamu İşletmelerinin ve Etkinliklerinin Özelleştirilmesine İlişkin R (93) 7 sayılı Tavsiye Kararı, 13 Ekim 1994 tarihli Hakimlerin Bağımsızlığı, Verimliliği ve Rolüne İlişkin R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı, 5 Eylül 2001 tarihli İdari Otoriteler ve Özel Kişiler Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatiflere İlişkin R (2001) 9 sayılı Tavsiye Kararı ( üye devletlerin yargı dışı denetim yollarını geliştirmeleri yönünde) da bulunmaktadır.

## **2. Avrupa Birliği Hukuku Uyum Sürecinin İdare Hukukunun Özel Kurumları Açısından Etkileri**

### **2.1. Kamu Hizmeti**

AB (Avrupa Birliği)' nin uyumlaşma ve tek bir ortak pazar sağlama amacıyla olması, kamu hizmeti teorisini değiştirmektedir. Örneğin, AB organları kamu hizmeti kavramı yerine "evrensel hizmet" kavramını<sup>6</sup> kullanmakta, kamu hizmetlerinin niceliğini azaltmayı ve niteliğini belirli bir standarda getirmeyi hedeflemektedir<sup>7</sup>.

Kamu hizmetlerinin görülüş usullerinde de AB organları, devletin kamu hizmetlerini mutlaka gerekli olmadıkça bizzat işletmemesini, sadece regülatör (düzenleyici ve denetleyici) olmasını empoze etmeye çalışmaktadırlar. Devlet oyunun kurallarını koymalı ve kurallara uymayı sağlamalı, oyunun oynanmasını

<sup>6</sup> İstisnasız herkese makul bir kalite ve fiyattan, sürekli ve düzenli olarak sunulmak zorunda olunan ve çağdaş bir insan için vazgeçilmesi mümkün olmayan minimum ortak ihtiyaçlar, evrensel hizmete konu temel hizmetler olarak kabul edilmektedir. Örneğin, posta ve iletişim enerji (gaz, elektrik), su ve taşımacılık (hava, kara, demiryolu) sektörleri. ULUSOY Ali, "Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", <http://dergiler.ankara.edu.tr>.

<sup>7</sup> Avrupa Birliği Hukuku bakımından Evrensel Hizmetin içerdiği haklar ve Türkiye Uygulaması hakkında bkz. ASLAN Özlem, "Evrensel Hizmet ve Türkiye Uygulaması", <http://www.debud.org>

ise işleticilere (operatör) bırakmalıdır<sup>8</sup>. Bu nedenledir ki, bağımsız idari otoriteler adı verilen kurumlar ortaya çıkmakta ve yaygınlaşmaktadır<sup>9</sup>.

Diğer yandan, kamu hizmetlerinin hukuksal rejiminde ekonomik yaklaşımın ön plana geçmesi savunulmaktadır. Bu kapsamda, bütün kamu hizmetleri için tek tip kurallar yerine, her sektör için sektörün özelliklerini dikkate alan ayrı ve kendine özgü kurallar geliştirmeyi hedefleyen bir yaklaşım benimsenmektedir. Bu durumun, "çok vitesli" bir kamu hizmeti hukukunu ortaya çıkarabileceği de ifade edilmektedir<sup>10</sup>.

Bu hususlar değerlendirildiğinde AB' nin kamu hizmeti kuramını, klasik kamu hizmeti kuramından da farklı yorumlamakta olduğu görülmektedir; klasik kamu hizmeti objektif bir anlayış benimsemekte iken, AB subjektif anlayışı benimsemiştir. Yani, ilk önceleri bazı faaliyetler nitelikleri gereği kamu hizmeti iken, günümüzde yöneticilerin belirledikleri bazı kamusal ihtiyaçların kamu hizmeti olarak yerine getirilmesi esası benimsenmiştir<sup>11</sup>.

Ancak, bu gelişmenin sebebi sadece AB kuralları da değildir. Küreselleşme, büyük yatırımların kamusal harcamalarla gerçekleştirilememesi, bireysel özgürlüklerin kamu hizmetleri faaliyetleri ile sınırlandırılması gibi nedenler aslında AB kuralları olmasa da bugünkü duruma gelineceğini ifade edilmektedir. Nitekim, ülkemizde de sadece AB kurallarının benimsenmesi sonucunda değil, anılan nedenlerden ötürü de kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle gördürülmesi ilkesi benimsenmiş ve idare piyasayı düzenleyici, denetleyici ve yaptırım uygulayıcı konuma geçmiştir. Örneğin İdare, regülatör olarak Rekabet Kurumu, Sermaye Piyasası Kurumu, EPDK gibi kurumlar olarak piyasada var olurken, bu sektörde faaliyet gösterenler özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri olmaktadır.

## 2.2. Kamu Alımları

Kamu alımları için önemli miktarda kamu kaynağı tahsis edilmesi, bu alanın kamu ve özel kesimlerin önemli ölçüde ilişkide bulunmasına neden olması; bu alımların, hem kamu görevlilerinin hem de özel kesimin kamu

<sup>8</sup> ULUSOY, <http://dergiler.ankara.edu.tr>.

<sup>9</sup> Ülkemizdeki bu tür kurumların kamu kurumlarından farklı olmadığı hakkında bkz. YILDIRIM Turan, *Türkiye' nin İdari Teşkilatı*, İstanbul, 2007, s.308,309.

<sup>10</sup> ULUSOY, <http://dergiler.ankara.edu.tr>.

<sup>11</sup> ULUSOY, <http://dergiler.ankara.edu.tr>.

fonlarını kişisel çıkarlar için kullanmalarına yol açabilecektir. Bu nedenle, kamu alımları her şeyden önce rekabet ve bunu sağlayacak açıklığı (saydamlık) içermelidir. Bunun anlamı, ihaleye katılanların hepsini kapsayacak şekilde açık ve net kurallar konulmasıdır<sup>12</sup>.

Ancak, kamu alımları için rekabeti sağlayacak saydamlık gerekli şart olmakla beraber bu şartın yanı sıra kamu alımları için harcanan kaynakların iyi yönetilmesi dolayısıyla bu işle uğraşan kamu görevlilerinin mesleki yeterliliklerinin tam olması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>13</sup>.

Kamu alımları için Avrupa Birliği çerçevesinde ise, dört yönerge kabul edilmiştir. Bu yönergeler iş kontratları, mal tedarik kontratları, hizmet kontratları ile su, enerji, ulaşım ve telekomünikasyon sektörlerindeki kurumların alımları hakkındadır<sup>14</sup>. Bu konuyu basitleştirmek ve bu ilkelerin daha iyi uygulanmasını sağlamak amacıyla AB yakın zamanda kamu alımları üzerine olan yasalarını tekrar gözden geçirmiş ve iki ana direktif altında birleştirmiştir:

- 1- Klasik sektörler (hizmet, çalışma sektörü) ait direktif: Directive/2004/18/EC
- 2- Ulaşım, enerji ve su sektörlerini kapsayan kamu hizmetleri direktifi: Directive/2004/17/EC

Bu yönergeler neticesinde oluşan Topluluk müktesebatı aşağıdaki temel prensiplere dayanmaktadır<sup>15</sup>:

-Kamu alımları politikasının hedefi vergi ödeyenlerin parasının etkili bir biçimde idare edilmesini sağlamak ve kullanımının verimli olmasını garanti etmektir.

-Tüm taraflar, kararların 'eşit muamele' ve 'bozucu uygulamalardan uzak olma' esaslarına dayanmasını garanti etmesi ve de yasal düzenlemelerin ayrımcılığa karşı ve şeffaf nitelikte olması gerekmektedir.

- Alımlar hususunda bu prensip mal ve hizmet teklifi verenlere ulusal bir öncelik tanınmasını yasaklar.

---

<sup>12</sup> <http://www.euractiv.com.tr>

<sup>13</sup> <http://www.euractiv.com.tr>

<sup>14</sup> Bu ihalelerin yöntem ve süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. [www.ekocereve.com](http://www.ekocereve.com).

<sup>15</sup> <http://www.euractiv.com.tr>

- Alım politikaları ve uygulamalarının şeffaf ve bilginin de herkes tarafından erişilebilir olması gerekmektedir.

Yönergeler ve ele alınan bu prensipler uyarınca, ülkemizde ise, AB Hukukuna uyum amacıyla bu kapsamda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda değişikliklere gidilmiş, bu değişikliklerin uyum amacıyla tesis edildiği çeşitli maddelerin gerekçelerinde ifade edilmiştir.

AB standartlarını düzenlemeye yansıtma yönelik değişikliklerden önemlileri aşağıdaki şekilde özetlenebilir<sup>16</sup>:

- 1- 4734 sayılı Kanunda öngörülen eşik değerlerin Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü düzenlemelerine uyumlu hale getirilmesi
- 2- İhalden sonra işin gerçekleştirilmesi aşamasında idarenin öngöremediği durumların ortaya çıkması halinde, eğer iş, sözleşme bedelinin üzerinde belirli oranlar nispetinde olmak koşulu ile gerçekleştirilecek işin yaptırılarak bitirilmesi ve böylece yeniden ihaleye çıkma zorunluluğunun ortadan kaldırılması amacıyla Avrupa Birliği ülkelerinde öngörülen oranlarla paralellik sağlanması
- 3- Bilanço ibrazına ilişkin düzenlemelerin Avrupa Birliği kurallarına uyumlu hale getirilmesi
- 4- Avrupa Birliği direktifleriyle uyumlu enerji, su, ulaştırma, ve telekomünikasyon" sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların 4734 sayılı Kanun kapsamından çıkarılması öngörülmektedir
- 5- Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili alımlara ilişkin istisnanın, Avrupa Birliği normlarına uygun olarak düzenlenmesi
- 6- Hizmet alımlarına ilişkin Avrupa Birliği direktiflerinde menkul kıymetlerin ve diğer finansal araçların ihracı, satışı, alımı veya transferi işlemleri ile Merkez Bankası hizmetleri kapsam dışında tutulması
- 7- Avrupa Birliği normlarına uygun olarak uluslararası tahkim kurallarına dayalı olarak çözülmesi gereken uyuşmazlıklarda idarelerin temsil ve savunmasına yönelik avukatlık hizmeti alımlarının ihale usullerine tabi olmaksızın doğrudan temin edilebilmesine imkan tanınması

<sup>16</sup> www.ekocereve.com.

8- İhalenin iptal edilme gerekçelerinin bütün istekliler yerine yazılı talepte bulunan isteklilere bildirilmesi (4964, 2003).

9- İhale sisteminin içine alternatif alım yöntemleri (elektronik ihale, dinamik alım gibi)

### 2.3. İdari Teşkilat

AB katılım süreci yaşayan ülkeler hukuki ve idari yapılarını birlik ölçütlerine göre yeniden düzenlemek zorundadırlar. Ancak, söz konusu değişikliklerin sebebin sadece AB ye girmek olduğunu düşünmek de pek doğru olmayabilecektir. Nitekim, AB uyum süreci dışında, küreselleşme ve rekabet süreci de geleneksel hantal bürokratik yapının değişmesi gerekliliğini doğurmuştur. Aslında sadece küreselleşme ve uluslararası rekabet değil, insanların beklentilerinin artması ve değişmesi, günümüz toplumunun artık bir bilgi toplumu olması gibi etkenler de bu süreçte rol almıştır<sup>17</sup>. Bu nedenle, ülkemizde hem merkezi idare hem de yerel yönetimler reformu yapılmıştır.

AB' nin federal bir yapı oluşturmak amacıyla olduğu, birliğe üye olan ülkelerden merkezi yönetim anlayışını terk ederek, temel konular dışında yetkilerin yerel yönetimlere devredilmesi istendiği düşünülürse<sup>18</sup>, bu kapsamda ülkemizdeki reformların da merkezi idarenin yetkilerinin azaltılması ve yerel yönetimlerin güçlendirilmesi yönünde olduğu görülecektir.

AB Hukukuna uyum sürecinde yapılan ve yapılacak reformlarda şu konular hedef alınmaktadır<sup>19</sup>:

- \*yönetim düşüncesinin idarenin toplumun ve bireylerin hizmetinde olduğuna dair bir düşünceye sahip olması
- \*yönetimde birliğin sağlanması ve kamu kurum ve kuruluşları arasındaki yetki çatışmasının ortadan kaldırılması
- \*toplumdaki değişimlerin dikkate alınarak gereksinimlerin karşılanması
- \*katılımcılığa yer verilmesi

<sup>17</sup> ÇOLAK, s. 333, 334.

<sup>18</sup> ÇOLAK, s.331.

<sup>19</sup> ÇOLAK, s. 340-350.

\*birey ve hizmet odaklı bir yönetim sağlanması

\*bürokrasinin azaltılması

Merkezi idare açısından yapılan reformlara bakılacak olursa, ilk bakışta göze çarpan merkezi idarenin bir kısım görev ve yetkilerinin yerel yönetimlere devredilmesidir. Merkezi idare açısından önemli sayılabilecek adım, 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun' dur<sup>20</sup>. Kanun' un amacı, katılımcı, saydam, hesap verebilir, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir kamu yönetiminin oluşturulması; kamu hizmetlerinin adil, süratli, kaliteli, etkili ve verimli bir şekilde yerine getirilmesi için merkezî idare ile mahallî idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarının çağdaş kamu yönetimi ilke ve uygulamaları çerçevesinde belirlenmesi; merkezî idare teşkilâtının yeniden yapılandırılması ve kamu hizmetlerine ilişkin temel ilke ve esasları düzenlemektir (m.1).

Söz konusu düzenlemeye bakıldığında merkezi idare açısından yapılan reformun çerçevesini şu şekilde çizmek mümkündür:

1. Özel kişiler tarafından kamu hizmetlerinin görülmesinin sağlanması, idarenin bu sektörde sadece düzenleme, gözetim ve denetim görevi görmesi
2. Kamu hizmeti ve sosyal devlet uygulamalarının sivil toplum kuruluşları ile görülebilmesi, böylelikle idarenin yükünün hafifletilmesi ve gönüllülük esası gereği, birlik ve beraberlik duygularının artması, açık şeffaf yönetim, demokratikleşme ve hizmet kalitesinin artmasının sağlanması
3. Kamu hizmetlerinin ihtiyacın ortaya çıktığı en yakın idari birim tarafından karşılanması

Merkezi idare açısından diğer bir adım ise, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısıdır<sup>21</sup>. Tasarı, Bağımsız İdari Otorite<sup>22</sup> olan;

<sup>20</sup> R.G. 15.07.2004, S. 5227.

<sup>21</sup> Tasarı için bkz. <http://www.legalisplatform.net>.

<sup>22</sup> ÇOLAK tarafından, "özerk idari kurum" kavramı tercih edilmekte iken, AKINCI, ULUSOY tarafından "bağımsız idari otorite" kavramı tercih edilmektedir. Bkz. ÇOLAK Nusret İlker, *Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar İngiltere ve Türkiye*, Ankara, 2005, s.400 vd.; AKINCI Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, İstanbul, 1999; ULUSOY Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara, 2003.



Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu' nu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu' nu, Kamu İhale Kurumu' nu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu' nu, Rekabet Kurumu' nu, Sermaye Piyasası Kurulu' nu, Telekomünikasyon Kurumu' nu ve Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu' nu konu almaktadır (m.2).

Bağımsız idari otoriteler, bazı görev ve hizmetlerin normal koşullarda genel idarenin görev sınırı içinde yer almakla birlikte, ulusal ve uluslararası sorunlar ve gelişmeler sonucunda genel idarenin görev alanından çıkarılması ve farklı bir yapılanma içerisinde yürütülmesi gereğinin yerine getirilmesi amacıyla oluşturulmuştur<sup>23</sup>. Bu nedenle, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Yasa Tasarısının amacı da, söz konusu kurumların görev alanının, organizasyon yapısının belirlenmesi (m.2) dolayısıyla hem diğer idari kurumlarla olan yetki karmaşası sorunu hem de kendi iç işleyişindeki sorunlarının kaldırılması yönünde belirlenmiştir.

Yerel Yönetimler bakımından ise, reformların en belirgin özelliği önceden de belirttiğim üzere, merkezi idarenin bir kısım yetkilerinin yerel yönetimlere devredilmesidir. Bu kapsamda, merkezi idarenin görevleri kanunlarla sayılırken ve sınırlı iken, sayılanlar dışındaki yetki ve görevler yerel yönetimlere devredilmiştir. Diğer bir ifadeyle kamu hizmet ve görevlerinde yerel yönetimler genel görevli idari birim olarak öngörülmekte, ancak görevlerini yerine getirmemeleri ve hizmetlerin ciddi bir biçimde aksamaması ve kamu düzeninin bu durumdan olumsuz etkilenmesi durumunda merkezi idarenin (İçişleri Bakanlığının) devreye girmesi mümkün olmaktadır<sup>24</sup>.

Bu doğrultuda Yerel Yönetimler Özerklik Şartından da bahsetmek gerekmektedir:

Avrupa Konseyi, 1981-1984 yılları arasında yerel idarelerin özerkliği ile ilgili bazı ilkeleri tartışmış ve bir karar tasarısı hazırlamıştır. "Yerel idarelerin güçlendirilmesi, özerkliklerinin savunulması, yerinden yönetim ve demokrasi ilkelerine dayanan bir Avrupa'nın kurulmasının temel koşuludur" görüşünden hareketle hazırlanan tasarı daha sonra "Özerklik Şartı" olarak Avrupa

<sup>23</sup> ÇOLAK, s.400.

<sup>24</sup> ÇOLAK, s.417,418.

Konseyi'nce kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Türkiye, Şartı 1988 yılında imzalamış, 1991 yılında da 3723 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir<sup>26</sup>.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, yerel yönetimlerin temel yetki ve sorumluluklarının anayasa ya da kanun ile belirlenmesi, bununla beraber, yerel yönetimlere kanuna uygun olarak belirli amaçlar için yetki ve sorumluluklar verilebilmesinin mümkün olması, yerel yönetimlerin yetki alanlarında tam takdir hakkına sahip olması, vatandaşa en yakın olan makamlar tarafından yetkinin kullanılması, yerel makamları doğrudan ilgilendiren tüm konulara ilişkin planlama ve karar alma süreçleri içinde, kendileriyle olanaklar ölçüsünde zamanında ve uygun biçimde danışılması gibi konuları ele almaktadır (m.6).

Anılan AB Hukuku İlkeleri doğrultusunda ve kamu hizmetlerinin yerinde görülmesi ve vatandaşa sunulması, demokrasinin bir gereği olan halkın yönetime katılımının ancak yerel yönetimlerin güçlendirilmesiyle sağlanabileceği görüşüyle de, Belediye, Büyükşehir Belediyesi ve İl Özel İdaresi Kanunları yeniden düzenlenmiştir<sup>27</sup>. Söz konusu kanunlar AB' nin federal yapısına uygun düşmekte olup, tekil devlet olan ülkemiz açısından özellikle tasarı halleriyle uygun düşmemiştir. Zira, bu kanunlar yerel yönetimleri genel yetkili kılarken merkezi idareye özel yetkili kılmış olup, bu durum Anayasamızın 127. Maddesiyle de bağdaşmamaktadır. Örneğin, eğitimin İl Özel İdarelerinin yetkisi ve görevine bırakılması pek çok tartışmalara neden olmuştur<sup>28</sup>.

#### 2.4. İdari Usul ve Yönetime Katılma

AB Hukukuna uyum sürecinde sadece idari yapılanmaya ilişkin değil, hukuk alanına ilişkin reformlar da yapılmıştır. Bunlardan biri de, yönetimin açık ve şeffaf işlemlerini sağlayacak yasal düzenlemelerin tesisidir.

Yönetimin açık ve şeffaf olması, çağdaş bir yönetimin gereği olup, yönetime ait bilgilerin ve idarenin faaliyetlerinin herkese açık tutulması,

<sup>25</sup> <http://tr.wikisource.org>.

<sup>26</sup> R.G. 21.5.1991, S. 20877

<sup>27</sup> 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu.

<sup>28</sup> Bu konudaki detaylı bir eleştiri için bkz. YILDIRIM, s. 158-175.

isteyenlerin bunları görmesi, faaliyetlere tanıklık etmesi ile idarenin gizlisi/saklısı kalmayacak<sup>29</sup>, böylelikle, bireylerin idareye karşı güvenleri artacaktır<sup>30</sup>.

Nitekim, İdare, kamu hizmeti görürken kamu gücünü kullanması sonucu kişilerin hukukten korunmaya değer haklarına ve yararlarına olumsuz bir etkiye bulunmaktadır<sup>31</sup>. İdarenin söz konusu faaliyetlerinin hangi tür kurallara bağlı olarak gerçekleştirileceğine ilişkin bir genel düzenleme de bulunmaması da, faaliyetlerden etkilenen kişilerin idare karşısında korumasız kalmasına neden olmaktadır<sup>32</sup>.

İşte bu durum, idari usul kurallarının düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Zira, idarenin işlemlerinin, önceden belirlenmiş, herkes tarafından bilinen, belli kurallara bağlı kalarak yapılması ve bu şekilde kamu hizmetini yürütülmesi, idarenin hukuka bağlı kalmasını ve "Hukuk Devleti" ilkesinin gerçekleşmesini sağlayacaktır<sup>33</sup>.

İdari usul, idareye uygulanacak bir usul olup<sup>34</sup>, idarenin kararlarını oluşturmasında izlemesi gereken yol ve yordamların yer aldığı süreç olarak tanımlanmıştır<sup>35</sup>. Bu kapsamda, idari usul kurallarının<sup>36</sup> belirlenmesi, yönetimde şeffaflık sağlayacak, idarenin hukuk sınırları içinde hareket etmesini sağlayacak, bireyler kendilerini güvende hissedecek, hizmet ve görevler etkin bir şekilde

<sup>29</sup> SEZER Yasin, " 'İyi İdare İçin' Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)", İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S.26, Mart 2002, s.156.

<sup>30</sup> GÜRAN Sait, "Yönetimde Açıklık", İHİD, Sarıca' ya Armağan, Y.3, S.1-3, 1982, s.102. Ayrıca, GÜRAN, İdarenin faaliyetlerinin gözetim ve denetiminin, halkın temsilcilerine ve halkın kendisine açık tutulmasının demokrasinin bir gereği olduğunu ifade etmektedir. GÜRAN, s.103.

<sup>31</sup> AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, 2000, s.63.

<sup>32</sup> ODYAKMAZ Zehra, "İdari Usulden Beklediklerimiz", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, ODYAKMAZ, s.2.

<sup>33</sup> AKYILMAZ, s.63.

<sup>34</sup> DURAN Lütü, "İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, s.32.

<sup>35</sup> DURAN Lütü, s. 27.

<sup>36</sup> İdari usul kuralları, "somut ve kişiselleştirilmiş bir olaya 'maddi hukukun' uygulanma esası ve şartlarını gösteren kurallar" olarak tanımlanmıştır. AKYILMAZ, s.64.

sunulacak ve yargı kararlarına riayet edilmesini ve idari yargının iş yükünün azaltılmasını sağlayacaktır<sup>37</sup>.

Önceden de ifade edildiği üzere, AB' nde, 28 Eylül 1977 tarihinde kabul edilen, İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında Bakanlar Komitesi Tavsiye kararı idari usulü konu almakta, idari işlemlerden hakları etkilenen kişilere “dinlenilme hakkı tanınması”, “işlemlerle ilgili bilgilere ulaşma hakkı tanınması”, “işlemlerin gerekçeli olması zorunluluğu” ve “işlemlerde, işleme karşı başvuru yolunun gösterilmesi” ilkelerini benimsemektedir<sup>38</sup>.

Ayrıca, 11 Mart 1980 tarihinde kabul edilen İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80) 2 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında da idari usulün ilkeleri ortaya konulmaktadır. Zira, bu karar, idarenin takdir yetkisini nasıl kullanacağını ve bu yetkinin sınırlarını belirlemek suretiyle bireylerin haklarını güvence altına almaktadır. İdarenin faaliyetlerinin amacı kamu yararı olduğuna göre, takdir yetkisi kapsamında yürütülen faaliyetlerde öngörülen kamu yararı ve bu yarar karşısında yer alan bireysel yarar arasındaki dengenin sağlanması idari usul kurallarının varlığı ile mümkün olacaktır<sup>39</sup>.

Karar' a göre<sup>40</sup>;

Takdir yetkisini kullanan bir idari makam:

1. yetkinin verilmiş amacından başka amaç güdemez;
2. yalnızca somut olaya ilişkin öğeleri dikkate alarak nesnellığe ve tarafsızlığa uyar;
3. hakkaniyete uymayan ayrımcılıktan kaçınarak yasa önünde eşitlik ilkesini gözetir;

<sup>37</sup> ÇOLAK, s.514-520.

<sup>38</sup> Söz konusu tavsiye kararları ve AB' nin idari usul üzerindeki etkileri hakkında detaylı bilgi için bkz. ÇOLAK, s. 509-553.

<sup>39</sup> ALAN Nuri, “İdari Usul İle İdari Yargı Arasındaki İlişkiler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, “İdarenin Demokratikleşmesi Süreci Olarak Saydamlık”, 2008, Özel Sayısı, s.33,34.

<sup>40</sup> KARAHANOGULLARI Onur, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R (80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 45, sayı 1-4. (1996), sayfa 323-341. (İngilizce'den çeviri), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2722.pdf>.

4. işlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge sağlar;
  5. işlemi, her somut olaya göre belirlenen makul bir süre içinde yapar;
  6. genel idari direktifleri her olayın özelliklerini göz önünde tutarak istikrarlı bir şekilde uygular.
  7. Takdir yetkisinin kullanımını düzenleyen tüm genel idari direktifler alenidir veya ilgilinin istemi üzerine, işlemden önce veya sonra ilgiliye uygun bir biçimde ve yeterli içerikte bildirilir.
  8. Bir idari makam takdir yetkisini kullanırken, kişilerin haklarına, özgürlüklerine veya menfaatlerine zarar verecek şekilde bir genel idari direktiften ayrılırsa ilgili, kararın gerekçesinden haberdar edilir.
- Bu bilgilendirme, gerekçe işlemde belirtilerek veya ilgilinin talebi üzerine makul bir süre içinde yazılı olarak bildirilerek gerçekleştirilir.
9. Takdir yetkinin kullanıldığı işlem, bir mahkeme veya bağımsız bir kurulun hukuki denetime tabidir. Bu denetim, yerindelik ve hukukilik denetimi yapmaya yetkili bir idari makamın öndenetimi imkanını dışlamaz.
  10. Takdir yetkisi kullanılarak işlem yapılması için yasa da süre öngörülmediği durumlarda idarenin, işlemi makul bir süre içinde yapmaması, bu amaçla yetkili olan bir makamın denetimine tabi olabilir.
  11. Takdir yetkisinin kullanımını denetleyen mahkeme veya bağımsız kurulun işlevini gerçekleştirmek için gerekli bilgileri alma yetkisi vardır.

Avrupa Birliği' ne üye olmak için aday statüsünde bulunan ülkemizin, Birlik mevzuatıyla uyum sağlaması gerekliliği göz önünde bulundurulursa, söz konusu ilkeleri esas alan bir İdari Usul Kanununun hazırlanması gerekmektedir. İdari usulün ilkelerinin yaşama geçirilmesini sağlayacak olan İdari Usul Kanunu' nun hazırlanması ve yürürlüğe girmesi aşağıda belirtilen şu faydaları sağlayacaktır:

İdarenin demokratikleşmesi, şeffaflaşması<sup>41</sup>, böylelikle katılımcı bir yönetim anlayışı<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> ODYAKMAZ, s.2.

<sup>42</sup> ÇOLAK, s.514,515.

Saydam idare anlayışı gereği, idarenin yaptığı işlemleri herkes önünde yapmasının sağlanması ve takdir yetkisini sınırlandırılması<sup>43</sup>

İdari yargıya başvurmadan idare ve birey arasındaki uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla giderilebilmesi<sup>44</sup>, böylelikle idari yargının iş yükünün azaltılması<sup>45</sup>

Usulde paralellik ve eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi<sup>46</sup>

Bireyin idari işlemlerdeki izlenecek usulü bilmesiyle kendini güvende hissetmesi<sup>47</sup>

İdari makamların daha dikkatli ve düzenli olması, idarenin daha iyi denetim altında olması<sup>48</sup>

Yargı kararlarına riayet edilmesini<sup>49</sup>

Söz konusu yararların sağlanabilmesi için İdari Usul Kanununda bulunması gereken hususları şu şekilde özetleyebiliriz<sup>50</sup>:

1. Takdir yetkisi verilirken, yetkinin amacının, ilgili hukuk sisteminin uygulamasına göre, yasanın metninden, başlığından, girişinden ya da gerekçesinden anlaşılır olması
2. Nesnellik ve tarafsızlık ilkesi, idarenin, takdir yetkisinin kullanımında, olaya ilişkin bütün ilgili öğeleri ve yalnızca bunları hesaba katması gerekliliğini de doğurmaktadır olduğundan, bu yükümlülüğü öngörecektir düzenlemeler bulunması (Örneğin, İdarenin, uygun belgelerin yardımı, ilgili kişilerden ve üçüncü kişilerden alınan bilgiler, uzman görüşleri somut olayda ilgili saydığı öğelere

<sup>43</sup> YAYLA Yıldızhan, "İdari Usul Kanunu ve İlkeleri". İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, s. 17.

<sup>44</sup> ODYAKMAZ, s.2.

<sup>45</sup> ÇOLAK, s.517,518.

<sup>46</sup> ODYAKMAZ, s.2.

<sup>47</sup> ODYAKMAZ, s.3; ÇOLAK, s.515.516.

<sup>48</sup> AKYILMAZ, s.76.

<sup>49</sup> ÖZKAN Gürsel, "İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, s.33, ÇOLAK, s.519.

<sup>50</sup> KARAHANOGULLARI Onur, "İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R (80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı" , <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2722.pdf>.

ulaşmak için gerektiğinde çaba sarf etmesi ve ilgili kişiye edinilen bilgilerden haberdar olma imkanı sağlaması gibi)

3. İdarenin karar alması için bir süre gösterilmesi, başka bir ifadeyle idarenin tesis edeceği kararlara ilişkin süre sınırlaması getirilmesi
4. Orantılılık ilkesine ilişkin düzenlemeler
5. Makul süreyi aşan bir biçimde beklemek durumunda kalan ilgili kişiye, idarenin hareketsizliğini bu amaçla yetkilendirilmiş bir makamın denetimine sunma imkanı
6. Mahkeme veya bağımsız kurulun, kararın dayanağı hakkındaki bilgilere giriş imkanını sağlayan ve idarenin bu tip bilgileri verme zorunluluğu

Belirtilen bu hususların, genel olarak bir idari usul kanunuyla hazırlanması gerekmektedir. Her ne kadar, idari usulü konu alan, yürürlükte olan yasal düzenlemelerimiz de mevcut ise de, bu düzenlemeler kanun koyucu tarafından bazı önemli konulara ilişkin olarak tesis edilmiştir<sup>51</sup>. Oysa, tüm idari faaliyet ve işlemlerde uygulanacak genel bir düzenleme bulunmayışı tehlike yaratmaktadır.

Ülkemizde ise bu düşünceden hareketle, Genel İdari Usul Kanunu çalışmaları yapılmış ve bu kapsamda ilk adım olabilecek 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu tesis edilmiştir<sup>52</sup>.

Bilgi edinme hak ve özgürlüğü, idarenin tek yanlı iradesiyle hukuk düzeninde yapacağı değişiklikler hakkında ilgili bireylerin, işlemin niteliği ve sonuçları hakkında bilgi alabilmesini sağlayan hak ve özgürlüktür<sup>53</sup>. Bu hak ve özgürlük, yönetimde açıklığı sağlayan, bireyleri kamu hizmetlerinden yararlanan statüsüne yükselten, günışığında yönetimin en önemli unsurlarından biridir<sup>54</sup>. Nitekim, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu da bu amaçla, bireylerin idari işlemlerden ve süreçleri hakkında bilgi edinmesini sağlamaktadır (m.1).

<sup>51</sup> Kamulaştırma Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Vergi Usul Kanunu, Kamu İhale Kanunu gibi.

<sup>52</sup> 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 09.10.2003 tarihinde kabul edilmiş, 24.10.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. R.G. 24.10.2003, S.25269.

<sup>53</sup> YILDIRIM Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler*, 17-18 Ocak 1998, s.227.

<sup>54</sup> ÖZAY İl Han, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, 1996, s.1-6.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu' na göre, bu haktan herkes yararlanabilecek olup, Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri saklıdır (m.4). Hakkın yükümlüsü ise, Kanun' un 2. ve 5. maddesinde de belirtildiği üzere, kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır.

Kanun' a göre, devlet sırrı, yargıya ilişkin konular, özel hayatın gizliliğine ilişkin bilgiler gibi bazı veriler hariç olmak üzere<sup>55</sup>, kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan her türlü veriyi, bireyler ilgili idarelerden talep edebilecektir.

Talebin karşılanabilir olması için bilgi edinme başvurusu talebinde aşağıdaki unsurların bulunması gerekmektedir:

-başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresi, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe

-istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa veya kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla yapılması

- istenen bilgi ve belgelerin açıkça belirtilmesi gerekmektedir (m.6).

Bilgi edinme başvurusu, başvuru alan kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgelere ilişkin olmalıdır. Kurum ve kuruluşlar, ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulabilecek türden bir bilgi veya belge için yapılacak başvurulara olumsuz cevap verebilirler. İstenen bilgi veya belge, başvuru alan kurum ve kuruluştan başka bir yerde bulunuyorsa, başvuru dilekçesi bu kurum ve kuruluşa gönderilir ve durum ilgiliye yazılı olarak bildirilir (m.7).

Ayrıca, kurum ve kuruluşlarca yayımlanmış veya yayın, broşür, ilân ve benzeri yollarla kamuya açıklanmış bilgi veya belgeler, bilgi edinme başvurularına konu olamaz. Ancak, yayımlanmış veya kamuya açıklanmış bilgi

<sup>55</sup> Hakkın sınırı için bkz. 4982/m. 15-28.



veya belgelerin ne şekilde, ne zaman ve nerede yayımlandığı veya açıklandığı başvurana bildirilir (m.8).

Kurum ve kuruluşlar, başvuru sahibine istenen belgenin onaylı bir kopyasını verirler. Bilgi veya belgenin niteliği gereği kopyasının verilmesinin mümkün olmadığı veya kopya çıkarılmasının aslına zarar vereceği hâllerde, kurum ve kuruluşlar ilgilinin;

a) Yazılı veya basılı belgeler için, söz konusu belgenin aslını incelemesi ve not alabilmesini,

b) Ses kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunları dinleyebilmesini,

c) Görüntü kaydıyla kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunları izleyebilmesini,

Sağlarlar.

Bilgi veya belgenin yukarıda belirtilenlerden farklı bir şekilde elde edilmesi mümkün ise, belgeye zarar vermemek koşuluyla bu olanak sağlanır. Başvurunun yapıldığı kurum ve kuruluş, erişimine olanak sağladığı bilgi veya belgeler için başvuru sahibinden erişimin gerektirdiği maliyet tutarı kadar bir ücreti bütçeye gelir kaydedilmek üzere tahsil edebilir (m.10).

Kurum ve kuruluşlar, başvuru üzerine istenen bilgi veya belgeye erişimi on beş iş günü içinde sağlarlar. Ancak istenen bilgi veya belgenin, başvuru kurum ve kuruluş içindeki başka bir birimden sağlanması; başvuru ile ilgili olarak bir başka kurum ve kuruluşun görüşünün alınmasının gerekmesi veya başvuru içeriğinin birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendirmesi durumlarında bilgi veya belgeye erişim otuz iş günü içinde sağlanır. Bu durumda, sürenin uzatılması ve bunun gerekçesi başvuru sahibine yazılı olarak ve onbeş iş günlük sürenin bitiminden önce bildirilir.

Ancak, bilgi veya belgelere erişim için maliyet tutarı gerekmesi halinde, bu tutarın idare tarafından başvuru sahibine bildirilmesiyle on beş iş günlük süre kesilir. Başvuru sahibi on beş iş günü içinde ücreti ödemezse talebinden vazgeçmiş sayılır (m.11).

Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler. Başvurunun

reddedilmesi hâlinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir (m.12).

Ancak, istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabiliriyorsa, söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulur. Ayırma gerekçesi başvurana yazılı olarak bildirilir (m.9).

Bilgi edinme istemi reddedilen veya zımnen reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itiraz edebilir. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir. Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi on beş iş günü içinde vermekle yükümlüdürler (m.13).

Bireylerin talep ettikleri bilginin idare tarafından kendilerine verilmemesi halinde, yargı yoluna başvurusu da mümkündür. Fakat, Kurula başvurulması halinde, itiraz, başvuru sahibinin idarî yargıya başvurma süresini durdurur.

Diğer bir yandan, bu Kanunun uygulanmasında ihmali, kusuru veya kastı bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri fiillerin genel hükümler çerçevesinde ceza kovuşturması gerektirmesi hususu saklı kalmak kaydıyla, tâbi oldukları mevzuatta yer alan disiplin cezaları uygulanır (m.29).

Yukarıda yer alan düzenlemelerden de görüleceği üzere, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, idari usulün etkinliğinin sağlanması bakımından en önemli adımlardan biri olan bireylerin bilgi alma hakkını açıkça düzenlemiş ve teminat altına almıştır. Kanun, hakkın sahibini, yükümlüsünü tanımlamakta, bu hakkın kullanılmasının engellenmesi durumunda yargı yolunun açık olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, hakkın gerçekleşmesini teminat altına almak için yargı yoluna gitmeden önce faaliyet konusu bilgi edinme hakkının sağlanması olan idari bir kuruma itiraz edilebilmesini ve hakkın gerçekleşmesini sağlamaya hizmet etmektedir.

Zira, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, bilgi edinme başvurusuyla ilgili yapılacak itirazlar üzerine verilen kararları incelemek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar vermek üzere oluşturulmuştur (m.14). Ayrıca, Kurul, bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemeye yetkilidir ( Bilgi Edinme Hakkı

Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik m.25).

## SONUÇ

Avrupa Birliği Hukuku' na uyum süreci ve küreselleşme gibi uluslararası akımların hukukumuz üzerinde etkili olup, İdare Hukuku mevzuatımızda bu etkiden payını almaktadır. Çalışmamızda ise Avrupa Birliği Hukukuna uyum sağlanması amacıyla İdare Hukuku mevzuatında tesis edilen yasal değişiklikler konu alınmıştır. Bu kapsamda göze çarpan önemli değişiklikler, idari teşkilat yapılanmasında, kamu alımlarında, kamu hizmeti ve idari usul konularında gerçekleşmiştir.

Ancak, günden güne değişen politikalar ve uluslararası gelişmeler bu değişikliklerin yeterli olmayacağını da göstermektedir. Zira, bilgi topluma geçiş, demokratikleşme sürecinin yansımaları bireysel özgürlüklerin önemini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, bireylerin haklarını güvence altına alan yeni yasal düzenlemeleri veya yasal değişikliklerin yapılması gündeme gelmektedir. Örneğin, idari usul konusunun detaylı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Zira, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, idari usule ilişkin düzenlemelerden ilki sayılmakla beraber, yeterli bir düzenleme değildir. İdari usule ilişkin tüm konuları ele alan çeşitli çalışmalar yapılmakla beraber, bu çalışmaların hiçbiri bugüne kadar kanunlaşmamıştır<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Halihazırda ise, en yeni çalışma ise, Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı adı altında Adalet Bakanlığınca yapılan çalışma olup, bu çalışma Bakanlık tarafından 15.09.2008 tarihinde Başbakanlığa gönderilmiştir. [www.kgm.adalet.gov.tr](http://www.kgm.adalet.gov.tr).



# YETKİSİZ TEMSİLCİNİN YAPTIĞI İŞLEMLERİN GEÇERLİLİĞİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ÖZEN BORCUNA AYKIRI DAVRANIŞLARININ HUKUKİ SONUÇLARI

Dr. Mehmet Deniz YENER\*

## I. Giriş

Temsil yetkisi iradi olarak veya kanunda belirtilen sebeplerle sona erebilir. Özellikle aksi açıkça kararlaştırılmamışsa veya işin niteliğinden aksi anlaşılmıyorsa, temsil edilenin veya temsilcinin; ölümü, gaiplik kararı, fiil ehliyetini kaybetmiş olması, iflası ile temsilcinin temsil yetkisi sona erer (BK. m. 35). Temsil edilenin ölümünden sonra geçerli olacak temsil yetkisi vermek mümkündür<sup>1</sup>.

Yetkisiz temsil, BK. m. 38 hükmüne göre; sözleşme yapan temsilcinin kanundan, hukuki işlemde veya organ sıfatından kaynaklanan bir temsil yetkisinin olmaması, mevcut yetkinin sona ermesi veya sınırlarının aşılması halinde söz konusu olur. Dış temsil yetkisinde iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasına dair hükümler saklı kalmak kaydıyla, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlerden mümessil, temsil olunan uygun süre içinde icazet vermedikçe, alacaklı veya borçlu olmaz<sup>2</sup>. Temsil yetkisi sona erdiği halde, temsilci temsil olunan adına işlem yaparsa, bu hukuki işlem temsil olunanı bağlamaz, kendi adına hareket etmediği için, sözleşme temsilciyi de bağlamayacaktır<sup>3</sup>. Ancak Borçlar Kanunu bazı hallerde üçüncü kişilerin iyiniyetini korumuş ve yetkisiz temsilci tarafından yapılmış olup, BK. m. 38-39 hükümlerince askıda hükümsüz olması gereken işlemi geçerli saymıştır. Borçlar Kanununda temsil bahsinde yer

\* Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu Öğretim Elemanı

<sup>1</sup> KAPLAN, İ.; Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996, s. 182; OĞUZMAN/ÖZ; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 175; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 199.

<sup>2</sup> KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, s. 183.

<sup>3</sup> NOMER, H. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2007, s. 59

alan bu hükümler; BK. m. 33/2, 34/3, 36/2 ve 37'dir. Bu hükümler ile üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına ilişkin güveni değişik biçimlerde korunmaktadır<sup>4</sup>.

Sözleşmenin karşı tarafı, bir kişinin temsilcisi ile yaptığı işlemlerde kural olarak kendisine yazılı veya sözlü olarak bildirilen dış temsil yetkisini dikkate alacaktır. Karşı taraf, örneğin bir banka, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç temsil yetkisinin geçerliliğini ve kapsamını araştırmakla yükümlü tutulamaz<sup>5</sup>.

## II- Temsil Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları

Borçlar Kanunu'nun konu ile ilgili hükümleri incelendiğinde güvenin korunmasına ilişkin genel ilkelere göre kanun, temsil yetkisinin gerçekte bulunmamasına rağmen bazı hallerde sözleşmeyi kurulmuş saymaktadır (BK. m. 33/2, 34/3 ve 37). Kanun bazı hallerde ise, daha sınırlı bir koruma ile üçüncü kişiye olumsuz zararını tazmin hakkını vermektedir (BK. m. 36/2)<sup>6</sup>.

### A- Temsilci ve Üçüncü Şahıs Tarafından Yetkinin Sona Erdiğinin Öğrenilmemiş Olması

Temsilcinin ve onunla işlem yapan tarafın temsil yetkisinin son bulunduğunu bilmemeleri halinde BK m. 37 hükmü, işlemi geçerli ve temsil olunanı da bununla bağlı kabul etmektedir. Bu durum temsil yetkisinin geri alma ve diğer sona erme sebepleri için geçerli olacaktır. Hüküm esas olarak temsilciyi korumak amacı taşımaktadır. Bu hüküm, temsil yetkisinin son bulunduğunu bilmeden işlem yapan temsilcinin, bu işleme icazet verilmemesi halinde iyiniyetli üçüncü kişi karşısında BK. m. 39 uyarınca kusursuz olarak sorumlu tutulmasını önlemektedir. Hüküm aynı zamanda temsilci ile işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişi durumundaki karşı tarafı da korumaktadır. Hükümde temsilcinin ve üçüncü kişinin bilmemelerinden bahsetmiş ancak, MK. m. 3/2 hükmünce gerekli özeni gösterme halinde yetkinin son bulunduğunu bilebilecek durumda olanlardan bahsetmemiştir. Bir kısım yazar hükmün lafzına bağlı kalarak MK. m. 3/2 hükmünün burada uygulanamayacağını, sadece bilmemenin

<sup>4</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından Bk. m. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında Bk. M. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi, Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, s. 207.

<sup>5</sup> GUGGENHEIM, D. : Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986, s. 198.

<sup>6</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 207.

yeterli olduğunu kabul etmektedir<sup>7</sup>. Bir kısım yazar ise MK. m. 3/2 hükmünün burada uygulama alanı bulacağı ve BK. m. 37 hükmünün uygulanması için sadece bilmemenin yeterli olmadığını gerekli özeni gösterme halinde yetkinin son bulduğunu bilebilecek durumda olmamanın da aranacağını savunmaktadır<sup>8</sup>.

Bu durum özellikle banka bakımından incelenince de gerekli özenin gösterilmesi aranmalıdır. BK. m. 39/1 hükmü üçüncü kişiye, temsilci sıfatı ile karşısına çıkan kişinin gerçekte yetkisiz olduğunu bilmesi veya bilmesi gerekmesi hallerinde tazminat talep etme imkânı tanımamıştır. Bu husus değerlendirildiğinde, BK. m. 39 hükmünce korunmayan üçüncü kişi, temsil yetkisinin son bulduğunu bilebilecekken, kusuru ile bu hususu öğrenmemişse korunmamalıdır. Ayrıca, iki maddenin çözümleri arasında çelişki yaratılması da doğru görülmemektedir<sup>9</sup>.

Temsil yetkisinin BK. m. 35'de sayılan sebeplerle sona erdiği haller ve geri alma yolu ile son bulduğu durumlarda BK. m. 37 hükmü uygulanabilir<sup>10</sup>. Geri alma beyanı ulaştığı halde herhangi bir sebeple bunu öğrenmemiş bulunan temsilci ve üçüncü şahıs bu korunmadan yararlanacaktır. Ancak beyanın varlığının ispatı

<sup>7</sup> ESENER, s. 205; RENDA/ONURSAN, Borçlar Hukuku, C. 2, Ankara 1973, s. 1027

<sup>8</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 176; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.197; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. II, Ankara 1987, s. 642; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 213; ... "meseleye temsilci açısından bakılınca, maddenin iyi, niyetli temsilciyi BK. m. 39'dan doğabilecek kusursuz sorumluluk tehlikesine karşı koruma amacı, sadece temsil yetkisinin son bulduğunu bilmeyen ve hal ve şartlara, göre gerekli özeni gösterse dahi bilemeyecek durumda olan temsilcinin bu himayeye lâyık sayılmasını gerektirir ki, bunun için yapılacak şey maddeyi amacının ışığı altında genişletici bir yorumla tâbi tutmaktan ibarettir. Aksi halde, herhangi bir kusuru olmadığı halde kendisine gerçekte yetki verilmediğini bilmeyen temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişiye karşı BK. m. 39 uyarınca sorumlu sayılmasına mukabil, ağır kusuru ile de olsa temsil yetkisinin son bulduğundan haberi bulunmayan kişinin BK. m. 37'nin himayesinden yararlanması ve BK. m. 39'a göre sorumluluktan kurtulması gibi hiçbir şekilde kabul edilemeyecek bir sonuca ulaşılır.

<sup>9</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 214; BK. m. 37/ II' deki "vâkıf oldukları" deyimini de amaca göre genişletici bir yorum yardımı ile MK. m. 3/II' ye uygun tarzda anlamaktan kaçınmamak gerekir.

<sup>10</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 214; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, C I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 418; FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1975, s. 427.

genelde onun öğrenildiğini de ispat edecek ve varmaya rağmen geri almayı öğrenmediğini ispat yükü temsilciye ait olacaktır<sup>11</sup>.

### B- Yetkinin Sona Erdiğinin Üçüncü Şahısça Öğrenilmemesi

Dış temsil yetkisinin geri alınması ile ilgili BK. m. 34/3 hükmü, “Temsil olunan kimse gerek sarahaten, gerek delâleten verdiği salâhiyeti diğer kimselere bildirdiği halde bu salâhiyeti tamamen veya kısmen refettiğini bildirmemiş olursa salâhiyetin bu suretle refini üçüncü şahıslara karşı dermeyan edemez.” şeklinde düzenleme getirmiştir. Hüküm üçüncü kişinin iyiniyetli olması gereğinden açıkça bahsetmemektedir, ancak genel olarak iyiniyetli üçüncü kişiler açısından uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Temsil yetkisinin üçüncü kişilere, özellikle bankalara bildirimi genelde, temsil olunca düzenlenip temsilciye verilmiş bir yetki belgesinin temsilci tarafından bankaya gösterilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu durumda temsilci, yetki belgesini üçüncü kişiye veya bankaya ibraz edince, BK. m. 33/2 hükmünce temsil yetkisinin temsil olunan tarafından üçüncü kişiye bildirimi gerçekleşir<sup>13</sup>. Bu durumda yetkinin geri alınması da eşdeğer bir yoldan iyiniyetli üçüncü kişilere bildirilmelidir. Temsil olunan bu şekilde bildirim yapmaz ise, temsil yetkisini geri aldığı eski temsilcisinin onun adına yaptığı işlemlerle bağlı kalacaktır. Hükümde açıkça belirtilmemişse de, temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin beyan üçüncü kişiye aynı şekilde olmasa da eşdeğer şekilde ulaştırılmalıdır<sup>14</sup>. Üçüncü kişiler bakımından, temsil yetkisinin geri alınma beyanının öğrenilmesi, temsil yetkisinin verildiğini bildiren beyanın öğrenilmesi kadar teminat altına alınmalıdır.

Dış temsil yetkisinin geri alınması ile ilgili BK. m. 34/3 hükmü, güven teorisinin savunduğu esaslara uygun düşmektedir. Temsil yetkisinin varlığı hakkında üçüncü şahısta güven uyandıran kimse, bu yetki ortadan kalktığı halde herhangi bir ihbarda bulunmamışsa, bu güvenin devamına kendisi sebebiyet vermiş olur ve sonuçlarına katlanır. Ancak bu hüküm temsil yetkisinin başka sebeplerle,

<sup>11</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 215; TANDOĞAN, s. 643.

<sup>12</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 209; ESENER, s. 199; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.197; OĞUZMAN/ÖZ, s. 177–184.

<sup>13</sup> ESENER, s. 46; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 210; SUNGURBEY, s. 39; EREN, I, s. 420; von Tühr/Peter, §42, I, s. 358

<sup>14</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 210



kendiliğinden sona erme hallerinde uygulanmaz<sup>15</sup>. Bu hallerde, yetkinin sona erdiğini bilen temsilci ile üçüncü şahıs arasındaki işlemin temsil olunanı bağlamaması kuralı uygulanır. Temsilcinin bu davranışı yüzünden üçüncü şahsa karşı sorumluluğu ise yetkisiz temsil esaslarına tabi olacaktır<sup>16</sup>.

Temsil yetkisinin kaldırıldığı hususunun, temsilci tayininde olduğu gibi, bankaya aynı usul ve vasıtalarla bildirilmesi gerekir. Ancak, temsil yetkisinin geri alındığı sözlü olarak bildirilmişse bile, özellikle bankalar tarafından bu durum dikkate alınıp, işleme konmalıdır<sup>17</sup>.

Yazılı olarak, sirküler dağıtımı gibi bir şekilde yapılmış beyanın yine yazılı veya ispat edilebilmesi şartıyla sözlü beyanlarla geri alınması mümkün olabilir. Bazı hallerde bir kişinin temsilci olarak tayin edildiği genel bir ilanla, bir gazete ilanı ile yapılabilir, bu durumda yine bir ilan yoluyla geri alma, beyanın üçüncü kişilere eşdeğer bir vasıta ile ulaştırılmış sayılması için yeterli olabilecektir. Bazı hallerde; şahsen, söz veya yazı ile geri alma beyanının yapılması dahi, geri almayı öğrenme bakımından gazete ilânlarına göre daha sağlam veya eşdeğer bir vasıtaya olarak kabul edilebilir.

Bankalar temsil yetkisi verildiğini uygulamada genelde; şahsen yapılan bildirim, sirküler gönderme, temsilcinin yetki belgesinin ibrazı yolu ile güvenilir bir şekilde öğrenmektedirler. Bu durumda bu kurumların yetkililerinin, belirli gazetelerdeki geri alma ilânlarını okuyup öğrenmesi aynı derecede güvenilir bir ihtimal ve eşdeğer bir vasıta sayılamaz. İlân yolu ile yapılan geri almanın, belirli üçüncü kişiler açısından hüküm doğurması, ilânın fiilen onların bilgisine ulaştığının, yani onların fiilen bu ilânı okuyup öğrendiğinin ispatına bağlıdır<sup>18</sup>. Bu ise uygulamada özellikle bankalar açısından gerçekleşmesi zor bir ihtimaldir.

Temsil yetkisinin varlığı hakkında yapılan bildirim bulunması halinde; Borçlar Kanunu 33/2 maddesi, temsilcinin salâhiyetinin derecesi üçüncü şahsa beyan ve tebliğ edilmiş ise bu beyana itibar olunacağı hükmünü düzenlemiştir. Hüküm esasen sadece temsil yetkisinin kapsamı ile ilgili düzenleme getirmiştir, ancak

<sup>15</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.197

<sup>16</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 178

<sup>17</sup> GUGGENHEIM, s. 200; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, s. 183.

<sup>18</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 211; von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/2, Nachdruck 1957, s. 405.

hâkim görüşe göre hüküm kıyasen yetkinin varlığı konusunda da uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda, temsil olunan tarafından verilmiş bir temsil yetkisi yok iken üçüncü kişiye karşı bu yönde bir beyan yapılmışsa, BK. m. 33/2 çerçevesinde üçüncü kişinin iyiniyeti korunacaktır.

### C- Temsilciye Verilmiş Yetki Belgesinin Geri Alınmaması

Temsilcinin, temsil yetkisinin geri alınması veya diğer sebeplerle sona ermesine rağmen bu belgeye dayanarak iyiniyetli üçüncü kişilerle işlem yapması halinde BK. m. 36 farklı bir düzenleme getirmiştir. Yukarıda açıkladığımız gibi; BK. m. 33/2, 34/3 hükümleri ve üçüncü kişi ile birlikte temsilcinin de iyiniyetli olması halinde BK m. 37 hükmü, işlemin temsil yetkisi devam ediyormuş gibi hüküm ve sonuç meydana getirmesini sağlamaktadır. Ancak BK. m. 36'ya göre, temsil yetkisi son bulan temsilciden yetki belgesinin geri verilmesi veya mahkemeye tevdi edilmesi konularında ihmal gösteren temsil olunan veya mirasçıları sadece üçüncü kişinin uğrayacağı olumsuz zararı tazmin yükümlülüğü altına sokulmuşlardır, burada sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur sorumluluğunun bir görünümü vardır<sup>19</sup>. Bu durumda yetki belgesine güvenen iyiniyetli üçüncü kişi sınırlı şekilde korunmuştur. Temsil olunanın, tazminat yükümlülüğünden kurtulmak için, yetki belgesinin geri verilmesi veya mahkemeye tevdi edilmesini sağlamak üzere icap eden hukukî girişimlerde bulunması gerekir, ancak belgenin fiilen eline geçmiş olması şart değildir<sup>20</sup>.

Üçüncü kişi ile yapılan işlem, BK. m. 33/2, 34/3 veya 37 uyarınca temsil olunanı yükümlülük altına sokarak sonuç meydana getiriyorsa, sadece bir olumsuz tazminat yükümlülüğü öngören BK. m. 36/2'nin uygulamasına gerek kalmayacaktır. Bu durumda temsil yetkisi BK. m. 35'de yazılı sebeplerle veya geri alma yolu ile son bulursa, bundan haberi bulunmayan iyiniyetli temsilci ve durumu bilmeyen ve bilmesi beklenemeyecek üçüncü kişi arasındaki hukuki işlem, BK. m. 37 gereği temsil olunanı bağlar ve BK. m. 36/2 uygulanmaz.

Temsilci ve üçüncü kişi iyiniyetli olduklarında, sözleşme BK. m. 37 gereğince geçerli olarak kurulmaktadır. Bu durumda BK. m. 36/2, BK. m. 33/2 ve 34/3 hükümlerince üçüncü kişinin iyiniyetinin korunduğu haller, temsilcinin

<sup>19</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 215; OĞUZMAN/ÖZ, s. 177; ESENER, s. 212; von Tuhr/Peter, §42, I, s. 373; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.198.

<sup>20</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 178; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 215 ; BK. m. 36/11 uyarınca kendine düşeni yapmışsa sorumluluktan kurtulur ve temsil yetkisi sona erdiği halde yetki belgesini kullanan temsilciyi BK. m. 39'dan doğan sorumluluğu ile baş başa bırakır.

kötüniyetli olduğu, yani temsil yetkisi bulunmaksızın hareket ettiğini bildiği veya bilebilecek durumda bulunduğu hallerdir<sup>21</sup>.

Temsil olunanın temsil yetkisi üçüncü kişiye bildirilmişse, BK. m. 34/3 hükmünce geri alınması da onlara eşdeğer bir yoldan bildirilmek zorundadır. Temsilci yetki belgesini gösterdikten sonra temsil yetkisinin geri alınması halinde, temsil olunan geri almayı eşdeğer sayılabilecek bir yolla bildirmelidir. Aksi takdirde yetkisi sona ermiş temsilcinin yaptığı sözleşme geçerli olacak ve sadece bir olumsuz tazminat müeyyidesi öngören BK. m. 36/2 hükmü uygulanamayacaktır.

Temsil olunan tarafından verilen yetki belgesinin üçüncü kişiye ibrazı ile yetkinin doğrudan bildirimi arasında pek fark bulunmamaktadır. Temsilcinin yaptığı sözleşmeyi, üçüncü şahsın iyiniyetli olması halinde geçerli kabul eden BK. m. 34/3 hükmünün bu durumu kapsayacak şekilde genişletilmesi BK. m. 36/2 hükmünün uygulama alanını daraltacaktır. Bu durumda söz konusu hükme uygulama alanı olarak, sadece yetkinin geri alma dışında kendiliğinden sona erdiği haller kalacaktır<sup>22</sup>.

Temsil belgesini gören üçüncü kişi, örneğin banka görevlilerinin işlem yaparken tekrar bu belgenin ibrazını istemeleri özen yükümlülüğü bakımından uygun olur. Bununla birlikte temsil olunanın doğrudan doğruya üçüncü kişi müracaatla temsilcinin temsil yetkisini kaldırdığını bildirmesi sorumluluğunu ortadan kaldırır.

Yetki belgesinin ibrazı yolu ile gerçekleşen dış temsil ihtimalinde; belgede açıkça, bunun sadece belirli üçüncü kişilere ibraz edilmek üzere düzenlendiği yazılı olmayabilir. Temsil olunan, belgenin kendisince belirtilenler dışındaki üçüncü kişilere gösterilmemesi konusunda talimat dahi vermiş olsa, temsilci yine de belgeyi, bu talimatı bilmeyen, bilmesi de söz konusu olmayan üçüncü kişilere göstermiş olabilir. Temsil olunan bu durumu doğrudan üçüncü kişiye başvurarak ortadan kaldıracak imkânlarla sahip değil ise; örneğin belge belirli bir banka veya kurum için verilmemişse, artık temsil yetkisinin devam ettiği şeklindeki görünüşten temsil olunanı sorumlu tutmak ve temsilcinin kurduğu sözleşmeyi geçerli saymak imkânı kalmaz. Belgenin kimleri ibraz edildiğini bilmeyen ve bilmesi de kendinden beklenemeyen temsil olunan, doğrudan

<sup>21</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 218

<sup>22</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 177; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 225.

doğruya üçüncü kişiye karşı bir bildirimde bulunamaz. Ancak yetki belgesini geri almak için temsilciye karşı gerekli hukukî girişimlerde bulunmaması sebebiyle (BK. m. 36/1), yetki belgesine güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin olumsuz zararını BK. m. 36/2 hükmünce tazmin etmekle yükümlü tutulabilir<sup>23</sup>.

Yetkisi son bulan temsilci, elindeki yetki belgesini kullanmaya devam ederek bunu üçüncü kişiye ibraz ederse, temsil yetkisinin yalnız kapsamı değil, varlığı konusunda da üçüncü kişinin iyiniyetini koruduğu kabul edilen BK. m. 33/2'nin uygulama alanı olacaktır. Yetki geri alındıktan sonra ise elinde tuttuğu yetki belgesi sayesinde onun haberci sıfatının devam ettiği konusunda bir hukuki görünüşün süregeldiği kuşkusuzdur. Bu durumda, meseleye temsil olunan değil de, güven ilkesinin ışığında, üçüncü kişi açısından bakıldığı vakit, onun temsilcinin elindeki yetki belgesine dayanan hukukî görünüşe haklı güveni korunmalıdır. Temsil olunan, temsilciye vermiş olduğu yetkiyi geri almış, ancak temsilcinin elinde kalan belgeyi ibraz ederek, yetkinin varlığı konusunda üçüncü kişinin güvenmekte haklı olacağı bir hukuki görünüş yaratmıştır. Bu durum onun, BK. m. 33/2 uyarınca yapılan sözleşme ile sorumlu tutulmasını gerektirir. Ancak temsil olunan, sadece bildiği veya bilmesi gereken üçüncü kişilere karşı temsilcinin elinde kalan yetki belgesinin hukukî değerini kaybettiğini bildirebilecek durumdadır ve yalnız onlara karşı bir beyanda bulunmak suretiyle meydana gelebilecek hukukî görünüşü engellemesi kendisinden beklenebilir.

Yetkisiz temsilci ile işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişinin, işlem geçerli tutulmak suretiyle korunması, temsil yetkisini geri alan temsil olunanın üçüncü kişiye doğrudan doğruya bir bildirimde bulunup hukukî görünüşü yok etme imkânına sahip iken bunu yapmamış olması halinde kabul edilmiştir. Bu durum BK. m. 33/2 ve BK. m. 34/3 hükümlerine göre yetki belgesi geri alınmadan önce veya geri alındıktan sonra ibraz edilmiş olsa da aynı şekildedir. Belgenin kendilerine ibraz edileceği temsil olunanca bilinmeyen üçüncü kişiler açısından ise, BK. m. 33/2 uygulanamayacak ve temsil olunanı, belgenin temsilciden geri alınmasındaki ihmali sebebiyle BK. m. 36/2'ye göre sorumlu tutmak imkânı olacaktır<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 225; OĞUZMAN/ÖZ, s. 177-184. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.197.

<sup>24</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 229; OĞUZMAN/ÖZ, s. 177-184.

### III- Temsil Yetkisinin Varlığı ve Kapsamının Tayininde Üçüncü Kişilerin Özellikle Bankaların Özen Borcu

Üçüncü kişilerin, özellikle bankaların, temsil yetkisinin iç ilişkideki kapsamı hakkında bilgi toplama ve araştırma yapma konusunda yükümlülüğüne ilişkin genel bir ilke mevcut değildir. Bankalar için esas olarak, kendisinin yazılı ve sözlü bilgisine sunulan temsilcinin dış temsil yetkisi ölçü olarak alınır<sup>25</sup>. Ancak, özellikle bankalar; açıkça görülen, doğruluk ve dürüstlük kurallarına ters düşen, şüpheli durumların varlığı halinde, yetki belgesinin dış görüşüne bağlı kalmamak, gerçek hukuki durumu araştırmakla yükümlüdür.

Temsil yetkisinin kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı bankaya karşı kural olarak, bu durum kendisine bildirilmişse ileri sürülebilir<sup>26</sup>. Ancak bankanın iyi niyetli olduğunu ileri sürebilmesi için, bankacılık alanında mutad olan ve teamül ölçüsünde kendisinden beklenen araştırmayı yapması lazımdır<sup>27</sup>. Banka, işletmesindeki eksiklik sebebiyle; temsil yetkisinin kaldırıldığını göz önünde tutamamış, temsilcinin hüviyetini yeterli derecede tesbit etmemiş ve yabancı kişiye müşterinin hesabı üzerinde işlem yapmaya müsaade etmişse sorumlu olacaktır. Banka müşterinin basında yer alan ölüm ilânını gözden kaçırıp, ölümden sonraya etkili temsil yetkisi olmayan temsilcinin, müşterinin hesabı üzerinde tasarrufta bulunmasına yol açmışsa özen borcunu gereği gibi ifa etmemiş sayılır. Bu gibi durumlarda temsil yetkisinin mevcudiyeti ve kapsamı konusunda bankanın araştırma yapma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediğini, iyiniyet iddiasında bulunamayacağını kabul etmek gerekir<sup>28</sup>. Bankanın iyiniyetli olduğu MK. m. 3/1 hükmüne göre karine olduğundan, aksini yani bankanın kötü niyetle davrandığını, her somut olayda müşterinin ispatlaması gerekir<sup>29</sup>. Bankalar, özellikle kredi işlemlerinde, sözleşmeyi imzalayacak olanların organ sıfatı ile temsilci olarak imza yetkisine sahip olup

<sup>25</sup> KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, s. 185.

<sup>26</sup> GUGGENHEIM, s. 198.

<sup>27</sup> KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, s. 188 den naklen; ... Federal Mahkeme 100 II 368, 372'deki kararında vekâlet veren müşterinin münferit havaleler hakkında vekile yetki verip vermediğinin, havaleler yapıldıktan sonra değil, bilakis ciro sözleşmesinin kuruluşunda kontrol etmesi gerektiğine, hükmetmiştir...

<sup>28</sup> GUGGENHEIM, s. 199; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, s. 188

<sup>29</sup> GUGGENHEIM, s. 199.

olmadıklarını, ticari sicildeki en son imza sirküleriyle kontrol etmelidirler. Örneğin, firma sahibi baba adına kredi sözleşmesi imzalayan çocuğun, firmayı borç altına sokmaya dair imza ve temsil yetkisinin varlığı, sözleşmenin imzalanması sırasında banka tarafından araştırılmalıdır<sup>30</sup>.

Banka temsilcinin temsil yetkisinin varlığını, sınırları, araştırmak mecburiyetindedir ve yeterli dikkat ve özeni göstermeksizin yetkisiz temsilcisinin veya hak sahibi olmayan bir şahsın bir işlem yapmasına, hesapta tasarrufta bulunmasına müsaade etmişse, müşterisine karşı borcundan kurtulmuş sayılmaz. Banka için ancak gerçek alacaklıya ifada bulunmak borçtan kurtarıcı etki yapar. Temsil yetkisini geri aldığını bildiren veya banka tarafından yeterli dikkat ve özen gösterildiğinde bilinebilecek müşteri hesabından haksız tasarrufta bulunduğu anda, bu tutarın kendisine ödenmesini veya hesabına yatırılması talep edebilir<sup>31</sup>.

Müşteri bankaya karşı bu alacak davası yanında özen borcunun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle tazminat davası da açabilir. Müşteri ile banka arasında zorunlu olarak bir sözleşme ilişkisi mevcuttur ve müşteri buna dayanarak BK. 96 hükmüne göre tazminat davası açabilecektir. Müşterinin zararı; hesabında, haksız tasarruf nedeniyle yeterli para ve menkul kıymet bulunmadığından, kendisi için daha elverişli ticari işlemler yapamamasından yani kar mahrumiyetinden ibaret olabilir. Müşterinin bankaya karşı açtığı tazminat davasında sözleşmeden doğan sorumluluğun şartları olan, bir sözleşmenin varlığını, bankanın bu sözleşmeye aykırı davrandığını, yani özen borcunu gereği gibi ifa etmediğini, fiili ve kâr mahrumiyetinden oluşan zararının miktarını, ispatlaması gerekir. Bankanın ise sorumluluktan, kurtulmak için kendisinin yani organlarının ve personelinin bu hususta kusurlu davranmadıklarını ispatlaması şarttır<sup>32</sup>.

#### IV- Sonuç

Temsilcinin, temsil yetkisi sona erdikten sonra temsil olunan adına akdettiği sözleşme temsil olunanı bağlamaz. Sözleşme temsilciyi de kendi adına hareket etmediği için bağlamayacaktır. Ancak, temsilcinin ve üçüncü kişinin temsil

<sup>30</sup> KAPLAN, Banka Sözleşmeleri Hukuku, s. 188.

<sup>31</sup> GUGGENHEİM, s. 200.

<sup>32</sup> GUGGENHEİM, s. 200; KAPLAN, Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Tandoğan Armağanı, Ankara 1990, s. 451 vd.

yetkisinin kalktığından veya sınırlandığından haberleri yoksa ve haberdar olmaları da gerekmiyorsa, yapılan sözleşme temsil yetkisi varmış gibi, temsil olunanı bağlar (BK m. 37/1-2). Bu husus temsil yetkisinin geri alma dışında kendiliğinden sona erdiği hallerde de geçerli olacaktır. Temsil yetkisinin varlığı hakkında yapılan bildirim bulunması halinde de temsil yetkisinin kapsamı ile ilgili düzenleme getiren BK. m. 33/2 hükmü kıyasen yetkinin varlığı konusunda da uygulama alanı bulacak ve üçüncü kişinin iyiniyeti korunacaktır.

Temsil olunan temsil yetkisi verdiğini açıkça veya fiili olarak diğer kimselere bildirmiş ve sonra temsil yetkisini tamamen veya kısmen kaldırmışsa, bu kimselere temsil yetkisini tamamen veya kısmen kaldırdığını da bildirmelidir. Aksi takdirde bunu haberi olmayan veya haberi olması gerekmeyen üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Geri alma dışındaki sona erme sebeplerinde ise temsil olunan, temsil yetkisi verdiğini açıkça veya fiili olarak diğer kimselere bildirmiş olsa dahi, temsil yetkisinin tamamen veya kısmen sona erdiğini, bildirimde bulunması gerekmeksizin üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir.

Temsil yetkisini veren kişi bir yetki belgesi düzenlemişse ve o veya onun küllî halefleri temsil yetkisinin sona ermesinden sonra temsilciyi yetki belgesini iade etmeğe veya mahkemeye tevdi etmeğe zorlamamışlarsa, o takdirde iyiniyetli üçüncü kişinin sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan menfi zararını tazmin etmekle yükümlüdürler (BK m. 36/2). Temsil olunan tarafından verilen yetki belgesinin üçüncü kişiye ibrazı ile yetkinin doğrudan bildirim arasında pek fark bulunmamaktadır. Bu durumda BK. m. 34/3 hükmü bu durumu kapsayacak şekilde genişletilecek ve üçüncü şahsın iyiniyetli olması halinde temsilcinin yaptığı sözleşme geçerli kabul edilecektir. Temsilci yetki belgesini gösterdikten sonra temsil yetkisinin geri alınması halinde, temsil olunan geri almayı eşdeğer sayılabilecek bir yolla bildirmelidir. Aksi takdirde yetkisi sona ermiş temsilcinin yaptığı sözleşme geçerli olacak ve sadece bir olumsuz tazminat müeyyidesi öngören BK. m. 36/2 hükmü uygulanamayacaktır.

Ancak, temsil olunan temsil yetkisinin varlığı ile ilgili görünüşü doğrudan üçüncü kişiye başvurarak ortadan kaldıracak imkânlarla sahip olmayabilir. Temsil yetkisini içeren belgenin kimleri ibraz edildiğini bilmeyen ve bilmesi de kendinden beklenemeyen temsil olunan, doğrudan doğruya üçüncü kişiye karşı bir bildirimde bulunamaz. Temsil yetkisini içeren belge, özellikle belirli bir banka veya kurum için verilmemişse, artık temsil yetkisinin devam ettiği şeklindeki görünüşten temsil olunanı sorumlu tutmak ve temsilcinin kurduğu

sözleşmeyi geçerli saymak imkânı kalmaz. Ancak yetki belgesini geri almak için temsilciye karşı gerekli hukukî girişimlerde bulunmayan temsil olunan, yetki belgesine güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin olumsuz zararını BK. m. 36/2 hükmünce tazmin etmekle yükümlü tutulabilecektir.

Temsil yetkisinin kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı bankaya karşı kural olarak, bu durum kendisine bildirilmişse ileri sürülebilecektir. Ancak, özellikle bankaları iyi niyetli olduklarını ileri sürebilmeleri için, bankacılık alanında mutat olan ve teamül ölçüsünde kendilerinden beklenen araştırmaları yapmaları lazımdır. Banka, işletmesindeki eksiklik sebebiyle; temsil yetkisinin kaldırıldığını göz önünde tutamamış, temsilcinin hüviyetini yeterli derecede tespit etmemiş ve yabancı kişiye müşterinin hesabı üzerinde işlem yapmaya müsaade etmişse sorumlu olacaktır.



# BANKA YÖNETİM KURULU ÜYELERİ HAKKINDA AÇILAN ŞAHSİ SORUMLULUK DAVASINDA “BUSINESS JUDGMENT RULE / İŞ ADAMI KARARI” İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

Dr. Hanife Doğrusöz\*

## I. Konunun Takdimi

**Business Judgment Rule** (iş adamı kararı), yönetim kurulu üyelerinin göstermek zorunda oldukları özen derecesinin belirlenmesinde ve yöneticiler açısından sorumluluklarının azaltılmasında uygulanan, **Amerika Birleşik Devletleri’nde mahkeme kararları** doğrultusunda doğmuş ve gelişmiş kurallar bütünüdür. **Avrupa ülkelerinin** pek çoğunda olduğu gibi **İsviçre’de** de, 1990’lı yıllardan beri **business judgment rule’un** (: iş adamı kararının) yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda kullanılacak bir araç / ölçü olarak uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır<sup>1</sup>. **Almanya** ise, 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren, “**Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht – UMAG<sup>2</sup>**” kanunu ile Art. 93’de **business judgment rule** (: iş adamı kararı) kurallarına yer vermiştir.

Ülkemizde **Business Judgment Rule** (iş adamı kararı) ilkesine, tüm ülkelerdeki gelişmelere uygun olarak **TTK.Tas.’nın** yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü düzenleyen m. 369’da yer verilmiştir.

Çalışmamızda kısaca, **BanK. m. 110’a** göre banka yönetim kurulu üyesi hakkında açılacak bir şahsi iflas davasında, **business judgment rule** (: iş adamı kararı) kurallarının etkisine ve buna göre üyenin özen yükümlülüğünün belirlenmesine yer verilecektir.

\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> **BÖCKLI** (Schweiz), § 13, N. 584.

<sup>2</sup> İptal Hukukunun Modernleştirilmesi ve İşletmelerin Bütünlüğü Kanunu

## II. Tanım

### A) Amerikan Hukukunda

Bu kurallar belli bir kanunda düzenlenmemiş, tamamen mahkeme kararlarıyla gelişmiştir. Bu nedenle business judgment rule'un kesin ve kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Kuralların genel şekli, **Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institut - ALI)** ve **Delaware Eyalet Yüksek Mahkemesi** kararları doğrultusunda oluşmuş ve bu prensipler, diğer eyaletler tarafından da kabul edilmiştir.

**KNEPPER / BAILEY**<sup>3</sup> business judgment rule, şu şekilde tanımlanmaktadır: "yöneticilerin kötü yönetim ve özen borcunun ihlali nedeniyle maruz kaldıkları sorumluluğun azaltılması konusunda uygulanan bir savunma aracıdır. Bu savunma aracı, yöneticiler tarafından alınan tüm kararların şirketin yararına sonuçlanacağı veya basiretli olacağı anlamına gelmez. Bununla birlikte, mahkeme, kararın alınma sürecinde yöneticiler tarafından uygun sürecin takibi koşuluyla, yöneticiler tarafından alınan karar konusunda, sonradan fikir yürütmeyecektir."

**BLOCK / BARTON / RADIN**'e göre, şirket yöneticilerinin, kendilerinden beklenen iyiniyetle ve şirketin menfaatine olacağına ilişkin dürüst inançlarıyla karar aldıklarına dair bir karinedir<sup>4</sup>. **VUCUROVIC** çok genel olarak, mahkemenin, alınan kararın rasyonel / makul bir temelden yoksun olması veya yöneticilerin özen ve sadakat yükümlülüklerini yerine getirmedikleri veya iyiniyetli hareket etmedikleri yönünde bir iddia olmadığı sürece, şirket yöneticilerinin faaliyetlerini tenkit etmekten, gözden geçirmekten kaçınması olarak da tanımlanmaktadır<sup>5</sup>.

Yöneticilerin business judgment rule, korumasından yararlanabilmeleri için verdikleri kararın beş unsuru bir arada bulundurması gerekmektedir. Bu beş unsur şu şekilde sıralanmaktadır<sup>6</sup> : 1) *kararın işletme ile*

<sup>3</sup> **KNEPPER / BAILEY**, § 2.01 – 2.14.

<sup>4</sup> **BLOCK / BARTON / RADIN**, s. 18.

<sup>5</sup> **VUCUROVIC BERSHEDA**, s. 250.

<sup>6</sup> **BLOCK / BARTON / RADIN**, The Business Judgment Rule, Volume I, New York 1998, s. 39 vd.. İsviçre Hukukunda **BÖCKLI** tarafından savunulan görüşe göre, makul ve talep edilen özen ölçüsüne uygun bir yönetim kurulu kararının varlığından bahsedilebilmesi için, kararın şu özellikleri taşıması gerekmektedir : 1) **emredici kanunları ihlal etmemeli** 2) **şirketin amaçlarına aykırı olmamalı** 3) **Kanuna uygun (makul) bir sürecin takip**

ilgili iş kararı (: ticari karar) olması 2) kararın özel bir menfaat güdülmekten bağımsız olarak verilmesi 3) özen yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması 4) iyiniyetle kararın alınmış olması 5) takdir yetkisinin kötüye kullanılmaması (kararın alınmasında gerekli ve yeterli bilgilenmenin sağlanması)

Alınan kararın bu beş unsuru taşınması halinde, artık mahkeme, yöneticilerin işletme ile ilgili bir yönetim kararı alırken bağımsız hareket ettikleri, şirket ve ortakların menfaatleri dışında üçüncü kişilerin menfaatlerini gözetmediği, özen yükümlülüklerini yerine getirdikleri, iyiniyetli oldukları ve kararı almadan önce yeterli bilgi donanımına sahip oldukları gerekçesiyle, yöneticilerin görevlerini ihlal etmediklerine karar verecektir.

Business judgment rule, sadece işletme yönetimi ile ilgili kararlarda uygulanabilir. Özellikle, özen yükümlülüğünü ihlal eden yöneticiler, yöneticilerin özen yükümlülüğünü ihlal ettikleri gerekçesiyle kuralın sağladığı karine çürütüldüğünden, business judgment rule'un korumasından yararlanamazlar<sup>7</sup>. **Alm. UMAG**'nu sadakat yükümlülüğü, enformasyon yükümlülüğü, diğer kanun ve şirket sözleşmesine aykırılıklardan doğan sorumlulukları kapsam dışında bırakmıştır<sup>8</sup>.

## B. Alman Hukukunda

## C. Türk Hukukunda

Business judgment rule kurallarına, TTKTas. m. 369'da yer verilmiştir<sup>9</sup>. Maddeye göre, anonim ortaklık yöneticisinin görevlerini yerine getirirken : a) tedbirli bir yöneticiden beklenen özenle hareket etmesi b) şirket

---

edilmesi sonucunda verilmeli 3) karar, kararın oluşmasında oy kullanan hiçbir üyenin menfaat çatışmaları ile ilgili olarak meydana gelmiş olmamalı (bağımsız ve tarafsız olmalı) 4) karar prensip itibarıyla makul ve objektif olarak savunulabilir olmalı. **BÖCKLI** (Schweiz), § 13, N. 584.

<sup>7</sup> VUCUROVIC BERSHEDA, s. 250.

<sup>8</sup> KERVANKIRAN (Kodifikasyon), s. 254.

<sup>9</sup> TTKTas. m. 369 şu şekilde bir düzenleme getirmektedir :

"1) Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli olan kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.

2) 203 ve 205'inci madde hükümleri saklıdır.

3) Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir. (Bu fıkra Adalet Komisyonunda kabul edilen metinden çıkarılmıştır)"

menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetmesi aranır. Tedbirli yöneticiden beklenen özen, “işin gerektirdiği özeni” de içerir. İşin gerektirdiği özen de “nesnel” ölçülere göre belirlenir.

Gerekçeye göre, “nesnellikten” ise, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilmek ve değerlendirebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılmalıdır<sup>10</sup>. Yine madde gerekçesinde, “şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına göre gözetme kavramının, “yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatlerinin, hâkim pay sahiplerinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatlerinin, şirket menfaatlerinin önüne geçmemesi<sup>11</sup>” anlamına geldiği belirtilmektedir.

Tasarı gerekçesinde de belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyesi, kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak bir “işadamı kararı / business judgment rule” vermişse, gerçekleşen riskin sonuçlarından sorumlu tutulamayacaktır<sup>12</sup>. Buna göre yöneticinin, duruma uygun tüm araştırmaları yerine getirip, ilgililerden yeterli bilgileri aldıktan sonra, gelişmelerin tamamen farklı yönde gelişmesi neticesinde, şirketin zarar etmesi halinde, artık yönetici sorumlu tutulamayacaktır<sup>13</sup>.

TTKTas. 369’un uygulanma sınırı TTK Tas. m. 553/3<sup>14</sup> ve m. 557 (farklılaştırılmış teselsül) ile belirlenmiştir. Maddenin uygulama sınırını oluşturan TTK Tas. m. 553/3, kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya

<sup>10</sup> TTKTas. Gerekçesi, m. 369, s.110.

<sup>11</sup> TTKTas. Gerekçesi, m. 369, s.111.

<sup>12</sup> TTKTas. Gerekçesi, m. 369, s.111.

<sup>13</sup> TTKTas. Gerekçesi, m. 369, s.111.

<sup>14</sup> TTKTas. m. 553, “Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu” başlığını taşımakta ve şu şekilde bir düzenleme getirmektedir :

“1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı, verdikleri zarardan sorumludurlar.

2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde aklı yatkın dereceden özen gösterdiklerini ispat ettikleri takdirde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmaz.

3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.”

esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını ve bu sorumlu olmama durumunun gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılmamayacağını belirtmektedir. TTKTas. m.553/3 gibi bir düzenlemenin getirilmesindeki neden, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, "uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulmalarıdır."

### III. "Business Judgment Rule / İş Adamı Kararı" İlkesinin Yöneticilerin Özen Borcunun Belirlenmesindeki Etkisi ve Şahsi İflas Davasına Uygulanabilirliği Sorunu

Şu anda yürürlükte olan 5411 sayılı BanK., banka yönetim kurulu üyeleri bakımından ayrı bir özen derecesi belirlememiştir. BanK'da hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümler uygulanmalıdır (BanK. m. 2/3). TTKTas'nın bu haliyle kanunlaşması halinde, Business judgment rule kuralları banka yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler açısından da uygulanacaktır.

TTKTas'da yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerinin özen derecesi, "tedbirli yönetici" ölçüsüne göre belirlenmektedir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, "tedbirli yönetici" terimi bir taraftan **kusurun belirlenmesinde** ölçü rolü oynarken, diğer taraftan karar ve eylemlerde **nesnel** davranışı ifade eder. Bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında olan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbir madde kapsamı dışındadır. Bu bağlamda, benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenen, işin gerektirdiği özenin esas alınacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce Tasarıda kabul edilen, özenin belirlenmesinde nesnel ve adaletli ölçüler, benzeri çağdaş düzenlemelerle benzer olması nedeniyle yerindedir<sup>15</sup>.

Yönetim kurulu üyeleri özen yükümlüklerini tam olarak yerine getirdikten, gerekli tüm incelemeleri ve araştırmaları tamamladıktan sonra, ülke ekonomisindeki beklenmeyen gelişmeler veya buna benzer kontrol edilemeyen nedenler dolayısıyla oluşan zarardan, sorumlu tutulmamaları gerekir. Ancak, TTKTas'da belirtilen : "tedbirli yönetici" ve "nesnel ölçüler dışında kalan, kontrol edilmesi mümkün olmayan haller" kavramlarının belirlenmesinde kullanılacak ölçülerin tam olarak açık olmadığını da belirtmek gerekir.

<sup>15</sup> KERVANKIRAN (Kodifikasyon), s. 262. Aksi görüş için bkz. GÜNEY (Sorumluluk), s. 72 vd.

TTK Tas. m. 553/3, bu sorumsuzluk halinin “gözetim ve özen borcunun” söz konusu olduğu hallerde de geçerli olduğu belirtilmektedir. Ancak, TTK Tas. 375. maddenin e) bendi, “yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönetmeliklere ve yönetim kurulun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimini” yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görevlerinden biri olarak belirlemiştir. Madde gerekçesinde ise, üst gözetim, “hem kurumsal hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimi” olarak tanımlanmıştır<sup>16</sup>. Bu tanım, doktrinde, açık olmadığı, kafa karıştırıcı olduğu için eleştirilmiştir<sup>17</sup>. Bu konudaki eleştirilere bir anlamda katılmamak mümkün değildir. Yönetim kurulunun sadece şirketi kurumsal ve işletme iktisadı yönünden gözetmekle; yönetimle ilgili kişilerin kanuna, esas sözleşmeye, ... vs. uygun hareket edip etmediklerini kontrol edip edemeyecekleri belirsizdir. Bir başka ifadeyle, kavramın üst gözetimden beklenen etkinliği ve işlevi yerine getirip getiremeyeceği şüphelidir.

Kanaatimizce, Tasarının kanunlaşması halinde banka yöneticileri hakkında da uygulanacak olan TTK Tas. m.369, “özen” yükümlülüğünün belirlenmesinde öngördüğü “tedbirli yönetici” ve bu kavramın belirlenmesinde kullanılan “nesnelik” ölçüleri, objektif ve uygun düzenlemelerdir. Nesnel olarak üzerine düşen her türlü özeni yerine getiren, başka bir değişle kusursuz olan yöneticinin, kontrolü dışında meydana gelen zarardan sorumlu tutulması, illiyet bağının mevcut olmaması nedeniyle mümkün olmamalıdır. Ancak BanK. m. 137'e göre açılacak şahsi iflas davalarında ispat yükü davalılarda olduğundan, bu özeni yerine getirdiklerini, bankanın yöneticileri ispatlamak durumunda kalacaklardır.

<sup>16</sup> TTK Tas. Gerekçesi, m. 369, s.115.

<sup>17</sup> GÜNEY (Sorumluluk), s. 72 vd.

**YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ'NİN, TÜKETİCİDEN “KREDİ KARTI ÜYELİK ÜCRETİ” ALINMASININ İPTALİNE İLİŞKİN, 02.05.2008 TARİHLİ KARARININ<sup>1</sup>, TKHK<sup>2</sup> m. 6'DA ÖNGÖRÜLEN “SÖZLEŞMEDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR” KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

Dr. Canan Yılmaz\*

## **GİRİŞ**

Son yıllarda bankaların, kredi kartı kullanıcısı olan tüketicilerin hesaplarından “kart üyelik ücreti” adı altında kestikleri yıllık üyelik aidatının iptaline karşı açılan davalar, TKHK m. 6'da öngörülen “sözleşmedeki haksız şartlar” kavramını ve bu kavramla bağlantılı olan diğer hukuki sorunları bir kez daha gündeme getirmiştir. Bu çalışmada, Yargıtay'ın 02.05.2008 tarihli kararına konu olan somut olaydan hareketle, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların hakim tarafından tespiti, haksız şartların denetlenmesinde öngörülen kriterler, söz konusu haksız sözleşme koşullarının hükümsüzlüğü, bu hükümsüzlüğün türü ve bu sonucun sözleşmenin bütününe olan etkisi irdelenmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede ayrıca, aynı hukuki sorunla karşı karşıya kalan diğer tüketicilerin etkin korunması açısından mevcut yasal düzenlemeler ve bu duruma ilişkin çözüm önerileri de ele alınacaktır.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Esas No: 2008/4345; Karar No: 2008/6088. Bkz. <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/24.07.2008>.

<sup>2</sup> 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 23.02.1995, Resmi Gazete (RG) 08.03.1995/RG Sayı No: 22221; 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 06.03.2003, RG.14.03.2003/RG Sayı No: 25048.

### §1. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARINA KONU OLAN OLAY

Kredi kartı kullanıcısı olan Haluk Akdeniz, kredi kartı sözleşmesine göre bankanın hesabından kestiği yıllık 30 YTL üyelik ücretinin iadesi talebiyle Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurmuştur. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, bankaca kredi kartı sözleşmesine göre hesabından kesilen yıllık üyelik ücretinin iadesine karar vermiştir. Bunun üzerine, davacı banka bu ücretin alınacağına sözleşme ile kararlaştırıldığı gibi, ücretin verilen ticari hizmetin karşılığı olup, yasaya aykırı olmadığını ileri sürerek, Tüketici Mahkemesi sıfatıyla, Zonguldak 1. Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde dava açmış ve Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığı'nın 14.5.2007 tarih ve 2007/158 sayılı kararının iptalini istemiştir. Davalı davanın reddini savunmuştur.

Tüketici Mahkemesi sıfatıyla, Zonguldak 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, taraflar arasında düzenlenen kredi kartı üyelik sözleşmesine göre, "kart üyelik ücretinin" hizmet karşılığı olduğu, tahsil edilen üyelik ücretinin yasal olduğu, gerekçesi ile davanın kabulüne karar vermiş; ancak miktar itibarı ile kesin olan hüküm Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz edilmiştir.

Yargıtay, 13. Hukuk Dairesi davanın, davacı banka tarafından kredi kartı kullanıcısı olan davalıdan tahsil edilen kredi kartı üyelik ücretinin, davalı başvurusu üzerine davacı bankadan alınmasına dair Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının iptaline ilişkin olduğunu belirterek, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, yasal düzenlemelere ve aralarındaki sözleşme hükümlerine göre bankanın kredi kartı kullanıcısından kullanım karşılığı yıllık ücret isteyip isteyemeyeceği hususunda toplandığına kanaat getirmiştir. Dolayısıyla, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, uyuşmazlığın çözümü için bu konudaki yasal düzenlemeler ile tarafların arasındaki sözleşme hükümlerinin incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun, sözleşme şekli genel işlem şartları başlıklı 6. bölümdeki 24. maddesinin 1. fıkrası "Kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme ile düzenlenir. Sözleşmenin bir örneği kart hamiline ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur." hükmünü, aynı maddenin 4. fıkrasının son cümlesi



"Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez." hükmünü getirmiştir.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile sözleşmelerdeki haksız şart düzenlenmiş ve "Satıcı ve sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ... " hükmü, yine 4077 Sayılı Kanununun değişik 6 ve 31 maddelerine dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde "satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır" hükmü getirilmiştir.

Taraflar arasındaki 22.12.1995 tarihli sözleşmenin.....maddesinde kart kullanıcısından kart kullanım ücretinin alınacağı belirtilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, kararın gerekçesinde "Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında 22.12.1995 tarihli sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına

dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir” sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, “Bu durumda yasaya uygun olan, Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının iptali istemi ile açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yukarda açıklanan hususlar gözetilmeden davanın kabulü usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulması gerekir. Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığının HUMK'nun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin kabulü ile hükmün sonucuna etkili olmamak üzere bozulmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 2.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi”ğine hükmetmiştir.

## §2. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ’NİN KARARINDA UYGULANAN TKHK m. 6’DA ÖNGÖRÜLEN “SÖZLEŞMEDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR” KAVRAMI VE UNSURLARI

Haksız şartın tanımının yapıldığı TKHK m. 6, Avrupa Birliği’nin 5 Nisan 1993 tarihli “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız (Adil Olmayan) Şartlara İlişkin Konsey Yönergesi”<sup>3</sup>’nin 3. maddesi kaynak alınarak hazırlanmıştır.

1993 tarihli AB Yönergesi soruna sadece genel işlem koşulları açısından bakmamakta, daha geniş bir uygulama alanı yaratmaktadır. Özellikle tek tarafın hazırladığı sözleşme koşullarını genel işlem şartı olarak nitelendirmek için belirli bazı unsurların varlığı arandığından<sup>4</sup>, Yönerge tüketici ile akdedilen sözleşmelerde müzakere konusu yapılmamış olan bütün kayıtları - genel işlem şartları içinde yer alsın almasın- denetime tabi tutmayı tercih etmiştir. Kuşkusuz genel işlem şartları bu kayıtların başlıca örneğini oluşturur ama onun ötesinde de bir denetim ihtiyacı mevcuttur. İşte AB Yönergesini takip

<sup>3</sup> 93/13 /AET, ATRG (1993) Legislation 95/29.

<sup>4</sup> Genel işlem şartlarının zorunlu unsurları; genel işlem şartlarının önceden tek yanlı belirlenmesi, genel ve soyut nitelikte olması, çok sayıda sözleşme için hazırlanması, sözleşmenin kuruluşunda, taraflardan birinin önceden hazırlanan sözleşme koşullarına dayanmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003, 74 vd.; ATAMER Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999, I. Bası, 61 vd. (Atıf Şekli: ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi)

eden TKHK m. 6 da bu şekilde müzakere konusu yapılmamış olan bütün sözleşme koşullarını, genel işlem koşulları içinde yer alsın almasın, denetime tabi tutmaktadır. Önemli olan sadece müşterinin sözleşmenin şekillenmesi aşamasındaki rolü, sözleşme içeriğine etki etme imkanındır<sup>5</sup>.

Haksız şartın tanımının yapıldığı TKHK m. 6 irdelendiğinde, tüketici sözleşmelerinde yer alan bir maddenin haksız şart sayılabilmesi için iki koşulun arandığı görülmektedir. Bu koşullar:

1. Satıcı veya sağlayıcının sözleşme koşulunu tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyması,
2. Bu sözleşme koşulunun/koşullarının, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmasıdır.

Bu koşullar dikkate alındığında, tüketici sözleşmelerinde yer alan bir maddenin "haksız şart" sayılabilmesi için aranan ilk şart, sözleşme maddesinin tüketici ile bireysel olarak müzakere edilmeden, tek yanlı olarak konmuş olmasıdır. Bunun zıt anlamından çıkan sonuç uyarınca, tüketici ile bireysel olarak müzakere edilerek konulan hükümler, haksız şart olarak kabul edilmeyecek, dolayısıyla içerik denetiminden kurtulacaktır<sup>6</sup>.

Sözleşme maddesinin tüketici ile bireysel olarak müzakere edilmiş sayılabilmesi için, tüketicinin sözleşmenin şekillenmesine, sözleşme hükmünün içeriğine etki edebilme imkanına ve bu şartların içeriğini anlamak ve değiştirmek için gerekli olan bilgi birikimine ve profesyonel desteğe de sahip olması gerekmektedir<sup>7</sup>. Başka bir ifadeyle, bir sözleşme hükmünün tüketici ile

<sup>5</sup> ATAMER Yeşim, "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, 296 (Atıf Şekli: ATAMER, Yeni Açılımlar). Ayrıca bkz. ASLAN Yılmaz, Tüketici Hukuku, Ankara, 2006, 277, 288.

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2008, 243 vd.; ASLAN, 289; ATAMER, Yeni Açılımlar, 295; DEMİR Mehmet, "Tüketim Sözleşmeleri ile İlgili Hükümlerin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, 404-405; ZEVLİLER/AYDOĞDU, 158 vd., 165; İLHAN Cengiz, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Şerh, Ankara, 2006, 104; YAVUZ Nihat, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2007, 453.

<sup>7</sup> Burada kastedilen anlamda bir müzakereden (görüşme veya pazarlıktan) söz açabilmek için, sözleşme şartlarını tek başına hazırlayan tarafın, ciddi ve karşı tarafça anlaşılabilir biçimde, diğer tarafın görüş ve teklifleri çerçevesinde bu şartlarda değişiklik yapmaya hazır olduğu

bireysel olarak müzakere edilmiş sayılmasında belirleyici olan kriter, tüketicinin o hükmün içeriğine etki edebilme imkanındır.

TKHK m. 6, bir sözleşme hükmünün müzakere edilip edilmediği konusunda özel düzenlemelere yer vermiştir. Bu düzenlemelere göre; bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin haksız şart olarak nitelendirilmesini engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. Özetle, satıcı veya sağlayıcı, önceden hazırlanan veya standart sözleşmelerde yer alan bir şartın, haksız şart engelene takılmaması için, sözleşmede yer alan her şartın tek tek tüketici ile bireysel olarak müzakere edildiğini ispat etmekle yükümlüdür.

Her ne kadar TKHK m. 6'da iyiniyet kuralına aykırılıktan bahsetmekte ise de, aslında kanun koyucu, kaynak AB Yönergesi'nde olduğu gibi Medeni Kanun m. 2 anlamında "dürüstlük kuralı"nı kastettiği ve sadece bu kurala aykırı hükümlerin hakimnin denetimine tabi olduğu kabul edilmelidir<sup>8</sup>. Başka bir ifadeyle, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri değerlendirildiğinde, satıcı veya sağlayıcının tek taraflı olarak sözleşmeye

---

söylenmelidir. O, bu davranışıyla, tüketiciye kendi çıkarlarını korumak üzere sözleşme şartlarının biçimlendirilmesi, bir başka anlatımla önüne konulan metinde değişiklik yapılabilmesi özgürlüğünü kullanma imkanını fiilen tanımış bulunmalıdır. Hiç kuşkusuz, tüketicinin de sözü geçen şartları anlayabilecek ve değişiklik teklifinde bulunabilecek ölçüde bilgi birikimine sahip olması veya konunun uzmanı kişilerden destek alması gerekecektir. KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, 243. Başka bir ifadeyle, müşterinin anlayabileceği bir şekilde, yasal düzenlemeden sapan sözleşme içeriğinin tartışmaya açılması gerekir. Özellikle, genel işlem şartları açısından Alman içtihat ve doktrininde kabul edildiği gibi ancak müşteriye kendisi aleyhine olan hükümlerin açıklanması; bunların ne açılardan yasal düzenlemeden saptığının ifade edilmesi ve buna rağmen müşterinin genel işlem şartları hükmünü kabul etmesi halinde bir bireysel anlaşmanın varlığı kabul edilmelidir. Bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, 298. Ayrıca bkz. HAVUTÇU, 88-89; ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, 160; ASLAN, 289 vd.; YAVUZ, 452.

<sup>8</sup> Bkz. KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, 247; ATAMER, Yeni Açılımlar, 303. Aynı yönde ASLAN, 291; ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, 165; DEMİR, 404; YAVUZ, 452; HAVUTÇU Ayşe, "Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil, Sebepsiz Zenginleşme", Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Yıl:3, Sayı: 34, 3615.

koyduğu koşulun, tüketici aleyhine bir dengesizliğe sebep olup olmayacağını denetlenmesindeki kriter "dürüstlük kuralı" olacaktır.

TKHK m. 6'nın lafzından çıkan sonuç taraflar arasındaki her türlü dengesizliğin hakimın sözleşmeye müdahalesi açısından yeterli kabul edilmiş olmasıdır. Oysa kaynak AB Yönergesi m. 3, ancak hak ve yükümlülüklerdeki dengesizliğin "önemli" olması halinde bir denetim imkanı vermektedir. Yoksa, taraflar arasında tam bir dengenin oturtulamadığı her halde hakimın sözleşmeye müdahale edebileceğinden bahsedilemez<sup>9</sup>. Bizde de, kaynak AB Yönergesi'nde belirtilen "önemli dengesizlik" kavramına paralel bir sonuca TKHK m. 6/1'de yer alan "iyiniyet ("dürüstlük" diye anlamalıdır) kuralına aykırı düşecek biçimde" ibaresinden hareket ederek ulaşılabilir. Zira, dürüstlük kuralına aykırı sayılacak düzeye ulaşmış bir dengesizliğin önemsiz bir demgesizlik olması düşünülemez<sup>10</sup>.

Bu çerçevede, bir şartın "haksız" sayılabilmesi için karşılıklı hak ve yükümlülükler arasındaki dengesizlik, bunun dürüstlük kuralına aykırı sayılmasını gerektirecek bir düzeye yükselmiş olmalıdır. Burada asli unsur "dürüstlük kuralı" değil, edimler arasında tüketici aleyhine gerçekleşen "dengesizlik"tir. Sözleşme şartı dürüstlük kuralına ters düştüğü için değil, tüketici aleyhine yaratılmış önemli dengesizlik sebebiyle haksız sayılmaktadır. Dürüstlük kuralı, bu dengesizliğin derecesini ölçmekte başvurulan yardımcı bir

<sup>9</sup> Bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, 303. Aynı yönde ASLAN, 291; İLHAN, 104; YAVUZ, 455. TKHK m. 6/III uyarınca, "Şartların haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz". Bu istisna, öğretide, daha kısa ve açık biçimde, "edim-karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtların" denetim dışı bırakılmış olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Şu halde "mal bana çok pahalıya satıldı" diye bir iddia TKHK m. 6'nın öngördüğü içerik denetiminin kapsamına girmeyecektir. Derhal ekleyelim ki, anılan istisna, serbest piyasa ekonomisinin hakim olduğu bir ortamda fiyat kontrolünün ilke olarak sözkonusu olamayacağı yolundaki gerekçe ile, karşı tarafını tüketicinin oluşturduğu veya oluşturmadığı tüm genel işlem şartları için geçerlidir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 247; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 220.

<sup>10</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 247. Aynı yönde, ATAMER, Yeni Açılımlar, 309.

unsurdur. Ancak, dürüstlük kuralına aykırı düşecek dereceye erişmiş dengesizlikler haksız şart olarak nitelenmektedir<sup>11</sup>.

Tüm tüketici sözleşmeleri hakkındaki haksız şartlara ilişkin düzenlemeler getiren TKHK m.6'da öngörülen yukarıda açıklanan bu sonucu, aynı zamanda kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkileri düzenleyen ve genel işlem şartları başlıklı 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun genel işlem şartları başlıklı 6. bölümdeki 24. maddesinin 1. fıkrası da desteklemektedir. Söz konusu hükme göre "Kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme ile düzenlenir. Sözleşmenin bir örneği kart hamiline ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur." Aynı maddenin 4. fıkrasının son cümlesi ise "Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez." hükmünü getirmiştir.

Bu bilgiler ışığında, Yargıtay kararına konu olan somut olayda, Yargıtay isabetli olarak taraflar arasında kurulan 22.12.1995 tarihli sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği sonucuna ulaşarak; somut olayda TKHK m. 6'da belirtilen önceden hazırlanmış, standart sözleşme olduğu yargısında bulunmuştur. Davacı banka tarafından hazırlanan bu standart sözleşme metni içinde, tüketici aleyhine olarak tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün içeriğine tüketicinin etki edebilme imkanına sahip değildir. Zira, davacı banka tüketiciyi kart kullanım ücreti ödeme yükümlülüğü altına sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Oysa, tüketiciye, kendisini

<sup>11</sup> Şu noktayı gözden kaçırmamak gerekir ki, içerik denetimi sırasında sadece belirli bir hükmü incelemekle yetinmek isabetli değildir. Tüketici aleyhine olan belirli bir hüküm, sözleşmenin bir başka maddesinde tüketiciye sağlanan önemli bir avantaja dengelenmiş olabilir. Şu halde değerlendirme sırasında sözleşmede yer alan tüm hükümler dikkate alınmalıdır (Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 6/III, Resmi Gazete, 13.06. 2003, RG No: 25137.). Bütün bu incelemeler sırasında, hareket noktası olarak, sözleşmedeki ihtilafli şart olmasaydı kanunun hangi tamamlayıcı hükmünün uygulanacağına bakmak ve taraf menfaatleri arasında adil bir denge kurduğu farzedilen kanuna dayalı çözüm ile sözleşmede öngörülen çözümü karşılaştırmak yerinde olur. Bkz. KOÇAYUSUFPŞAĞLU, 248; ASLAN, 289, 290; ATAMER, Yeni Açılımlar, 305.

kart kullanım ücreti ödeme yükümlülüğü altına sokan bu sözleşme hükmü hakkında ayrıntılı bilgi verilmeli ve bu hüküm tartışmaya açılmalıydı. Böylece, tüketici de, kendisinin şekillenmesinde hiç söz sahibi olmadığı bu standart sözleşmede yer alan, kart kullanım ücreti alınmasına ilişkin maddenin içeriğine etki edebilme ve kart ücretinin miktarını değiştirebilme imkanına sahip olmalıydı. Zira, TKHK m.6'nın uygulanmasında belirleyici olan, pazarlık konusu yapılmamış olan önceden hazırlanan veya standart sözleşmelerde yer alan bir "hükmün içeriğine tüketicinin etki edebilme" kriteridir. Bu doğrultuda, Yargıtay'ın isabetli olarak vurguladığı gibi sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında "haksız şart" olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir.

Bu çerçevede Yargıtay, tüketicinin, sayısız sözleşme için önceden kaleme alınmış olan, müzakere imkanı tanınmaksızın kendisine sunulan ve asli edim yükümleri dışında sözleşmeyi ilgilendiren her türlü alanı kapsayıcı düzenlemelerin içeriğine pazarlık suretiyle müdahale etmesi neredeyse imkansız olduğundan, bu müdahaleyi hakimnin gerçekleştirmesi ve bozulan dengeyi yeniden ihdas etmesi gerekliliğine<sup>12</sup> uygun olarak, tüketici aleyhine bozulan dengeyi yeniden kurmuştur.

### §3. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARIN YAPTIRIMI

#### I. Genel Olarak

Tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların hakim tarafından saptanması halinde, buna uygulanacak olan yaptırım, hem TKHK m. 6/II'de hem de Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 7'de öngörülmüştür. Ancak, bu noktada, her iki hükümde düzenlenen bu yaptırımları, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku alanındaki geçersizlik türleri içerisine oturtma sorunuyla karşılaşılmaktadır. Zira, TKHK m 6/II uyarınca, "Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir".

<sup>12</sup> ATAMER, Yeni Açılımlar, 296.

Bu hüküm incelediğinde, sadece tüketici aleyhine haksız şartların, tüketicuyu bağlamadığı; buna karşılık satıcı veya sağlayıcı aleyhine olan bir koşulun bağlayıcılığını devam ettirdiği göze çarpmaktadır. Bu açıdan tek taraflı (tüketici lehine) bir denetim vardır. Bunun sebebi, genel işlem şartlarını kullanan veya hazırlayan tarafın (satıcı veya sağlayıcının) kendi aleyhine olan bir sözleşme hükmünü sözleşmeye alamayacağı düşüncesi veya varsayımdır<sup>13</sup>.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 7'ye göre ise, "Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır. Yok sayılan bu hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur".

TKHK m. 6/II'de öngörülen, haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmadığı ifadesi, aslında kaynak Avrupa Birliği Yönergesi m 6/I'de kullanılan "unverbindlich", "not binding" kelimelerinin bir tercümesi niteliğindedir ve Borçlar Hukukumuzda var olmayan bir yaptırım türüdür. Avrupa Birliği yasa koyucusunun bu türden nötr bir ifade kullanmasının sebebi, üye ülkelerin iç hukuklarında var olan hükümsüzlük türlerine göre esnek bir düzenleme yapabilmesini sağlamaktır<sup>14</sup>. Başka bir ifadeyle Yönerge, genel bir üst kavram olarak, "bağlayıcı olmama" yaptırımını öngörmüş, ancak bu yaptırımın türünün üye ülkelerin ulusal hukuk sistemleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini dikkate alarak, üye ülkelere bu konuda bir serbesti tanımıştır.

Bu bağlamda, TKHK m. 6/II hükmünde öngörülen "tüketici için bağlayıcı değildir" ibaresi ve Yönetmelik'te belirtilen "batıl" ve "yok sayılan hükümler" ibareleri gibi kendi içinde çelişkili olan bu düzenlemeler karşısında, yönetmeliklerin kanuna aykırı bir düzenleme getiremeyecekleri ilkesinden hareket edilmeli ve haksız şartlara ilişkin yaptırım TKHK m. 6/II hükmü esas alınarak çözüme bağlanmalıdır<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 165.

<sup>14</sup> ATAMER, Yeni Açılımlar, 317-318.

<sup>15</sup> Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 251; Yönetmelik m. 7'nin devamında "yok sayılan" hükümlerden bahsedilmek suretiyle, üçüncü bir yaptırım türü devreye sokulmuş gibi gözükse de, sözleşmelerin içerik denetiminde, sözleşmelerin kuruluş safhasına ilişkin yokluk gibi bir yaptırımın uygulanması mümkün olamaz. Dolayısıyla, kanun koyucunun aslında bu tür "haksız şartlar" açısından genel olarak "butlan" yaptırımını kabul ettiğini ve kullanılan diğer ifadelerin belirleyici olmadığını benimsemek daha uygun düşmektedir. ATAMER, Yeni Açılımlar, 318. ATAMER, Yeni Açılımlar, 317-318.



Bu çerçevede, TKHK açısından haksız şartlar içeren bir sözleşme hükmü, aynı zamanda emredici hukuk kurallarına da aykırı bir sözleşme hükmüdür ve emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde "butlan" yaptırımı uygulama alanı bulacaktır. Kuşkusuz burada sözkonusu olan emredici hukuk kuralı, sözleşme taraflarından birisinin istismar edilmesini, sömürülmesini engelleme amacı güden bir emredici normdur<sup>16</sup>. Bu doğrultuda, Türk Hukukundaki geçersizlik türleri dikkate alındığında, kanaatimizce de doktrinde<sup>17</sup> belirtildiği gibi, bu tür hükümlerin BK m. 20 anlamında batıl sayılması tüketicinin etkin korunması amacına hizmet edecek en uygun yaptırım türüdür<sup>18</sup>. Ancak, TKHK m. 6/II hükmünün öngördüğü yaptırım, BK m. 20/I'de öngörülen klasik butlan kavramının, tüketiciyi koruma amacı çerçevesinde "esnek hükümsüzlük(butlan)" anlayışına dayalı olarak biçimlendirilmesi ve anılan amaçla uyumlu hale getirilmesi suretiyle belirlenebilir. Buna göre haksız şart

<sup>16</sup> ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 226, dn. 454.

<sup>17</sup> Bkz. ATAMER Yeşim, Yeni Açılımlar, 318; HAVUTÇU, 144 vd.; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 165; ASLAN, 294; ATAMER Yeşim, "Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", Tüketicilerin Korunması Semineri, Ankara, 2007, 28; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 222 vd.; YAVUZ, 455.

<sup>18</sup> Bu kapsamda ayrıca genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına ilişkin anlaşmanın kısmen veya tamamen geçersiz olmasının sözleşmenin akibeti üzerindeki etkisine de değinmek gerekmektedir. Zira, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına dair anlaşma, sözleşmenin unsurlarından biri olduğundan, bu anlaşmanın geçersiz olması halinde sözleşmenin kalan muhtevası ile varlığını koruyabilmesi için, genel işlem şartları çıkarıldığında, geriye bir sözleşmeyi kurmaya yeterli muhteva kalmış olmalıdır. Bunun için, en azından, objektif bakımdan esaslı noktalar, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmamasından etkilenmemiş olmalıdır. Çoğunlukla, genel işlem şartları ile sözleşmenin yan noktalarının düzenlenmesi amaçlandığından, genel işlem şartlarının içeriği, sözleşmenin yan noktalarını oluşturur ve yan noktalar çıkarıldığında sözleşmenin varlığı etkilenmez. Ancak, asli edimlerin de genel işlem şartları ile düzenlenmesi halinde, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmemesi, sözleşmenin de geçerliliğini etkiler. Sözleşme ne genel işlem şartları ile, ne de genel işlem şartları olmaksızın kurulmuş olmaz. Bkz. HAVUTÇU, 146.

Müşterinin genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına global beyanla muvafakat ederken, iradesi hata, hile veya tehdit nedeniyle sakatlanmış olabilir. Bu durumda, kural olarak BK'nın irade sakatlığına ilişkin hükümleri uygulanır. Müşterinin hatası beyan hatası niteliğinde ise, ilke olarak hata hükümlerine dayanılması mümkündür. Buna karşılık, müşterinin hatası, genel işlem şartlarının içeriği konusunda saik hatası niteliğinde ise, ilke olarak hata hükümlerine dayanılmasını kabul etmemek gerekir. Çünkü, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinde, güven ilkesi çerçevesinde, müşterinin bunların varlığını bilme ve bu koşullar hakkında bilgi sahibi olma imkanı varken, bu imkanı kullanmayarak beyanda bulunması halinde, müşteri genel işlem şartlarının içeriği hakkında yanılıya düştüğünü iddia ederek iptal hakkını kullanamaz. Bkz. HAVUTÇU, 147.

içeren bir sözleşme hükmü kesin hükümsüz (batıl) olmakla birlikte, bu hükümsüzlüğe sadece tüketici dayanabilir, mahkeme de butlanı yalnız tüketici lehine olmak üzere re'sen göznünde tutabilir. Buna karşı, diğer tarafın bu butlana dayanması veya hakimın onun lehine butlanı re'sen göz önünde tutması mümkün değildir. Örneğin, satıcı borcun ifası için tüketiciyi dava ettiği vakit, tüketici haksız şartın kesin hükümsüz olduğunu söyleyebileceği gibi, mahkeme de bunu görevinden ötürü (re'sen) dikkate alabilir. Oysa, tüketicinin satıcıya karşı açtığı bir ifa davasında, satıcı haksız şartın geçersiz olmasına dayanamaz ve bundan kendi lehine sonuçlar çıkaramaz, mahkeme de bu hususu tüketici aleyhine re'sen göz önünde tutamaz. Bütün bu sonuçların TKHK m. 6/II hükmünde yer alan ve haksız şartların sadece tüketiciyi bağlamayacağını belirten ifadeyle tam bir uyum içinde olduğu kuşkusuzdur<sup>19</sup>.

## II. Genel Olarak Tüketici Sözleşmelerinde ve Özellikle Banka Kredi Kartı Sözleşmelerinde Kısmi Butlan ve Sonuçları

Haksız şartlara uygulanacak olan yaptırım türünün “butlan” olarak belirlenmesi ve bu haksız şartların batıl olması halinde, bu durumun sözleşmenin bütününe olan etkisi sorunu gündeme gelmektedir. Başka bir ifadeyle BK m. 20/II, c. 1 uyarınca, bir sözleşmenin sadece bazı bölümlerinin batıl olması halinde, kural olarak bu durum sözleşmenin tümünün butlanına sebep olmaz. Ancak, BK m. 20/II, c.2'de öngörülen kısmi butlan düzenlemesiyle, sözleşme taraflarından birinin farazi iradesinin, batıl olan bu hüküm olmasaydı, sözleşmeyi yapmayacağını ispatlaması halinde, sözleşme tümüyle batıl sayılacaktır. Bu bağlamda, Yargıtay kararına konu olan somut olayda, bankanın, kredi kartı sözleşmesinde düzenlenen “kart üyelik ücreti”nin alınacağına dair madde olmasaydı, bu sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürmesi ve ispatlaması halinde, sözleşmenin tümünü batıl kılabilip kılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Somut olayda, bankanın üyelik ücretinin alınacağına dair madde olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını ispatlayarak sözleşmenin tümünün batıl olması halinde ortaya çıkan sonuç aslında tüketiciyi koruyan bir sonuç olmayacaktır.

Bu çerçevede, tüketici sözleşmelerinde yer alan müzakere edilmemiş sözleşme koşulları ve özellikle Genel İşlem Şartları açısından BK m. 20/II cümle 2'nin son derece sakıncalı bir yönü vardır. Zira, sadece kendi lehine

<sup>19</sup> KOCA YUSUF PAŞAOĞLU, 251. Ayrıca bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 165.

sözleşmeye dahil ettiği bir koşulun batıl sayılması halinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin -Yargıtay kararına konu olan somut olayda bankanın- bu koşul olmaksızın sözleşme ile bağlı olmak istemediğini ileri sürmesi imkanı mevcuttur. Bunun kabul edilmesi halinde ise, sözleşmenin haksız şartlar olmaksızın ayakta kalması mümkün olmayacak, sözleşme tümü ile batıl sayılacak ve tüketicinin daha aleyhine bir sonuç ortaya çıkmış olacaktır. Bu noktada, bir tarafta batıl sayılan Genel İşlem Şartlarının aleyhine sonuç doğurduğu müşteri, -somut olayda tüketici- ve onun, bu hüküm olmasa da sözleşmeyi akdedeceği yönündeki farazi iradesi ile diğer yanda Genel İşlem Şartları kullanan işletmenin, -somut olayda bankanın- ilgili hüküm olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceği yönündeki farazi iradesi karşı karşıya gelmektedir. Hakimin bunlar arasında bir seçim yaparken tercihini sözleşmenin zayıf olan tarafından yana koyması savunulmalıdır. Nitekim bu yüzden AB Yönergesi kısmi butlan halinde sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruyacağını ve ancak taraf iradelerinden bağımsız olarak sözleşmin batıl kısmı olmaksızın ayakta kalamayacağını hakim tarafından tespit edilmesi halinde tümel bir butlanın sözkonusu olacağını öngörmüştür (m. 6/I). Aynı şekilde Yönetmelik m.7'de de, batıl olan hükümler olmaksızın sözleşmenin ayakta tutulabileceği kabul edilebiliyorsa, taraf iradelerine bakılmaksızın sözleşmenin geri kalanının varlığını koruyacağı belirtilmiştir. Demek ki burada irade özerkliği uyarınca tarafların ne isteyebileceği artık önem taşımayacak, hakimin, objektif olarak bu sözleşmenin ayakta kalmasına imkan olup olmadığını değerlendirmesi gerekecektir. Yani, BK m. 20/II, c. 2'ye getirilmiş olan bir istisna sözkonusudur<sup>20</sup>.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, aksini kabul etmek, yani içeriğini tamamen bankanın belirlediği ve tüketicinin bu içeriğin belirlenmesinde hiç söz sahibi olmadığı kredi kartı sözleşmelerinde kullanım ücretinin alınmasına ilişkin maddelerin emredici hükümlere aykırı olması sebebiyle sözleşmenin tümünü batıl saymak, bir anlamda bankayı ödüllendirmek ve bankanın yükümlülüklerinden sıyrılmasına hukuki zemin oluşturmak anlamına gelecektir ki, hukuk düzeninin bu durumu korumayacağı izahattan uzaktır.

<sup>20</sup> Bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 222-224; ATAMER, Yeni Açılımlar, 319. Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 251; ASLAN, 295. Krş. YAVUZ, 455.

Bugün İsviçre-Türk doktrininde bir sözleşme şartının, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle batıl olması halinde BK m. 20/II, c. 2'nin kural olarak uygulanmayacağı zaten yaygın kabul görmektedir. Emredici hükümlere aykırı sözleşme hükmü olmaksızın sözleşme ayakta kalır ve taraflara varsayımsal iradelerinin aksi yönde olduğunu ispatlama olanağı verilmez. Başka bir ifadeyle, butlanı öngören kanun hükmünün koruyucu amacı veya dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, taraflardan birinin "Ben bu hükmün geçersiz sayılacağını bilseydim bu sözleşmeyi hiç yapmazdım" şeklindeki savunması kabul edilmez ve farazi iradelere bakılmaksızın kısmi butlan yaptırımı ile yetinilir. Başka bir ifadeyle, Genel İşlem Şartlarının kullanımında kısmi hükümsüzlük halinde, kural olarak sözleşme ayakta tutulmalıdır<sup>21</sup>.

Alman 'Hukuku'nda Medeni Kanun §306 ile genel işlem şartlarının kısmen veya tamamen sözleşmeye alınmamış olması ve geçersizliğinin hukuki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, genel işlem şartları tamamen veya kısmen sözleşmenin içeriği haline gelmez veya geçersiz olursa, sözleşme, kalan muhtavas ile geçerliliğini sürdürür. Bu durumda geçersiz veya sözleşmeye alınmamış olan genel işlem şartları yerine, sözleşmenin içeriği yasanın düzenleyici kurallarına göre belirlenir. Şayet genel işlem şartlarının tamamen veya kısmen sözleşmeye alınmaması ya da geçersizliği nedeniyle sözleşmede meydana gelen boşluğun düzenleyici kurallarla doldurulmasıyla sözleşmede meydana gelen değişiklik, taraflardan biri için katlanılması beklenmeyecek derecede aşırı güçlük yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle geçersiz hale gelir<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 251-252, 599; TEKİNAY /AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993, 165; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005, 142-143; EREN Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2006, 306; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, "Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler", Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996, 25-30; BAŞPINAR Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, 155; ALTOP Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara, 1990, 137; ATAMER, Genel İşlem Şartları, 225-226.

<sup>22</sup> HAVUTÇU, Alman Hukuku'ndaki bu çözümün Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na alınmasının uygun olacağını belirterek, diğer taraftan, kalan muhteva ile sözleşmenin geçerli olmasına katılanmasının dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenememesi halinde, sözleşmenin tamamıyla geçersiz olacağını kabul edilmesinin, her iki tarafın çıkarlarını hakkaniyete uygun biçimde bağdaştıracağını benimsemektedir. Bkz. HAVUTÇU, 144 vd.. Krş. YAVUZ, 455.

Yargıtay kararına konu olan somut olayda, kredi kartı sözleşme metninin içinde, sözkonusu sözleşme hükümlerinden birinin batıl olması halinde sözleşmenin geri kalanının da batıl olacağına ilişkin bir hüküm yer alsaydı, bu hükmü de geçersiz saymak gerekecekti. Zira, bireysel sözleşmelerde hakime yol gösterici olarak nitelendirilebilecek bu tür hükümler Genel İşlem Şartları içinde yer aldığından işletmenin tek yanlı menfaatlerini korumak dışında bir anlam ifade etmezler; hakim bunları dikkate almadan sözleşmenin geri kalan kısmı ile ayakta kalmasına hükmetmesi beklenir<sup>23</sup>.

#### §4. "KREDİ KARTI ÜYELİK ÜCRETİ" ALINMASINA İLİŞKİN HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTININ DİĞER STANDART SÖZLEŞMELERDE KULLANILMASININ ÖNLENMESİ

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin, banka kredi kartı sözleşmesindeki "kart üyelik ücreti" alınmasına dair maddenin yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğuna hükmetmesiyle, Yargıtay'ın bu kararının "emsal karar" teşkil edip edemeyeceği sorunu gündeme gelmiştir. Başka bir ifadeyle bu kararla birlikte, karara konu olan somut olayda kullanılan matbu, standart sözleşme ile bağlı olan bir diğer kredi kartı kullanıcısı tüketicinin, sadece bireysel olarak dava açmadığı için, Yargıtay'ın haksız şart olduğuna hükmettiği "kart üyelik ücreti"ni ödemek zorunda kalıp kalmayacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Yargıtay tarafından tüketici sözleşmesi içinde düzenlenen ve "haksız şart" olduğuna hükmedilen ilgili maddenin, banka tarafından diğer sözleşmelerde yeniden kullanılmasının engellenip engellenemeyeceği de bu kapsamda yanıtlanması gereken bir başka sorundur. Bu çerçevede, aslında önemli olan Yargıtay kararıyla sadece açılan dava ile sağlanan bireysel bir korumanın da ötesinde, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesinin nasıl sağlanması gerektiğidir. Zira, tüketicilerin etkin olarak korunmaları, açılan bu bireysel davalarla değil, yargı kararlarıyla bu tür haksız şartlar içeren matbu sözleşme metinlerinin kullanılmasının önlenmesiyle mümkündür.

Yukarıda sunulan bu sorunlar çerçevesinde, daha bilinçli bir tüketici dürüstlük kurallarına aykırı olan sözleşme koşullarının butlanı için dava açarken daha az tecrübeli veya bilgisiz olan bu davayı açmamakta ve haksız olduğu aşikar olan sözleşme şartı bir tüketiciye uygulanmazken diğeri aleyhine

<sup>23</sup> Bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 226.

uygulanmaktadır. Bu rahatsız edici sonucun doğumunda en önemli etken, usul hukuku sistemimiz uyarınca davaların sadece taraflar açısından (inter partes) bağlayıcı olmasıdır. Oysa, Genel İşlem Şartları karşısında bireysel dava türü ile kalıcı bir koruma sağlanması mümkün değildir<sup>24</sup>. Başka bir ifadeyle, mahkeme ortada bir haksız şartın bulunduğu sonucuna varıp bunun geçersiz olduğuna hükmetse bile verilen hüküm ancak davanın tarafları arasında kesinleşip yalnız onları bağlayacağından, bu haksız şartı da içeren genel işlem şartlarının başka tüketicilerle yapılacak standart sözleşmelerde kullanılmasına bir engel yoktur. Bu sözleşmelere taraf olan tüketiciler, haksız bir şartın bulunduğunu ileri sürdükleri zaman, mahkemenin bir haksızlığın bulunup bulunmadığını o sözleşmeler açısından yeni baştan incelemesi gerekir<sup>25</sup>.

AB Yönergesi yukarıda belirtilen bu sakıncaları dikkate alarak, m. 7 ile konuyu özel olarak düzenlemiştir. AB Yönergesi m. 7/I uyarınca; “üye ülkeler, tüketicilerle satıcı ve sağlayıcılar arasında kurulan sözleşmelerdeki haksız şartların, tüketicilerin ve rakiplerin menfaatleri uyarınca kullanılmasının engellenmesi için uygun ve etkili araçların alınmasını sağlamak zorundadırlar”.

Yönerge m. 7/II'ye göre, m. 7/I'de bahsedilen araçların, ulusal hukuka göre tüketicinin korunmasında meşru menfaati olan gerçek ve tüzel kişilerin, ilgili ulusal hukuk uyarınca mahkemelere veya yetkili idari kurumlara başvurarak, bu makamların genel kullanım amacıyla düzenlenen sözleşme hükümlerinin haksız olup olmadıkları konusunda karar vermelerine ve bu tür

<sup>24</sup> ATAMER, Yeni Açılımlar, 320.

<sup>25</sup> Bkz. KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, 252. Gelişmekte olan veya gelişmiş endüstri ülkelerinde bireysel hukuki himayenin etkin hukuki himayeyi sağlamakta yetersiz kaldığı görüşü giderek yaygınlaşmış ve kolektif menfaatlerin korunması, etkin hukuki himayenin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Zira, özellikle genel işlem şartlarını kullanan tüketicinin çoğunlukla ekonomik bakımdan güçsüz ve hukuk nosyonundan yoksun olduğu dikkate alınır, genel işlem şartlarındaki hukuka aykırılıkların bertarafına yönelik davaların açılması konusunda sadece tüketici konumundaki bireylere güvenmenin son derece sakıncalı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, Medeni Usul Hukuku'nda kolektif hukuki himayeye yer verebilmek, yani bireyüstü menfaatlerin korunmasına imkan tanımak, bunun sözkonusu hukuk dalının amacı ile bağdaştığı oranda mümkündür. Dolayısıyla kolektif hukuki himayeyi sağlamaya yönelik bu davalar, ancak kanun koyucunun izin verdiği alanlarda açılabilir. Bu doğrultuda ayrıca, ancak kanun koyucu, bu tür davalarda kesin hükmün üçüncü kişilere etkisini düzenlerse, kesin hükmün sübjektif sınırlarında genişleme sözkonusu olabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM DEREN Nevhis, “Kollektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu?” Yargıtay Dergisi, Cilt 23, Sayı:1-2, 3-4.136-322, 1997.

haksız şartların kullanımının önlenmesi için uygun ve etkili önlemleri uygulamalarına imkan veren hukuki düzenlemeler içermesi gerekmektedir.

Yönerge m. 7/III uyarınca, Yönergenin ikinci fıkrasında öngörülen hukuki imkanlar, ulusal hukuklar dikkate alınarak, aynı veya benzer genel sözleşme şartlarını kullanan veya tavsiye eden satıcı veya sağlayıcıya karşı ayrı ayrı yöneltilebileceği gibi aynı ekonomik sektörde yer alan birden fazla satıcı veya sağlayıcıya toplu olarak veya bunların bağlı olduğu örgütlere karşı da yöneltilebilir.

AB Yönergesi uyarınca açılan bu davalarda, tüketici menfaatleri aleyhine olduğu aşıkâr olan basılı bir Genel İşlem Şartları metninin öncelikle ileride akdedilecek sözleşmelerde kullanılmasını (veya tekrar kullanılmasını) önlemek üzere bir karar verilmesi talep edilecektir. Bu şekilde henüz bir sözleşmenin içeriği olmamış olan, potansiyel tehlike arz eden dürüstlük kuralına aykırı Genel İşlem Şartlarının kullanılması engellenecek ve daha sonra tek tek tüketicilerin kendileri aleyhine hükümler içeren Genel İşlem Şartları ile mücadelesine ihtiyaç kalmayacaktır. Ancak bunun yanısıra, hali hazırda akdedilmiş sözleşmelerde kullanılmış olan aynı Genel İşlem Şartları hükümlerinin de ilgili tüketici ile bir ihtilafın doğması halinde uygulanmasının önlenmesi de talep edilebilecektir<sup>26</sup>.

Alman Hukuku'nda da kısaca "Önleme Davaları Kanunu" (UnterlassungsKlagengesetz: UKlaG) diye anılan özel bir kanun, genel işlem şartlarında yer alan haksız şartların, bu haksızlık lirlî bir olayda mahkeme kararıyla tespit edilmiş olsun olmasın, başka tüketicilere karşı kullanılmasını engelleyen önleme davaları açılmasına imkan tanımışlardır. Türk Hukuku'nda da TKHK m. 6/VII ve Yönetmelik m. 8 hükümleri de önleme davalarına yeşil ışık yapmış bulunuyorlar<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Eğer bu Genel İşlem Şartlarında yer alan hükümler artık ileriye dönük olarak kullanılmıyorsa, yani potansiyel tehlike ortadan kalkmışsa, sadece geçmişte bir dizi sözleşmede kullanılmış olan ve dürüstlük kuralına aykırı hükümler içeren Genel İşlem Şartlarının bu hükümlerinin ilgili sözleşme tarafları arasında doğabilecek ihtilaflarda uygulanmasının önlenmesi için dava açılması da mümkündür. Bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, 320 ve dn 125'te anılan yazarlar. Ayrıca bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 162; ASLAN, 297.

<sup>27</sup> Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 252.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 8 uyarınca: “Meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde mahkeme, önleme için gerekli tedbirlere hükmeder”. Bu düzenleme ile yargı denetiminde, haksız şartların kullanılmasının önlenmesi (gerekirse haksız şartın sözleşmeden çıkartılması veya kısmen iptali) yaptırım söz konusu olduğu gibi herhangi bir uyuşmazlık çıkmaksızın da (ileride kendi aleyhine olacağı düşüncesiyle) bu yaptırım talep edilebilir. Kanaatimizce de doktrinde belirtildiği gibi, bu düzenleme olumlu bir düzenleme ise de, sözleşme özgürlüğüyle ilgili olduğundan bunun yasayla yapılması uygun olurdu. Ayrıca mahkemelerin görevi yasayla belirlenebileceği için (HUMK m. 1) önlem konusunda Yönetmelikte, mahkemelere görev verilmesi usul hukuku açısından da yanlıştır<sup>28</sup>. Bu çerçevede, Yönetmelikte yer alan bu düzenlemenin, yargı organlarına daha somut yetkiler tanıyacak bir şekilde TKHK’na alınması daha yerinde olacaktır.

Yönetmelik m. 8’de öngörülen meşru menfaat şartını tüketici örgütlerinin taşıdığı kabul edilmektedir. Tüketici örgütleri, tüketici mahkemelerinde dava açarak, haksız şartların iptalini talep edebilirler<sup>29</sup>. Bir tüketici örgütü tarafından bu tür bir davanın açılmış olması halinde, örneğin bir bankanın kullanmaya başladığı bireysel bankacılık şartları hakkında -Yargıtay kararına konu olan somut olayda banka kredi kartı sözleşmesi hükümleri hakkında- açılan davada mahkeme, öncelikle olayda bir standart sözleşmenin var olup olmadığını inceleyecek, Genel İşlem Şartları içinde yer alan ve TKHK m. 6 ve Yönetmelik uyarınca dürüstlük kuralına aykırı sayılabilecek bütün hükümleri tespit edecektir. Bu incelemeyi yaparken mahkemenin, somut bir sözleşme içindeki dengenin bozulup bozulmadığını araştırmayacağı unutulmamalıdır. Zira bu sözleşme koşullarının aleyhine kullanıldığı somut bir tüketici bu davada taraf değildir. Dolayısıyla mahkemenin incelemesi soyut ve objektif esaslara göre olacaktır<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 162.

<sup>29</sup> Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 253; ASLAN, 296; ATAMER, Yeni Açılımlar, 321; İLHAN, 112. Devlet adına hareket edecek Bakanlığın da bu tip davaları açabileceği görüşünde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 253; ASLAN, 296.

<sup>30</sup> Bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, 321 ve dn. 130’da anılan yazarlar; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 248. Tüketici örgütleri tarafından açılan bu tür davalarda,



Sonuç olarak, mahkemenin davalı tarafından kullanılan Genel İşlem Şartları metni içinde TKHK m. 6 ve Yönetmeliğe aykırı sözleşme hükümleri tespit etmesi halinde bunların ileride tüketicilerle akdedilecek olan sözleşmelerde kullanılmamasına hükmetmesi gerekir. Genelde bu tür matbu metinler çok sayıda basıldığı ve örneğin bankalarda Türkiye genelinde kullanıldığı için mahkemenin ayrıca bütün bu metinlerin toplatılmasına ve düzeltilmesine hükmetmesinin mümkün olduğu savunulmalıdır. Zira, aksi takdirde mahkeme kararının önleme etkisi eksik kalacaktır. Sonuç olarak mahkemenin kararı davalıya yönelik bir yapmama (bir daha bu türden Genel İşlem Şartları kullanmama) ve duruma göre bir yapma (çoğaltılmış olan Genel İşlem Şartlarını imha etme veya düzeltme) emri içerecektir (İİK m. 30 ve 343)<sup>31</sup>.

Bu sakıncaları dikkate alan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın<sup>32</sup> 6. maddesi ile, 4077 sayılı Kanunun 6. maddesinin altıncı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Bakanlık ve tüketici örgütleri genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların, bu standart sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının tavsiye edilmesinin önlenmesi için dava açabilir. Bu hallerde mahkeme, durdurma için gerekli tedbirlere hükmeder. Bu davalarda, müteşebbis sözleşme şartının tüketici lehine olduğunu ileri sürse bile tüketici lehine yorum yöntemi uygulanmaz."

Kanun Tasarısı Taslağı'nın 6. maddesinin gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: Akdetmiş olduğu sözleşmede haksız şartlar bulunan tüketici, bunların batıl olduğunu ileri sürmek imkanına her zaman sahip olmakla beraber, genelde bu konudaki bilgisizliği nedeniyle kendini koruyan bu hükümlerden faydalanamamaktadır. Standart sözleşmelerinde tüketici aleyhine haksız şartlara yer veren müteşebbisler ise, genelde bilinçli bir iki tüketici dışında bir sorun yaşamayacağını bildiğinden bu şartları kullanmaya devam etmektedir.

---

haksız şartların yer aldığı standart sözleşmelerin kullanılmasının engellenmesi yoluyla tüketicinin korunması adına, haksız şartların tespitinde tüketici aleyhine olabilecek yorum dikkate alınacaktır. Zira AB Yönergesi m. 5 ile, tüketici lehine olan yorum kuralının Yönerge m. 7/II'de öngörülen usul kapsamında uygulanmayacağını belirtmiştir. Başka bir ifadeyle, tüketici örgütlerince açılan bu davalarda hakim, tüketici aleyhine olabilecek yorum yoluyla haksız şartlar içeren standart sözleşmelerin kullanılmasını önleyebilecektir.

<sup>31</sup> Bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, 322.

<sup>32</sup> <http://www.sanayi.gov.tr/webedit/gozlem.aspx?sayfaNo=23>, 24.11.2008.

Dolayısıyla bu tür standart sözleşmelere karşı tüketicileri korumanın asıl etkin yolu, tüketici örgütlerine ve Bakanlığa bu tür standart sözleşmelerin kullanılmasını engelleme yetkisi verilmesidir. İşte yapılan bu değişiklik bu konuyu düzenlemektedir. Bakanlık ve tüketici örgütleri genel olarak kullanılmak üzere müteşebbisler tarafından hazırlanmış olan matbu standart sözleşmelerin bir örneğini kontrol ederek bunlarda haksız şartların var olduğunu tespit ettiğinde ilgili şartın standart sözleşme metinlerinden çıkarılması için dava açabilir. Bu hallerde mahkeme, ilgili şartın kullanılmaya devam edilmesini durdurmak için gerekli tedbirlere hükmeder. Örneğin, haksız şartı içeren basılı standart sözleşmelerin toplatılmasına karar verebilir. Bu durumda ilgili müteşebbis bu sözleşme şartlarını toplatıp yenilerini basmak zorunda kalacaktır. Bu tür bir davada haksız olarak nitelendirilen şartlar eğer daha önce tüketici ile akdedilmiş bir sözleşmede kullanılmışsa, bunların da düzeltilmesi gerekir.

Bu davalarda, tüketici lehine yorum yöntemi uygulanmaz. Taraflardan birini tüketici, diğerini müteşebbisin oluşturduğu davalarda doğru olan kuşkusuz, en tüketici lehine yorumu benimsemektir. Buna karşılık taraflardan birini tüketici örgütünün diğerini müteşebbisin oluşturduğu davalarda aksine, en tüketici aleyhine o hüküm nasıl yorumlanabiliyorsa o tercih edilmelidir. Zira tüketici aleyhine olduğu saptanan hükmün kullanılmasının engellenmesi imkanı vardır. Birden fazla anlama gelebilecek bir şart kaleme almış olan müteşebbisin, "bu sözleşme şartı tüketici lehine de yorumlanabilir" şeklinde bir savunma getirmesi kabul edilemez. Onun yerine müteşebbisin bu hükmü kullanması engellenir ve standart sözleşmeye anlam karışıklığına sebep olmayan yeni bir sözleşme şartı alması istenir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nın, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, kenar başlığını taşıyan m. 10/II'e göre; Alacağın takibine ilişkin masraflar hariç olmak üzere kredi veren, kredi kartı sözleşmesinde belirlenen faiz dışında tüketiciden herhangi bir ödemede bulunmasını isteyemez. Kredi kartı üyelik ücreti ise bir kereye mahsus olmak üzere ve ancak kredi kartı sözleşmesi imzalanırken alınabilir. Kredi kartı üyelik ücretinin azami tutarı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir. Bu Kanun'un yürürlük tarihinden önce verilen kredi kartlarından üyelik ücreti alınmaz.

Kanun Tasarısı Taslağı'nın 10. maddesinin gerekçesinde de şu ifadelere yer verilmiştir: Kredi veren kuruluşlar, kredi kartı sözleşmesinde üyelik ücreti veya benzeri isimler altında bir ücret alınacağına dair ibareye yer vermekte ancak ne kadar ücret alınacağını sözleşmede belirtmemektedir. Uygulamada, üyelik veya benzeri ücretlerin miktarı konusunda birbirinden farklı uygulamalar olmaktadır. Bakanlığımıza ulaşan tüketici şikayetlerinden ve basına yansıyan haberlerden bu konuda çok sayıda tüketicinin mağdur olduğu anlaşılmıştır.

Bankalar tarafından alınan kredi kartı üyelik ücreti veya benzeri isimler altında alınan ücretler konusunda tüketici mağduriyetinin bertaraf edilmesi nedeniyle, ikinci fıkrada, "Kredi kartı üyelik ücreti ise bir kereye mahsus olmak üzere ve ancak kredi kartı sözleşmesi imzalanırken alınabilir. Kredi kartı üyelik ücretinin azami tutarı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce verilen kredi kartlarından üyelik ücreti alınmaz." hükmüne yer verilmiştir.

### DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yargıtay kararına konu olan somut olayda, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi son derece isabetli olarak, taraflar arasında kurulan 22.12.1995 tarihli sözleşmenin, davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğuna, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediğine hükmederek; somut olayda TKHK m. 6'da belirtilen önceden hazırlanmış, standart sözleşmenin mevcut olduğu yargısında bulunmuştur.

Davacı banka tarafından hazırlanan bu standart sözleşme metni içinde, tüketici aleyhine olarak tüketiciyi kart kullanım ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün geçerli olup olmadığı, söz konusu hükmün "haksız şart" olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu çerçevesinde öncelikle ilgili yasal hükümler irdelenmelidir.

5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nu m. 24 uyarınca, kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasında yazılı olarak düzenlenen sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur. Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 uyarınca, satıcı ve sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye

koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet (dürüstlük kuralı olarak anlaşılmalıdır) kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Somut olayda davacı banka, tüketiciyi kart kullanım ücreti adı altında külfete sokan sözleşme hükmünün, tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Oysa tüketiciyi kart kullanım ücreti ödeme yükümlülüğü altına sokan bu sözleşme hükmü hakkında, davacı banka tarafından, tüketiciye ayrıntılı bilgi verilmeli ve bu hüküm tartışmaya açılmalıydı. Böylece tüketici de, kendisinin şekillenmesinde hiç söz sahibi olmadığı bu standart sözleşmede yer alan, kart kullanım ücreti alınmasına ilişkin maddenin içeriğine etki edebilme ve kart ücretinin miktarını değiştirebilme imkanına sahip olmalıydı.

TKHK m.6'nın uygulanmasında belirleyici olan, pazarlık konusu yapılmamış olan önceden hazırlanan veya standart sözleşmelerde yer alan bir "hüküm içeriğine tüketicinin etki edebilme" kriteridir. Bu doğrultuda somut olayda, tüketici söz konusu hüküm içeriğine etki edebilme imkanına sahip olmadığından, Yargıtay'ın isabetli olarak vurguladığı gibi sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında "haksız şart" olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir.

Bu bağlamda, TKHK açısından haksız şartlar içeren bir sözleşme hükmü, aynı zamanda emredici hukuk kurallarına da aykırı bir sözleşme hükmüdür ve emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde "butlan" yaptırımını uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda, Türk Hukukundaki geçersizlik türleri dikkate alındığında, kanaatimizce de doktrinde belirtildiği gibi, bu tür hükümlerin BK m. 20 anlamında batıl sayılması tüketicinin etkin korunması amacıyla hizmet edecek en uygun yaptırım türüdür. Ancak, bu noktada BK m. 20/II, c.2'de öngörülen kısmi butlan düzenlemesinin devreye girerek uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda, Yargıtay kararına konu olan somut olayda, bankanın, kredi kartı sözleşmesinde

düzenlenen "kart üyelik ücreti"nin alınmasına ilişkin madde olmasaydı, bu sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürmesi ve ispatlaması halinde, sözleşmenin tümünü batıl kılabilip kılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Somut olayda, bankanın üyelik ücretinin alınacağına dair madde olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını ispatlayarak sözleşmenin tümünün batıl olması halinde ortaya çıkan sonuç aslında tüketiciyi koruyan bir sonuç olmayacaktır.

Bu çerçevede, BK m. 20/II cümle 2'nin uygulanması halinde tüketici aleyhine ortaya çıkan bu olumsuz sonuç dikkate alındığında, tüketici sözleşmelerinde yer alan müzakere edilmemiş sözleşme koşulları ve özellikle Genel İşlem Şartları açısından BK m. 20/II cümle 2'ye getirilmiş bir istisnanın olduğu kabul edilmektedir. Aksi takdirde, içeriğini tamamen bankanın belirlediği ve tüketicinin bu içeriğin belirlenmesinde hiç söz sahibi olmadığı kredi kartı sözleşmelerinde yer alan maddelerin emredici hükümlere aykırı olması sebebiyle sözleşmenin tümünü batıl saymak, bir anlamda bankayı ödüllendirmek ve bankanın yükümlülüklerinden sıyrılmasına hukuki zemin oluşturmak anlamına gelecektir.

Bugün İsviçre-Türk doktrininde bir sözleşme şartının, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle batıl olması halinde BK m. 20/II, c. 2'nin kural olarak uygulanmayacağı zaten yaygın kabul görmektedir. Emredici hükümlere aykırı sözleşme hükmü olmaksızın sözleşme ayakta kalır ve taraflara varsayımsal iradelerinin aksi yönde olduğunu ispatlama olanağı verilmez. Başka bir ifadeyle, Genel İşlem Şartlarının kullanımında kısmi hükümsüzlük halinde, sözleşme ayakta tutulmalıdır. Bu sonuç Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 7 ve kaynak AB Yönergesi m. 6 da da belirtilmiştir.

Yargıtay kararına konu olan somut olayda, kredi kartı sözleşme metninin içinde, sözkonusu sözleşme hükümlerinden birinin batıl olması halinde sözleşmenin geri kalanının da batıl olacağına ilişkin bir hüküm yer alsaydı, bu hüküm de geçersiz saymak gerekecekti.

Bu konu kapsamında ayrıca irdelenmesi gereken bir başka konu ise Yargıtay kararıyla, sadece bireysel olarak açılmış olan dava sonucunda verilen hükümlerle sağlanan bireysel bir korumanın da ötesinde, tüm tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların kullanılmasının kollektif olarak önlenmesinin nasıl sağlanması gerektiğidir. Zira, tüm tüketicilerin etkin olarak korunmaları, açılan bu bireysel davalarla değil, kollektif hukuki himayeyi

sağlayacak olan yargı kararları doğrultusunda bu tür haksız şartlar içeren standart sözleşme metinlerinin kullanılmasının önlenmesiyle mümkündür.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 8 uyarınca; “Meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde mahkeme, önleme için gerekli tedbirlere hükmeder”. Bu düzenleme ile doktrinde de belirtildiği üzere tüketici örgütlerince açılan davalarda, haksız şartların kullanılmasının önlenmesi yaptırımı kapsamında, basılmış olan bu matbu sözleşmelerin düzeltilmesi, toplatılması veya haksız şartın sözleşmeden çıkartılması sözkonusu olabilir. Kanaatimizce de doktrinde belirtildiği gibi, bu düzenlemenin yasayla yapılması uygun olurdu. Bu çerçevede, Yönetmelikte yer alan bu düzenlemenin, AB Yönergesi’nde olduğu gibi yargı organlarına, haksız şartların etkili olarak önlenmesi konusunda daha somut yetkiler tanıyacak bir şekilde TKHK’na alınması daha yerinde olacaktır.

Bu çerçevede, anılan sakıncaları dikkate alan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı’nın 6. maddesi ile, 4077 sayılı Kanunun 6. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca; “Bakanlık ve tüketici örgütleri genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların, bu standart sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının tavsiye edilmesinin önlenmesi için dava açabilir. Bu hallerde mahkeme, durdurma için gerekli tedbirlere hükmeder. Bu davalarda, müteşebbis sözleşme şartının tüketici lehine olduğunu ileri sürse bile tüketici lehine yorum yöntemi uygulanmaz.”

Bankalar tarafından alınan kredi kartı üyelik ücreti veya benzeri isimler altında alınan ücretler konusunda tüketici mağduriyetinin bertaraf edilmesi nedeniyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı’nın, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, kenar başlığını taşıyan 10. maddesinin ikinci fıkrasında “Kredi kartı üyelik ücreti ise bir kereye mahsus olmak üzere ve ancak kredi kartı sözleşmesi imzalanırken alınabilir. Kredi kartı üyelik ücretinin azami tutarı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce verilen kredi kartlarından üyelik ücreti alınmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

## TÜRK HUKUKU'NDA ZORUNLU MECRA KAVRAMI ve ZORUNLU MECRA İRTİFAKININ DOĞUMU İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

Güzide Burcu Günveren\*

Taşınmazların özgülendikleri amaca uygun ve en elverişli şekilde kullanılabilmeleri için, maliklerinin ısı, elektrik, gaz ve su gibi ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri gerekir. Taşınmazdan konut olarak yararlanılması mümkün olduğu gibi üzerinde bir sınaî veya ziraî işletme kurulması da mümkündür. Taşınmaza malik olan kişinin eğer bir işletme kurmuş ise faaliyetlerini sürdürmesi, konut olarak kullanıyor ise yaşamını sürdürmesi açısından bu ihtiyaçlarını karşılaması son derece önemlidir.

Malikin bu ihtiyaçlarını karşılamak için kendi taşınmazında üretim yapması ve ürettiği enerjiyi kullanması adeta imkânsız olduğundan, söz konusu maddeleri (veya enerjileri) belirli bir uzaklıktan taşınmazına getirmeye mecbur kalacaktır. Bu ihtiyaç doğrultusunda maddeleri (veya enerjileri) taşınmazına iletecek tesisatı başkalarına ait taşınmazlardan geçirmek zorunda kalabilir. Aynı ihtiyaç, özellikle, bu madde veya enerjileri üreten ve/veya dağıtan sınaî teşebbüsleri için de söz konusu olacaktır. Bu çeşit faaliyet gösteren teşebbüslerin malikleri ihtiyaç sahibi taşınmazlara yönelirken komşu taşınmazlardan tesisatları geçirmek zorunda kalabileceklerdir.

Bu gibi durumlarda taşınmaz malikleri ihtiyaçları doğrultusunda bir hakkın tesisi yolunu arayacaklar ve bu hak tesis edildiği takdirde taşınmazlarını özgülendikleri amaca uygun olarak en elverişli şekilde kullanabilme imkânına sahip olacaklardır. Bunu sağlamak için ihtiyaç sahibi olan taşınmaz maliki, taşınmazından mecra geçirmek istediği malikten, tesisatın geçirilmesi için izin isteyebilir. Böyle bir durumda verilen izin, taşınmaza yapılan müdahaleyi haksız fiil olarak adlandırılmaktan kurtarsa da, bu ilişkiyi devam ettirmek istemeyen

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

taşınmaz maliki tarafından her zaman geri alınabilir. Bu nedenle düşünülebilecek diğer bir çözüm yolu ise, komşu taşınmaz malikleri ile anlaşılması yani bir sözleşme kurulmasıdır. Ancak bu sözleşmeden doğan şahsi hak, taşınmazı sonradan iktisap eden üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemeyecektir. Bu konuda, ihtiyaç sahibi olan taşınmaz malikinin, tesisat geçirmek istediği taşınmazın maliki ile anlaşarak bir irtifak hakkının kurulması daha faydalı olacaktır. Çünkü yükümlü taşınmazı sonradan iktisap eden üçüncü kişiler de bu yükümlülüğe katlanmak zorundadır. Ancak tahmin edilebileceği gibi bu anlaşmalar karşılıklı iyi niyete ve anlayışa dayandığından her zaman bu durumu tesis etmek mümkün değildir. Bu durumda hakkaniyet, kanun koyucuyu ihtiyaçların karşılanmasını sağlamak amacıyla komşu taşınmaz mülkiyetinin belli bir bedel karşılığında sınırlandırılması yoluna sevk etmiştir. Bu sınırlamaların bir kısmı toplum menfaati gözetilerek kamu hukukuna ait düzenlemelerle yapılmıştır ki; bu durum inceleme konumuzun dışında kalmaktadır. Bunun dışında bir taşınmazın, malikinin rızası dışında mecra geçirilmesi suretiyle sınırlandırılmasına imkân sağlayan hükümler özel hukukun içine giren düzenlemelerdir.

İşte bizim inceleme konumuzu oluşturan Medeni Kanun'unumuzun 744-746. maddeleri arasında düzenlenen "zorunlu mecra irtifakı"; taşınmaz malikine su, gaz, kurutma kanalı, elektrik ve benzeri ihtiyaçlarını karşılamak üzere, ödeyeceği tam bir bedel karşılığında, bu maddeleri (veya enerjileri) iletecek mecraı komşu taşınmazın altından ya da üstünden geçirme hususunda hak tanıyan zorunlu bir irtifaktır.

Çalışmamızda öncelikle mülkiyet hakkını kısıtlayan hallerden genel olarak bahsedilecek ve mecra irtifakını anlayabilmek için mecra kavramı üzerinde durulacaktır. Daha sonra zorunlu mecra irtifakının hak sahibi tarafından ileri sürülebilmesi için yani zorunlu mecra irtifakının doğabilmesi için gerekli olan şartlar tek tek incelenecektir.

## **I. GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE ROMA HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ**

### **1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkının Sınırlamaları**

Mülkiyet hakkı, en geniş yetkileri sağlaması itibarıyla mutlak hakların en önemli tipi olmakla birlikte, eşya üzerinde sınırsız bir yetkiyi ifade etmez.



Malikin yetkisinin sınırsız olduğunu kabul etmemiz halinde toplumdaki ahengin bozulacağı şüphesizdir. Yani mülkiyet hakkının kısıtlanması ferdin toplum içinde yaşamasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukukumuz açısından ilk sınırlama olarak, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükmünü getiren Anayasamızın 35. maddesini ifade edebiliriz. Ayrıca özel hukuk ve kamu hukukundan doğan çeşitli kanun hükümleri ile mülkiyet hakkının bazı sınırlamalara tabi olduğu gerçektir.

Günümüzde mülkiyet hakkının sınırlamaları çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır. Öncelikle bu sınırlamalar sözleşmeden ya da kanundan doğabilmektedir. Sözleşmeden doğan sınırlamalar mülkiyet hakkına sahip olan kişinin tasarruf yetkisini başka biriyle yaptığı hukuki işlemle sınırlandırmasıdır. Bir taşınmazı diğer bir taşınmaz lehine yükümlülük altına sokan, MK. m. 779 ve devamında düzenlenen eşyaya bağlı irtifaklar ve MK. m. 794 ve devamında düzenlenen bir taşınmazı bir şahıs ya da topluluk lehine yükümlülük altına sokan şahsi irtifaklar sözleşmeden doğan sınırlamaları oluşturmaktadır. Bunlar dışındaki sınırlı ayni haklar ve tapuya şerh verilmek suretiyle taşınmazın herhangi bir malikine ait mülkiyet hakkını sınırlandıran işтира (alım), şuf'a (önalım) ve vefa (geri alım) hakları da mevcuttur.

Mülkiyet hakkının diğer sınırlamaları ise özel hukuk niteliğindeki veya kamunun menfaatini koruyan ve emredici nitelikte olan kamu hukuku niteliğindeki kanunlardan doğabilir. Kamu hukuku nitelikli kanun hükümleri uyarınca bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını sınırlandırmak, kamulaştırma ya da idari irtifak kurmak şeklinde olabileceği gibi, bu amaca hizmet eden özel kanunlarla da mümkündür<sup>1</sup>.

İnceleme konumuzu oluşturan "zorunlu mecra irtifakı" açısından özel hukuktan doğan sınırlamalardan "komşuluk hukuku" içine dâhil olanlar son derece önemlidir. Özel Hukuk açısından sınırlamaların önemli bir bölümü komşuluk ilişkilerini düzenleyen "komşuluk hukuku"ndan doğmaktadır. Komşuluk hukuku taşınmaz maliklerini, mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı

<sup>1</sup> ÖRÜCÜ, E., Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976, s.45. Ayrıca bir taşınmazdan mecra geçirilmesine ilişkin özel nitelikli kanunlar ile getirilen kamu hukuku hükümleri için bkz.: ÖZAKMAN, C., Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 18 vd.; TANDOĞAN, H., "Türk Hukukunda Mecralar", AHFD, C.IX, 1952, s.137-139.

yetkilerini kullanmaktan kaçınmak veya komşu maliklerin bazı fiillerine katlanmak yükümlülüğü altına sokarak, komşular arasında uyumlu ilişkilerin sağlanmasına hizmet eden kurallar bütünüdür<sup>2</sup>. İnsanların çatışan menfaatlerinin belirli bir denge içinde tutulmasını sağlayan ve sonuç olarak mülkiyet hakkının sınırlanmasına hizmet eden kurallar “komşuluk hukuku”nun doğuşunu hazırlamıştır. Komşuluk hukuku, eski zamanlarda bile karşılıklı menfaat çatışmalarının konusunu oluşturmuştur. Taşınmaz üzerinde komşuluk hukukuna ilişkin sebeplerle yapılan sınırlamalar Medeni Kanun’umuzun 737 ile 761’inci maddeleri arasında yer almaktadır<sup>3</sup>.

Mülkiyet hakkının komşuluk hukuku sebebiyle doğan sınırlamaları, doğuş şekillerine göre “kanundan doğrudan doğruya doğan sınırlamalar” ve “kanundan dolayısıyla doğan sınırlamalar” şeklinde ayrı bir tasnife tabi tutulmaktadır<sup>4</sup>. Kanundan doğrudan doğruya doğan sınırlamalar, Medeni Kanun’unumuzun 731. maddesinde ifade edildiği üzere, tapu siciline tescil ettirmeye gerek olmaksızın, bunları koyan kanun hükmü gereğince kendiliğinden ortaya çıkarlar. Bu hallerde taşınmaz maliki, komşu maliklerin, kendi taşınmazından belli bir ölçü içinde yararlanmasına katlanma veya mülkiyet hakkından doğan belirli yetkilerini kullanmaktan kaçınma yükümlülüğü altına girer. MK. md. 737, 738, 742, 743, 751, 752, 753’da yaralan sınırlamalar bu niteliktedir. Bunlar hiç kimse yararına bir ayni hak sağlamazlar ve bir irtifak hakkı teşkil etmezler<sup>5</sup>. Sadece malikin mülkiyet hakkından doğan yetkileri sınırlanmaktadır. Malik bu sınırlamalara aykırı hareket ederek bunları ihlal ederse bu yüzden zarara uğrayana veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimseye karşı MK. md. 730 uyarınca sorumlu olur.

Kanundan dolayısıyla doğan sınırlamalar ise, kanun hükmü gereğince kendiliğinden doğmamaktadır. Kanun, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, sınırlamanın kurulması hususunda taşınmaz malikine bir talep hakkı

<sup>2</sup> ULUSAN, İ., Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s. 121-122.

<sup>3</sup> Bu konuda inceleme konumuzun dışında kalan, “zorunlu mecra irtifakı” dışındaki, diğer sınırlamalar için bkz.: TEKİNAY, S., Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988, s. 67 vd.

<sup>4</sup> ÖZSUNAY, E., “Zaruri Geçit İrtifakı”, İstanbul 1968, s. 163; ÇÖRTOĞLU, İ. S., Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, İstanbul 1982, s. 20.

<sup>5</sup> OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö., Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 410; ESENER, T./GÜVEN, K., Eşya Hukuku, İstanbul 2008, s. 174.

tanınmaktadır. Hak sahibi kanundan doğan talep hakkını kullanarak tapuya tescil ettirmedikçe, diğer taşınmaz maliki herhangi bir yükümlülük altına girmez. Medeni Kanun'unuzun 744. maddesinde düzenlenen "zorunlu mecra hakkı" ve 747. maddesinde düzenlenen "zorunlu geçit hakkı", mülkiyet hakkının komşuluk hukuku sebebiyle kanundan dolayısıyla doğan sınırlamalarını oluşturmaktadır. Bu hallerde, malik ancak hak sahibi şahsın talebi sonucunda, bir hakkın kurulmasına katılma yükümlülüğü altına girmektedir<sup>6</sup>. Kanundan doğrudan doğruya doğan sınırlamalar ile kanundan dolayısıyla doğan sınırlamaların bir diğer farkı ise, başkasına ait bir taşınmazdan zaruret halinde olduğu için yararlanmak amacıyla irtifak hakkı kurulmasını isteyen şahsın bunu ödeyeceği tam bir tazminat karşılığında talep edebilmesidir<sup>7</sup>.

Mülkiyet hakkının sınırlamaları, konularına göre de bir ayırımı tabi tutulmaktadır. Bu sınırlamalar konularına göre, maliki "yapma (edimde bulunma)" "kaçınma (yapmama)" veya "katlanma" yükümlülüğü altına sokarlar<sup>8</sup>. Yapma yükümlülüğünde malik, bazı olumlu davranışlar yapmakla, bazı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür. Buna örnek olarak malikin, 750'inci maddede yer alan komşular için faydalı olan işlerin yapılması ve bu hususta gerekli giderlere katılma borcu gösterilebilir. "Kaçınma yükümlülüğü" gereğince, malik, mülkiyet hakkını kullanırken bazı işleri ve eylemleri yapmaktan kaçınmalıdır. Örneğin, 737'inci madde gereğince, taşınmazını kullanırken komşusuna zarar verecek taşkınlıktan kaçınmalı; 738'inci madde gereğince kazı ve inşaat yaparken komşusunun taşınmazına zarar vermekten kaçınmalıdır. Katlanma yükümlülüğü ise, malikin mülkiyet hakkına diğer taşınmaz maliklerinin yapacağı müdahalelere tahammül etmesini ifade eder. Buna örnek olarak, 743'üncü maddede yer alan üst araziden doğal bir şekilde akan fazla suya katlanma yükümlülüğü verilebilir. Yine buna örnek olarak "zorunlu geçit hakkı" (MK. md. 747), "zorunlu mecra hakkı" (MK md.744) ve "zorunlu su hakkı (MK. md. 761)"<sup>9</sup> verilebilir.

<sup>6</sup> ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 165-166; ÇÖRTOĞLU, İ. S., s. 23.

<sup>7</sup> ŞAHİNİZ, C. S., Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s. 107.

<sup>8</sup> AKİPEK, G. , J., "Mülkiyet Kavramı Üzerinde Bir İnceleme", BATIDER, 1969, C. V., S.1, s. 12-13, OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö., Eşya Hukuku, s.410; EREN, F., "Mülkiyet Kavramı", Dr. A. Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 786-788.

<sup>9</sup> Evi, arazisi veya işletmesi için gerekli olan suyu başka yolla sağlama imkânı olmayan taşınmaz malikinin, tam bir bedel karşılığında, komşusundan, onun ihtiyacından fazla olan suyunu bir irtifak hakkı kurulması suretiyle talep edebilmesini ifade eden bu hakka ilişkin

## B. Roma Hukuku'ndaki Görünüm

Mülkiyet hakkının komşuluk hukukundan doğan sebeplerle sınırlanması Roma Hukuku döneminde de uygulanmaktadır. İlk kanunlaştırma hareketi niteliğindeki XII Levha Kanunu'na kadar izlerini takip edebildiğimiz bu çeşit sınırlamalar ile taşınmaz malikleri o dönemde de bazı yetkilerini komşular lehine kullanmaktan kaçınmak veya komşu maliklerin bazı fillerine katlanmak yükümlülüğü altına girebilmektedir.

Roma Hukuku'ndaki bu örnekleri ele alacak olursak<sup>10</sup>; a-) ağaç dallarının ya da köklerinin komşu araziye belli bir mesafeden fazla uzanması halinde bunları kesme hakkı veren "*actio de arboribus caedendis*" (ağaç kesme davaları), b-) Taşınmaz malikinin, komşu araziden düşen meyvalarını toplayabilmesi için onun arazisine girmesini sağlayan "*actio de glande legenda*" (palamutları toplama davası) c-) Taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde komşu taşınmazın zararına olacak şekilde yağmur suyunun doğal akışının bozulmasına yol açacak değişiklikleri yapamaması, aksi halde zarar görebilecek taşınmaz malikine tanınan "*actio aquae pluviae arcendae*", d-) Harman yerlerinde komşu taşınmaz malikine zarar verecek şekilde onun rüzgarını kesecek davranışlardan kaçınmasını öngören imparator *Iustinianus*'a ait hüküm (C.3,34,14,1), e-) Taşınmaz malikinin kendi arazisindeki kazılar ve tarım işletmeleri ile ilgili bazı faaliyetler nedeniyle komşusuna zarar vermesine engel olan ve aksi halde bu tehlikelere karşı *praetor*'lar tarafından tanınan bir takım koruyucu imkanlar<sup>11</sup>, f-) Bir taşınmaza ait duvarın komşu taşınmaza belli bir mesafeden fazla taşmasına, taşan taşınmaz malikinin engel olabilmesi hali g-) Taşınmazını mutada uygun olmayan şekilde kullanarak (örneğin komşu taşınmazın duvarına onu rutubetlendiren gübrelerin yığılması ya da döşemelerin yikanırken fazla su

---

daha geniş bilgi için bkz.: İMRE, Z., Kaynak-Yer altı suları ve Hukuki Durumları, İstanbul 1951, s. 119 vd.

<sup>10</sup> Daha fazla bilgi için bkz. TAHİROĞLU, B., Roma Hukuku'nda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001, s. 74. vd., UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 421-422.

<sup>11</sup> Cumhuriyet döneminde şahıslar arasındaki hukuki ihtilafları çözmekle sorumlu *praetor*'lar, *ius civile*'nin himaye sağlamadığı hallerde ihtilaflı bir işi yasak ya da emretmek suretiyle hukukun gelişmesine katkıda bulunuyorlardı. *praetor*'ların en önemli himaye vasıtaları *interdictum*'lardı. UMUR, Z., Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1983 (Lügat), s. 90 ve 168. Örneğin arazisine inşaat yapanın sebep olabileceği zararlar nedeniyle komşu taşınmaz malikinin, inşaat yapandan *interdictum* yoluyla teminat isteyebilmesi mümkündür. TAHİROĞLU, B., Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001, s. 89.

kullanılması<sup>12</sup>) komşu taşınmaza zarar verilmesi hallerinde *praetor*'lar tarafından tanınan bir takım koruyucu imkanlar h-) Kamuya ait sular ya da nehirlere komşu olan taşınmazların maliklerinin, bu sulara yapılan taşıma faaliyetleri nedeniyle tabi tutuldukları bir takım katlanma yükümlülükleri<sup>13</sup> de bu çerçevededir.

Ayrıca komşu arazide bulunan mezarına gitmek için, mezar sahibine o taşınmazdan geçme imkânının tanınması suretiyle günümüzdeki MK. md. 747'de düzenlenen "zorunlu geçit hakkı"nın temelini teşkil eden durum ise kamu yararı nedeniyle kabul edilmiş bir imkândır<sup>14</sup>.

Burada Roma Hukuku'nda kullanılan *actio aquae pluviae arcendae* isimli davadan ve bu davanın kapsamından bahsetmek faydalı olacaktır. Bu dava Roma devletinin ilk kanunlaştırma hareketi olan XII Levha Kanunu'nda bile yer almaktaydı ve o dönemde coğrafi açıdan aşağıda bulunan taşınmazda yapılan tarımı olumsuz etkileyecek şekilde kendi arazisinde bulunan suyu çoğaltan taşınmaz malikine karşı açılırdı. Özellikle yamaçlarda bulunan arazilerdeki yağmur, sel ve dere sularının akışını değiştirecek kazılar veya setler yaparak diğer araziye su baskınına maruz bırakan taşınmaz maliklerinin bu faaliyetlerini engellemek için tanınmış bir davaydı<sup>15</sup>. Ancak söz konusu dava ve kıstasları, yeni sular rejimi getiren *Iustinianus*<sup>16</sup> tarafından derin şekilde değiştirilmiştir.

<sup>12</sup> Hukukçu *Alfenus*'a ve *Paulus*'a ait bu konuya açıklık getiren metinler oldukça kazuistik ve ilgi çekicidir: *D. 8,5,17,2; D. 8,2,19 pr.*

<sup>13</sup> Bu hallere örnek olarak şunlar ifade edilebilir: Kamuya ait sayılan nehirler üzerinde herkes taşıma faaliyetlerinde bulunabilir, bu sulara avcılık yapabilir. Herkes, balık ağlarını nehir üzerine serebilmek, taşıma faaliyetleri esnasında eşya indirebilmek ya da aracını sabitleyebilmek için, müdahalede buldukları taşınmaz maliki tarafından sorumlu tutulmaksızın, nehre kıyı olan taşınmazlardan ya da o arazilerdeki ağaçlardan faydalanabilirdi. NOTES, "Water Rights In Roman Law", *The South African Law Journal*, s.267-268.

<sup>14</sup> ÖZSUNAY, Geçit Hakkı , s. 7-8.

<sup>15</sup> UMUR, Lügat, s. 2.

<sup>16</sup> 527-565 yılları arasında Doğu Roma İmparatoru olan devlet adamıdır. Dünyanın en büyük kanun koyucularından birisidir. Klasik devrin büyük Roma İmparatorluğunu ihya etmek amacı ile 529-534 yılları arasında, sonradan *Corpus Iuris Civilis* ismi ile anılan hukuk külliyatını meydana getirdi. *Iustinianus*, Roma Hukuku'nun büyüklüğü üzerinde fazla bir rol oynamış değildir fakat bu hukuku kaybolmaktan kurtarıp, kodifikasyon şeklinde bir tek büyük eser halinde, sonraki nesillere intikal ettirmiş olması, yalnız hukuk tarihinde değil bütün insanlık tarihinde, kendisine eşsiz bir yer edinmesine yetmektedir. TAHIROĞLU, B./ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Dersleri. Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005, (Roma Hukuku), s. 80-81; UMUR, Z., Roma Hukuku, Tarihi

Bu rejimin yeni kuralı yağmur ve kaynak sularını kendi taşınmazının menfaati nispetinde kullanmaktı. *Iustinianus* Hukuku'na göre yüksekte olan bir araziye sahip olan kişiler, kendi arazilerinden çıkıp alçaktaki arazilere akan suları topraklarının ihtiyaçlarından fazla kullanamazlardı ve aşağıdaki arazilere akmasını engelleyen tertibat kuramazlardı<sup>17</sup>. Aksi halde bu durumdan zarar gören kişilerin açılabilirdiği *actio aquae pluviae arcendae* isimli dava, günümüzdeki “zorunlu su hakkı” ismi altında Medeni Kanun'unuzun 761'inci maddesindeki düzenlemenin temelini teşkil etmektedir.

Medeni Kanunu'muzun 744 ile 746'ıncı maddeleri arasında yer alan suyunun geçirilmesine katlanma yükümlülüğü ve zorunluluğu Roma Hukuku döneminde bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise, Roma'da arazilerin sınırlarının planlı bir şekilde çizilmiş olması ve daha çok ekstantif tarım<sup>18</sup> uygulanmasıdır. Gerçekten Roma devletinde arazilerin arasında bilinçli olarak bırakılan geçitler ve ara yollar nedeniyle “zorunlu geçit irtifakı” ve uygulanan tarımın özelliği nedeniyle “zorunlu mecra irtifakı” kurumuna ihtiyaç duyulmadığını görüyoruz<sup>19</sup>. Ancak Müşterek Hukuk döneminde entansif tarıma<sup>20</sup> geçilmesi ve özellikle kış aylarında devamlı yeşil ot sağlanabilen bölgelerde sulama suyunun önemi bu kuruma ihtiyaç doğurmuştur. Önceleri suyunun yapılması için gerekli olan toprak şeridinin istimlak edilmesi yoluyla sorun giderilmeye çalışılsa da sonraları istimlakın mahsurların ortadan kaldırmak maksadıyla zorunlu mecra hakkı için irtifak hakkı tesis edilmesi kabul edilmiştir<sup>21</sup>. Günümüzde bir başkasının mülkiyetinden, onun zararını tazmin etmek şartıyla, zorunlu ihtiyaçlar sebebiyle tesisat geçirebilmek suretiyle yararlanmak ve bu tesisatı tapu siciline kaydettirme imkânı bu gelişmelerin bir sonucudur.

---

Giriş- Kaynaklar -Umumi Meşhurlar- Hakların Himayesi, İstanbul 1984, (Tarihi Giriş), s. 256 vd.

<sup>17</sup> DI MARZO, Roma Hukuku, s. 292.

<sup>18</sup> Teknolojinin gelişmediği dönemlerde doğal şartlara uygun olarak yapılan ve toprakların daha ziyade nadasa bırakıldığı ilkel tarım şekli. ÖZGÜVEN, A., İktisat İlimine Giriş, İstanbul 1975, s. 20.

<sup>19</sup> DI MARZO, S., Roma Hukuku (çev: UMUR, Z.), İstanbul 1954, s. 291.

<sup>20</sup> Küçük toprak alanı üzerinde daha fazla emek ve sermaye harcanarak; teknik teçhizat, su, gübre, kimyasal maddeler kullanılarak daha iyi ve randımanlı ürün alınmasını sağlayan tarım yöntemi. ÖZGÜVEN, İktisat İlimine Giriş, İstanbul 1975, s. 19 vd.

<sup>21</sup> TAHİROĞLU, B., Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001, s. 83.

“Zorunlu mecra irtifakı” yukarıda açıkladığımız sebeplerle Roma Hukuku'nda uygulama alanı bulmasa da, bir başkasının malik olduğu taşınmazda bulunan su kaynağından (özellikle sıcak su kaynakları) yararlanmak için anlaşmadan doğan bir irtifak hakkı ile mecra kurulması mümkündür. Böyle bir anlaşma yaparak bir başkasına hak tanıyan taşınmaz maliki, irtifak hakkına sahip olan kişinin kendi arazisinden su arkları yaparak su temin etmesine katlanmak zorunda kalırdı<sup>22</sup>. Yani bir katlanma mükellefiyeti söz konusudur. Sulara ilişkin olan ve bir taşınmaz malikinın sahip olduğu mülkiyet hakkını diğer bir taşınmaz maliki lehine sınırlayarak, katlanma mükellefiyeti getiren diğer irtifaklar ise o taşınmazdan irtifak hakkı sahibinin yaya olarak ya da hayvanlarla su alabilmesini ve hayvanlarını su içmek için güdebilmesini kapsamaktaydı<sup>23</sup>. Anlaşılacağı gibi bu irtifak çeşitleri bizim konumuz dışında kalmaktadır.

## II. MECRA KAVRAMI ve KAPSAMI

Medeni Kanunu'muzda zorunlu mecra hakkını düzenleyen hükümlere (MK. md. 744-746) ve “mecralar” başlığını taşıyan (MK. md. 727) hükme bakılınca mecraların ne olduğunun açıklanmadığını görüyoruz. Ancak ilgili maddeler suyolu, kurutma kanalı, gaz gibi şeyleri ileten boru ve elektrik hat ve kablolarına ait tesisattan bahsetmektedir. İlgili maddelerde mecranın tanımı yapılmamakla birlikte, nelerin mecraya konu olabileceği anlaşılmaktadır<sup>24</sup>. Kanunda sayılanlar anlaşılacağı üzere tahdidi değildir, bu hükmün düzenleme amacı, komşular arasındaki ilişkiler nedeniyle, bir taşınmazın üzerindeki mülkiyet hakkının komşu taşınmazdaki zorunlu ihtiyaç sebebi ile sınırlanmasıdır<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> NOTES, s.268. Ayrıca bu hususu ifade eden ilgili metin için bkz. *D. 39,3,1,23*.

<sup>23</sup> Roma Hukuku'nda tanınan bu irtifaklar dönemlerine göre köy ya da şehir irtifakları olarak adlandırılmaktadır. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., *Roma Eşya Hukuku*, Ankara 2005, s. 244-245, ERDOĞMUŞ, B., *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul 2006, (Eşya Hukuku), s. 107-108

<sup>24</sup> Eski Medeni Kanun'umuzda “mecralar” başlığını taşıyan (EMK. md. 653) hükme bakılınca mecraların “elektrik, su, gaz gibi şeylerin” iletilmesini sağlayan tesisatı ifade ettiği anlaşılmaktadır. Zorunlu mecra hakkını düzenleyen hükümlerine (EMK. md. 668-671) bakılınca ise, “elektrik, su, gaz borularının” geçirilmesinden bahsetmekteydi. Yani EMK. md. 653'ün aksine “gibi” kelimesi ya da bu sayılanların birer örnek olduğunu ifade eden bir ibare yer almıyordu. Yürürlükte olan Medeni Kanun'da “ve benzerleri” ifadesiyle yeknesaklık sağlandığını görüyoruz.

<sup>25</sup> Aynı şekilde Yargıtay Öndördüncü Hukuk Dairesi bir kararında “...suyolu, elektrik ve gaz borusundan söz edilmesi tahdidi değildir. Güdülen amaç bunlar gibi medeni ve zorunlu bir

Mecranın doktrinde tanımı “enerji ve maddelerin nakil ve dağıtımına hizmet eden teknik tesisat” olarak yapılmaktadır<sup>26</sup>. Mecra kavramının<sup>27</sup> tanımının yapılması, kapsamının çizilmesi açısından faydalı olacağı gibi, diğer irtifak haklarının kapsamına giren bir hak tesisi için zorunlu mecra irtifakı kurulması hususunda taleplerin de önünü kesecektir. Ancak mecra irtifakına konu olabilecek madde veya şeylerin kanunda tahdidi olarak sayılmayışı bazı görüş ayrılıklarına yol açmıştır.

Bazı yazarlar<sup>28</sup> kanunun ilgili hükümlerinde sayılan maddelerin tahdidi olmadığını bu nedenle bu maddelerin ve niteliği ne olursa olsun buna benzer maddelerin naklini sağlayan tesisat için de mecra irtifakı kurulabileceği görüşündedirler. Örneğin havadan gerilmiş hatlarla taşımayı sağlayan teleferikler, diğer hava taşıma hatları, yük ve yolcu taşımak için kullanılan demiryolları, finüküler tesisatı, meyve-hububat gibi yiyecek maddelerinin ya da kum-çakıl gibi inşaat malzemelerinin akıtılırcasına taşınmasına yarayan boru ya da yataklar da mecra hakkına konu olabileceklerdir. Bu yazarlar görüşlerini, hükmün düzenlenme amacına dayandırmaktadırlar. Kanunda sayılan maddelerin komşu taşınmazdan geçirilmesindeki yarar, niteliği ne olursa olsun her türlü malın geçirilmesi için de söz konusudur.

Diğer ve hâkim görüş ise<sup>29</sup>, niteliği ne olursa olsun her türlü malın nakledilmesine yarayan her türlü tesisatın mecra hakkının kapsamına girmeyeceği kanaatindedir. Bu görüşte olanlar, kanunda sayılan maddelerin ve şeylerin tahdidi olmadığını kabul etmekle birlikte, verilen örneklerin nitelik

---

ihtiyacın karşılanmasıdır. O halde kanalizasyon bağlantısı dahi anılan kanun hükmü kapsamında anlaşılmalıdır. Yasa hükmünün dar şekilde kabulünde isabet bulunmamıştır ” demektedir. 22.11.1973 T., 574 E., 433 K., Karar için bkz. ŞAHİNİZ, s. 3.

<sup>26</sup> TEKİNAY, S., S./ AKMAN, S./ BURCUOĞLU, H./ ALTOP, A.: Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 882; TEKİNAY, s. 87-88; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 426, İMRE, Z., s. 127, ÖZAKMAN, s. 5-6, ESENER/GÜVEN, s. 180, TANDOĞAN, s. 142, WIELAND, C. Kanunî Medenide Ayni Haklar (Çev: KARAFİKİ, İ.H.), Ankara 1946, s. 316; GÜRZUMAR, O.B., Üst Hakkı, İstanbul 1988, s. 87.

<sup>27</sup> Karahasan, mecra kavramı yerine akımlıklar terimini kullanmaktadır. Kanaatimce, “mecra kavramı” kanundaki ifade olduğu için kullanılması daha uygun olan terimdir. KARAHASAN, M. R., Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 1013.

<sup>28</sup> İMRE, Z., s. 127, ÖZAKMAN, s. 4 dn.4’de adı geçen yazarlar (Naklen ÖZAKMAN).

<sup>29</sup> AKİPEK, J.G., Türk Eşya Hukuku, II. Kitap, Ankara 1971, s. 199; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 426; ÖZAKMAN, S.4-5; TANDOĞAN, s.144-145, KNAAP, C., Note De Jurisprudence, 1945, s. 518-520 (Naklen ŞAHİNİZ, s.4)



bakımından tahdidi olduğunu ifade etmektedirler. Kanunda sayılan örnekler (su, gaz, elektrik gibi) kayıcı ve akıcı bir niteliğe sahip olan maddelerdir. Ancak bu tür maddelerin nakline hizmet eden tesisatlar zorunlu mecra irtifakına konu olabilirler. Bu maddeler için kurulacak tesisat sabit bir gövdeye sahiptir. Yani, bu gövdenin üstünün açık olması önemli değilse de, akıcı bir kıvama sahip maddeleri nakletmeye yarayan ileri geri gidip gelmek suretiyle hareket etmeyen bir tesisat içinde akmaları esastır. Amaçlanan işlem gerçekleştirilirken yükümlü taşınmaz maliki çoğu zaman bundan haberdar dahi olmamaktadır. Bu nedenle katı maddelerin nakledilmesine hizmet eden tesisatlar için mecra irtifakı kurulamayacağı gibi; teleferik veya finüküler gibi tekerlekli bir araç üzerinde kayan araçlar ya da demiryollarında kullanılan araçlar, gövdenin sabit olmaması nedeniyle mecra hakkına konu olamazlar<sup>30</sup>.

Kanaatimizce, mecra hakkı kurulması hususundaki ilgili maddelerde sayılanlar göz önünde alınacak olursa, bu örneklerin maddelerin ya da şeylerin niteliği dikkate alınmak suretiyle verildiği aşıkârdır. Bu maddeleri iletecek tesisatın taşınmazı üzerinde kurulmasına katlanmakla yükümlü olan mülkiyet hakkı sahibinden, bir de bu tesisatın hareket etmesine ve bundan doğan rahatsızlığa katlanması beklenemez. Ayrıca tesisatın hareket etmesi suretiyle taşıyacağı nesnelere geçişi için "zorunlu geçit irtifakı" kurulması imkânı varken, mecra kavramının kapsamını zorlama yoluyla bu kadar genişletmek doğru değildir. Ancak ilgili hükümlerde sayılan maddelerle aynı niteliğe sahip katı maddeler için mecra irtifakı kurulmayacağını söylemek çok sert bir tutum olacaktır. Eğer bu katı cisimlerin nakline hizmet eden tesisat sabit ise ve nakil işlemi esnasında yükümlü taşınmaz malikinin rahatsızlığına yol açmayacaksa, bu maddeler için de mecra irtifakı kurulabilmelidir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir nokta da suların iletilmesine hizmet eden mecralar bakımındandır. Uygulamada örneklerine bakacak olursak su mecralarının çok çeşitli amaçlar için kurulması mümkündür. İçme suyu temini, pis suların ya da lağımaların akıtılması, su ile işleyen makinelerin ya da su değirmenin ihtiyacı olan suyun getirilmesi, tarım arazilerini sulamak ya da

<sup>30</sup> Bu konuda eski bir Federal Mahkeme kararı bulunmaktadır. Teleferik ile ulaşım sağlamak üzere kurulan hattın mecra kapsamında olduğunu iddia edilerek açılan davayı "mecralarda yükümlü taşınmaz malikinin sabit bir tesisatın kurulmasına katlanma yükümlülüğü bulunduğunu, tesisat kurulduktan sonra kullanılmasının verdiği rahatsızlığa katlanmasının beklenemeyeceğini, bu hususun mecraların ayırıcı özelliğini teşkil ettiğini" ifade ederek reddetmiştir. JDT 1945 I 515. Karar için bkz.: ÖZAKMAN, s. 7.

kurutmak amacıyla kurulan çeşitli yapılar<sup>31</sup> mecra olarak değerlendirilebilir. Ancak yine burada da akla su mecrası kurmak suretiyle kanunun ilgili hükümlerinde sayılan niteliğe sahip olmayan maddelerin de nakline izin verilip verilemeyeceği sorusu akla gelecektir. Örneğin üzerindeki araçlarla yük ya da insan taşımının mümkün olduğu büyüklükte su mecrası kurulabilir mi? Nasıl ki mecra irtifakı kurmak suretiyle katı maddelerin hareket eden bir gövde üzerinde taşınmasına ilgili kanun hükümleri ile ulaşmak mümkün değilse, ulaşılmak istenen amaç açısından bu şekilde bir su mecrası da kurmak mümkün değildir<sup>32</sup>.

Komşu taşınmazda su biriktirmek için kurulan havuzlar ve su depolarının da, mecra irtifakının hizmet ettiği amaç göz önüne alınırsa, böyle bir irtifak hakkına konu olamayacakları açıktır. Çünkü tesisat kurmak suretiyle amaçlanan şey, söz konusu maddelerin iletilmesidir<sup>33</sup>. Aynı esas su taşkınları önlemek için tesis edilen su bentleri ve su barajları için de söz konusudur. Maddelerin uzun aralıklarla daha iyi iletilmesini sağlayan araçlar açısından mecra kavramına dâhil olup olmadıkları sorusu akla gelebilir. Örneğin uzak bir kaynaktan su sağlamak ya da elektrik sağlamak mecburiyeti varsa, belirli aralıklarla kurulan su arıkları ya da elektrik direkleri bir bütünlük arz ettiği ölçüde tesisat olarak ele alınmalıdır. Bunlar tek başına maddelerin iletilmesine olanak veremeyeceği için tesisat sayılmazlar ve mecra kavramına dâhil olmazlar<sup>34</sup>.

### III. ZORUNLU MECRA İRTİFAKININ KURULMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

#### A. Mecra Geçirilmesinin Zorunlu Olması

Bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, komşu taşınmazın ihtiyacı olan maddeleri sağlayacak tesisatı geçirmek suretiyle sınırlandırılması, ancak komşu taşınmazın gerçekten ihtiyaç halinde bulunması durumunda kabul edilmiştir. Yani mecra geçirilmeden komşu taşınmazın söz konusu maddelere ulaşmasının imkânsız olması gerekir. Dolayısıyla, bir taşınmazın maliki, su, gaz ve elektrik gibi akıcı maddelerin iletilmesi açısından, başka bir taşınmazdan

<sup>31</sup> Bu yapıların son derece ilkel olması da mümkündür ve mutlaka toprak ile bağlantılı olmaları gerekmez. ÖZAKMAN, s. 8.

<sup>32</sup> TANDOĞAN, s. 146.

<sup>33</sup> ÖZAKMAN, s. 9, TANDOĞAN, s. 146.

<sup>34</sup> WIELAND, s. 283; ÖZAKMAN, s. 10, TANDOĞAN, s. 146.

mecra geçirme ihtiyacı ve zorunluluğu içinde bulunduğu durumlarda, bu malik açısından bir "mecra zorunluluğu" nun varlığından bahsedilecektir<sup>35</sup>.

Her ne kadar kanunda "zorunlu mecra irtifakı" açısından bu şart açıkça ifade edilmese de, tüm zorunlu irtifak hakları<sup>36</sup> (MK. md. 725/II: taşkın inşaat zorunluluğu; MK. md. 744: zorunlu mecra irtifakı; MK. md. 747: zorunlu geçit irtifakı; MK. md. 761: zorunlu su irtifakı)<sup>37</sup> açısından söz konusu irtifakların kurulabilmesi için aslında ilk şart; bu irtifaktan yararlanacak taşınmazın zorunlu bir ihtiyaç halinde bulunmasıdır<sup>38</sup>. Bu zorunluluk ihtiyacının karşılanması amaçlandığı için bu irtifak hakları "zorunlu irtifaklar" olarak adlandırılmaktadır<sup>39</sup>. Aslında bu zorunluluk, bir irtifak hakkından faydalanmak isteyen taşınmaz malikinin taşınmazından en uygun ve en üst derecede yararlanmak istemesinden doğmaktadır<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> ÖZAKMAN, s. 167.

<sup>36</sup> Kanun hükümlerinde ifade edilen şartlar gerçekleştiği takdirde, ihtiyaç sahibi olan taşınmaz malikinin talebi ile, malikinin rızasına başvurulmaksızın komşu taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurma yetkisi verdiğinden, bu irtifaklar aynı zamanda kanuni irtifaklardandır. Daha fazla bilgi için bkz. ARAL, V., "Kanunî İrtifaklar", İÜHFİM, 1964, C.XXIX, S. 4, s. 1039 vd.

<sup>37</sup> Ancak bu noktada şuna değinmek gerekir. "Zorunluluk" hususu "taşkın inşaat zorunluluğu" ve "zorunlu su hakkı" açısından özellik arz etmektedir. Diğer zorunluluk halleri, taşınmazdan en iyi şekilde yararlanmak için mecra ihtiyacı ya da su ihtiyacı ya da geçit ihtiyacından doğmaktadır. Taşkın inşaat zorunluluğunda ise, korunma talep eden malik kendi yarattığı bir yapı dolayısıyla ortaya çıkan ekonomik değerini korunması ihtiyacı vardır. SERMET, G., Taşkın İnşaat, İstanbul 1982, s. 79-80, SEROZAN, R., "Komşusunun Arsasına Taşan Yapı", İÜHFİM, 1977, C. XLII, S. 1-4, s. 373; "Zorunlu su hakkı" açısından zorunluluğun tespitinde hakkın tanınmasını talep eden taşınmaz malikinin, taşınmazını konut veya tarımsal faaliyetler için kullanması esas alınmıştır. Yani eğer taşınmaz maliki taşınmazını sınıflı amaçla kullanıyorsa söz konusu zorunluluğun doğduğu söylenemeyecektir. İMRE, s. 111.

<sup>38</sup> Federal mahkeme 1958 tarihli bir kararında, köy yoluna çıkmak için yeterli bir geçidi bulunduğu halde, sonradan taşınmazının arkasına inşa ettirdiği bir garaja girip çıkmak gayesiyle, komşu taşınmazdan zorunlu geçit irtifakı isteyen malikin talebini, özel bir otomobilin taşınmazdan yararlanma bakımından zorunlu olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Zira olayda gıda ve yakıt taşıyan arabalar ve taksii ile ambulans binanın önüne kadar gelmektedir. Karar için bkz. ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 61.

<sup>39</sup> ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s.193, ÖZAKMAN, s. 154.

<sup>40</sup> Bu durumu taşınmazdan "rasyonel yararlanma" ihtiyacı olarak tanımlayan ve İsviçre ve Alman doktrininden bu kavramı ithal eden ÖZSUNAY, Türk Hukuku'nda yazarların "taşınmazdan rasyonel yararlanma bakımından" geçit yoksunluğu üzerinde durduklarını ancak geçit yetersizliği kavramının çok az işlendiğini ifade etmektedir. Geçit Hakkı, s. 63.

Uygulamaya baktığımızda, Yargıtay'ın da eski tarihlerden beri "zorunluluk" şartını aradığını görmekteyiz. Yargıtay II. HD.'nin 24. 10.1944 tarihli bir kararında<sup>41</sup> bu hususu, ".....mecra hakkında zaruret şartı gerçekleşmediği takdirde komşu gayrimenkulden mecra geçirilmesi MK. md. 668'e aykırıdır" şeklinde ifade etmiştir. Yine Yargıtay 24.11.1936 tarihli bir kararında<sup>42</sup>, bahçesindeki havuza su getirmek için EMK 668. maddesi hükmünden yararlanmak isteyen şahsın talebini "...zaruretin vücudu ispat edilmemiş olması" gerekçesiyle reddederek gerçek ihtiyacın zorunlu mecra hakkını oluşturan şartlardan biri olduğu yolundaki görüşü benimsediğini göstermiştir. Aynı şekilde 14. HD., 22.11.1973 tarihli bir kararında<sup>43</sup>, " ..... güdülen amaç bunlar gibi medeni ve zorunlu bir ihtiyacın karşılanmasıdır" şeklinde ifadeler kullanarak "zorunluluk" şartını aradığını açıkça ifade etmiştir. Yargıtay 14. HD., 6.3.1980 tarihli bir kararında<sup>44</sup>; "...Davacılar bu plan ve projeye aykırı biçimde bina inşaa etmişlerse, sonradan zorunluluk halinden söz ederek başkasına ait taşınmazdan pis suların geçirilmesini isteyemezler" şeklinde görüşünü açıklamıştır.

Yine Yargıtay'ın 1997 tarihinde incelemesine konu olan bir dava, EMK. 668. maddesi uyarınca mecra hakkı kurulması isteğine ilişkindir: ".... Hâkim taşınmazın alt yapı tesisi açımı ve yapımı ruhsatına göre kanalizasyon bağlantısının motopompla olacağı belirtildiği halde, davacılar bu sistemin çalıştırılmasının verimli olmayacağı gerekçesiyle kanal sisteminin davalı taşınmazı üzerinden Yumak Sokaktaki ana kanala bağlanmasını istemişler", mahkeme davayı kabul etmiş, bir kısım davalıların temyizi üzerine, verilen karar sonuç olarak "...motopomplu sistemin hâkim taşınmaza özgü nedenlerle sakıncalı bulunduğu saptanmadan, bilirkişi raporunda yer alan genel sakıncalar nedeniyle kullanılamayacağı düşüncesi, belediyece verilen ruhsat da göz önüne alındığında gerçeğe uygun düşmeyeceği ve zorunluluk halinin doğduğunun kabulünü gerektirmeyeceği..." gerekçesiyle davanın reddine karar vermek gerektiği yönünde bozulmuştur<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Karar için bkz: ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 196.

<sup>42</sup> Karar için bkz: TEPECİ, K., Notlu ve izahlı Türk Kanunu Medenisi, C. II, Aynı Haklar, Ankara 1955, s. 258.

<sup>43</sup> Yarg., 14.HD., 22.11.1973 T., 574 E., 433 K.; KARAHASAN, s. 1337.

<sup>44</sup> Yarg., 14.HD., 6.3.1980 T., 1032 E., 1263 K.; YKD, 1980 Temmuz, s. 1008.

<sup>45</sup> Yarg., 14.HD., 09.10.1997 T., 6449 E., 6706 K.; Yasa Hukuk ve Mevzuat Dergisi, C. XVII, Ocak 1996, s. 1545.

Zorunlu irtifak hakları düzenlenirken kanun koyucu da “taşınmazlardan azami ölçüde faydalanılması” düşüncesinden hareket etmiştir<sup>46</sup>. Ancak diğer yandan yükümlü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı sınırlandırıldığı için söz konusu “zorunluluk” halinin son derece titizlikle tespit edilmesi gerekir. Aksi halde taşınmazların irtifak hakları ile aşırı şekilde ve gereksizce sınırlanması söz konusu olur. Zorunluluk kavramı göreceli bir kavram olmasına ve çoğu zaman taşınmazdan yararlanılma biçimine ve hatta iklime göre değişkenlik gösterse de<sup>47</sup>, söz konusu taşınmazın rasyonel bir şekilde işletilmesi ve taşınmazdan iktisadî açıdan en elverişli şekilde yararlanılabilmesi ihtiyacından doğmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde taşınmazın gerçek ihtiyacını tespit edebilmek son derece önemlidir. Bu kapsamda taşınmazdan hangi amaçla yararlanıldığı da göz önüne alınmalıdır. Taşınmaz konut olarak kullanılabilirliği gibi tarımsal gayelerle veya sınaî veya ticarî gayelerle kullanılabilir. Bu nedenle MK. m.744'de yer almamakla birlikte varlığını kurumun düzenleniş gayesi ve bünyesinden çıkardığımız zorunluluğun ölçüsü hususunda kesin bir kural saptayabilmek mümkün değildir. Bu konuda örnek vermek gerekirse; spor faaliyetlerinin yapılması için inşa edilecek yüzme havuzuna su sağlamak amacıyla, komşu taşınmazdan su mecrası geçirilmesi için MK. md. 744 hükmünden yararlanılabilecek iken, bir süs havuzuna su getirilmek istendiğinde, bir zorunluluktan söz edilemeyeceği için, söz konusu maddeden yararlanılması mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, el tezgâhlarında halı dokunan bir atölye için, yüksek voltajlı elektrik enerjisi zorunlu olmadığından, ihtiyaç duyulan enerjinin iletilmesini sağlayacak mecranın geçirilmesi için, zorunlu mecra hakkına ilişkin MK. md. 744'e başvurulamayacak iken, makineler ile halı dokunan bir fabrikanın duyduğu elektrik ihtiyacı için söz konusu hükme başvurulabilecektir<sup>48</sup>. Yani taşınmazdan mümkün olan en üst yararlanmayı sağlama açısından, iktisadî ihtiyaçlar tereddüt halinde dar olarak değil, fakat taşınmazın kullanılma şekline göre o taşınmazdan en elverişli şekilde yararlanma sağlanmak üzere, geniş olarak yorumlanmalıdır<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> ULUSAN, s. 127.

<sup>47</sup> Örneğin bir taşınmazın tarım faaliyeti için kullanılması halinde iklim şartlarına göre yeterli suyu yağmur suları ile sağlaması halinde zorunlu su irtifakı kurulması için “zorunluluk” şartının oluştuğundan bahsedemeyiz ancak aynı taşınmazın barınma amacıyla kullanılması ve içme suyuna ihtiyaç duyulması halinde artık bu şartın mevcut olduğunu söyleyebiliriz.

<sup>48</sup> Bu örnekler için bkz. ÖZAKMAN, s. 169-170.

<sup>49</sup> ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 60.

Zorunluluk hali tespit edilirken dikkate alınması gereken bir başka nokta ise, taşınmazın eskiden beri kullanılmaya gayelerinin yanında, taşınmazın bulunduğu çevresel faktörlerin değişimine ya da teknik gelişmelere bağlı olarak, taşınmazdan yeni yararlanma şekillerine göre ihtiyaçların da değişebileceğidir. Burada önemli olan yeni ihtiyaçların taşınmazın gerçek ihtiyaçları olarak doğmasıdır. Örneğin taşınmazda yeni bir işletme tipi seçilmiş olabilir<sup>50</sup>. Burada taşınmazdan yeni yararlanma biçiminin ve dolayısıyla doğan yeni ihtiyaçların taşınmazın iktisadî ihtiyaçları çerçevesinde, objektif ve makul ölçüler içinde değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimce aksi bir durum, irtifak hakkı tesis edilmesini isteyen taşınmaz malikinin lüks ihtiyaçlarını ve kaprislerini dikkate almak ve komşu taşınmazı keyfi bir şekilde aşırı ölçüde sınırlandırmak olur.

### **B. Mecranın Başka Yerden Geçirilmesinin “Olanaksız” veya “Aşırı Ölçüde Masraflı” Olması**

Bir taşınmazın, malikinin rızası dışında mecra geçirilmek suretiyle kısıtlanabilmesi için, “mecra geçirilmesinin zorunlu olması” dışında, MK. md. 744’te açık olarak ifade edildiği üzere ayrıca bu mecranın başka yerden geçirilmesinin “olanaksız” veya olanaksız olmasa bile “aşırı ölçüde masraflı” olması gerekir.

Bu koşul açısından inceleyeceğimiz “olanaksızlık” kavramı, bir önceki koşul olarak incelediğimiz “zorunluluk” kavramı ile karıştırılabilecek kavramlardır. Mecranın komşu taşınmazdan geçirilmesinin zorunlu olması, mecra ihtiyacı olan taşınmaz sahibinin taşınmazından en uygun ve en üst derecede yararlanabilmesi için gerekliliği ifade eder. Buradaki “olanaksızlık” ise, mecra ihtiyacının komşu bir taşınmazın kısıtlanmadan karşılanamayacağını ifade eder<sup>51</sup>. Yani mecra geçirmek isteyen taşınmazın ihtiyacının “zorunluluk” olduğu tespit edildikten sonra, mecranın başka bir yerden geçirilmesinin olanaksız olduğu tespit edilmelidir<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> ŞAHİNİZ, s. 15.

<sup>51</sup> ÖZAKMAN, s.173.

<sup>52</sup> Bu olanaksızlık, maddi olabileceği gibi hukuki bir olanaksızlık da olabilir. Örneğin, üstünden veya altından mecra geçirilmek istenilen taşınmazdaki toprak kayması veya sıcak su damarları, mecranın gerek yer altından gerekse üstünden geçirilmesine engel teşkil ediyorsa, “maddi olanaksızlık”tan, buna karşılık bir taşınmazdan pis suların akıtılmasına çevre sağlığına ilişkin hukuk kuralları engel oluyorsa, hukuki olanaksızlık”tan söz edilir. ÖZAKMAN, 172.

Komşu taşınmaz katlanma yükümlülüğüne mecbur bırakılmaksızın söz konusu ihtiyaç giderilebilecekse artık olanaksızlıktan bahsedilemez. Nitekim Yargıtay'ın da aynı yönde kararları mevcuttur: Yargıtay 5. HD. 10.5.1955 tarihli bir kararında<sup>53</sup>, "...değirmene eskiden beri su getiren harkın dolmuş ve temizlenmesinin fazla masraf getirmesi sebebiyle, komşu taşınmazdan mecra geçirilmesinin talep edilemeyeceğine" karar verilmiştir. Yargıtay 14. HD. 9.1.1975 tarihli bir kararında<sup>54</sup>, ".... taşınmazın bir cephesinde kanalizasyon kanalı bulunmakta olup, pis suların boruyla akıtılması imkanı varken başka bir kanaldan yararlanmak için yandaki taşınmazdan kanalizasyon boruları geçirmek için zaruri mecra hakkına başvurulamaz" demektedir. Yine Yargıtay 14. HD., 8.3.1976 tarihli bir kararında<sup>55</sup>, " Taşınmazını sulamak için komşu taşınmazdan mecra geçirilmesini talep eden malikin taşınmazının sulanmasına hizmet eden kadim su yolu mevcut bulunduğundan MK md. 668'e dayanmayacağına..." karar vermiştir. Daha yeni tarihli bir kararında ise<sup>56</sup> Yargıtay "...davacı, 101 parsel sayılı taşınmazını mevcut kuyudan elektrik motoru ile çıkaracağı su ile sulayabilmek için, ihtiyacı olan elektriği sağlayabilmek amacı ile enerji nakil hattı için, komşu taşınmazlardan mecra irtifakı kurulmasını istemektedir. Mahkemece mahallinde yapılan keşif sonucu alına bilirkişi raporlarından ve tanık ve tarafların aşamalarda verdikleri beyanlardan, davacının daha önceleri taşınmazını tarlasında bulunan kuyudan traktör yardımıyla çıkardığı su ile suladığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu şekilde sulamanın davacıya getirdiği külfet bilirkişiye hesaplatılmış olsa da, davacının taşınmazını bu şekilde sulama imkanı var iken zorunluluk halinin bulunmadığı dikkate alınarak davacının talebinin reddi gerekirken kabulü doğru görülmediğinden hükmün bozulmasına..." şeklinde karar vermiştir.

Aslında komşu taşınmazın sınırlanması için bu koşulun aranmaması, mecra ihtiyacı içinde olan taşınmaz malikine, mecra geçireceği komşu taşınmazı kendi isteği doğrultusunda seçme keyfiyetini vermek anlamına gelirdi. Oysa zorunluluk nedeniyle böyle bir ihtiyaç halinde olan taşınmaz malikine sağlanan yetkinin karşılığında mülkiyet hakkı kısıtlanan taşınmaz açısından da menfaatler dengesini gözetmek gerekir.

<sup>53</sup> Yarg. 5. HD., 10.5.1955 T. 3663 E.. 3050 K.; TİK., 1956, C. I-II, N. 120, s. 71.

<sup>54</sup> Yarg. 14 HD., 9.1.1975 T., 3669 E., 85 K.; YKD. 1975, S .5, s. 112.

<sup>55</sup> Yarg. 14. HD., 8.3.1976 T., 1112 E., 1278 K; Karar için bkz: KARAHASAN, s. 1346.

<sup>56</sup> Yarg. 14. HD., 10.4.2003 T., 9071 E., 2900 K; YKD. 2004, S .12, C. 30, s. 1112.

Bu hususta akla gelebilecek bir başka konu ise, mecra geçirmek isteyen taşınmaz malikinin seçebileceği yani gerekli koşulları karşılayan birden fazla taşınmaz bulunursa, bunlardan hangisinin seçileceği ve kısıtlanacağıdır. Eğer komşu taşınmazlardan sadece bir tanesi koşulları karşılıyorsa esasen sorun yoktur. Artık bu taşınmazın söz konusu mecraya katlanma açısından yükünün ağırlığı ve mecra iletecek tesisat için yapılacak masrafı araştırmaya gerek yoktur. Ancak birden fazla taşınmaz varsa, hangisinden mecranın en az masrafla geçirilmesi mümkün olacaksa, bu taşınmaz üzerinde mecranın tesis edilmesi gerekir<sup>57</sup>. Bu durum kanunun ifadesinden açıkça anlaşılrsa da, “aşırı ölçüde masraflı” teriminden ne aşılması gerektiği ise açık değildir. Doktrinde bu husus, taşınmazından mecra geçirilmek istenilen malikin katlanmak durumunda kalacağı fedakârlık ile mecra geçirmek isteyen malikin başka bir taşınmazdan mecra geçirmesi halinde yapacağı masraflar arasındaki oran olarak anlaşılmaktadır. Yani eğer ki, taşınmazından mecra geçirilmek istenilen malikin katlanmak durumunda kalacağı fedakârlık, mecranın başka yerden geçirilmesi halinde yapılacak masraflara oranlara daha ağır bir yük teşkil ediyorsa, bu durumda zorunlu mecra irtifakı kurulması için gerekli şart gerçekleşmemiş demektir<sup>58</sup>.

Yargıtayın da zorunlu mecra irtifakının geçirilebileceği birden fazla taşınmaz bulunması durumunda hangisinin tercih edilmesi gerektiği hususunda aynı ölçüyü kullandığını görüyoruz<sup>59</sup>. Nitekim Yargıtay 14. HD.’nin 24.09.1985 tarihli bir kararında<sup>60</sup> davacı, taşınmazı lehine ve davalı taşınmazı aleyhine olmak üzere 579 ada 9 parselden kanalizasyon geçirilmek suretiyle zorunlu mecra hakkı kurulmasını talep etmiştir. Davacının pis sularının akıtılması ve uyumsuzluğun çözümü için, üç farklı sistem önerilmiştir. Birinci sistem, davacıya ait birinci ve zemin kattaki pis suların kendi kendine, bodrum kattaki suların ise,

<sup>57</sup> ŞAHİNİZ, s. 26.

<sup>58</sup> SAYMEN/ELBİR, s. 351; TANDOĞAN, s. 625; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 437. ÖZAKMAN, s.172, ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 193, dp. 56.

<sup>59</sup> Yargıtay 1975 tarihli bir kararında, “...davacının talep ettiği lağım yolunun, çıkmaz sokaktan geçirilerek daha kolay ve az masrafla ana kanalizasyona bağlanabileceği ve davalının başka kişilerin mülkü altından geçerek ana kanalizasyona bağlanan kendi lağım kanalı ile davacının istediği lağım yolunun birleştirilmesi durumu nazarı itibare alındığında ortaya çıkacak sakıncalara dair savunma üzerinde gereği gibi durulmamış olduğu...” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yarg. 14. HD. 20.12.1975 T., 5517 E., 570 K.; Karar için bkz: KARAHASAN, s. 1346.

<sup>60</sup> Yarg. 14. HD., 24.09.1985 T., 3461 E., 5698 K; YKD. 1986, S.4, C. 12, s. 555.



tulumba ile, Nisbetiye Caddesindeki ana kanalizasyona akıtılmasıdır. Ancak bu sistemin pahalı ve kullanılmasının zor olacağı belirtilmiştir. İkinci sistem, Nisbetiye ve Hürriyet Mücahitleri Caddesi'nde yeniden kanal açılarak büz döşenmesi ve Hürriyet Mücahitleri Caddesi'ndeki ana kanalizasyona bağlanmasıdır. Üçüncü sistem ise, davacı ve davalının binalarının arka bahçelerine büz döşenerek, Hürriyet Mücahitleri Caddesi'ndeki ana kanalizasyon ile bağlantı sağlanması ve pis suların buraya akıtılmasıdır. Bu son iki sistemde kirli sular kendi kendilerine akacak olmakla birlikte, ikinci sistemin davalıya zarar vermeyeceği ve üçüncü sisteme oranla 1/2.7 oranında pahalı olacağı, buna karşılık, üçüncü sistemin uygun ve ekonomik olup, tercihi gerekeceği belirtilmiştir. İkinci sistemin ise, 1.230.000TL'ye mal olacağı bildirilmiştir. Uzman bilirkişiler tarafından üçüncü sistemin projesi hazırlanmış ve zaruri mecra hakkı için 690.000-TL tazminat ödenmesi gerekeceği açıklanmıştır. Projeyi hazırlayan bilirkişiler, kendilerinden önce düzenlenen rapordaki tazminat hesabında yanlışlık yapıldığını bildirmişlerdir. Bu durumda, davalının bahçesinde büz döşenerek, Hürriyet Mücahitleri Caddesi'ndeki ana kanalizasyona bağlanması için "yapılacak masraf ve tazminatın" toplamından oluşacak bedel ile, ikinci sistemin maliyeti arasında leh ve aleyhte pek az bir fark olacağının anlaşılmakta olduğu ve tarafların sosyal durumları, bugünkü hayat koşulları ve paranın alım gücü karşısında, bu farkın fazla masraf olarak kabul edilemeyeceği, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için en uygun sistemin ikinci sistem olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca bu durumda, davalı taşınmazın yükümlülük altına girmemiş olacağı da belirtilmiştir. Bütün bu hususları göz önünde bulunduran Yargıtay; "... davacının, 579 ada 8 parsel sayılı taşınmazında mevcut binasının pis sularını, Nisbetiye ve Hürriyet Mücahitleri Caddelerinde, yeni kanal açmak, büz döşemek ve bu kanal ile, Hürriyet Mücahitleri Caddesindeki ana kanalizasyona bağlamak suretiyle akıtılmak olanağına sahip olduğu, bu sistemin, davalının taşınmazından geçirilecek kanala nazaran pek fazla masrafı gerektirmediği anlaşıldığı ve Medeni Kanun'un 668. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği" ne karar vermiştir.

Bu açıklamalardan sonra akla gelebilecek bir soru da fayda-menfaat terazisinde eğer mecra geçirilebilecek taşınmazların birinden mecra geçirilmesi, diğerinden geçirilmesine göre eşit düzeyde kalıyorsa ne olacaktır. Böyle bir durumda mecra geçirmek isteyen taşınmaz malikine tercih hakkı imkânı verilmelidir. Aksi bir düşünce, tüm taşınmaz sahiplerinin, mecra ihtiyacı içinde

olan taşınmaz sahibini, diğer taşınmaz sahibine başvurması gerekçesi ile reddetme imkânı vermek olur<sup>61</sup>.

### C. Mecranın Geçirileceği Taşınmazın “Komşu Taşınmaz” Olması

Mecra irtifakından yararlanacak taşınmaz lehine, tesisatın komşu taşınmazdan geçirilmesi gerektiği hususundaki şart aslında kanun hükümlerinde açıkça yer almamaktadır. Mecra geçirilmesinin “zorunlu olması” şartında olduğu gibi, varlığını hukuki kurumun düzenlenme gayesinden ve ilgili hükümlerin komşuluk hukukunu düzenleyen hükümler arasında yer almasından anladığımız bir şarttır<sup>62</sup>. Yargıtay da zorunlu mecra hakkına ilişkin hükümlerin (EMK. md. 668 vd.) komşuluk hukuku ilişkilerini düzenleyen hükümler arasında yer aldığını açıkça ifade etmektedir<sup>63</sup>.

Bununla birlikte komşu kavramının tanımı yapılmadığı için hangi taşınmazların komşu sayılabileceği ve zorunlu mecra ihtiyacı nedeniyle kısıtlanabileceği hususunda farklı görüşler vardır. Bu görüşlerden bazıları komşuluk sınırını çizmenin mümkün olmadığı ve şartları gerçekleştiği takdirde diğer bütün taşınmazların sınırlanabileceği yönündedir<sup>64</sup>. Diğer bir görüş ise, komşuluk tanımı yapmanın ve bu konuda bütün olaylara uygulanabilecek genel kurallar koymanın mümkün olmadığını ancak bazı kıstaslar ile komşu kavramının sınırlarının çizilmesi gerektiği yönündedir<sup>65</sup>.

Kanaatimizce, komşu taşınmaz sınırını suni çizgiler ile çizmek ve hâkimin önüne gelen her olayda uygulayacağı kesin bir tanımlama yapmak, incelediğimiz kurumun tesis edilme gayesi ile uyuşmayacaktır. Aksi takdirde bu sınırlar dışında kalan bir komşu taşınmazın sınırlanması mümkün olmayacak ve

<sup>61</sup> ÖZAKMAN, s. 173.

<sup>62</sup> Aynı yönde görüşler için WIELAND, s. 283; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 424–425; ÖZAKMAN, s. 178; TANDOĞAN, s. 619.

<sup>63</sup> “..... MK’ nun 668. maddesi komşuluk hukuku ile ilgilidir ...”. Yarg. I. HD., 3.3.1986 T., 1246 E., 1392 K., YKD. 1986/7, s. 1016.

<sup>64</sup> Örneğin TANDOĞAN, özellikle sanayi ve teknolojinin gelişmesinin önemini vurgulayarak, mecralardan mümkün olabildiği kadar çok yararlanmanın gerektiğini belirtmiştir. TANDOĞAN, s. 629.

<sup>65</sup> WIELAND “komşu” kavramına, sadece aynı bölge veya mahallede bulunan taşınmazların girdiğini kabul etmekte ve daha uzakta bulunan taşınmazların ise bu kavramın dışında kalacağını belirtmektedir. WIELAND, s. 283. Bazı yazarlar ise bu konuda sınırı arazinin yapısının çizeceğini söylemektedir. Yani oluşum açısından aynı bölgede olanlar için komşu denilebilir. ÖZAKMAN, s. 178, dp. 68’deki yazarlar.

mecra ihtiyacı içinde olan taşınmaz maliki, taşınmazından elverişli şekilde yararlanamayacaktır. Ancak ilgili hükümlerin diğer taşınmazları aşırı bir şekilde sınırlandırmanın önüne geçmek istediği hususu da göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, her somut olayda hangi taşınmazların komşu olduğu ve dolayısıyla hangilerinin sınırlandırılabileceği ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>66</sup>.

Bu konuda şunu da tespit etmek gerekir ki, taşınmazların komşu sayılmaları için bitişik olmalarına gerek yoktur. Yargıtay'ın kararlarına baktığımız zaman bu konuda daha ziyade mesafeyi ölçü olarak kullandığını görüyoruz. Nitekim Yargıtay 14. HD., 3.3.1986 tarihli başka bir kararında<sup>67</sup>, "...kilometreyi aşan uzaklıktaki taşınmazlardan geçen teller hakkında MK. md.668'in uygulama olanağının bulunup bulunmadığının tartışılması gerekirken, bu husus tartışılmadan karar verilmesinin isabetsiz olduğu ..." şeklinde ifade etmiştir.

#### **D. Mecranın Geçirileceği Taşınmaz Malikinin "Zararının Peşin Olarak ve Tamamen Tazmini"**

Mülkiyetin dolayısıyla kanundan doğan sınırlamaları arasında yer alan zorunlu irtifak haklarında ihtiyaç içinde bulunan ve kendisine zorunlu irtifak hakkının tanınmasını talep eden taşınmaz maliki, taşınmazından en elverişli şekilde yararlanmasını sağlayacak olan zorunlu irtifak hakkının karşılığını, kendisine bu hakkı tanıyan komşu taşınmazın malikine ödemek zorundadır. Medeni Kanun'da bu husus tüm zorunlu irtifaklar için açıkça belirtilmiştir<sup>68</sup>.

Zorunlu mecra irtifakının doğması için, MK. md. 744'de açıkça ifade edildiği gibi, şartlardan biri de mecranın geçirileceği taşınmaz malikinin uğrayacağı zararın tamamen ve peşin olarak ödenmesidir. Çünkü tüm zorunlu irtifak halleri gibi, zorunlu mera irtifakında da, komşu taşınmazın mülkiyet hakkına hukuka uygun bir fiil ile zorunluluk nedeniyle müdahale söz konusudur. Bu müdahale nedeniyle komşu taşınmazda oluşan zarar, zarar gören malike tanınan bir "tam tazminat" talebi ile denkleştirilmeye çalışılmıştır. İhtiyaç halinde olan taşınmazdan sahibinin "en elverişli" şekilde yararlanabilmesine

<sup>66</sup> Aynı yönde ŞAHİNİZ, s. 32.

<sup>67</sup> Yarg. 14. HD., 3.3. 1986 T. 1246 E. 1392 K.; YKD., 1986/7, s. 1016.

<sup>68</sup> Taşkın inşaat zorunluluğu için kanun (MK. md. 725/II) her ne kadar "uygun bir bedel"den söz ediyorsa da, bunu tam bir tazminat şeklinde anlamak gerekir. SEROZAN, s. 372.

ilişkin menfaati, komşu taşınmaz maliki için katlanma yükümlülüğüne neden olmakta ve ağır bir fedakârlık doğurmaktadır<sup>69</sup>.

Zaruri mecra irtifakı karşılığında, katlanma yükümlülüğü altına giren komşu taşınmaz malikine ödenecek tazminat, taşınmazından mecra geçirilmesine katlanmak durumunda olan malikin mecranın geçirilmesinden önceki mal varlığı durumu ile sonraki mal varlığı durumu arasındaki farkın giderilmesi anlamına gelir. Bu nedenle tazminat miktarının, mecra geçirilmesine katlanma yükümlülüğü altındaki malikin, mecranın geçirilmesi sebebi ile mal varlığında meydana gelen bütün azalmayı karşılaması gerekir. Örneğin, mecranın geçirilmesi dolayısıyla yükümlü gayrimenkulün değerinde bir azalma meydana gelmiş olabilir ya da mecranın geçirilmesi yükümlü taşınmazın bir bölümünü kullanılamaz hale getirebilir. Bu gibi hallerde mecranın geçirileceği arazi parçasının değer kaybı ve mecra yükümlüsü malik tarafından artık kullanılamamasından doğan zarar, tazminat hesaplanırken dikkate alınmalıdır<sup>70</sup>.

Tazminat hesaplanırken yükümlü taşınmaz malikin katlandığı masraflar ve yapmış olduğu harcamalar da dikkate alınmalıdır. Örneğin mecranın geçirilmesi için yükümlü taşınmazda bulunan ekinler veya bitkiler telef olmuşsa, bunlar da tazmin edilmelidir. Ayrıca mecra geçiren irtifak sahibinin, yükümlü taşınmaz üzerinde tesis ettiği mecranın bakımı, onarılması, kontrolü gibi nedenlerle, yapacağı birtakım faaliyetlerin verebileceği zararlar da göz önüne alınmalıdır. Yükümlü taşınmaz maliki açısından dikkate alınması gereken bir diğer zarar ise, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel kazanç kaybıdır. Çünkü mecranın yükümlü taşınmazdan geçirilmesi, o taşınmazın ileride daha karlı bir şekilde değerlendirilme imkânını ortadan kaldırabilir. Ancak böyle bir kazanç kaybından bahsedebilmek için kazanç kaybının gerçekleşme ihtimalinin, her somut olayda ciddi bir şekilde değerlendirilmesi gerekir<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Aslında bu "fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin" komşuluk hukukundaki somut görünüm şeklidir yani bir uygulama biçimidir. ÖZSUNAY, "Zaruri Geçit Hakkında Tazminat Meselesi", İBD 1962, C. XXXVI, S. 11-12, s. 306-307; ULUSAN, s. 127.

<sup>70</sup> Örneğin yükümlü taşınmaz üzerinde tesis edilen enerji hattı, o taşınmaz üzerinde belli bir yükseklikten daha fazla inşaat yapılmasını engellemişse, bu durum taşınmazın değerinin düşmesine neden olacaktır. Dolayısıyla söz konusu tazminat, bu değer azalmasını kapsamalıdır. TANDOĞAN, s. 626; ÖZAKMAN, s. 175.

<sup>71</sup> Örneğin yükümlü taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde inşaat yapmayı tasarlamış ancak mecranın geçirilmesi yüzünden inşaat işine girişememiş olması veya karşı tarafın böyle bir sınırlamanın var olmasından dolayı malik için karlı olan bir sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmiş olması gibi. Örnekler için bkz. ŞAHİNİZ, s. 112.

Uygulamada Yargıtay da mecra geçirilmesi nedeniyle, yükümlü taşınmaz malikinin mal varlığında meydana gelen değer kaybının ve bütün zararların karşılanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 14. HD., 22.06.1987 tarihli bir kararında<sup>72</sup> “.....yalnız mecra tesis edilecek yer için değil, bu taşınmazın böyle bir külfetle yükümlü tutulması sonucu taşınmazın tümünde hasıl olacak değer kaybının ve bu yüzden uğranılacak zararın göz önünde tutulması ve bu hususta muhdesat bakımından da değerlendirme yapılması icap eder” demektedir.

Zorunlu mecra irtifakını düzenleyen kanun hükümlerinde tazminatın bir defada mı yoksa belirli aralıklarla irat şeklinde mi ödeneceği konusunda bir açıklık yoktur. Ancak kanaatimizce kanunda kullanılan ifadenin açıklığı ve kesinliği karşısında tazminatın bir defada ödenmesine karar verilmelidir. Ancak ileride zorunluluk halinin ortadan kalkması ya da değişmesi halinde tazminatın iadesi gündeme gelebileceği için, irat şeklinde ödenmesini uygun gören yazarlar da mevcuttur<sup>73</sup>.

Mecra geçirmek isteyen taşınmaz maliki yenilik doğuran hak niteliğindeki tescil talebinde bulunabilmesi için, yükümlü taşınmaz malikine tazminatı ödemiş olması ya da ödemeyi teklif etmesi gerekir. Aksi bir durum, kanunda sayılan şartın yerine gelmemiş olması nedeniyle zorunlu mecra irtifakının doğumuna engel olur<sup>74</sup>.

## SONUÇ

Mülkiyet hakkı Roma Hukuku'ndan beri çeşitli amaçlarla bir takım sınırlamalara maruz kalmaktadır. Bunlardan en önemlisi de komşuluk hukuku nedeniyle yapılan sınırlamalardır.

<sup>72</sup> Yarg. 14.HD .. 22.06. 1987 T., 3955 E., 5412 K.; YKD. 1987/11, s. 1682.

<sup>73</sup> ÖZSUNAY, s. 130-131. Yazara göre, tazminatın irat olarak ödenmesine karar verilmesi halinde, sonraki ödemeleri teminat altına almak için aynı bir teminat sağlanması doğru bir çözüm olacaktır.

<sup>74</sup> Özakman, MK. md. 731/2'ye dayanarak, zorunlu mecra irtifakının tesis edilebilmesi için gerekli bir diğer şartın ise mecra geçirmek isteyen şahsın bu husustaki hakkından tapuya serh edilen resmi bir sözleşme ile feragat etmemesine bağlı olduğunu yazmaktadır. (İlgili eser s. 181). Bu hususun ayrı bir şart olarak değerlendirilmesi kanaatimizce uygun değildir. Çünkü zorunlu mecra irtifakına ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı hususlarda zaten mülkiyetin sınırlandırılmasına ve rızai mecra irtifakına ilişkin düzenlemeler kıyasen geçerli olacaktır.

Komşuluk ilişkileri nedeniyle yapılan sınırlamaların somutlaştığı zorunlu irtifak hakları, taşınmazlardan en üst seviyede yararlanma düşüncesinden kaynaklanır. Zorunlu irtifakların bir çeşidi olarak, Medeni Kanunu'muzun 744 ile 746'ıncı maddeleri arasında karşımıza çıkan "zorunlu mecra irtifakı" da mecra geçirmek isteyen taşınmaz malikine, kanunda sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, komşu taşınmazdan mecra geçirebilmesi için bir talep hakkı vermekte ve bu yolla komşu taşınmaz maliki katlanma yükümlülüğü altına girmektedir. Roma Hukuku'nda yükümlü taşınmazın maliki ile anlaşarak mecra geçirilmesi (özellikle komşu taşınmazda bulunan sıcak sulardan ya da o arazide kaynağı çıkan ancak kamuya ait sayılan sulardan yararlanmak amacıyla, onun arazisine ihtiyaç zorunluluğu halinde olan taşınmaz malikinin su arki tesis etmesi suretiyle) mümkün ise de yükümlü taşınmazın malikinin rızası dışında, onun taşınmazından mecra geçirilebilmesi usulüne rastlanmamıştır.

Zorunlu mecra irtifakının doğması için gerekli olan bazı şartlar kanunda açıkça yer almaktadır. Bazıları ise açıkça yer almamakla birlikte kurumun düzenlenme amacından veya mahiyetinden anlaşılmaktadır. Bu şartlar "mecra geçirilmesinin zorunlu olması", "mecranın başka yerden geçirilmesinin olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olması", "mecranın geçirileceği taşınmazın komşu taşınmaz olması", "mecranın geçirileceği taşınmaz malikinin zararının peşin olarak ve tamamen tazmin edilmesi"dir. Yani bu son şart ile karşılıklı çatışan iki menfaatten "ekonomik yönden değerli" olanına ağırlık verilmekte ve hangi menfaat iktisadi açıdan taşınmazdan en üstün derecede yararlanılmasını sağlayacaksa, bu menfaate uygun müdahalelere izin verilmektedir. Menfaatlerden birinin diğerine feda edilmesi halinde, ağır bir fedakârlığa katlanmak yükümlülüğü altına sokulan malikin bundan doğan zararı, üstün menfaat tarafından ödenecek tazminat ile denkleştirilmektedir.

Medeni Kanunumuzda sayılan şartların doğması halinde mecra geçirmek zorunluluğu içinde olan taşınmazın maliki, komşu taşınmazın iradesi göz önüne alınmaksızın, kendi taşınmazı lehine aynı bir mecra hakkının kurulması için kanuni talep hakkına sahip olacaktır. Anlaşılacağı gibi inceleme konumuz olan "zorunlu mecra irtifakı", komşuluk ilişkileri nedeniyle doğabilecek önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır.

## HENRY S. MAINE'İN EVRİMÇİ HUKUK ANLAYIŞI\*

Fehmiye Ceren Akçabay\*\*

### ÖZET

Bu çalışmanın amacı on dokuzuncu yüzyıl İngiltere'sinde hukuk alanında çalışmalar yapan Henry S. Maine<sup>1</sup>'in evrimci hukuk anlayışını tartışmaktır.

Maine karşılaştırmalı ve tarihi metotla, toplumun ve tarihin gelişimine ilişkin bütünsel bir bakış açısı geliştirmeye çabalarken çalışmalarını sadece birbiri ile ilişkili gördüğü toplumlarla sınırlamıştır. Maine'in ortaya koyduğu teoriler, elindeki antropolojik verilerin sınırlılığı nedeniyle büyük oranda yanlışlanmış olsa da çalışmaları sosyoloji, antropoloji, hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisi gibi pek çok alanda ön açıcı olmuştur.

---

\* Bu çalışma Fehmiye Ceren Akçabay'ın Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü'nde Doç. Dr. Gülriz Uygur'un danışmanlığında, 2007 yılında sunmuş olduğu yüksek lisans tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

\*\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Tam adı Sir Henry Sumner Maine (1822-1888) olan İngiliz hukukçu, hukuk tarihçisi ve siyasal düşünür. Maine, Christ's Hospital ve Cambridge'deki Pembroke College'de öğrenim görerek, 1847'de Cambridge'de Medeni Hukuk kürsüsünde Profesör, 1852'de Inns of Court'ta Roma Hukuku kürsüsünde okutman olmuştur. Saturday Review'de imzasız makalelerle yazın hayatına başlayan Maine, en ünlü eseri *Ancient Law: its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*'ı (Eski Yasa: Toplumun Erken Tarihi ile Bağlantısı ve Çağdaş Tasarımlarla İlişkisi) 1861'de yayınlamıştır. Bu yapıtı O'na büyük bir akademik saygınlık yanında, 1862'de Hindistan Danışma Kurulu hukuk üyeliğine atanma fırsatı kazandırmıştır. Yedi sene Hindistan'da görev yaptıktan sonra İngiltere'ye dönen Maine, önce Oxford ardından Cambridge Trinity Hall'da çalışmıştır. Maine'in daha sonraki yapıtları şunlardır: *Village Communities in East and West* (1871, Doğu'da ve Batı'da Köy Cemaatleri), *The Early History of the Property of Married Woman* (1871, Evli Kadının Mülkiyetinin Erken Tarihi), *The Early History of Institutions* (1875, Kurumların Erken Tarihi), *The Effects of Observation of India on Modern European Thought* (1875, Hindistan Üzerine Gözlemlerin Çağdaş Avrupa Düşüncesine Etkileri), *Early Law and Custom* (1883, İlk Hukuk ve Töre), *Popular Government. Four Essays* (1885, Popüler Hükümet, Dört Makale) ve *International Law* (1888, Uluslararası Hukuk). Ayrıntılı bilgi için bkz. George Feaver, *From Status to Contract, A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888*, Longman, Green & Co Ltd, London, 1969.

## ABSTRACT

The aim of this study is to discuss the evolutionary law conception of Henry Sumner Maine who studied law in England in the nineteenth century.

While trying to bring a complementary perspective about the development of society and history with comparative and historical methods, Maine limited his studies with the societies he found relations with each other. Although they proved to be wrong because of the limited anthropological data, the theories Maine suggested have pioneered in many areas such as sociology, anthropology, legal history, and legal sociology.

## Giriş

İngiliz Hukukçu Henry Sumner Maine Roma hukuk tarihi, filoloji ve Alman gelenekleri gibi birçok kaynak üzerine araştırmalar yapmıştır. Pek çok farklı alanda yaptığı bu araştırmaları rasgele birbirine eklemek yerine bunlardan bir senteze varan ve kendine has evrimci bir hukuk anlayışı oluşturan Maine'i bu kapsamlı çalışmaya iten en önemli sebep, yaşadığı dönemde geçerli olan hukuk teorilerini çürütme isteğidir<sup>2</sup>. Maine'in çıkış noktası Austin'in analitik hukukunun, Bentham'ın hukuk ile ekonomi politik konularındaki faydacı görüşlerinin ve toplumsal sözleşmenin yetersizliğine ilişkin düşünceleridir<sup>3</sup>. Maine'in bu düşünceleri üzerinde en büyük etki ise Alman Tarihçi Hukuk Okulu'na aittir.

### 1. Henry S. Mane'in Çıkış Noktası

Henry Sumner Maine'in en ünlü eseri *Ancient Law*'un 1861'de yayımlanmasından önce, İngiliz hukuk çalışmalarına, faydacı düşünür Jeremy Bentham ve daha küçük bir oranda da olsa, hukukçunun görevinin, güncel hukuki fenomeni yakından incelemek olduğunu düşünen öğrencisi John Austin ağırlığını koymuştur. Bentham kariyerinin büyük bir kısmında hukuk reformlarıyla, Austin ise hukuki terminolojinin analiziyle ilgilenmiştir. Maine, bir hukukçunun temel amacının, hukuki bilgiyi daha "bilimsel" bir tabana yerleştirmek olduğu konusunda Bentham ve Austin'e katılmakla beraber ilk hukuki yayınlarından itibaren, hukuk çalışmalarında tarihin inkarının gereksiz

<sup>2</sup> Adam Kuper, *İlkel toplumun İcadı, Bir İllüzyonun Dönüşümleri*, Çeviren: İsmail Türkmen, İnsan Yayınları, 1995, İstanbul, s.27.

<sup>3</sup> Bock, *Comparison of Histories*, s.237-238.



ölçüde dar bir bakış açısı yarattığını, bunun da hukuk alanının tam olarak anlaşılmasına engel oluşturduğunu belirtir<sup>4</sup>. Maine'e göre faydacı ve analitik hukuk anlayışlarının temelinde toplumsal sözleşme dolayısıyla doğal hukuk düşüncesi yer almaktadır.

### 1.1. Faydacı Hukuk Teorisi

On sekizinci yüzyılın ortalarından on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına kadar İngiltere'de hakim düşünce akımı olan faydacı teorinin tarihi eski Yunan düşünürleri Aritisppus ve Epicurus'un savunduğu faydacı ve hazcı düşüncelere kadar uzanmaktadır. On yedinci yüzyılda Thomas Hobbes'un insan doğasını egoist ve hazcı olarak tanımlaması, faydacı düşüncelerin İngiltere'de yeniden tartışılmaya başlanmasını sağlamıştır. Görüşleri faydacı teoriden farklı bir karakter taşımakla beraber Hobbes, mutlakiyetçi devleti savunurken buna gerekçe olarak insan egoizmini göstermektedir. Faydacı teori daha sonraları İngiliz düşünürleri tarafından olgunlaştırılmış; Jeremy Bentham, İngiliz düşünce tarihinde ilk kez çeşitli düşünürleri birarada toplayarak Faydacı düşünce akımını bir okul haline getirmiştir<sup>5</sup>.

Bentham'a göre insanların hayatları boyunca tüm isteği ve amacı, acıdan kaçmak ve hazza erişmektir. İnsanlar haz ve acı tarafından yönlendirilmektedir. Bentham fayda ilkesini de, bu hazcı ahlak anlayışından yola çıkarak açıklamaktadır. En büyük hazzı veren veya mutluluğu sağlayan hareket, fayda ilkesine uygun harekettir. Fayda, yalnız kişisel değil aynı zamanda sosyaldir. Kişinin faydasına olan hareket toplumun da faydasına sonuç doğurur. Bentham toplumu kişilerin birleşimden ibaret görmektedir. Bu nedenle devlet de fayda ilkesine uygun hareket etmeli, menfaat farklılıklarını bu ilkeye uygun şekilde çözmelidir. Hukuk kuralları da, insanların mutluluğunu artıracak şekilde oluşturulmalıdır. Hukuk toplumun mutluluğunu yani sosyal faydayı sağlamayı amaçlamalıdır. Sosyal faydayı gerçekleştirmek için kanun koyucu geçim araçlarını temin etmek, toplumda refah yaratmak, eşitliği gerçekleştirmek ve güvenliği sağlamak zorundadır. Bentham'a göre hukuk egemen tarafından vaaz edilen davranış kurallarıdır. Hukuku devlet otoritesine dayandıran bu açıklama hukuku adalet unsurundan soyutlamaktadır. Bentham'ın hukuka ilişkin

<sup>4</sup> George Feaver, *From Status to Contract, A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888*. Longman, Green & Co Ltd, London, 1969, s. 45.

<sup>5</sup> Adnan Güriz, *Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, s.3-4.

bu görüşleri öğrencisi Austin aracılığıyla İngiliz pozitivistizminin oluşumunda önemli rol oynayacaktır<sup>6</sup>.

Bentham ve arkadaşları İngiltere'nin sosyal ve hukuki kurumlarının reformu için gösterdikleri çaba nedeniyle felsefi radikaller olarak da adlandırılmaktadır<sup>7</sup>. Özellikle, hukukta fayda ilkesi uygulanarak menfaatler arasında uyum sağlanması için bir hukuk reformu yapılması konusunda ısrarlı çalışmalar yürütmüşlerdir. Bu Faydacı Okulun deneyci ve realist karakterinin doğurduğu bir sonuç olarak değerlendirilmektedir. Bentham sadece İngiltere için değil Avrupa ve Amerika ülkeleri için de faydacı düşünceye uygun hukuk reformları önermiştir<sup>8</sup>. İngiltere'de gerçekleştirilen hukuk reformlarında Bentham'ın oynadığı rol Maine tarafından şöyle açıklanmıştır: "Bentham'ın zamanından beri O'nun etkisi ile açıklanmayacak hiçbir hukuk reformu yapıldığını bilmiyorum"<sup>9</sup>. Maine'e göre Bentham'ın düşüncelerinin İngiltere'de büyük etki yaratmasının sebebi, kendisinden öncekilerin yapamadığını başarıp "açık bir reform" kuralı oluşturmasıdır<sup>10</sup>.

Bentham'ın reform fikirlerinin İngiltere'de bu kadar etkili olmasının en önemli sebebi İngiliz orta sınıfının gelişmesi ile birlikte ortaya çıkan ihtiyaçlar olmuştur. Fransa'da devrimin ardından yapılan sosyal ve hukuksal değişikliklere, İngiltere'de de ihtiyaç duyulmaktadır. Fakat İngilizler eskimiş kurumları devrimin neden olduğu karışıklıklara tercih etmektedir. Bu ortamda Bentham'ın doğal hukuk görüşünü ve toplumsal sözleşmeyi reddeden faydacı teorisi devrim yerine reform fikrinin gelişmesini sağlamıştır<sup>11</sup>.

## 1.2. Analitik Hukuk Teorisi

Hukuksal pozitivistizmin ilk sistemleştiricisi ve analitik pozitivistizmin kurucusu Austin, Bentham'ın izinden giderek İngiltere'de geçerli olan hukuk sistemi ve anlayışını sert bir şekilde eleştirmiştir. Londra'da Bentham ve çevresinin kurduğu *University College of London*'da, hukuk bilimi ve uluslararası hukuk alanlarında öğretim üyesi olan Austin, faydacılık düşüncesi

<sup>6</sup> Güriz, s. 262-270.

<sup>7</sup> Güriz, s. 257.

<sup>8</sup> Güriz, s. 32-33.

<sup>9</sup> Henry Maine'den aktaran Güriz, s. 32-33.

<sup>10</sup> Sir Henry Maine, *Ancient Law*, Every Man's Library, London, 1965, s.46.

<sup>11</sup> Güriz, s. 104-105.

doğrultusunda geliştirilen hukuk reformunu savunmuştur. Austin'e göre köklü bir reform için yapılması için, öncelikle hukukun tanımlanması gerekmektedir. İngiltere'de kralın ve parlamentonun çıkardığı kanunların yanında, gelenek ve din kurallarına da yer verilmesi hukukun doğru bir şekilde ele alınmasının önüne geçmektedir<sup>12</sup>.

Hukuku sistemsizlikten kurtararak, çelişki ve yanlışların önüne geçmek ancak mantıki bir analizle mümkündür. Hukukun ne olduğu algı ve gözlem yoluyla belirlenmelidir. Buna göre hukuk gelenek, ahlak ile örf ve adeti kapsamaz; kanun koyucunun iradesinden ibarettir. Bu nedenle hukuk bilimi konu olarak pozitif hukukla sınırlıdır. Pozitif hukuk, siyasi bakımdan üstün olanların kendilerine tabi olanlar için belirlediği kurallardır ve emir içerirler. Emir bir davranışın yapılması veya bir davranıştan kaçınılması anlamına gelmektedir. Emrin muhatabı olan kişi, yükümlülük ve ödev altındadır. Emre uyulmadığı zaman kişi yaptırımla karşı karşıya kalır<sup>13</sup>. Austin, hukukun kaynağını siyasi bakımdan üstün bir otorite olarak açıklayarak, hukukun ahlâki açıdan tarafsız olması gerektiğini belirtmiştir<sup>14</sup>.

### 1. 3. Toplumsal Sözleşme Teorisi

Maine'in eleştirilerine konu olan diğer bir hukuk teorisi toplumsal sözleşmedir. Toplumsal sözleşme teorisi doğal hukuk görüşünün bir parçasıdır. Hukuk, düzen ve devletin bulunmadığı bir doğa durumu varsayımına dayanır. Doğa durumunda üstün hiçbir otorite bulunmaz. İnsanlar barış içinde ve birbirlerine saygı göstererek yaşamak için toplumsal bir sözleşme yaparak doğa durumundan toplum haline geçmişlerdir. Toplumsal sözleşme, insanların kendilerini idare konusunda sahip olduğu iktidarı, belli bir grup insana devrederek devleti oluşturmaları anlamına gelir. Toplumsal sözleşme düşüncesinin en önemli temsilcileri İngiliz düşünürler Thomas Hobbes ve John Locke ile Fransız düşünür Jean Jacques Rousseau'dur<sup>15</sup>.

Hobbes'a göre, doğa durumunda herkes mutlak olarak kendi davranışlarının belirleyicisidir. Herkes sahip olduğu veya olmadığı her şey

<sup>12</sup> Ertuğrul Uzun, 2004, "John Austin: Analitik Pozitivizm", **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Editör: A. Haluk Atalay, Teknik Yayınları, s. 11-14.

<sup>13</sup> Ayşen Furtun, **İngiliz Analitik Pozitivizmi, John Austin'in Hukuk Ve Devlet Teorisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.10.

<sup>14</sup> Uzun, s.11.

<sup>15</sup> Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s.192.

üzerinde hak iddia edebilmektedir. Bu “herkesin herkesle savaş halinde” olduğu bir mücadele ortamı yaratır. Sürekli ölüm korkusu içinde yaşayan insanlar, kendilerini koruma güdüsü ile hareket edip tüm haklarını ve yetkilerini toplumsal sözleşmeyle mutlak bir otoriteye devrederler. Dolayısıyla Hobbes’a göre hayvanlardan farklı olarak insanlar, doğal bir dürtü ile değil toplumsal bir sözleşme ile bir araya gelmekte ve devlet oluşturmaktadırlar<sup>16</sup>.

Locke’a göre doğa durumu, Hobbes’un düşündüğünün aksine, bütün farklılıklarına rağmen insanların çatışmasız ve birbirleri üzerinde egemenlik kurmadan yaşadıkları özgür bir dönemdir<sup>17</sup>. Ancak doğa durumunda, cezalandırma hakkına her insanın sahip olması, haksızlıkların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Herkesi bağlayan kanunlar olmadığı için hak ve özgürlükler sürekli tehdit altındadır. Locke’a göre insanlar, hak ve özgürlüklerini korumak ve güvenliği sağlamak için bir araya gelerek toplumsal sözleşme ile devleti oluşturmuşlardır. Toplumsal sözleşme ile devlete devredilen tek hak cezalandırma hakkıdır. Diğer bütün hak ve özgürlükler bireyde kalmaktadır; toplumsal sözleşme bunları korumak için yapılmıştır<sup>18</sup>.

Fransız Devrimi’nin en önemli düşünsel önderlerinden olan Rousseau’ya göre doğa durumu toplum öncesi bir durumdur. Doğa durumunda yaşayan insanlar masum, basit ve barış yanlısıdır. Bu dönemde insanlar arasında özgürlük ve eşitlik egemendir. Rousseau’ya göre özel mülkiyetin ortaya çıkması ve uygarlığın gelişimi, bu dönemin yozlaşmasına neden olmuş ve insanın gerçekten insani özellikler edindiği süreç kesintiye uğramıştır. Doğa durumuna geri dönülemediği için insanlar toplumsal sözleşme etrafında birleşerek mülkiyet, özgürlük, eşitlik gibi hakları daha sağlam şekilde oluşturacak bir toplum düzeni ortaya çıkarmışlardır<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Ayşen Furtun, **Thomas Hobbes ve Doğa Kanunları**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2005, 17, 26-28.

<sup>17</sup> Mehmet Tefik Özcan, “John Locke’un Birey Anlayışı”, **Ord. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1917, s.581.

<sup>18</sup> Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbay, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s.155-157.

<sup>19</sup> N.J.H. Dent, **Rousseau Sözlüğü**, Çeviren: B. Gözkan, N. Ilgıncioğlu, A. Çitil, A. Kovanlıoğlu, Sarmal Yayıncılık, tarihsiz, İstanbul, s.136-139,320-323.

#### 1.4. Maine'in Bu Teorilere İlişkin Eleştirileri

Maine, toplumsal sözleşme teorisini yetersiz görmektedir. Tarihten yardım almaması, toplumsal sözleşme tartışmasını sadece merakla bağlı bir analize dönüştürerek dejenere etmekte ve araştırmacıyı, toplumların farklı zamanlarda farklı özellikler gösterdiği gerçeğinden uzaklaştırarak, tartışmanın yetersizleşmesine sebebiyet vermektedir<sup>20</sup>.

Maine, toplumun tarihten bağımsız ve akla dayanan ilkelere göre kurgulanmasının, sosyal hayatın temelini anlamakta çok fazla işe yaramayacağını düşünmüştür. Soyutlama, somut tarihi gerçeklerle bağlarını kaybettiğinde, aydınlatmak istediği konunun en can alıcı noktasını gözden kaçırma tehlikesini taşımaktadır. Zaman ve mekandan bağımsız evrensellikleri yaratan soyut analizin sınırlarına göz attığında, Maine "bu nasıl oluştu" sorusunu yanıtlamadan sadece "bu nedir?" sorusunu yanıtlamaya çalışan anlayışı protesto etmektedir. Koşullar sadece nesnelere doğalarının araştırılması ile bulunamayacağı gibi süreç de sadece ideal yapıdan çıkartılamaz. Var olma varlıklarda belirgin değildir. Tarihsel olan, teorisyenler gerçekle uyumlayan ideal figürler yarattıkları için gözardı edilebilmektedir<sup>21</sup>.

Maine, toplumsal sözleşmeciler gibi, Austin'in hukuksal form arayışlarının ve Bentham faydacılığının da kuru hesaplamalarla yola çıktığını ve tarihi gözardı ettiğini düşünmektedir. Maine'e göre Austin ve Bentham kendi dönemlerini doğru olarak değerlendirmişlerdir. Zayıflıkları, en son veya yerel olarak gözlenen olguları evrensel kabul etmelerinden ileri gelmektedir. Dünyanın eskiden beri, az veya çok, onların gördüğü şekilde olduğunu varsaymaktadırlar.

Maine Austin'i, hukuku evrensel olarak var olan, işlevsel güçlerin varlığından kaynaklanan ve temel prensiplerden kolaylıkla çıkartılabilecek resmi kanunlardan ibaret olarak gördüğü için eleştirir. Kanunlar, insanların karmaşık hayat tecrübelerinden ortaya çıkmaktadır. Hukuk tarihi, fikirlerin tarihidir. Süreç boyunca insanları motive etmiş duygular, değerler, inançlar ve kavramlar vardır. Maine'e göre hukukun doğru şekilde incelenmesi insanları sadece dar

<sup>20</sup> Maine, s.182.

<sup>21</sup> Sir Henry Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, Batoche Books, Kitchener, 1999,s.188-189, 197-198, 218.

spekülasyonlarının dışına çıkarmakla kalmayacak, aynı zamanda tarihsel bir sosyal bilimin de temellerini atacaktır<sup>22</sup>.

Maine, Batı tarihini araştıranların, Bentham'ın Faydacı Okulu tarafından hukuki ve toplumsal yeniliğin temel kaynağı olarak görülen yasama faaliyetlerine atfedilen büyük oranda sorgulanmamış önemin, daha önceki toplumların gerçek pratiklerinde destek bulmadığını fark edeceğini belirtmiştir. Maine tarihinin ulaşılması zor alanlarında "hiçbir yasama, hiçbir kesin yasa yetkisi bile tasarlanmadığını ve hayal edilmediğini" ileri sürer<sup>23</sup>.

Maine'e göre Bentham'ın düşüncelerinin kökeninde, doğal hukuk teorisi bulunmaktadır. Doğal hukuk eski bir Yunan kavramıdır ve Romalılar tarafından gelenekleri kendilerinininkinden çok farklı olan, yabancıları yönetmek için kullanılmıştır. Romalılar evrensel bazı hukuki ilkelerin olduğuna dair Yunan varsayımına dayanarak birtakım soyut hukuk kuralları oluşturmuş, adaletin soyut şartlarla sağlanabileceğini savunmuşlardır<sup>24</sup>. Bu spekülasyona açık bir teori olmakla birlikte Romalılar tarafından dikkatle uygulanıp aşırıya vurulmamıştır. Oysa doğal hukuk daha sonraları yanlış yorumlanarak doğal adaletten mükemmel ve orijinal yaşam inancına varılmıştır<sup>25</sup>. Maine'e göre oluşan bu yeni teori, Fransız Devrimi'nin üretmekte usta olduğu düş kırıklıklarına yol açmış, pozitif hukukun küçümsenmesi, deneyimin yadsınması ve a priori'nin diğer tüm yöntemlere tercihi gibi pek çok olumsuz sonuç doğurmuş ya da onlara hız vermiştir<sup>26</sup>.

Maine doğal hukuk ve doğal yaşama olan inancın akla uygun olmadığını düşünmektedir. Bu inanç ancak tarihsel metotla aşılabılır. Maine'e göre:

"...dinsel itirazlar bir yana ne zaman birisi böyle bir araştırmaya direniyorsa bunun altında büyük olasılıkla tarihsellikten uzak, doğal bireye ya da

<sup>22</sup> BOCK, Kenneth, 1974, "Comparison of Histories: The Contribution of Henry Maine", *Comparative Studies in Society and History*, Vol.16, No.2. s.232, 238-240.

<sup>23</sup> Maine, *Ancient Law*, s.4-5.

<sup>24</sup> Maine, *Ancient Law*, s.31-32.

<sup>25</sup> Maine, *Ancient Law*, s.44-45.

<sup>26</sup> Maine, *Ancient Law* s.53-54.

topluma olan bilinçli ya da bilinçsiz bir inanca dayanan bir önyargı veya kısır bir gözü kapallık yatmaktadır<sup>27</sup>.

Gerçekte, Maine Bentham'ın görüşlerini doğal hukuk düşüncesiyle ilişkilendirirken pek de haklı değildir<sup>28</sup>. Bentham *A Fragment on Government* eserinde devletin toplumsal sözleşmeye dayandığı görüşünü açıkça reddederek, devletin kökeninden çok, devlet iktidarının fayda ilkesine göre oluşturulmasının önemli olduğunu belirtmiştir. Bentham İngiliz pozitif hukukunun eleştirilip toplumun faydası esasına göre reforme edilmesi gerektiğini söylerken, doğal hukuku da eleştirmektedir. Doğal hukuk, toplumsal sözleşme gibi hayali varsayımlara dayanmaktadır. Hukuk doğadan gelmez. Çünkü hukuk her zaman her yerde devlet otoritesi ile güvence altına alınmış ilkeler toplamıdır. Doğal hukuk ilkeleri ise belirsiz ve şüphelidir<sup>29</sup>.

Bentham toplumsal sözleşme teorisinin tarihi bir gerçeğin ifadesi olmadığını düşünmektedir. İnsanların devlete itaatini bu teoriye göre açıklamak mümkün değildir. Bentham; Hobbes, Locke ve Rousseau'nun görüşlerini inceledikten sonra bu üç teorisinin de aynı şekilde gerçekdışı olduğunu belirtmiş, devlete itaatin geçek sebebinin menfaat olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, devlet insanların mutluluğu için gereklidir ve onların menfaatine uygundur<sup>30</sup>.

### 1.5. Alman Tarihçi Hukuk Okulunun Maine Üzerindeki Etkisi

Maine'in analitik ve faydacı hukuka tepkisi, geleneksel tarih anlayışı ile çelişkisi ve özellikle kanunlara bireylerin tecrübelerinin detaylı şekilde incelenmesiyle anlaşılabilir bir öge olarak bakması, O'nun Alman Tarihçi Hukuk Okulunun devamcısı olması ile açıklanabilir<sup>31</sup>. Yüzyılın daha önceki yıllarında keşfedilen *Gaius'un el yazmaları*<sup>32</sup> Roma hukukunun gelişimi

<sup>27</sup> Maine, *Ancient Law*, s. 53.

<sup>28</sup> Kuper, s.34.

<sup>29</sup> Güriz, *Faydacı*, s. 64.

<sup>30</sup> Güriz, *Faydacı*, s. 64-68.

<sup>31</sup> Bock, *Comparison of Histories*, s.241.

<sup>32</sup> Gaius M.S. ikinci yüzyıl sonlarına kadar yaşayan, döneminin Roma hukukuna ilişkin *Institutiones* isimli bir eser yazan klasik hukukçudur. Bkz. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975, s.78. Gaius'un el yazmaları Alman tarihçi Barthold Georg Niebuhr tarafından 1816 yılında İtalya'daki bir kütüphanede bulunmuş ve dönemin akademik dünyasını büyük oranda etkisi altına almıştır. Gaius'un el yazmaları Savigny ve Maine'in çalışmaları açısından özellikle önemlidir ve aynı zamanda ikisi arasında ortak bir noktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nick O' Brien, " 'Something Older

ve modern hukukla ilişkisi konusunda kıta Avrupa'sının büyük üniversitelerinde büyük bir ilgiye neden olmuştur. İngiltere'de ise akademik alanda çağdaş Avrupa hukuk sistemlerini ve klasik Roma hukuk tarihini konu alan hukuksal çalışma neredeyse yok gibidir<sup>33</sup>. Maine ise tam o dönemde, daha çok Alman bilim adamlarının hakimiyetinde olan Roma Hukuku okutmaktadır<sup>34</sup>.

### 1.5.1. Roma Hukuku ve Almanya

Roma hukukunun Almanya'da önemi büyüktür. Ortaçağda Almanya'da örf adet hukuku uygulanmıştır. Roma İmparatorluğu'nu yeniden canlandırmak amacı ile kurulan Roma Cermen İmparatorluğu ise on ikinci yüzyıldan itibaren İmparator Iustinianus'un *Corpus Iuris Civilis* adlı derlemesinden oluşan Roma hukukunu uygulamaya koymuştur. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda hukukun ulusallaştırılması ve hukuki birliğin sağlanması için eski Alman hukukuna karşı bir eğilim oluşsa da, on beşinci yüzyıldan itibaren eski Yunan ve Roma kültürüne yönelik merakın artması, Roma hukukunu yeniden ilgi odağı haline getirmiştir. İtalya'da yapılan araştırmalarla gelişen Roma hukuku bilgisi; Prag, Viyana ve Heidelberg gibi ilk Alman üniversitelerinin kurulması ile giderek artmıştır<sup>35</sup>. Avrupa'daki diğer ülkelerden farklı olarak Almanya, Cermen hukukuna bağlı kalmayarak Roma hukuku sistemini benimseyip geliştirmiştir. Bunun nedeni Almanya'nın Roma İmparatorluğu'nu mirasçısı olarak görülmesi kadar Almanya'da bütün ülkeye hakim bir hukuk ve bunu savunacak hukukçuların gelişmesini sağlayacak bir merkezi gücün oluşmamasıdır<sup>36</sup>.

### 1.5.2. Tarihçi Hukuk Okulu

On dokuzuncu yüzyılın başında kanun oluşturma ve hukuksal reformun geleneğe saygıyla bağdaştırılması Alman hukukçuların önde gelen tartışma konularından biridir<sup>37</sup>. Roma hukuku, bütün Alman devletlerinin ortak hukuku niteliği taşımaktadır. Bunun yanı sıra, Alman devletlerinin özel kanunları da

Than Law Itself: Sir Henry Maine, Niebuhr, and 'the Path not Chosen', *The Journal of Legal History*, Vol: 26, No: 3, December 2005, s.229-251.

<sup>33</sup> Feaver, s. 45-46.

<sup>34</sup> Kuper, s.31.

<sup>35</sup> Seldağ Güneş Ceylan, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 2004, s. 88-89.

<sup>36</sup> Coşkun Üçok, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1.2, 1950, s.292, 310.

<sup>37</sup> Kuper, s.31.



hukuk alanında uygulama bulmaktadır. Almanya'nın ulusal birliğini sağlamayı kolaylaştırmak açısından ise tüm Almanya'ya kapsayacak bir medeni kanunun kabulü tartışılmaktadır. Bu aslında İngiltere'deki hukuk reformu tartışması gibi, Fransız Devrimi'nin ortaya çıkardığı ilke ve kurumlardan etkilenen bir tartışmadır. Ününü 1814 yılında yazdığı *On Vocation of Our Age For Legislation and Jurisprudence* (Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi) adlı bir makale ile kazanan Friedrich Carl von Savigny, bu tartışmalar sırasında medeni hukukun düzenlenmesine karşı çıkmış ve tarihçi hukuk okulunu kurmuştur<sup>38</sup>.

### 1.5.2.1. Savigny'nin Hukuk Anlayışı

Roma hukuku konusunda çalışan Savigny, her hukuk sisteminin belli bir sosyal ve hukuki gelişimin ürünü olduğunu, her halkın kendi özellik ve ihtiyaçlarına göre bir hukuka ihtiyacı bulunduğunu savunmuştur. Savigny'e göre her yerde ve her zaman geçerli, insanın aklından kaynaklanan doğal hukuk anlayışı, tamamen soyut ve gerçek dışıdır. Toplumsal sözleşme teorisi de tarihi bir gerçeği yansıtmamaktadır. Almanya'da yapılmaya çalışan medeni hukuk reformu ise doğal hukuk esasına dayanan Fransız Medeni Kanunu'nun iktibasından ibarettir. Böyle bir düzenleme ise hukukun geçirdiği tarihsel gelişime ters düşmektedir<sup>39</sup>. Savigny'e göre hukuk gelişimi süresince üç ayrı dönemden geçer:

1. İlk dönemde, hukuk halk vicdanında oluşarak, örf adet kuralları olarak ortaya çıkar.
2. İkinci dönemde, hukukla uğraşan bir sınıf olan hukukçular sınıfı ortaya çıkar. Hukuk artık sadece halk vicdanından doğmaz hukukçular da varolan kuralları yorumlayıp düzenleyerek hukukun gelişiminde rol oynar.
3. Üçüncü ve son dönem, hukukun kanunlar halinde yazılması yani kodifikasyon dönemidir.

Savigny'e göre, Almanya, hukukun gelişimi bakımından henüz ikinci dönemde bulunmaktadır. Kodifikasyon için hukuk kurallarının hukukçular tarafından bir süre işlenmesi gerekmektedir. Hukukun uzun bir oluşum süreci

<sup>38</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.227-228.

<sup>39</sup> Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.228-230.

içinde kesintisiz şekilde geliştiği düşünen Savigny için bu açıdan en önemli örnek ise Roma Hukukudur<sup>40</sup>.

Savigny, statik ve sürekli bir hukuk sistemi için uğraşan doğal hukukçulara karşı hukukun dinamik ve her zaman gelişen bir yapısı olduğunu savunmuştur. Hukuku belirleyen halk ruhu (volkgeist)<sup>41</sup> olduğunu söyleyerek Fransız Medeni Kanunu'na karşı tavrı almıştır. Savigny halk ruhu kavramını her ulusun bir devamlılığa ve deneyim birliğine sahip olması anlamında kullanmış, bu kavram ile hukuk bilimini özerkleştirmek ve hukukun gelişimini açıklamak istemiştir<sup>42</sup>.

Savigny ve kurduğu Tarihçi Hukuk Okulu, doğal hukuk gibi soyut varsayımlarla uğraşmak yerine hukukun tarihsel olarak incelenmesi gerektiği görüşünü ortaya atarak evrimci hukuk anlayışının gelişiminde öncü olmuştur. Savigny hukuksal gelişimi doğada varolan kademeli evrime benzetmektedir. Zaten Savigny'nin hukuksal gelişimi anlatmak için kullandığı sözcük, "Entwicklung" da evrim sözcüğüne karşılık gelmektedir. Savigny'e göre hukuk kültür ile birlikte evrimleşmektedir. Dil de hukukun gibi halk ruhundan doğmakta kendi iç dinamikleri doğrultusunda halkın içinde ilerlemektedir. Savigny'nin Darwin'den önce geliştirdiği bu görüşler Maine'i oldukça etkilemiştir ama Maine'in evrimci anlayışının gelişmesinde asıl rol oynayan Alman, Rudolph von Jhering'tir<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. İngilizce'ye Çeviren: Abraham Hayward. Batoche Books, Kitchener, 1999.s.17-32.

<sup>41</sup> Halk ruhu (volkgeist) kavramı daha çok Savigny'e atfedilen bir kavram olmakla beraber, bu kavramı ilk kez kullanan Tarihçi Hukuk Okulu'nun bir başka mensubu olan Puchta'dır. Puchta da Savigny gibi toplumsal sözleşme kuramın eleştirerek hukukun kaynağının halk ruhu olduğunu savunmuştur. İlk eserlerinde, hukukun kaynağını belirtmek için halk vicdanı kavramını seçen Savigny de daha sonraları, özellikle Tarihsel Hukuk Okulu'nun içinde oluşmaya başlayan milliyetçi kutup Germanistler'e karşı tavrını belirtmek ve kültürel birlik vurgusu yapmak için hukukun halk ruhu kavramını kullanmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Acar, Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, Yıl:2006.

<sup>42</sup> ACAR, Ali, 2006, "Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, Yıl:2006.s., 71-72.

<sup>43</sup> E. Donald Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, *Columbia Law Review*, Vol:85, No:1, June 1985, s.40-43.

### 1.5.2.2. Jhering'in Hukuk Anlayışı

Jhering başlangıçta Tarihçi Hukuk Okulunun ve Savigny'nin görüşlerini benimsemiştir. Daha sonra kaleme aldığı *Hukuk Uğruna Savaş* eserinde ise hukukun oluşumunu dilin gelişimi gibi mücadele gerektirmeyen bir şekilde açıklayan bu görüşlere karşı çıkmıştır. Jhering'e göre aksine hukuk, uzun uğraş ve çabaların sonunda değişmektedir. Hukukun amacı barış ve düzendir. Ama bu amaca uğraşmak mücadele etmekle mümkündür. Roma hukukunun gelişmesi de bir mantık işleminin sonucu değil, sosyal bazı amaçlar için yapılan düzenlemelerin sonucudur. Hukuk, sürekli değişen hayat şartlarına uygun güvenceler yaratmalıdır. Jhering, Bentham'ın görüşlerine benzer şekilde insanın bencil bir doğası olduğu, bu nedenle bilinçli şekilde toplum yararına hareket etmeyeceği görüşündedir. Jhering doğal hukuku görüşünü eleştirerek evrensel hukuk görüşünü de reddetmiştir<sup>44</sup>. Maine özellikle Jhering'in Roma Hukukunun gelişimine ilişkin düşüncelerinden etkilenmiştir. Ama Alman düşünürlerinin iç ayrımları ile fazla ilgilenmemiş, onlardan Roma Hukukunun Alman toplumlarını nasıl etkilediğini öğrenmekle yetinmiştir<sup>45</sup>.

### 2. Maine'in Hukuk Anlayışı

Maine hukuk konusunda Bentham ve Austin'in görüşlerini, Savigny'nin izinden giderek Roma hukuku kaynaklarına dayanarak çürütmeye çalışmıştır. Maine'e göre ilk toplumlarla gelişmiş toplumlar arasındaki farkın kökeni Roma hukukunda bulunabilir. Batı'nın gelişimini sağlayan kural ve özgürlük arasındaki dengenin kökeni Roma'dır. Roma'daki hukuksal kurumların tarihi hukuk hakkında bize geniş bir bilgi birikimi sunmaktadır. Maine özellikle iki noktanın üzerinde durur. Roma hukuk sistemi nasıl ortaya çıkmıştır ve nasıl gelişmiştir? Roma hukuku ilkel hukukla gelişmiş hukuk arasındaki köprüyü oluşturmaktadır<sup>46</sup>.

Maine'e göre hukuki sistemin temelini gelenek tarafından değil yasama faaliyeti ile belirlenmesi, kanunun siyasal otoritenin bilinçli emri ile oluşması, sadece hukuka ilişkin güncel bir ifadedir. Maine görüşünü şu şekilde dile getirir:

<sup>44</sup> Jhering, *Hukuk Uğruna Savaş*, Çev: Rasih Yeğengil, Sinan Matbaası, İstanbul, 1964, s. 7-12.

<sup>45</sup> Kuper, s.32.

<sup>46</sup> K.B. Smelie, "Sir Henry Maine", *Ekonomica*, No.22. (March, 1928), s. 64-67.

“...ilginç olan şey, ilkel düşünce tarihine daldıkça Bentham’ın belirlediği öğeler bütününe benzer bir hukuk kavramı ile karşılaşmayız. Oysa insanlığın ilk çağında ne bir yasama ve ne de somut bir kanun yazarı düşünülemez.” Maine, tersine o zamanlarda büyük çoğunlukla ataerkil despotizm altında yaşayan kişilerin her fiillerinde, bir hukuk değil fakat istediği şekilde hareket eden bir rejimin kontrolü altında olduğunu ileri sürmektedir<sup>47</sup>.

## 2.1. Ataerkil Toplum Teorisi

Maine’e göre toplumsal sözleşme savunucularının toplumun kökenine ilişkin “doğa durumu” kurguları tarih ve deneyim dışıdır. Maine *Ancient Law*’da insanların özgür ve yazgılarına egemen olduğu doğa durumu varsayımı yerine, “ataerkil despot”un kaprislerinin egemen olduğu toplulukları yerleştirmiştir. Buna göre ilk toplumlar birbirine sözleşmeyle bağlı özgür bireylerden değil, birbirine statü ile bağlı, mülkiyeti ortaklaşa kullanan ailelerden oluşmaktadır<sup>48</sup>. Maine’e göre “Karşılaştırmalı hukuktan çıkarılan... Delillerin sonucu ataerkil teori olarak bilinen en eski insan ırkı tasarımıdır<sup>49</sup>”.

Kuper’in belirttiği gibi sanki Maine, Rousseau’nun teorisini baş aşağı çevirmiştir. Rousseau’ya göre ilkel toplumda hür ve eşit olan bireyler kamu yararına bir sözleşme ile bir araya gelerek modern dünyada despotizmle karşılaşmaktadır<sup>50</sup>. Maine ise ilkel toplumda, Rousseau’nun ve tüm toplumsal sözleşmecilerin iddia ettiğinin aksine bireylerin özgür olmadığını, ilkel toplumun totaliter kabile reislerinin yönetimindeki dayanışmacı aile birliklerinden oluştuğunu düşünmektedir. Zamanla toplum geliştikçe, bireylerin özgür olduğu toplum modeli, ilkel toplumun yerini almaktadır<sup>51</sup>.

Maine ataerkil teori ile ilk toplumların kan bağı esasına göre oluştuğunu ortaya koymuştur. Maine’e göre ilk hukukun doğal gelişimi de bu ataerkil aile yapısı içinde olmuştur<sup>52</sup>. İnsanlar, ebeveyne itaatin birarada tuttuğu, mutlak şekilde yalıtılmış gruplar şeklinde dağılmışlardır. İlk toplumlarda aileler modern

<sup>47</sup> Maine, *Ancient Law*, s.4-5.

<sup>48</sup> Maine, s.72-75.

<sup>49</sup> Maine, , s.72.

<sup>50</sup> Kuper, s.36.

<sup>51</sup> Maine, s. 99.

<sup>52</sup> Smelic, s. 68.

dönemdekine benzememektedir<sup>53</sup>. Kanun ebeveynin sözcüğüdür, ilk çağlarda toplum şimdiki gibi bir bireyler topluluğu değildir. Toplum bir aileler kümesidir. Daha açık olarak, ilkel toplum birimi aile, modern toplumunki ise bireydir<sup>54</sup>.

*Ancient Law*'da ilk toplumlar, ataerkin yönetimindeki, ortak bir erkek atanın soyundan gelme akraba toplulukları olarak betimlenmektedir. Baba tarafı akrabalığın temeli, anne ve babanın evliliği değil, babanın kendisinden önce yaşamış olan atalarından devraldığı otoritedir<sup>55</sup>. Maine bu ilkel despotizmi Romalıların "*agnation*" kuramına dayandırmaktadır<sup>56</sup>. Roma hukukunda *agnatio* aynı evde yaşayan ya da ortak ata hayatta olsaydı yaşayacak olan kimseleri birbirine bağlayan hısımlıktır. Geçerli bir evlilikten doğan çocuklar ve evlilikle ailenin hakimiyetine giren kadınlar, birbiri ile *agnatik* hısımlıktır. Bu hısımlık aile reisi öldükten sonra da sürer<sup>57</sup>. Kadın aracılığıyla *agnatio* hısımlığı doğmaz. Bu hısımlık sadece erkeklere dayanır. Yani *patria potestas*'a sadece erkekler sahip olabilir. Baba egemenliği Roma hukukunda *patria potestas* olarak anılmaktadır<sup>58</sup>. *Patria Potestas* Romalılar tarafından şöyle tanımlanmaktadır:

"Çocuklarımız üzerinde haiz olduğumuz hakimiyet hukuku Roma vatandaşlarına hastır: Filhakika insanların hiçbirisi, bizim çocuklarımız üzerinde haiz olduğumuz gibi bir hakimiyete malik değildiler<sup>59</sup>."

Maine'e göre ilkel toplumlarda akrabalık *Patria potestas* ile sınırlıdır. Bu toplumlarda yönetici aile reisidir. Kadınlar evlilik yoluyla kocaların grubuna dahil olurken, erkekler evlenseler dahi kendi gruplarında kalmaya devam etmektedirler. Evlilik, kadın ve çocukları kocanın, aile reisinin yetkisi altına vermektedir. Kadının çocukları, kadının ailesi ile akraba sayılmamaktadır. Sadece erkeklerin çocukları asıl ataerkinliğin üyeleri olarak kabul edilmektedir<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> Maine, *Ancient Law*, s.78.

<sup>54</sup> Maine, *Ancient Law*, s. 74.

<sup>55</sup> Maine, *Ancient Law*, s.78-79.

<sup>56</sup> Maine, *Ancient Law*, s.88.

<sup>57</sup> UMUR, Ziya, 1982, *Roma Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.s., 22-23.

<sup>58</sup> Özcan Karadeniz Çelebicin, *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s.158-159.

<sup>59</sup> Gaius'tan aktaran Umur, *Roma Hukuku*, s.399.

<sup>60</sup> Maine, *Ancient Law*, s.88.

## 2.2. Toplumun Gelişimi

Maine, Roma hukukunun en erken dönemlerine ilişkin yaptığı çalışmalar sonucu ataerkil ailenin, Hint-Avrupa toplumunun kökeni olan bir tür ilkel aile örgütlenmesi olduğu sonucuna varmıştır<sup>61</sup>. Roma patria potestas'ından "açıkça bizim ortaçağ ataerkil otorite tipimiz" diye bahseder<sup>62</sup>. Maine göre aileler toplumun orijinal birimidir. Zamanla aileler birleşip *gensleri*<sup>63</sup> oluşturmuştur. Daha sonra gensler biraraya gelerek kabileleri, onlar da birleşerek ulusu ortaya çıkarmıştır. Bütün devletlerin gerisinde de bu dizilim yeralmaktadır<sup>64</sup>. Kabile topluluklarındaki yerel kontrollerin yerini alan güçlü, merkezi devletler, tımar ve mark gibi antik kurumların oluşumunu net bir şekilde etkilemiştir. Yasama organlarının yaptıkları değişiklikler, bireylerin zorlayıcı hareketleri ile birlikte bu toplulukların yıkılmasına neden olmuştur<sup>65</sup>. Bu, Aristoteles'ten beri birçok yazarın desteklediği toplumsal gelişim şemasıdır. Maine bu şemayı benimsemekle birlikte, küçük reformlarla kademe kademe gerçekleşen bir ilerlemenin yanında, devrimsel sıçramaların da mümkün olduğunu düşünmektedir. Maine'e göre siyasal ilerleme büyük bir devrimin, kan ve aile temeline dayanan toplumlardan, ülke ve devlet temelli toplumlara geçişin bir ürünüdür<sup>66</sup>. "Siyasal düşünceler tarihi, gerçekte siyasal olarak tek olası toplumsal zeminin kan bağı olduğu varsayımı ile başlamaktadır. Bir prensibin yıkılması ve ardından, örneğin yerellik gibi yeni bir prensibin, öncekinin yerine siyasal yaşama zemin oluşturması şeklinde bizim devrim dediğimiz irkiltici ve kesin değişimler... Ancak erken uluslar için geçerlidir"<sup>67</sup>.

Hindistan ve Roma örneklerini Rusya, Sırbistan ve İskoçya'da yapılan son çalışmalardan alınan bulgularla bir araya getiren Maine, toplumların keskin bir gelişme çizgisi olmasa da en azından "bireylerin ayırık haklarının dereceli

<sup>61</sup> Maine, *Ancient Law*, s.72.

<sup>62</sup> Maine, *Ancient Law*, s.81.

<sup>63</sup> Maine Savigny ile paralel şekilde *gens* aynı soydan gelen ailelerin doğal bir şekilde birbirlerine bağlanmaları olarak açıklamaktadır. *Gens* in oluşumu konusunda ikinci bir yaklaşım ise Nieburh'un savunduğu suni görüştür. Buna göre gens devletin oluşturduğu suni bir kurumdur. Kan bağı ile değil soyadı ile belirlenir. Gens hakkında herkesin ortak olduğu nokta ise gensin, aile ile devlet arasında bir geçit olduğudur. Gens kendisine özgü dini inançları ve ilahları olan büyük bir ev topluluğudur. Bkz. Umur, *Roma Hukuku*, s.6-7.

<sup>64</sup> Maine, *Ancient Law*, s.74.

<sup>65</sup> Maine, *Lectures on*, s.48-61,66.

<sup>66</sup> Kuper, s.38.

<sup>67</sup> Maine, *Ancient Law*, s.76.

olarak, toplumun derleme haklarından ayrışması" doğrultusunda bir gelişmenin olduğunu vurgular<sup>68</sup>.

### 2.3. Hukukun Gelişimi

Maine'e göre uygarlık eski hukukun katı formalitelerinin kırılması ve bireyin özgürleşmesi ile gerçekleşmiştir. Hukuk ataerkil toplumun giderek çözümlenmesini vasiyet, mülkiyet ve sözleşme gibi bireyi özgürleştiren hukuk tekniklerinin ortaya çıkmasını sağlayacak şekilde gelişmiştir. Roma hukuku bu değişimin tamamını yansıtır. Maine ataerkil ailedeki ilahi emir ile başlayan gelenek hukukundan yazılı hukuka geçiş, hukuki değişim vasıtalarının oluşması ve hukukun statüden sözleşmeye doğru gelişmesi açısından her zaman Roma hukuku kaynaklarını dayanak göstermektedir<sup>69</sup>.

Maine ilk toplumlardaki hukuk hakkında söylediklerini filozofik etkilerin dışında kalmış güvenilir bir kaynak olarak gördüğü Homeros'un İlyada'sına dayandırmaktadır<sup>70</sup>. Homeros'un rehberliğinde hukuk, ilk başta ataerkil toplumun bir sonucu olarak ailedeki en yaşlı erkeğin ağzından çıkan sözcüklerden ibarettir<sup>71</sup>. Tanrısal olduğu düşünülen otoritenin emirleri düzeni belirler. Daha sonraları hukuk, rahiplere benzer din görevlileri ve kanun koyucular olarak Homeros<sup>72</sup> şiirlerindeki gibi kahraman krallar tarafından, ihtiyaç doğduğunda anlık yargılar olan *themiste*'lerle belirlenmiştir. Maine; Themiste'yi, Homeros'un İlyada adlı yapıtında anılan adalet tanrıçası

<sup>68</sup> Maine, *Ancient Law*, s.158.

<sup>69</sup> Smelie, s. 67-69.

<sup>70</sup> DUFF, M. E. Grant Duff, 1892, "Sir Henry Maine: A Brief Memoir of his Life", *By the Right Honour M. E. Grant Duff G.C. S. I With some of his Indian Speeches and Minutes*, Selected and Edited by Whitley Stokes, D.C.I. London: 1892, Edinburg Review, 178: 365 (1893: July), s.107.

<sup>71</sup> Homeros İlyada'da Kykloplar'ın ne derleyicilere ne de themiste'lere sahip olmadığını, eşleri ve çocukları üzerinde yargı yetkisine sahip olduklarını söylemektedir. Maine'e göre Homeros, Kykloplarla yabancı ve daha az gelişmiş bir uygarlıktan bahsetmektedir. Bkz. Maine, *Ancient Law*, s.74. Kyklop'lar Türkçe'ye tepegöz olarak da çevrilen Yunan mitolojisindeki devlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Azra Erhat, *Mitoloji Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2000, s.187.

<sup>72</sup> Homeros'un yaşam öyküsü hakkında pek çok rivayet olsa da bilindiği kadarıyla M.Ö. dokuzuncu yüzyılda Anadolu'da yaşamış büyük bir ozandır. İlyada ve Odyssea adlı yapıtları eski Yunan uygarlığını konu almıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Homeros, *İlyada*, Çev: Azra Erhat, A. Kadir, Can Yayınları, İstanbul, 1992, s.14-15. Homeros'un İlyada'sı eski Yunan'dan günümüze gelen en eski belge olma özelliği taşımaktadır. Bkz. Edith Hamilton, *Mitolojya*, Çev: Ülkü Tamer, Varlık Yayınları, İstanbul, 1997, s.7.

*Themis*'ten<sup>73</sup> üretmiştir. *Themistes*'ler gelişmiş emsaller ya da tek tip kavramlar olmadan, sadece "izole edilmiş gerçek aşamalarının hükümleridir"<sup>74</sup>.

Maine'e göre, Hint-Avrupa toplumunun batı kollarında, bu kralların kutsal güçlerine olan inanç en sonunda, askeri ve politik aristokrasinin hakim olduğu genel bir harekete yol açarak, azalmıştır. Ari kökene sahip Doğu toplumlarında ise, liderlik ve otoriteye doğru gerçekleşen bu dönüşüm yerine, gücün krallar ve rahip benzeri elitler tarafından paylaşıldığı sistemler gelişmiştir.

Batı'da aristokrasi, siyasal bir oligarşi olarak Doğu'daki din adamları kastının yerini almıştır. Bu yeni elit, yasama yetkisini ele geçirmiş fakat tanrısal çıkarımlar yapmak yerine geleneğin bilgisini kendilerinde tekelleştirmiştir. Aristokrasi bu sayede idareyi sadece kutsal bir öncülükle değil, aynı zamanda kanunların bilgisinin meşruluğuna dayanarak gerçekleştirir. Maine'e göre böylece gelenek ve emsaller, hukuka ilk olarak sistematik bir şekilde girmiştir, çünkü bu yeni aristokratlar için eski hükümleri hatırlamak ve bu bilgiyi topluma aktarmak zorunludur. Maine'in "gelenek hukuku devri" olarak adlandırdığı bu dönem yazının icadıyla sona erer. Yazının icadı ile aristokrasi bilgi tekeli yitirir, gelenekler yazılı kurallar halini alır.

Maine'e göre Roma tarihinin genel gelişimine göre gelenek hukuku oldukça erken bir dönemde sisteme bağlanmış gibi görünmektedir. Roma hukukunun ilk düzenlemesi ve sonraki Roma medeniyetinin temel kanunlarının ana kaynağı olduğuna inanılan Roma'nın on iki levha kanunu<sup>75</sup>, o dönemin gerçek kanuni pratiklerini genel olarak yansıtmaktadır. Maine'e göre, Doğu'da Roma'daki gibi kanunların yayınlanmasını mecburi hale getiren bileşen, krallar ve rahipler üzerinde etki kazanamamış, buradaki düzenlemeler Roma'ya oranla çok daha geç olmuştur. Hint geleneksel hukukundan anlaşıldığı üzere, Hint kanunlarının düzenlenmesi büyük oranda yavan formüller içermektedir<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> *Themis* eski Yunan'da kanun, kural koyucu tanrıcadır. Adı koymak, yerleştirmek, oturtmak anlamına gelen *Themis*, *Olympos*'taki düzenin koruyucusu, evrensel ve ölümsüz tanrısal yasanın temsilcisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erhat, 282.

<sup>74</sup> Maine, *Ancient Law*, s.2-3, 5.

<sup>75</sup> On iki levha kanunu, Roma'da Cumhuriyetin kurulmasından kısa süre sonra oluşturulan yazılı kurallar bütünüdür. Bu kurallar forum meydanındaki fildişi levhalara kazındığı ve on iki ayrı kanun metninden oluştuğu için bu isimle anılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Michel Villey, *Roma Hukuku Güncelliği*, Çev: Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul, 1985, s.20-22.

<sup>76</sup> Maine, *Ancient Law*, s.6-8.



Maine'e göre, bu kodifikasyon döneminden sonra bile, hukuki işlemler büyük oranda törenlere bağlı kalmış ve prosedürün en ufak detayına köleliğe varan bir bağlılık gözlemlenmiştir. Bu dönemde varolan iktidarlar yeni bir hukuk düzeni oluşturacak kadar güçlü olmadıkları için mevcut gelenek hukukunu desteklemekle yetinmişlerdir. Hukukun bir sistem olarak ortaya konması, dini otoritelerden kurtulması ve bir hukukçular sınıfının ortaya çıkması çok daha sonraları gerçekleşebilmiştir. İlk dönemlerde siyasi iktidarın zayıf olması, hukuk sisteminin şekli ve katı olması sonucunu doğurmuştur. Devletin, hukuku kontrol etmeye başlayarak, hususi ölçü almaların ve kişilerin haklarını kendi başlarına elde etme çabasının yerini alması, geç ve zor olmuştur<sup>77</sup>.

### 2.3.1. Hukukun Gelişimini Sağlayan Araçlar

Maine'e göre hukuki değişim, gelişmenin gerekliliğini fark eden bazı "ilerici toplumlar"ın bu yönde hukuki düzenlemeler yapması ile mümkün olmuştur. Toplumlar büyüyüp yayıldıkça, başka toplumlarla ilişkiler geliştirdikçe ve insan zekası gelişip yeni bilgiler kazandıkça yeni toplumsal ihtiyaçlar ortaya çıkmaktadır. Maine bu ihtiyaçların eski hukuk kuralları ile karşılanamayacak nitelikte olduğu görüşündedir. Ancak yeni toplumsal koşullar yeni hukuk kuralları gerektirirken, geleneksel ve doğüstü inançlara dayanan eski hukuk kurallarının uygulanması da toplumsal huzur açısından gereklidir. Maine'e göre toplumların bu çıkmazdan kurtulması ve hukukun gelişimi üç araç vasıtası ile mümkündür. Bunlar hukuki kurgu<sup>78</sup>, eşitlik ve yasama<sup>79</sup>.

#### 2.3.1.1. Hukuki Kurgu

Hukuki kurguların rolü, yeni ihtiyaçları karşılamak için eski hukuk normlarına yeni anlamlar vermektir. Maine bu kurguların hukuki gelişmenin kundağını teşkil ettiğini, hukuki gelişmenin öncelikle hukuki kurgular içinde doğup geliştiğini söylemektedir. Maine'e göre hukuki kurgular reform mekanizmalarıdır. Hukuki kurgular sayesinde yöneticiler reform yaparken

<sup>77</sup> Maine, *Lectures on*, s.148-149.

<sup>78</sup> Maine hukuki kurguyu (legal fiction) Roma hukukundaki  *fictio*  sözcüğünden türetmiştir. *Fictio*, gerçekte varolmayan bir olayın veya unsurun var kabul edilmesidir. Bkz. Umur, Roma Hukuku Lügatı, s.71, Maine de *fictio*'yu Roma hukukunda davalının, davacının engel olamadığı, gerçekte varolmayan iddiaları içeren istemi olarak tarif etmiş ve kendisinin hukuki kurguyu bundan daha geniş şekilde ele aldığı ifade etmiştir. Bkz. Maine, *Ancient Law*, s.15.

<sup>79</sup> Maine, *Ancient Law*, s.15-16.

muhafazakar çoğunluk her şeyin aynı kaldığını düşünmektedir. Maine'e göre hukuki kurgu "kanun hükmünün tahrif edildiğini, teskerenin değiştirilmediğini, işlemin dönüştürüldüğü" saklar ya da saklamaya çalışır<sup>80</sup>. Maine hukuki kurguların bu ikili işlevini şöyle tarif eder:

"... bu hukuki kurgular gelişme yönündeki arzuyu tatmin ederken aynı zamanda değişikliğe karşı beslenen körü körüne muhalefeti de rahatsız etmiyor<sup>81</sup>."

Roma sisteminde yaşanan gelişmeler bunun en güzel örneğidir. Maine bu konudaki görüşlerini milattan önce sekizinci yüzyıldan, Iustinianus düzenlemesinin yapıldığı milattan sonra 565'e kadar, Roma hukuk tarihinde yaşanan gelişmelere dayandırmaktadır. Maine'in hukukun gelişimi konusunda çizdiği tabloya benzer şekilde, Roma'nın ilk dönemlerinde, hukuk işlerine din adamları bakmaktadır. *Pontifex* olarak adlandırılan ve Roma'nın ilk hukukçuları olarak bilinen bu din adamları hukuk bilgisini tekelleştirmişlerdir. *Pontifexler* esas olarak *interpretatio* (kanunların tefsiri), *cavere* (hukuk kurallarına şekil vermek) ve *respondere* (belirli olaylar üzerine tarafların kendilerine sordukları hukuki sorulara cevap verme) görevlerini yerine getirmektedir. On iki levha kanununun düzenlenmesinden sonra Cumhuriyet Döneminde ortaya çıkan ve *praetor*'lara<sup>82</sup> danışmanlık eden laik hukukçular olan *Iusprudentes*'ler ise *respondere* faaliyetlerini genişletmişlerdir. Laik hukukçular, sözlü ve yazılı cevaplar diğer adı ile *Responsa Prudentium*'lar sayesinde gelenekleri değiştirmeden toplumsal ihtiyaçlara uygun şekilde yorumlamaya başlamışlardır<sup>83</sup>. Bu nedenle *Iusprudentes*'ler Roma hukukuna asıl büyüklük kazandıranlar olarak kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Maine'e göre *Iusprudentes*'lerin *Iusprudentia* olarak bilinen hukuk uygulaması hukukun değişimini kolaylaştırmıştır. Aynı modern İngiliz hukuk sisteminin erken dönemdeki gelişiminde olduğu gibi, uygulanan kanunun hep var olduğu varsayılarak dava hukuku, hukuku değiştirmiştir<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> Maine, *Ancient Law*, s.15–17.

<sup>81</sup> Maine, *Ancient Law*, s.16–17.

<sup>82</sup> Praetor, Roma'da yönetim ve yargı işlerini yürüten halk meclisi tarafından seçilen yetkililere verilen addır. Praetor'luk Roma hukukuna şekil veren bir makamdır. Karadeniz Çelebican, s.22-23.

<sup>83</sup> Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s.98, 170, 181–184.

<sup>84</sup> Villey, s.35.

<sup>85</sup> Maine, *Ancient Law*, s.16.

Maine hukuki kurgu kavramını genişleterek, preatorların daima eski Roma kanunlarını tatbik etmekle yükümlü olduklarına dair faraziyeyi bile kurgu olarak kabul etmiştir<sup>86</sup>. Hukuki kurgu sayesinde bütün yeni prensipler, halka kanunların tefsirleri olarak tanıtılmış ve bu sayede eski kanunlara olan saygıdan da yararlanılmıştır. Ancak kurgular sadece belirli gelişme aşamalarını atlatmaya yaramaktadır, hukuki değişim sonuna kadar kurgularla ilerletilemez. Çünkü kurgular aynı zamanda hukukun anlaşılmasını güçleştirmekte ve uygulamada karışıklığa sebep olmaktadır<sup>87</sup>.

### 2.3.1.2. Eşitlik

İnsan ilişkilerinin çoğalış ve çeşitlenmesi, yeni ve daha rasyonel prensiplerin müdahalesini zorunlu kılar. Bu noktada devreye eşitlik normları girer. Maine'e göre eşitlik normları hukukun değişimi sağlayan ikinci araçtır. Maine eşitliği "kesin ilkeler üzerine kurulmuş ve bu ilkelerin doğasında bulunan olağanüstü bir kutsallığın etkisiyle doğal bir iktidar talep eden" ve "hukukun yanında varolan bir dizi kural" olarak adlandırmaktadır<sup>88</sup>.

Maine eşitlik kavramı ile doğal hukuk kavramını beraber ele alır. Maine'e göre eşitlik ilkeleri bir toplumda varolan asıl hukuk ilkelerinin yanı sıra başında yeralan ve temsil ettikleri ahlaki değerler dolayısıyla pozitif ilkelerin yerine geçmeye layık oldukları düşünülen kurallar toplamıdır. Eşitlik normları gerçekte büyük çapta kurgulardır ancak mevcut hukuktan daha rasyonel ve ahlaki oldukları için mevcut hukukun gelişmesini sağlamaktadırlar<sup>89</sup>.

Hukuki kurgularla gerçekleştirilen reformların ardından Cumhuriyet Dönemi'nin sonuna doğru Romalılar da eşitlik ilkesini benimsemişlerdir<sup>90</sup>. Kanuni reformlar açısından eşitlik, *Responsa Prudentium*'larla uygulamaya koyulan hukuki kurguların yerini almıştır. Roma'nın askeri ve ticari büyümesinin bir sonucu olarak medeni hukuk alanında yabancılara ilişkin düzenlemeler zaruri olmuştur. Yabancılara ilişkin hukuktan sorumlu olarak atanan *Pretor Peregrinus, aequitas* yani eşitlik ilkelerine dayanarak, Roma'daki gelişime ayak uyduramayan eski hukukun değişmesini sağlamıştır.

<sup>86</sup> Topçuoğlu, s.480.

<sup>87</sup> Maine, s.16-17.

<sup>88</sup> Maine, *Ancient Law*, s.17.

<sup>89</sup> Maine, *Ancient Law*, s.17.

<sup>90</sup> Kuper, s.42.

Eşitlik ilkesinin uygulaması sonucu ortaya çıkan *Ius Gentium*<sup>91</sup>'un temelinde yatan ise Yunan doğal hukuk düşüncesidir<sup>92</sup>.

Maine, Hint ve Avrupa tarihleri arasındaki farklılığın bir açıklamasının da Romalılar'ın Yunanlar'dan devraldığı doğal kanunlar olabileceğini düşünmektedir. Romalı hukukçuların basit, simetrik ve uyumlu bir hukukun oluşturulabileceğine dair inançları, din tarafından korunan ve saklanan eski uygulamaların delinmesine neden olmuştur. Yine de Maine'e göre Roma'nın doğal hukuk doktrini "devrimci ya da anarşik değil çare niteliğindedir." Roma'da doğal hukuk düşüncesi daha iyi bir hukuka ilişkin inancı canlı tutarken, pozitif kanunların zorunluluğunu reddetmemiştir<sup>93</sup>.

### 2.3.1.3. Yasama

Pozitif hukukun reddedilmemesi hukuki değişimin devamı açısından önemlidir. Çünkü hukuki değişimin üçüncü aracı yasamadır. Maine'e göre yasama faaliyeti, özellikle modern toplumların hukukunun yaratılmasında önem taşımaktadır. Maine, Savigny gibi kanunlaştırmayı küçümsememiş fakat kanunlaştırma faaliyetinin hukukun değişimi konusunda sadece araçlardan biri olduğunu belirtmiştir<sup>94</sup>.

Maine yasama terimini "tüm toplumun organı ve ıslah araçlarının en sonuncusu olan, ister otokratik bir prenslik, ister parlamenter bir birlik olsun, yasamanın kararnameleleri" anlamında kullanmıştır<sup>95</sup>. Yasama, otoritenin yerleştiğinin bir göstergesidir. "Bir ulusun gençliği ve bebekliğinde, yasamanın

<sup>91</sup> *Ius Gentium* Roma vatandaşlarının yanında yabancılara da uygulanabilen hukuka verilen addir. Roma İmparatorluğu'nun sınırlarının gelişmesi ile Roma egemenliği altında yaşamaya başlayan yabancıların artması bu hukukun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bkz. Karadeniz Çelebican, s.91-93. *Ius Gentium*'un gelişmesinde stoacı düşünürlerin savunduğu *Ius naturale* yani doğal hukuk düşüncesinin etkili olduğu tahmin edilmektedir. Zenon tarafından M.Ö. 308 yılında Atina'da kurulan Stoacı Felsefe Okulu özellikle ahlak ve erdem üzerine düşünceler geliştirmiştir. Bu okulun Roma'daki devamcısı Cicero pozitif hukuk kurallarının uygulanmasında doğabilecek haksızlıkların giderilmesi için *aequitas* yani eşitlik kavramına başvurulmasını istemiştir. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.176-180.

<sup>92</sup> Maine, *Ancient Law*, s. 34-37.

<sup>93</sup> Maine, *Ancient Law*, s. 45-46.

<sup>94</sup> TOPÇUOĞLU, Hamide, 1963, *Hukuk Sosyolojisi Derstleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara., s. 482.

<sup>95</sup> Maine, *Ancient Law*, s.17.

özel hukukun genel reformu için öncelikli olarak kullanıldığı pek görülmemiştir<sup>96</sup>,

Maine *Ancient Law*'un ilk üç bölümünde ortaya koyduğu hukukun gelişimine dair bu tarihi dizi ile Bentham'a a priori'yi yalanlamıştır. Buna göre yasama, hukuki evrimin kökeni değil zirvesidir<sup>97</sup>. Yine de Maine'in yaptığı Roma hukuk tarihi çalışması hukuk sisteminin gelişiminde biraz geç de olsa yasamanın önemli rol oynadığını kanıtlamaktadır<sup>98</sup>.

### 2.3.2. Hukukun Gelişim Yönü

Hindistan ve Roma örneklerini; Rusya, Sırbistan ve İskoçya'da yapılan son çalışmalardan elde edilen bulgularla bir araya getiren Maine toplumların keskin bir gelişme çizgisi olmasa da, en azından "bireylerin ayrık haklarının dereceli olarak, toplumun derleme haklarından ayrışması" doğrultusunda bir gelişmenin olduğunu vurgulamıştır<sup>99</sup>.

Maine ilerici toplumların gelişiminin, gitgide aileye bağlılığın zayıflaması ve bireysel sorumlulukların artması açısından aynı olduğu görüşündedir. Medeni hukukun birimi olarak ailenin yerini giderek birey almaktadır. Maine'e göre kişiler arası ilişkilerin aileler arasındaki ilişkiler içinde kaybolduğu toplumdaki, bütün ilişkilerin bireylerin özgür katılımıyla belirlendiği bir toplum düzenine doğru ilerleme söz konusudur. Aile düzleminde hak ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen statüler yerini gün geçtikçe sözleşmeye bırakmaktadır<sup>100</sup>.

"Statü kelimesi, değeri ne olursa olsun bana yeterince araştırılmış görünen, süreç hukukunu ifade etmek için, bir formül inşa etmede faydalı olabilir. Bireyler hukukunda bahsedilen tüm statü biçimleri eskiden beri ailenin içinde varolan güçler ve imtiyazlardan çıkarılmıştır ve bir ölçüde hala onlardan faydalanmaktadır. O zaman, eğer en iyi yazarların kullandığı anlamda, bu kişisel koşulları belirlemek ve böylesi koşulları anlaşmanın acil ya da uzaktan sonuçlarında uygulamaktan kaçınarak statü terimini kullanırsak, ilerlemeci

<sup>96</sup> Maine, *Ancient Law*, s.25.

<sup>97</sup> Kuper, , s.42.

<sup>98</sup> Feaver, s. 49.

<sup>99</sup> Maine, *Ancient Law*, s.158.

<sup>100</sup> Maine, *Ancient Law*, s.99.

toplumların hareketinin şimdiye kadar statüden sözleşmeye doğru olduğunu söyleyebiliriz<sup>101</sup>.

Maine “statü” terimini, özellikle aileden kaynaklanan, verili hak ve yükümlülükler için kullanmıştır. Statü, bu anlamıyla özgürlük işareti “sözleşme”nin karşısını oluşturmaktadır. İlk toplumları belirleyen ilke statü ilişkileri, modern toplumları belirleyen ise sözleşme ilişkileridir. Sözleşme bireyin ilkel statü bağlarından kurtulması ile ortaya çıkmıştır<sup>102</sup>. Maine ilerlemeci toplumlarda hukuki hareketin “şimdiye dek” statüden sözleşmeye olduğunu belirtmiştir. Yani bu sürecin devam edeceğine ilişkin bir öngörüsü yoktur<sup>103</sup>.

Maine’e göre hukuki hareketin statüden sözleşmeye doğru olmasının en önemli nedeni, ataerkil aile yapısının geçirdiği dönüşümdür. Maine baba otoritesinin her şeyin üstünde olduğu ataerkil toplum biçiminin, hukuki kurguların en önemlilerinden biri olan evlat edinme ile aşınmaya başladığını ileri sürer. Evlat edinme sonucu kimsesizler ailelere kabul edilmiştir. Bu aynı zamanda *Patria potestas* ilkesinin, dışarıdan gelenleri aileye kabul edecek şekilde, esnetilmesi anlamına gelmektedir. Bu hukuki kurgu sayesinde artık birlik üyelerini belirleyemeyen *agnation*, yeni gerçekliğe uyum sağlamak için geliştirilmiştir<sup>104</sup>.

Başlangıçta evlat edinme ailenin güçleneceği inancı ile hoş karşılanırken, daha sonraları asıl çekirdeği oluşturan akraba erkek topluluğu, yeni gelenlere karşı ayrımcılık uygulamaya ve hakların yeniden kan bağına göre düzenlenmesini talep etmeye başlamıştır. Sayıları zaman içinde artan evlat edinilenler de kendilerine uygulanan ayrıma karşı alternatif medeni haklar talep etmişlerdir. Bu zaman içinde kan bağı ilkesinden yerellik ilkesine geçilmesini sağlamıştır. Maine, yerellik ilkesine geçişi şu şekilde açıklar:

“ Bunların, siyasal hakların, gerçek ya da yapay, yalnızca kan bağına bağlanması yolundaki sert ısrarları; ikincilere, gerçekliği daha sağlam başka bir

<sup>101</sup> Maine, *Ancient Law*, s.100.

<sup>102</sup> Kuper, s.38.

<sup>103</sup> Feaver, s.55.

<sup>104</sup> Maine, *Ancient Law*, s.87-89.

ilkeyi öğretti. Bu artık her yerde, siyasal işlemler konusunda topluluğun temelini dayanan yerellik ilkesiydi<sup>105</sup>.”

Yerellik ilkesi ile düzenlenen toplumda bireyleri birbirine bağlayan bağlar giderek zayıflamıştır. Bu bireylerin giderek daha özgür olmasını sağlar. Çağlar alan bir özgürleşme sürecinin ardından ise sözleşme ile düzenlenen ilişkiler ortaya çıkar. Maine'e göre bireycilik ve sözleşme bu nedenle yüksek uygarlıkların bir ürünüdür.

Maine'e göre Roma tarihsel kayıtlarında zamanla ebeveynlerin kendi nesilleri üzerindeki kontrolü kaybetmelerine dair çok kanıt vardır. Örneğin, Roma *patria potestas*'ı altında, aile reisi, kendi neslinden olan insanlar üzerinde, bütün hukuki süreçlerde, hatta evlenme ve boşanmalarda, bebeklerin evlat verilmesi ya da satılmasında bile kayıtsız şartsız bir otoriteye sahiptir. Ebeveynin hukuki güçlerinin, sivil yargıçların yargısına bırakılması İmparatorluk döneminin başına kadar gerçekleşmemiştir<sup>106</sup>.

Toplumsal ve ekonomik koşulların zamanla geçirdiği değişim, Roma'da hukuki ve ekonomik bir birlik olan aile kurumunun ile her konuda yetkili belirleyici olan aile reisinin değişimine neden olmuştur<sup>107</sup>. Roma hukuku kaynaklarında, baba hakimiyetinin Cumhuriyet devrinin sonlarından başlayarak, Hıristiyanlığın da etkisi ile özellikle İmparatorluk döneminde azaldığı belirtilmektedir. Bu hakimiyetin azalmasında özellikle *Peculium* kurumu önemlidir. *Peculium*, erkek çocukların ve kölelerin, hukuken maliki olmamakla birlikte iş yapmakta kullanabileceği sermayedir. Aile ilişkilerinin gelişmesi ile aile reisinin bütün hukuki işlemleri tek başına yapma imkanının kalmaması, *peculium* kurumunu doğurmuştur. Bu sayede aile reisinden kısmen de olsa bağımsız hukuki işlemler yapılmaya başlanmış ve erkek çocuklar zamanla aile reisinin yardımcı haline gelmişlerdir.

*Peculium*'ların zamanla farklı türleri ortaya çıkmıştır. Önce İmparator Augustus, askerlerin savaş sırasında ganimet olarak kazandıkları malları, miras bırakmalarına izin vermiştir. Daha sonra bir kimsenin asker olurken aldığı hediyeler, bir askerın diğerine bıraktığı miras ve eşinden gelen miras da bu *peculium*'a eklenerek, buna *peculium castrense* yani savaşta elde edilen

<sup>105</sup> Maine, *Ancient Law*, s.78.

<sup>106</sup> Maine, *Ancient Law*, s.83.

<sup>107</sup> Karadeniz Çelebican, s.171.

*peculium* adı verilmiştir. Bununla beraber hala vasiyette bulunmadan ölen askerin sahip olduğu *peculium* aile reisine geçmektedir. Üç yüzyıl sonra İmparator Constantinus zamanında ise aynı ayrıcalıklar devlet memurları için de geçerli hale getirilmiş, bu kişilerin görevleri vasıtası ile elde ettikleri mallar ve aldıkları hediyeler de *peculium* sayılmıştır. Roma'daki en büyük kanunlaştırma hareketlerinin mimarı İmparator Iustinianus, daha sonra bunlara *peculium quasi castrense* adını vermiştir. Yine Constantinus annenin ve anne tarafından gelen tüm malların çocuğa intikalini kabul edip, baba tarafından temlikini yasaklayarak, aile reisinin hakimiyetinin azalmasını sağlamıştır. Iustinianus ise bu durumu genişleterek çocuğun babasından başka kişilerin yardımı ya da kendi çabası ile elde ettiği malların mülkiyetini çocuğa vererek, babanın bu mallar üzerindeki haklarını kısıtlamıştır. Bu tür *peculium*'a ise *peculium adventicium* adı verilmektedir. Ayrıca daha sonra bu mallar çocuğa yapılan bağışlar ve aile reisinin rızası dışında kabul ettiği mirası da kapsayacak şekilde genişletilmiş ve bunlara da *peculium adventicium irregulare* adı verilmiştir<sup>108</sup>.

Maine de *Ancient Law*'da imparatorluğun ilk yıllarıyla birlikte baba hakimiyetinin *peculium castrense*, *peculium quasi castrense* gibi araçlarla azaldığını, özellikle Constantine ve Iustinianus'un aile reisinin haklarını kısıtlayarak Roma aile hukukunda çığır açtıklarını belirtmiştir. Maine'e göre bu, erken Roma toplumundaki aile reislerinin tescilli ayrıcalıklarının ciddi şekilde azalması anlamına gelmektedir ve bütün uygar dünya bundan etkilenmiştir<sup>109</sup>.

Maine, Roma hukukunda kadınların hakları konusunda da benzer değişimler tespit etmiştir. Eski Roma'da üç tür evlilik söz konusudur. *Confarreatio* dini törenle yapılan evliliktir. Belirli sözlerin söylenmesi ile gerçekleşen *coemptio* ve kadının erkeğin evinde bir süre kalması ile aileye katıldığı *usus* türü evliliklerin ise dini içeriği yoktur. Erkeğin kadın üzerindeki hâkimiyetinin belirgin olduğu bu erken Roma evlenme biçimleri altında, koca eşi üzerinde büyük haklara sahiptir. Evlilikle birlikte kadının tüm malı erkeğin ailesinin olmakta ve erkeğin ölümünden sonra bile kadın, eşi tarafından belirlenmiş bir koruyucuya emanet edilmektedir. Ancak zamanla cinsiyetlerin eşitliği varsayımı, başta gelen Romalı yargıçlar arasında yaygınlaşan bir doğal hukuk ilkesi haline gelmiş ve kadınlar zamanla kişi olarak bağımsızlık ve mülkiyet hakkı kazanmışlardır. İlkçağda Hıristiyanlığın ve barbar nosyonların

<sup>108</sup> Umur, *Roma Hukuku*, s. 401–403.

<sup>109</sup> Maine, *Ancient Law*, s.83–84.



etkisiyle Roma hukukunda evrim, kadının kan bağından bağımsızlaşarak, aşamalı biçimde kocasının hukuki kişiliğinden serbest kalmasıdır. Maine, benzer değişimlerin modern evlilik hukukunda da izlenebileceğini belirtmektedir<sup>110</sup>. Kadınları özgürleştiren bu süreç Maine *Ancient Law*'u yazdığında henüz tamamlanmamıştır<sup>111</sup>.

Maine kanunların gelişiminin, insanlar üzerindeki özgürleştirici etkisi ile ilgili teorisi bakımından Roma hukukundaki köle efendi ilişkilerini de önemsemektedir. Kölelik kurumu bir modern bir Avrupalı'ya barbarca görünse de, Maine'e göre gerçekte Roma tarihinde köle, medeniyetin başlangıcında olduğundan çok daha iyi konumdadır ve bu gelişme doğal hukuk ilkeleri sayesinde meydana gelmiştir. Modern Avrupa tarihinde ise kölenin statüsü ortadan kalkmış ve köleliğin yerini sahip ve hizmetçi ilişkileri sözleşmesi almıştır<sup>112</sup>. Feaver'ın ifadesiyle, "Maine bu argümanı, İngiliz hukuki yazınının en çok beğenilen metinlerinden biri haline gelmiş çarpıcı bir genellemeyle açıklamaktadır"<sup>113</sup>:

"Tarihin sınırından, bireylerin tüm ilişkilerinin aileyle sınırlandığı bir toplum koşullarından başlayarak, görünüşe göre tüm ilişkilerin bireylerin özgür anlaşmalarından doğduğu bir toplumsal düzen aşamasına ilerliyoruz..."<sup>114</sup>

Maine'in gerçekleştirdiği hukuki çalışmalara göre medeni hukuk, batı tarihinin bilinen tarihinde çok az bir yer kaplamasına karşın, "medenî kanunlar tarafından dikkate alınan bireyin, ailenin yerini aldığı" Roma'da, aynı modern "ilerlemeci" Avrupa toplumlarında olduğu gibi giderek genişlemiştir<sup>115</sup>.

Maine ilkel toplumun yapıtaşı olan ataerkil ailelerin komünal bir yapıya sahip olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla sözleşme gibi özel mülkiyet ve miras hukuku da tarihi evrimin bir ürünüdür<sup>116</sup>. Maine Roma hukukunda taşınır mülkiyet biçimlerinin gelişimine dair de izler bulmuştur. Katı Roma kanunu *res mancipi*'nin dereceli şekilde daha uyumlu bir kanun olan *res nec mancipi*'ye

<sup>110</sup> Maine, *Ancient Law*, s.91-92.

<sup>111</sup> Feaver, s.52-53.

<sup>112</sup> Maine, *Ancient Law*, s.95-97.

<sup>113</sup> Feaver, s.53.

<sup>114</sup> Maine, *Ancient Law*, s.97.

<sup>115</sup> Maine, *Ancient Law*, s.99.

<sup>116</sup> Kuper, , s.42.

dönüşmesi, Maine'e göre İngiltere'deki mülkiyet düzenlemelerinin değişimine benzemektedir. İngiltere'deki gayrimenkul kanunu da dereceli olarak menkul kanunu karşısında dönüşmüştür<sup>117</sup>. *Res mancipi* yük ve çeki hayvanları; köylerdeki gayrimenkul irtifakları gibi Roma ve benzeri tarımla geçinen toplumlar açısından önemli olan mallardır. Bu malların devri ancak *mancipatio* denilen şekilde bağlı bir sözleşme ile mümkündür. *Res mancipi* olmayan mallar ise *res nec mancipi* olarak adlandırılır ve devirleri *traditio* denilen şekilde bağlı olmayan bir sözleşme ile yapılabilir. Ekonomik ve toplumsal değişimle birlikte mallar arasındaki bu ayrım zamanla azalmış, Iustinianus döneminde ise tamamen ortadan kalmıştır<sup>118</sup>. Bu dönemden sonra bütün mallar *traditio* ile devredilebilir hale gelmiştir. Maine'e göre, Roma'da zaman aşımı ile bir mala sahip olma anlamına gelen *usucapion* ya da *cessio in jure* yani hileli mülkiyet gibi mülkiyet reformuna yardımcı olan başka hukuk kurumları da mevcuttur. Bunlar zaman içinde özel mülkiyetin ortaya çıkmasını sağlamışlardır. Maine'e göre modern kanunlarda da bunların benzerleri mevcuttur<sup>119</sup>.

Maine, ilk toplumdaki ailelerin çarpıcı biçimde küçük bağımsız birer işletmeye benzediklerini düşünmektedir. Maine'e göre erken aile hukuku, modern işletme kavramına karşılık gelmektedir. "İşletme hiç ölmez ve buna bağlı olarak ilkel hukuk içerdiği bireyleri dikkate alır, örneğin ataerkil aileler sürekli ve farksızdır<sup>120</sup>."

Maine'e göre ailenin bir işletme olması, kalıtımsal mirasın neden vasiyetle bırakılan mirastan daha eski bir kurum olduğunu açıklamaktadır. Maine, Roma hukukunun erken dönemlerinde mirasla mülkiyet bırakılmadığını ve vasiyetin geri dönülemez, gizli ya da yazılı olmadığını gözlemleyerek verasetin aslında aile içindeki hakimiyet tarafından düzenlendiğini belirtmiştir. Yazılı vasiyetnameler, sadece bir sonraki nesile doğal olarak unvan verilen çizgide bir kopma yaşandığında kullanılmaya başlanmıştır<sup>121</sup>.

Roma sözleşme hukukunu da tarihsel olarak inceleyen Maine, eski dönemlerde sözleşmenin sözlü ve zor bir prosedüre sahip olduğunu, sözleşmenin zamanla törensel niteliklerinden arındığını ve uygulamasının kolaylaştığını

<sup>117</sup> Henry Maine, *Ancient Law*, s.160,167

<sup>118</sup> Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s.130, 182, 208.

<sup>119</sup> Maine, *Ancient Law*, s.160, 167-170.

<sup>120</sup> Maine, *Ancient Law*, s.75.

<sup>121</sup> Maine, *Ancient Law*, s.108-112, 122.

belirtmektedir. Maine ilk kanunların bireylerin sözleşme yapmasına izin vermediğini, aile reisinden bağımsız şekilde sözleşme yapabilmenin ancak ileri uygarlıklar döneminde mümkün olabildiğini eklemektedir. Bireylerin sözleşme özgürlüğünün olmaması ilk toplumlarda aynı zamanda mülkiyetin ortak olması sonucunu doğurmaktadır<sup>122</sup>.

Maine'in "statüden sözleşmeye" teorisi, erken hukuk hakkında yaptığı en meşhur genellemelerden biri olmakla birlikte, içerdiği özel politik görüşler nedeniyle hep tartışmalı kalmıştır. Maine tarafından Roma kişiler hukukuna dayandırılan bu hüküm, genel olarak "ilerlemeci" hukuki sistemlerin şartlarına ilişkindir. Bu nedenle Maine'in çağdaşları tarafından, sanayinin gelişmesi ile ortaya çıkan yeni Avrupa toplumundaki önde gelen ideolojik akımların doğrulanması olarak algılanmıştır. Maine bireyciliğin bir ifadesi olarak, ilerlemeci Batı insanının, hukuki düzenlemelerin doruğuna doğru yürüdüğünü, bireylerin özgürlüğü için prensipte kişiler ile sözleşme yapıldığını iddia etmiştir.

Maine'in hayatı boyunca yaşadığı deneyimler, statüden sözleşmeye ifadesinin inandırıcılığını açıkça desteklemiştir. Maine'in yaşadığı dönemde iş yaşamı ve endüstrinin düzenlenmesinde sözleşme özgürlüğü, tesis kurma özgürlüğü ve miras bırakma özgürlüğü, parlamentonun desteklemesi ve saygı göstermesi gereken konular olarak kabul edilmiştir. On dokuzuncu yüzyıl İngilteresi'nde aile hukuku bu gelişmelerden diğer hukuk dalları kadar pay almamış olsa da, Evli Kadının Mülkiyeti Eylemleri, yüzyıl sonunda kadınlar mülkiyet hakkını tamamen elde edinceye kadar sürmüştür. Dahası 1865'te *Ancient Law*'un üçüncü baskısına hazırlanırken, Maine, kendi tezine destek olarak, Rusya ve Amerika'da köleliği kaldırılmasına işaret etmiştir<sup>123</sup>.

### 3. Maine'in Toplum ve Hukuk Görüşlerine İlişkin Eleştiriler

#### 3.1. Ataerkil Toplum Teorisine İlişkin Eleştiriler

Maine'in doğa durumunun yerine koyduğu ve ataerkil teori olarak tarif ettiği aile birliği fikri, toplumsal düşüncede bir dizi akrabalık kuramının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Ancak on dokuzuncu yüzyıl evrimcilerinin büyük çoğunluğu anaerkil ailenin ataerkil aileyi öncelediği görüşündedir.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> Maine, *Ancient Law*, s.88, 99-100.

<sup>123</sup> Feaver, s.53-54.

<sup>124</sup> Özbudun, Şafak, s.36.

Maine gibi Roma hukuku konusunda çalışmalar yapan İsviçreli hukukçu Johann Jacop Bachofen, *Ancient Law* ile aynı yıl yayınlanan *Das Mutterrech* (Analık Hukuku) adlı yapıtında analık hukukunun babalık hukukunu, anaerkin ise ataerki önelediği tezini işlemiştir. Bachofen'in hukuk öğretimine dilbiliminden geçmesi yapıtında simge çözümlerine yer vermesine yol açmıştır<sup>125</sup>. Bachofen, yapıtında hukuk tarihinden çok dilbilim ve mitoloji verilerine dayanmıştır. Tarihsel olarak saptanmış doğrularla değerlendirildiğinde mitolojik geleneğin ilkçağların güvenilir ve bağımsız bir belgesi olduğunu düşünmektedir<sup>126</sup>.

Bachofen, Yunan mitlerine dayanarak yaptığı tarihsel çözümler sonucunda, karmaşık/kuralsız cinsel ilişkilerle belirlenen bir evrenin ardından, kadınların daha ahlaklı bir yaşam için verdikleri mücadele ile soyun ana hattından izlendiği kurallı evliliklerle belirlenen anaerkinine geçildiği sonucuna varmıştır. Bu dönemde göçebe hayattan yerleşik düzene geçilmiştir. Anaerkin dönemde kadın cinsi olumlu nitelere sahiptir. Mitolojide bu dönemin ürünü olan toprak, sol yan, karanlık gibi dişil egemenliğinin sembolleri mevcuttur. Fakat Bachofen'e göre süreç içerisinde anaerki yerini, soy hattının erkekten izlendiği babaerkinine bırakır. Bu da analık hukukunun yerine babalık hukukunun, dişil sembollerinin yerini, gökyüzü, sağ yan, aydınlık gibi eril sembollerin alması sonucunu doğurur. Ataerki ile birlikte krallıklar ve imparatorluklar çağı başlamıştır. Roma siyasal düşüncesi ataerkinin koruyarak kendisini takip eden uygarlıklara aktarmıştır<sup>127</sup>.

Maine, Bachofen'in görüşlerini pek önemsememiştir. Zaten Bachofen görüşleri başlangıçta Amerika'da ya da İngiltere'de de yankı bulmaz. Ancak kısa süre sonra ünlü bir polemikçi olan İskoç hukukçu John Ferguson McLennan, Bachofen'in anaerki tezini savunmaya başlar<sup>128</sup>.

McLennan'ın hukuk kariyeri fazla parlak olmasa da, 1865'de yayınlanan *Primitive Marriage* (İlkel Evlilik) kitabı ile antropolojik çalışmalara damgasını vurmuştur. Bachofen'i de okumakla birlikte McLennan, esas olarak ünlü İngiliz ekonomist Robert Thomas Malthus'un nüfus üzerine yaptığı

<sup>125</sup> Özbudun, Şafak, s.38-39.

<sup>126</sup> Johann Jacob Bachofen, *Söylence, Din ve Anaerki*. Çeviren: A.Kaya-S.Gürkan. Bağlam Yayınları, 1997, Ankara, s.100-101.

<sup>127</sup> Bachofen, s.122,135-138,146.

<sup>128</sup> Kuper, s.46.

çalışmalardan etkilenmiştir. Maltus, *Essay on The Principle Of Population*'da ( Nüfus Üzerine Deneme) ilkel toplumların sadece besleyebilecekleri kadar nüfusa izin verdiklerini söyler. Barınma ve yiyecek mücadelesi olağanüstü bir insan telefı söz konusudur. Kıtık, salgın hastalıklar ve savaşın yanı sıra çocuk düşürme ve katli de mevcuttur.

Kuzey Hindistan'da kız çocuğu katlinin varlığını ortaya koyan Cave-Brown'ın 1857'de yayınlanan *Indian Infanticide: Its Origin, Progress and Suppression* (Hint Çocuk Katli: Kökeni, Gelişimi ve Zaptı) adlı çalışması ilkel çocuk katli tartışmasını daha da artırmıştır. McLennan da varolma mücadelesi yüzünden ilkel toplumların kız çocuklarını öldürdüğünü düşünmektedir.

McLennan'ın tezine göre eski dönemlerde barınma ve yiyecek mücadelesi, cesur ve avcı insanlara duyulan ihtiyaç nedeniyle cinsiyetler arası dengeyi bozarak erkek çocukların kızlara yeğlenmesine neden olur. Kızlar daha savunmasız ve daha az faydalı olduğu için onları büyütme toplulukların çıkarlarına uymaz. Bu nedenle ilkel toplumlarda kız çocuklar katledilmektedir. Kız çocuklarının öldürülmesi sonucu nüfus içinde kadınların sayılarının azalmasıyla, erkekler eşlerini topluluk dışından getirmek zorunda kalmaktadır. McLennan bunu egzogami yani dışevlilik olarak adlandırır. Toplumlar arasında devamlı süren yaşam mücadelesinin bir sonucu olarak dışevliliklerde de zora başvurulmakta, kadınlar zorla ele geçirilerek çok kocalılık ortaya çıkmaktadır. McLennan'a göre bu durumda bir kişinin babasını belirlemek çok zor olduğu için, ilk akrabalık sistemleri de kadın yoluyla kan bağına dayanmaktadır.

McLennan'a göre zaman içinde vahşi eş paylaşım usulleri giderek değişmiştir. Kadınların kaçırıldığı ve birçok erkek tarafından paylaşıldığı vahşi çokkocalılık, yerini bir süre sonra bir dizi babaları ayrı erkek kardeşin aynı kadınla evlendiği Tibet çokkocalılığına bırakır. Bu dönemde kadının çocukları erkekler kümesinin ortak soyunu taşır. Babalığın tanınması konusunda önemli bir adım olan bu evreyi, bir erkeğin ölen erkek kardeşin karısını devraldığı *levirate* sistemi izler. Babalık kavramının iyice geliştiği *levirate* sistemi, ekonomik refahın eş zamanlı artışı ve mal birikimi ile desteklenerek, baba yanlı soy ilişkilerin gelişmesine sebep olur<sup>129</sup>. McLennan'a göre kritik nokta, klan

<sup>129</sup> Kuper, s.46-48.

mülkiyetinin tekeşli ailelerin ortaya çıkmasına neden olacak şekilde bireysel/ailesele mülkiyete dönüşmesidir<sup>130</sup>.

Kuper'e göre McLennan Maine'in ataerkil teorisini ters çevirmiş ve toplumların gelişimi açısından kabul edilen iki klasik varsayıma meydan okumuştur. İlk olarak, McLennan ilk ailenin ataerkil değil anaerkil olduğunu, ilk akrabalık sistemlerinin kadın soyuna dayandığını ileri sürmüştür. İkincisi, Maine'in de benimsediği klasik toplumsal evrim şemasını ters düz ederek aileyi başa değil sona koymuştur. McLennan'a göre toplumsal gelişimin başında kabile, daha sonra gens ya da hane ve en sonda da aile yer almaktadır.

McLennan kendini Hint-Avrupa karşılaştırmalarıyla sınırlamayı pek çok kaynağa başvurmuştur. Maine'in aksine bütün ilkel davranış tanımlarından yararlanmışır. McLennan'a göre ulusların medeni hakların oluşturulması ve uygulanmasında kullandığı semboller fosillere eşdeğerdir. Keşfedilecek semboller eski kurumsal şekilleri yansıtacaktır. McLennan'ın fosil araştırması O'nun üzerindeki dolaylı Darwin etkisi ile açıklanabilir<sup>131</sup>.

Maine, McLennan ve yandaşlarının kendi teorisine yönelttikleri eleştirileri ciddiye almamaya çalışır. Hint köyleri sıkıca *patria potestas* üzerine kuruludur ve en azından Hindistan'ın anaerkil bir evreden geçtiğine ilişkin kanıt çok azdır<sup>132</sup>. Hatta son araştırmalar Sami ve Urulların kökeninde de Hint-Avrupalılar gibi *patria potestas*'a dayandığını göstermektedir. McLennan'ın tezinin az uygarlaşmış toplumlara uygulanması önemli değildir. Yüksek ırkların varolan düşük ırkların akrabalığından geliştiği açıkça gösterilmedikçe ilgi çekici değildir<sup>133</sup>.

Ne var ki McLennan'ın tezini daha da geliştiren Amerikalı Hukukçu Lewis Henry Morgan, Maine'e yeniden ve daha güçlü şekilde karşı koyar. Morgan kitabında siyasal ve toplumsal evrimi anaerkil toplulukla başlatıp aile ve devletin ortaya çıkması ile sonlandırmaktadır<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Sibel Özbudun, Balkı Şafak, **Antropoloji: Kuramlar/Kuramcılar**. Dipnot Yayınları, 2005. Ankara, s.43.

<sup>131</sup> Kuper, s.49.

<sup>132</sup> Maine, **Village Communities**, s.31-65.

<sup>133</sup> Maine, **Lectures on**, s.122-126.

<sup>134</sup> Lewis Henry Morgan, **Eski Toplum II**, Çeviren: Ünsal Oskay. Payel Yayınları, 1987, İstanbul, s.143vd.

Maine, Morgan ve McLennan'ın iki yıl sonra 1833'de yayınlanan *Dissertations on Early Law and Custom* (İlkel Hukuk ve Gelenek Üzerine Denemeler) adlı yapıtında rakip ilkel toplum teorilerine cevap vermiştir. Darwin'in büyük bir başarı kazandığı ve ırkların aynı kökenden geldiğine ilişkin kuvvetli bir inancın olduğu bu dönemde, Maine artık anaerik tezlerin yalnız düşük ırklara uygulanabildiği, yüksek ırklar için geçerli olmadığı gibi iddialar öne süremez. Anaerik teorinin kendi teorisinin ters çevrilmiş olduğunu söyleyerek McLennan ve Morgan'ın görüşlerindeki çelişki ve boşlukları ayrıntılı olarak tartışır<sup>135</sup>. Maine burada ilk kez Darwin'e başvurarak iddialarını güçlendirmeye çalışır. Darwin'e göre cinsel kıskançlık temel bir duygudur ve ilkel toplumlarda düzenli çiftleşme ilişkileri belirlemektedir<sup>136</sup>. Maine'e göre erkeklerde cinsel kıskançlığın fiziksel güç ile birleştiği düşünülürse ataerik aileyi tanımlamak kolaylaşır<sup>137</sup>. Yine Maine, Darwin'in evrimci gelişmelerin aynı zamanda gerçekleşmeyeceğine ilişkin tezine dayanarak Maine anaerik aileyi savunan rakiplerine güçlü bir karşı atakta bulunur:

“Bildığım kadarıyla, yazıya geçirilmeyen çağlar boyu toplumların gelişiminde, toplumsal yapının eşzamanlı değilse de aynı şekilde dönüşüm çizgisine hiçbir yerde rastlanmıyor. Acımasız varolma mücadelesine eşlik eden büyük değişimlere rağmen, insan doğasının derinliklerine işleyen ve hiç durmayan bir güç uzun sürede aynı sonucu ortaya çıkarabilir. Fakat bu gücün etkisinin baştan sona aynı kalacağı fikri inanılmazdır<sup>138</sup>.”

Maine ayrıca, McLennan ve diğerlerinin karşılaştırmalı metodu yanlış anladığını iddia etmiştir. İlkellik ve barbarlıkta karşılaşılan her türlü kurumu, uygar toplumlarda bulunan formların geçmiş bir formu, daha sonra gelenin atası olarak algılamıştır. Maine ilkel davranışların çoğunun uzak antik bir geçmişten günümüze devam eden bir davranış biçimi olduğunu düşünmesine rağmen, bu formlar arasında gerçek tarihsel ilişkilerin aydınlatılmasını, sorunun temeli olarak görmektedir<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> Maine, *Dissertations on Early Law and Custom* adlı yapıtının “Theories of Primitive Society” adlı yedinci bölümünü tamamen bu tartışmaya ayırmıştır. Bkz. Maine, *Dissertation on*, s.106-219.

<sup>136</sup> Darwin Kuramı, Çeviren: Cem Taylan, Pan Yayıncılık, 2000, İstanbul, s.111.

<sup>137</sup> Maine, *Dissertation on*, s.113-114.

<sup>138</sup> Maine, *Dissertation on*, s.119.

<sup>139</sup> Bock, *Comparison of Histories*, s.247.

Geçici ilişkilerin ortaya çıkarılması, karşılaştırmalı filolojide bile yeterince zordur. Karşılaştırmalı tarihte de ataerkil aile gibi benzerlikler ve varsayımsal formlar abartılabilir. Tüm toplumların “birinin yaklaşması diğerinin ise bitişi zamanın geldiğini bildiren saatin çalması ile” ortaya çıkan aşamalardan geçtiğini düşünmek zordur. Karşılaştırma bir parçanın diğerini aydınlatabileceğinin ortaya atılması ile sadece başlamaktadır<sup>140</sup>.

Maine’e göre antik tarihin belirlenmesinde ilkellik koşullarının kullanılmasını destekleyenler, karşılaştırma yaparken, iki parça arasında bir bağlantı kurulması gerektiğini ve bu bağlantının da sadece tarih ile kurulamayacağını gözardı etme eğilimindedirler<sup>141</sup>.

### 3.2. Hukukun Gelişim Yönüne İlişkin Eleştiriler

Maine’in hukuki kavramları alışılmadık şekilde kullanması, görüşlerinin hukukçular yerine sosyologlar tarafından kabul edilmesine neden olmuştur. Örneğin; hukukçular modern evlilik tarihinde Maine’in anlattığı gibi bir hareketin olduğuna, kadın ve erkeğin hukuki statüsünde eşitlik yarattığına katılmaz. Sosyologlar ise, geleneksel toplumdaki farklı olarak modern toplumdaki toplumsal koşulların, kişisel statünün belirlenmesinde daha geniş bir bireysel seçim yelpazesi yarattığı gerçeğini gördüğü için Maine’i takdir ederler<sup>142</sup>.

Meşhur bir Amerikalı sosyal bilimci olan Robert Redfield “geniş insanlık tarihinin, daha dar olan Avrupa tarihinin ve kabile toplumunun diğer toplumlarla ilişkilerin etkisiyle dönüşümünün hep birlikte, genellemeyi yerine getirdiğini” statüden sözleşmeye teorisinin, gerçeklik tarafından doğrulandığını belirtmiştir. Redfield’e göre Henry Maine’in *Ancient Law* adlı yapıtı, ilkel hukuk kurumlarının kökenine ve doğasına ilişkin uzun süren çalışmaların ardından hala bu alanda temel eser olmayı sürdürmektedir.

“Maine’in çalışması bugünün öğrencilerinin övgülerini almak için yapılmıştır. Tarihsel uzmanlık içeren bir çalışmadır. Kendi zamanında çıkan,

<sup>140</sup> Maine, *Dissertation on*, s.111.

<sup>141</sup> Maine, *Dissertation on*, s.106-127.

<sup>142</sup> Feaver, s.55.



kurumların kökenleri ve doğası üzerine olan kitaplar arasında Maine'i özel yapan, genel fikirlerin, özgül, doğrulanabilir gerçeklere işaret etmesidir<sup>143</sup>."

İlkel toplumlar konusunda yaptığı araştırmalarla tanınan Hoebel'e göre gerçekten ilkel olan toplumlarda, hukuki alandaki en önemli değişim, statüden sözleşmeye olan kayma değil, "imtiyaz-haklar ve hukuki normların sorumlu bireyden ve onun akraba grubundan, sosyal bir varlık olarak siyasi örgüt temsilcilerine geçtiğinde" yaşanan büyük prosedürel dönüşümdür<sup>144</sup>. Aslında Maine'in hipotezlerinden neredeyse hiçbiri sonraki araştırmanın sıkıntısından yara almadan çıkmamıştır<sup>145</sup>. Ama yine de Maine'in yaşadığı tarih göz önüne alınırsa, 1942 gibi geç sayılabilecek bir tarihte E.A. Hoebel şunları yazabilmiştir: "Sir Henry Maine'in *Ancient Law*'u, ilkel hukuki kurumların kökleri ve doğası üzerindeki üstün çalışması, seksen yıl sonra hala ayaktadır<sup>146</sup>."

İlkel hukuk çalışmalarının önderlerinden A.S. Diamond ise, Maine'in genel hukuki gelişim aşamaları teorisi için, kendi çalışmalarında elle tutulur bir destek bulamadığını iddia etmektedir. Diamond Maine'in öncü dehasını takdir eder, fakat O'na göre ilkel topluma ilişkin araştırmalar sonucu giderek büyüyen kanıt çığı, ortaya *Ancient Law*'un yazarının erken hukuk tarihinde bulunması gerektiğini düşündüğünden çok daha karmaşık bir kurumsal modeller dizisi çıkarmıştır.

Diamond'ın *Ancient Law* ile ilgili temel eleştirisi, hukuki gelişmenin ilkel aşamalarını gerçekten tanımlayamadığı üzerinedir. Hammurabi kanunları, Asur hukuku ve bu yüzyılda keşfedilen Hitit kanunlarını incelemiş olan Diamond, bunların herhangi bir dini hukuk temeli teorisini destekleyecek kanıt içermediklerini ifade eder. Ayrıca Maine'in hukuki değişim aşamaları teorisini, ilkel hukukun korunmuş bölümleri desteklememektedir<sup>147</sup>.

Diamond'ın yönelttiği eleştiri aslında Maine'in ilkel kaynaklara başvurmamasına ilişkindir. Şüphesiz ki Diamond'ın incelediği Hammurabi'nin M.Ö 2000'den kalan kodu ve sonrasında Hitit, Asur ve Eşnunna kanunlarının

<sup>143</sup> Robert Redfield, "Maine's Ancient Law in The Light of Primitive Societies", *The Western Political Quarterly*, Vol: 3, No:4, 1950, s.574.

<sup>144</sup> E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man, A Study In Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge, 1954, s. 328-329.

<sup>145</sup> Feaver, s.56.

<sup>146</sup> Hoebel, s. 329.

<sup>147</sup> Feaver, s. 57.

yanında, Roma kanunları görece olarak modern kalmaktadır. Bunun bir sonucu da, Maine'in, kanun düzenlemesinin Doğu'ya Batı'dan daha sonra geldiği varsayımının sorgulanması olmuştur<sup>148</sup>. Hoebel'in işaret ettiği gibi detaylı alan çalışmaları asıl olarak Maine'in ilkel hukukun sert ve esnemez bağlamını abarttığını gösterir.

“İlkel sorun vakalarının çoğunda, durum şaşırtıcı derecede akışkandır, ama daha önceden varolan hukuk tarafından oluşturulmuş kanallar arasında akıp, oldukça tahmin edilebilir yerleşimlere hareket ederler<sup>149</sup>.”

Bazı antropologlar da Maine'in ilkel toplumlarda hukukun ilk olarak dini temellere dayanarak ortaya çıktığına ilişkin görüşüne katılmamaktadır. Malinovski'ye göre, önceki toplumlarda yasama ve yürütme süreçlerine dahil olan, Maine'in vurguladığı gibi dini inanç değil oldukça genel anlamda sihirdir<sup>150</sup>. Ama Max Gluckman'a göre kanun ve din farklı sosyal gerçeklikler olsalar da, Maine her ikisinin de erken hukukta yakın ilişki halinde olduğunu söylerken haklıdır: “Aydınlığa kavuşmanın tek yolu “dini” her iki anlamda da hukukun kaynaklarından biri olarak görmektir: corpus juris olarak ve ihtilaflar üzerinde bir yargılar dizisi olarak<sup>151</sup>.”

Scala ise Maine'in sosyal bilimlerdeki bir geleneğin parçası olduğu görüşündedir. Maine'in döneminde, hukukun, sözleşmeden doğan, sürekli değişerek ve sosyal düzenlemeleri belirleyen tüm kuralların üzerindeki dış kabuk olduğu düşüncesi yepyeni bir düşüncedir. Fakat aslında Maine'de statü ve sözleşme olarak beliren dikatomi sosyal bilimlerin bir çağını belirlemiştir. Topluluk (gemeinschaft-community) ile toplum (gesellschaft-society) arasındaki ayrım Tönnies, Durkheim, Weber, Simmel ve Parsons gibi bilim adamları tarafından detaylandırılmıştır. Cevap aranan soru; komünal sınırlarla birarada duran dünyayı gerimizde bırakıp, kişisel olmayan ve sözde bireyler arasında yapılan geçici anlaşmalara bağlı bir dünyaya geçmemizin bize neler

<sup>148</sup> Feaver, s.56–57.

<sup>149</sup> Hoebel, s.283.

<sup>150</sup> Bronislaw Malinowski, **Yabani Toplumda Suç ve Gelenek**, Çeviren: Şemsa Yegin, Epsilon Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.53–56.

<sup>151</sup> Max Gluckman'dan aktaran Feaver, s.57.

kazandırıp ve neler kaybettiirdiğidir. Topluluk ve toplum arasındaki analitik dikotomi tarihsel evrimin bir anlatımıdır<sup>152</sup>.

### KAYNAKÇA

- 1) ACAR, Ali, 2006, "Friedrich Karl von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, Yıl:2006.
- 2) BACHOFEN, Johann Jacob, 1997, *Söylence, Din ve Anaerki*, Çeviren: A.Kaya-S.Gürkan, Bağlam Yayınları, Ankara.
- 3) DARWIN, Charles, 2000, **Darwin Kuramı**, Çeviren: Cem Taylan, Pan Yayıncılık, İstanbul.
- 4) BOCK, Kenneth, 1974, "Comparison of Histories: The Contribution of Henry Maine", **Comparative Studies in Society and History**, Vol.16, No.2.
- 5) DENT, N.J.H., tarihsiz, **Rousseau Sözlüğü**, Çeviren: B. Gözkan, N. Ilgıncioğlu, A. Çitil, A. Kovanlıoğlu, Sarmal Yayıncılık, İstanbul.
- 6) DIAMOND, Alan, 2007, "Introduction", **The Victorian Achievement of Sir Henry Maine**, Hazırlayan: Alan Diamond ( [www.jebmp.gmsr.com](http://www.jebmp.gmsr.com) internet adresinden 25.03.2007 tarihinde alınmıştır.)
- 7) DUFF, M. E. Grant Duff, 1892, "Sir Henry Maine: A Brief Memoir of his Life", **By the Right Honour M. E. Grant Duff G.C. S. I With some of his Indian Speeches and Minutes**, Selected and Edited by Whitley Stokes, D.C.I. London: 1892, Edinburg Review, 178: 365 (1893: July).
- 8) ELLIOTT, E. Donald, 1985, "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", **Colombia Law Review**, Vol. 85, No.1.(Jan 1985)
- 9) ERHAT, Azra, 2000, **Mitoloji Sözlüğü**, Remzi Kitabevi, İstanbul.
- 10) FEAVER, George, 1969, **From Status to Contract, A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888**, Longman, Green & Co Ltd, London.

<sup>152</sup> Dante J. Scala, " Henry Sumner Maine's Ancient Law", **Society**, May/June 2002, s.46-54.

- 11) FOOTE, Shelby, 2003, "Introduction", **The Annals and The Histories**, Cornelius Tacitus, The Modern Library, Newyork.
- 12) FURTUN, Ayşen, 1997, **İngiliz Analitik Pozitivizmi, John Austin'in Hukuk Ve Devlet Teorisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- 13) FURTUN, Ayşen, 2005, **Thomas Hobbes ve Doğa Kanunları**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara.
- 14) GÜRKAN, Ülker, 1969, "Sosyal Değişimler", **Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- 15) GÜRİZ, Adnan, 1963, **Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- 16) HAMILTON, Edith, 1997, **Mitologya**, Çeviren: Ülkü Tamer, Varlık Yayınları, İstanbul.
- 17) HOEBEL, E. Adamson, 1954, **The Law of Primitive Man, A Study In Comparative Legal Dynamics**, Harvard University Press, Cambridge.
- 18) HOMEROS, 1992, **İlyada**, Çeviren: Azra Erhat, A. Kadir, Can Yayınları, İstanbul.
- 19) JHERİNG, Rudolph, 1964, **Hukuk Uğruna Savaş**, Çeviren: Rasih Yeğengil, Sinan Matbaası, İstanbul, 1964.
- 20) KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, 1986, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- 21) KUPER, Adam, 1995, **İlkel toplumun İcadı, Bir İllüzyonun Dönüşümleri**, Çeviren: İsmail Türkmen, İnsan Yayınları, İstanbul
- 22) MAİNE, Sir Henry, 1965, **Ancient Law**, Every Man's Library, London.
- 23) MAİNE, Sir Henry, 1999, **Dissertation on Early Law And Custom**, Batoche Books, Kitchener.
- 24) MAİNE, Sir Henry, 1999, **Lectures on the Early History of Institutions**, Batoche Books, Kitchener.

- 25) MAİNE, Sir Henry, 1886, **Popular Government**, John Murray, London.
- 26) MAİNE, Sir Henry, 1889, **Village Communities in the East and West**, Henry Holt and Company, Newyork.
- 27) MALINOWSKI, Bronislaw, 2003, **Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek**, Çeviren: Şemsa Yeğın, Epsilon Yayıncılık, İstanbul.
- 28) MORGAN, Lewis Henry, 1987, **Eski Toplum II**, Çeviren: Ünsal Oskay, Payel Yayınları, İstanbul.
- 29) O' BRIEN, Nick, 2005, " 'Something Older Than Law İtself': Sir Henry Maine, Niebuhr, and 'the Path not Chosen'", **The Journal of Legal History**, Vol.26, No.3, Dec. 2005.
- 30) ÖKTEM, Niyazi ve Ahmet Ulvi Türkbağ, 2003, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul.
- 31) ÖZBUDUN, Sibel ve Balkı Şafak, 2005, **Antropoloji: Kuramlar/Kuramcılar**, Dipnot Yayınları, Ankara.
- 32) ÖZCAN, Mehmet Tevfik, 1987, "John Locke'un Birey Anlayışı", **Ord.Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- 33) REDFIELD, Robert, 1950 "Maine's Ancient Law in The Light of Primitive Societies", **The Western Political Quarterly**, Vol. 3, No.4.
- 34) SAVİGNY, Friedrich Carl, 1999, **On Vocation of Our Age For Legislation and Jurisprudence**, İngilizceye Çeviren: Abraham Hayward, Batoche Books, Kitchener.
- 35) SCALA, Dante J., 2002 " Henry Sumner Maine's Ancient Law", **Society**, May/June 2002.
- 36) SMELİE, K.B., 1928 "Sir Henry Maine", **Ekonomica**, No.22. (March,1928).
- 37) TOPÇUOĞLU, Hamide, 1963, **Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- 38) UMUR, Ziya, 1982, **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.

- 39) UMUR, Ziya, 1975, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- 40) UZUN, Ertuğrul, 2004, “John Austin: Analitik Pozitivizm”, **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Derleyen: A. Haluk Atalay, Teknik Yayınları, İstanbul.
- 41) ÜÇÖK, Coşkun, 1950, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1.2.

# AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN HAKSIZ AZİL YOLUYLA SONA ERMESİNİN AVUKATLIK ÜCRETİNE ETKİSİ

Gediz Kocabaş\*

## I. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ

### A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Avukatlık sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda, sözleşmenin tanımına yer verilmemiştir. Kanun koyucu, isabetli olarak, tanım yapmaktan kaçınmış, sözleşmenin tanımlanması işini öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Bu doğrultuda, avukatlık sözleşmesini tanımlamaya yönelik tüm denemelerin Av. K m.163/f.1'i temel aldığı görülür. "Avukatlık Sözleşmesinin Kapsamı" kenar başlığını taşıyan düzenlemeye göre; avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. Buna göre, sözleşmenin tanımı da, "belli bir hukuki yardım" ve "ücret" unsurları temel alınarak yapılır.

Avukatlık sözleşmesi; avukatın, kural olarak, ücret karşılığında belli bir hukuki yardımda bulunmayı üstlendiği, iş görme borcu doğuran bir sözleşme olarak tanımlanır<sup>1</sup>. Bizim de benimsediğimiz görüş, bu tanım doğrultusunda, avukatlık sözleşmesini vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul eder<sup>2</sup>. Farklı bir görüş ise, avukatlık sözleşmesini kendine özgü yapısı olan sözleşmeler arasında değerlendirir<sup>3</sup>. Buna göre, bir sözleşmenin kanunda düzenlenen sözleşmelerden sayılabilmesi için sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının kanun

---

\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Emre GÖKYAYLA, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, s.18; Özcan GÜNERGÖK, Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2003, s.31; Meral SUNGURTEKİN, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995, s.111; Semih GÜNER, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s.147; Murat AYDIN, Avukatlık Ücreti, Ankara 2007, s.31.

<sup>2</sup> Cevdet YAVUZ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2002, s.579; Aydın ZEVLİLİLER, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008, s.339; GÜNERGÖK, s.31.

<sup>3</sup> Veysel BAŞPINAR, "Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı - Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı 3, Ankara 2004, s.468; Songül KARATEKE, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2006, s.30; GÖKYAYLA, s.16 vd..

tarafından düzenlenmesi zorunludur. Kanunun, hüküm ve sonuçlarına yer vermeden sadece belli bir sözleşmeden söz etmesi, o sözleşmenin kanunda düzenlenen sözleşmelerden olduğu anlamına gelmez.

İsimsiz sözleşmeler, sözleşmeye tipini veren unsurların tamamının veya bir kısmının ya da bu unsurların bir araya gelme düzeninin kanun tarafından öngörülmediği sözleşmelerdir<sup>4</sup>. İsimsiz sözleşmelerin alt grubunu oluşturan kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ise tamamen veya kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinden hiç birinde bulunmayan unsurlardan oluşurlar<sup>5</sup>. Kanunda, belirli bir sözleşmenin adının geçmesinin, o sözleşmeyi kanunda düzenlenen sözleşmelerden biri durumuna getirmeyeceği tartışmasızdır. Bir sözleşmenin, kanunda düzenlenen sözleşmeler kapsamında kabul edilmesi, asli edim yükümleri doğrultusunda, asgari hüküm ve sonuçlarıyla düzenlenmiş olmasına bağlıdır<sup>6</sup>. Uygulamada da, kanunda kabul edilen sözleşme tiplerine dahil edilmesi mümkün olmayan sözleşmeler, isimsiz sözleşme olarak nitelendirilir<sup>7</sup>. Bu anlamda, bir sözleşmenin nitelendirilmesinde kullanılacak ölçüt, sözleşmenin objektif esaslı noktalarıdır. Sözleşmenin tipik unsurları olarak da adlandırılan objektif esaslı noktalar, sözleşmenin nitelendirilmesi bakımından en sağlam dayanağı oluştururlar. Buna göre, sözleşmenin tipik unsurlarının, kanundaki tanımda yer almadığı durumlarda, isimsiz sözleşmenin varlığı kabul edilir. Diğer bir söyleyişle, objektif esaslı noktaları kanunda düzenlenen sözleşmeler ile objektif esaslı noktaları örtüşmeyen her sözleşme, isimsiz sözleşme olarak nitelendirilir<sup>8</sup>.

Bu nedenle, avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği belirlenirken, sözleşmenin unsurları dikkate alınmalı ve nitelendirme bu unsurlara göre yapılmalıdır.

## B. Unsurları

Av. K m.163/f.1'e göre, avukatlık sözleşmesinin unsurları belli bir hukuki yardım, ücret ve tarafların anlaşmasıdır. Belli bir hukuki yardım,

<sup>4</sup> Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul 1988, s.12; YAVUZ, s.18; ZEVKLİLER, s.37.

<sup>5</sup> TANDOĞAN, C.I/1, s.12,13; YAVUZ, s.23; Fahrettin ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s.52.

<sup>6</sup> Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008, s.6.

<sup>7</sup> Yarg. 13.HD 11.12.1995 E.1995/10155, K.1995/11050 (Kazancı Bilişim).

<sup>8</sup> GÜMÜŞ, s.6.



avukatlık sözleşmesinin zorunlu unsurudur. Belli bir hukuki yardımı konu almayan bir sözleşme, avukatlık sözleşmesi olarak nitelendirilemez<sup>9</sup>. Buna göre, “belli bir hukuki yardım”, avukatlık sözleşmesinin tipik unsurudur. Kanunda, avukatlık sözleşmesinin zorunlu olarak belli bir hukuki yardımı konu aldığı düzenlemekle birlikte belli bir hukuki yardımın tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, belli bir hukuki yardım kavramının içeriği belirlenirken, Av. K m.2'den yararlanılabileceği savunulur<sup>10</sup>.

Avukatlık sözleşmesinin diğer bir unsurunu da “ücret” oluşturmaktadır. Avukatlık sözleşmesinde, kural olarak, avukatın iş görme ediminin karşısında iş sahibinin ücret ödeme edimi bulunur. Bununla birlikte, iş görmenin karşılıksız olarak borçlanması da mümkündür. Ancak, böyle bir olasılıkta durumun baro yönetim kuruluna bildirilmesi gerekir (Av. K m.164/f.4).

Avukatlık sözleşmesinin son unsurunu ise tarafların anlaşması oluşturur. Böylece, kural olarak, ücret karşılığında, avukatın belli bir hukuki yardımında bulunacağı konusunda avukat ve iş sahibi arasında bir anlaşma gerçekleşir.

### **C. Sonuç**

Avukatlık sözleşmesine karakteristik özelliğini kazandıran edim, avukatın yüklenmiş olduğu “belli bir hukuki yardım” sağlama edimidir. Av. K m.163/f.1, belli bir hukuki yardım sağlama edimini, sözleşmenin zorunlu unsuru olarak düzenlemiştir. Diğer bir söyleyişle, belli bir hukuki yardım sağlama edimi, avukatlık sözleşmesinin tipik unsuru olarak kanunda yer bulmuştur. Bununla birlikte, Av. K m.164 ve devamında, iş sahibinin asli edimi olan ücret ele alınmış, Av. K m.174'de ise sözleşmenin azil veya istifa yoluyla sona ermesi durumunda, ücrete ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir.

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, avukatlık sözleşmesi, tipik unsuruyla birlikte asli edim yükümleri doğrultusunda düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nda öngörülen düzenlemenin tatmin edici olup olmadığı ayrıca tartışmaya değerdir. Ancak, bir sözleşmenin, isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesinde kullanılan ölçüt, sözleşmenin tipik unsurlarıyla birlikte

<sup>9</sup> GÜNERGÖK, s.32; Refik KORKUSUZ, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, Adana 2008, s.54.

<sup>10</sup> GÜNERGÖK, s.32.

kanunda düzenlenip düzenlenmediğidir. Bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda ise bunun tatmin edici olup olmadığı, ayırt edici bir ölçüt değildir.

Kanaatimizce, Avukatlık Kanunu'nda yer alan hükümler, asli edim yükümlerinin kapsam ve durumunu belirlemek bakımından yetersizdir. Karşılıklı değişim ilişkisi içindeki belli bir hukuki yardım sağlama edimi ile ücret ediminin, gerek birbirleri ile ilişkisinin gerek farklı hukuki koşullar karşısındaki durumlarının ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulması gerektiği savunulabilir. Bu görüşe, Avukatlık Kanunu'nda yer alan boşlukların Borçlar Kanunu'nun genel ve özel nitelikli hükümleri ile doldurulacağı görüşü ile karşı çıkılması da mümkündür. Ancak, her iki görüş kapsamında da avukatlık sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilmesi güçtür. Bu nedenle, biz de avukatlık sözleşmesini, vekalet sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul eden görüşü benimsemekteyiz.

## II. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN AZİL YOLUYLA SONA ERMESİ

### A. Genel Olarak Azil Hakkı

Geçerli bir sözleşmeye dayalı borç ilişkisine, taraflardan birinin yenilik doğurucu bir irade beyanıyla son vermesi sözleşmeden dönme veya fesih yoluyla gerçekleşebilir. Bozucu yenilik doğuran etkiye sahip bu beyanın, dönme veya fesih olarak nitelendirilmesi, sözleşmenin ani edimli bir sözleşme ya da sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmasına göre değişiklik gösterir. Ani edimli sözleşmelerde, borç ilişkisine son veren beyan sözleşmeden dönme niteliği taşıırken, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, aynı beyan, fesih niteliğindedir<sup>11</sup>.

Sürekli borç ilişkisi ile ani edimli borç ilişkisini ayırt etmek amacıyla kullanılan temel ölçüt, zaman unsurunun asli edim borcuna yaptığı etkidir<sup>12</sup>. Buna göre, asli edimin ifa edilmesi bir defada aniden mi gerçekleşir ya da zaman içerisinde yayılarak mı gerçekleşir sorusuna yanıt aranır. Ani edimler bir defada, bir tek davranış ile ifa edilirken, sürekli edimler zaman içinde sürekli bir

<sup>11</sup> Suat SARI, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s.81.

<sup>12</sup> Özer SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s.7.

davranış ile ifa edilirler. Süreklilik ile kastedilen, ifanın, fiili ve hukuki yönden bir bütünlük oluşturacak şekilde zamana yaygın olarak gerçekleşmesidir<sup>13</sup>.

Asli edim yükümü, doğrudan doğruya sözleşmenin tipini belirler ve alacak hakkının esasını oluşturur<sup>14</sup>. Asli edim yükümü esas alınarak, sözleşmenin, diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesi sağlanır. Zaman unsuru bakımından yapılan değerlendirmede de esas alınacak unsur asli edim yükümüdür. Asli edim yükümü dışında kalan yan edim yükümleri ve yan yükümler ise zamana göre yapılan değerlendirmede etkili değildir.

Buna göre, avukatlık sözleşmesinin asli edim yükümü, belli bir hukuki yardım sağlamadır. Belli bir hukuki yardım sağlama edimi, avukatlık sözleşmesinin tipini belirleyen, onu diğer sözleşmelerden ayırt eden unsurdur. Avukatlık sözleşmesinin, ani edimli bir nitelik mi taşıdığı ya da sürekli borç ilişkisi doğuran bir niteliğe mi sahip olduğu tartışılırken, belli bir hukuki yardım sağlama edimi, hareket noktası olarak seçilmeli ve sözleşmenin niteliği buna göre belirlenmelidir.

Ani edimli borç ilişkisi karakterine sahip avukatlık sözleşmeleri bakımından, azil hakkı, sözleşmeden dönme niteliğindedir. Sürekli borç ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda ise azil hakkı fesih niteliği taşır<sup>15</sup>. Diğer bir söyleyişle, ifasına başlanmış sözleşmeler bakımından azil beyanı her zaman için fesih olarak nitelendirilir. Ani edimli sözleşmeler bakımından ifanın başlamasından ve ifanın devamından söz etmek mümkün olmadığı için ifasına başlanmış sözleşmeler ile kastedilen sürekli borç ilişkisi niteliğine sahip sözleşmelerdir. İfasına başlanmamış sözleşmeler bakımından ise azil beyanı sözleşmeden dönme sonucunu doğurur. İfasına başlanmamış sözleşme, ani edimli niteliğe sahipse, azil beyanının da sözleşmeden dönme olarak nitelendirilmesi yukarıda açıklamaya çalıştığımız görüşe uygundur. Buna karşılık, henüz ifasına başlanmamış sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliği taşıması durumunda azil beyanının sözleşmeden dönme olarak kabul edilmesi bir çelişki olarak görülebilir. Ancak, sözleşmeden dönme kurumunun niçin sürekli borç ilişkisi ile uyuşmadığı hatırlandığında, sözü edilen çelişki olasılığı da ortadan kalkar. Sürekli borç ilişkileri bakımından sözleşmeden dönmenin

<sup>13</sup> Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006, s.99,100; Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006, s.9,10.

<sup>14</sup> EREN, s.32.

<sup>15</sup> SARI, s.82 vd..

dışlanmasındaki temel gerekçe, zamana yaygın olarak ifa edilmiş edimin iadesindeki güçlük veya imkansızlıktır. Henüz ifanın başlamadığı süreçte, sürekli borç ilişkileri bakımından da sözleşmeden dönme mümkündür<sup>16</sup>.

Azil hakkı, avukata yöneltilmesi gereken tek taraflı irade beyanı ile kullanılır. Azil iradesi, açık veya örtülü olarak açıklanabilir. Bununla birlikte, hukuki ilişki üzerinde meydana getirilmek istenen yeniliğin, her türlü belirsizlikten arınmış olarak, muhatap tarafından anlaşılması gerekir<sup>17</sup>. Örtülü azil için verilen tipik örnek, iş sahibinin başka bir avukatla aynı işin görülmesi konusunda anlaşmasıdır. Ancak, bu durumun örtülü azil olarak kabul edilebilmesi için iş sahibinin ilk avukat ile çalışmak istemediğinin anlaşılması zorunludur<sup>18</sup>. İsabetli olarak belirtildiği üzere ikinci avukat ile yapılan anlaşma, ilk avukatın desteklenmesi, iddia veya savunmanın daha güçlü yapılması amacını taşıyabilir<sup>19</sup>.

Azil hakkının kullanılması, kural olarak, şekle tabi değildir. Avukatlık sözleşmesinin şekle tabi olarak kurulduğu durumlarda dahi azil hakkı şekle tabi olmadan kullanılabilir. Tarafların, azil hakkının kullanılmasına ilişkin şekil şartı kararlaştırmaları durumunda ise şekle aykırı olarak kullanılan azil hakkı hüküm ve sonuç doğurmaz<sup>20</sup>.

## B. Azil Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Yenilik doğuran hakların kullanılmasına bağlı olarak yeni bir hukuki durum oluşur. Hak sahibinin, başkasının hukuk alanına müdahale ederek yeni bir hukuki durum meydana getirme iradesine karşı muhatabın direnmesi mümkün değildir. Yenilik doğurucu beyanın muhataba varması ile birlikte hak

<sup>16</sup> SELİÇİ, s.223; SARI, 82.

<sup>17</sup> Vedat BUZ, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.250; Şahin AKINCI, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s.62; SARI, s.86; GÖKYAYLA, s.43.

<sup>18</sup> Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1987, s.622; SARI, s.86.

<sup>19</sup> GÖKYAYLA, s.49; AKINCI, s.62.

<sup>20</sup> BUZ, s.252.

sahibi tarafından arzu edilen hukuki sonuç gerçekleşir<sup>21</sup>. Yenilik doğuran haklara egemen olan bu genel kural gereğince, azil beyanının da avukata varması ile birlikte sonuçlarını doğurması beklenir. Oysa ki, öğretide kabul gören görüşe göre, azil beyanının hüküm ve sonuç doğurması, avukat tarafından beyanın öğrenilmesine bağlıdır<sup>22</sup>.

Azil beyanının avukat tarafından öğrenilmesi ile birlikte taraflar arasındaki borç ilişkisi de sona erer. Azil beyanı, sözleşmenin niteliğine bağlı olarak, fesih veya sözleşmeden dönme kapsamında hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Ani edimli avukatlık sözleşmeleri bakımından, avukatın azledilmesi teorik anlamda mümkün olmakla birlikte, uygulamada bu olasılığın gerçekleşmesi güçtür. Henüz ifasına başlanmamış sürekli borç ilişkisi niteliğindeki avukatlık sözleşmeleri bakımından ise sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi ile karşılaşılır. Bu olasılıkta, tarafların yüklenmiş olduğu edimler dönme sonucunda ortadan kalkar<sup>23</sup>. Sürekli borç ilişkisi niteliğindeki avukatlık sözleşmelerinde, azil ile birlikte borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona erer. İfa edilmiş edimler fesih beyanından etkilenmezler. Fesih beyanının hüküm ifade ettiği andan itibaren ileriye etkili olarak borç ilişkisi son bulur. Bu andan itibaren yeni bir edim doğmaz<sup>24</sup>.

### C. Haksız Azil

Azil hakkını kullanan müvekkilin sebep gösterme zorunluluğu yoktur. Azil iradesinin temelinde bir sebep bulunup bulunmadığı ve bu sebebin haklı olup olmadığı, başta avukatlık ücreti olmak üzere avukatın diğer haklarının belirlenmesinde önem taşır. Bunun dışında, sadece azil beyanının avukat tarafından öğrenilmesi ile sözleşme sona erer. Sözleşmenin sona ermesi bakımından azlin sebebe dayanması veya sebebin haklı olması aranmaz.

<sup>21</sup> BUZ, s.254.

<sup>22</sup> TANDOĞAN, C.2, s.631; GÖKYAYLA, s.53; SARI, s.260.261. Azil beyanının muhatap tarafından öğrenilmesine gerek olmadan, muhatabın hakimiyet alanına girmekle hüküm ve sonuçlarını doğuracağı yönünde bkz. AKINCI, s.107.108.

<sup>23</sup> Benimsediğimiz görüş çerçevesinde, sözleşmeden dönme, ikili etki yaratır. Borçtan kurtarıcı etkiye göre, henüz ifa edilmemiş edimler ortadan kalkar. Böylece taraflar ifa yükümlülüğünden kurtulurlar. İkinci etki taraflar arasında sözleşmeden doğan bir tasfiye ilişkisi kurulmasında kendisini gösterir. Böylece, daha önce ifa edilmiş edimler bakımından geri verme borcu doğar. Bkz. EREN, s.1076.

<sup>24</sup> SELİÇİ, s.118.

Haklı sebep kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Hangi durumların haklı sebep oluşturacağı hakim tarafından belirlenir. Kanun koyucu, haklı sebep kavramını açıklamaktan ve hangi durumların haklı sebep oluşturacağını saymaktan kaçınarak hüküm içi boşluk yaratmıştır. Bu boşluk, TMK m.4'ün tanıdığı takdir yetkisi kapsamında hakim tarafından doldurulur<sup>25</sup>. Hakim, söz konusu faaliyeti sırasında öğreti ve uygulamadaki kabul gören görüşleri de dikkate alarak hareket eder.

Genel olarak kabul gören görüş, haklı sebep kavramının tanımlanmasında dürüstlük kuralından hareket eder. Dürüstlük kuralına göre, sözleşme ile bağlılığı, taraflar bakımından çekilmez kılan durumlar haklı sebep olarak değerlendirilir<sup>26</sup>. Özellikle; aralarında menfaat uyumsuzluğu bulunan kişilerin avukatlığının üstlenilmesi, sır saklama borcunun ihlali, davanın takipsiz bırakılması, hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresinin kaçırılması, tahsil edilen paranın iş sahibine ödenmemesi veya avukatın yüz kızartıcı bir suçtan mahkum olması haklı azil sebebi olarak gösterilir. Bunun dışında kalan durumlarda haksız azil söz konusudur<sup>27</sup>. Azil iradesinin haklı bir sebebe dayanılarak kullanıldığını ispat yükü iş sahibinin üzerindedir. Avukatın, azlin haksız olduğunu ispatlanması aranmaz<sup>28</sup>. Bununla birlikte, azilnamede sebep gösterme zorunluluğu bulunmayan iş sahibi, haklı olduğunu savunduğu azil sebeplerini dava sırasında ileri sürebilir<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> SELİÇİ, s.187,188; GÖKYAYLA, s.73,77.

<sup>26</sup> SELİÇİ, s.192; GÖKYAYLA, s.72.

<sup>27</sup> Uygulamada çoğu zaman azil iradesini içeren ihtarnamede "görülen lüzum üzerine" ifadesine yer verilir. "Görülen lüzum üzerine" ifadesinin kapsamı soyut olup, bu ifadenin kullanılması azlin haklı sebebe dayandığı sonucunu doğurmaz (Salter UÇAR, Avukatın Hak ve Ödevleri, İstanbul 1998, s.132). Aynı yönde bkz. Yarg. 4.HD 24.12.1976 E.1976/3877, K.1976/11267 (YKD 1978, S.4, s.546).

<sup>28</sup> Bkz. Yarg. 13.HD 23.01.2006 E.17064/K.433 (AYDIN, s.266).

<sup>29</sup> (...) Azilnamede azlin nedenlerinin gösterilmesi veya gösterilmemesinin bu davaya etkisi düşünülemez. Buna rağmen yerel mahkemenin, azilnamede gösterilmeyen azil sebeplerinin sonradan avukatlık ücret davasında ileri sürülemeyeceğini ve incelenemeyeceğini kabul etmesi ve bu yolda dairemizin yukarıda belirtilen gerekçe ve görüşleri taşımayan terk edilmiş ve uygulanmayan bir kararına dayanması yasaya aykırıdır (...). Yarg. 4.HD 15.05.1980 E.1980/1600, K.1980/6365 (YKD 1981, S.7, s.832). Aynı yönde bkz. Yarg. 13.HD 28.03.1989 E.1687, K.2109 (AYDIN, s.281).

#### D. Haksız Azil Durumunda Avukatın Ücret Alacağı

Av. K m.174/f.2'ye göre, "Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez". Söz konusu düzenleme ile avukatlık sözleşmesinin azil yoluyla sona ermesi durumunda, avukatın sözleşmeden doğan ücret alacağına tam olarak hak kazanacağı yönünde bir karine getirilmiştir<sup>30</sup>. Azil hakkının, avukatın borca aykırılık oluşturan kusurlu davranışı nedeniyle kullanıldığıının ispatlanması durumunda ise kanunda yer verilen karinenin çürütülmesi mümkündür. Ancak, buna dayanarak, her türlü borca aykırılık oluşturan davranışın ispatlanması durumunda ücret ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkacağı da savunulamaz<sup>31</sup>. Avukatın borca aykırı davranışının, sözleşme ilişkisini çekilmez duruma getirecek yoğunlukta olması zorunludur. Diğer bir söyleyişle, ispatlanması gereken, azlin haklı bir sebebe dayandığı olgusudur.

Söz konusu düzenleme, bir taraftan haksız azil karşısında avukatın ücret alacağını korurken, diğer taraftan da avukatın kusurlu davranışları ile borca aykırı davranması durumunda iş sahibini korumaktadır.

Bir görüş, Av. K m.174/f.2'de yer alan düzenlemeyi, haksız azil bakımından değerlendirildiğinde, kanuni cezai şart olarak kabul eder<sup>32</sup>. Yargıtay'ın da bu yönde kararlarına rastlanmaktadır<sup>33</sup>. Buna karşılık, kanuni cezai şart nitelendirmesi, öğretideki hakim görüş tarafından reddedilir<sup>34</sup>. Bizim de benimsediğimiz bu görüşe göre Av. K m.174/f.2, iş sahibine tam tazminat karşılığı sözleşme ilişkisine son verme hakkı tanımaktadır.

<sup>30</sup> GÖKYAYLA, s.90.

<sup>31</sup> SARI, s.188; GÖKYAYLA, s.91.

<sup>32</sup> Feridun MÜDERRİSOĞLU, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974, s.139.

<sup>33</sup> (...) Bu nedenle azil ile birlikte, taraflar arasında Avukatlık Yasasının 174.maddesi uyarınca (haksız azil halinde avukatın ücretin tamamını isteme hakkı) yani yasal cezai şart niteliğindeki borç (dar anlamda) devam eder (...). Yarg. 4.HD 15.05.1980 E.1980/1600, K.1980/6365 (YKD 1981, S.7, s.832); (...) Haksız azilde ücretin tamamının ödeneceği konusundaki yasa kuralı, yasal cezai koşulu olduğundan indirme yapılamaz (...).Yarg. 4.HD 04.08.1971 E.1971/51, K.1971/2019 (MÜDERRİSOĞLU, s.481); (...) Avukatlık Kanunu'ndaki bu özel hüküm gereğince azil halinde, avukat herhangi bir iş yapmamış olsa bile ücretinin tamamına hak kazanacağı açıklanmak suretiyle haksız azlin cezai şartı özel olarak gösterilmiş bulunmaktadır (...). Yarg. 13.HD 03.03.1989 E.5926, K.360 (AYDIN, s.285).

<sup>34</sup> SARI, s.189; GÜNERGÖK, s.150; AYDIN, s.113.

## 1. Ücretin Miktar ve Kapsamı

Av. K m.174/f.2 gereğince, haksız olarak azledilen avukat, ücretin tamamına hak kazanır. Söz konusu düzenlemede ücret kavramı ile kastedilen, hukuki yardımın karşılığı olarak sözleşme ile belirlenen miktardır. Böyle bir miktarın sözleşme ile belirlenmemesi durumunda, Av. K m.164/f.4 devreye girer ve ücret miktarı bu hükme göre belirlenir.

Ücretin belirlenmesinde, dava veya takiplerin hangi aşamada olduğunun önemi yoktur. Avukat adına henüz vekaletname çıkarılmamış olsa dahi haksız azil olgusunun gerçekleşmesiyle birlikte ücrete tam olarak hak kazanılır<sup>35</sup>.

Kanunda, azil sebebinin avukatın “kusur veya ihmalden” kaynaklanması durumunda ücret ödeme yükümlülüğünün son bulacağı düzenlenmiştir. Buna göre, azil sebebinin avukatın kusur veya ihmalden kaynaklanmadığı her durumda, avukatın ücret alacağını tam olarak elde etmesi mümkündür.

Öğretide, kanunda kullanılan “kusur veya ihmal” ifadesinin isabetli olmadığı, bu ifade ile avukatın kusura dayalı borca aykırı davranışlarının kastedildiğini ileri sürülür<sup>36</sup>. Buna göre, avukat, kusura dayalı borca aykırı davranışları ile sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmişse, ücretin tamamını isteyemez. Ancak, borca aykırı davranış ve buna bağlı olarak kullanılan azil hakkının hüküm doğurduğu ana kadar görülen işin karşılığı olarak uygun bir ücret istenebilir. Buna karşılık, borca aykırı davranışın niteliği ve yoğunluğu, o ana kadar görülen işin kabulünü de engellemekteyse, ücret istenmesi de mümkün olmaz<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Haluk BURCUOĞLU, “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı-Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı 3, Ankara 2004, s.498; GÖKYAYLA, s.91. (...) Avukatlık Yasasının 174/2 maddesinde de avukatın haksız olarak azli halinde ücretin tamamına hak kazanacağı öngörülmüştür. Davacı avukatın haksız olarak azledildiği mahkemenin de kabulündedir. Bu durumda mahkemece, az yukarıda açıklanan sözleşme hükmü ve yasal düzenleme karşısında davacı avukatın sözleşmede öngörülen 5.000 USD'nin tamamına hak kazandığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır (...). Yarg. 13.HD 04.04.2006 E.1435, K.4986 (AYDIN, s.262).

<sup>36</sup> SARI, s.188; GÖKYAYLA, s.90,91.

<sup>37</sup> SARI, s.189. Haklı azil durumunda, azil anına kadar görülen işin dikkate alınmayacağı ve avukatın ücret talep edemeyeceği yönünde bkz. GÖKYAYLA, s.93.



Haksız azil durumunda avukatın hak kazanacağı ücrete, Av. K m.164/f.5'e dayanan yargılama gideri niteliğindeki avukatlık ücreti de dahildir<sup>38</sup>. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

(...) Haksız olarak azledilen avukat, takip ettiği her dava ve takip için avukatlık ücretinin tamamına hak kazanır. (Avukatlık Kanunu 174/2 maddesi) Avukatın bu ücret alacağı kapsamında müvekkili arasında yapılan ücret sözleşmesi gereğince hesaplanan vekalet ücreti ile yasanın 164/son maddesi gereği aksine sözleşme yapılmadığı için avukata ait olacağı açıklanan ve hasma tahmil edilmesi gereken ücretin bulunduğu da duraksama olmamalıdır(...). Yarg. 13.HD 16.03.2006 E.2005/17679, K.2006/3713 (YKD 2006, S.6, s.923).

## 2. Ücretin Muacceliyeti

Avukatlık sözleşmesinden doğan ücret alacağı, dava veya takibin sonuçlanmasıyla birlikte muaccel olur<sup>39</sup>. Buna karşılık, haksız azil durumunda, dava veya takibin hangi aşamada olduğundan bağımsız olarak, azil beyanının hüküm ifade ettiği anda ücret alacağı da muacceliyet kazanır<sup>40</sup>. Azil iradesinin avukata tarafından öğrenilmesi ile ücret alacağı derhal muaccel olacağı için avukatlık sözleşmesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesini veya dava ve takiplerin kesinleşmesini beklemeye gerek yoktur. Avukatlık sözleşmesiyle arzulanan amaca ulaşılamamış ya da azledilen avukat tarafından takibi yapılmış dava ve takiplerden kaynaklanan alacaklar tahsil edilmemiş olsa dahi avukat yine tam olarak ücrete hak kazanır. Haksız olarak azledilen avukatın, dava ve takiplerin hangi aşamada olduğundan bağımsız olarak, ücrete hak kazanacağı görüşü Yargıtay tarafından da kabul görür. Sözleşmeden doğan ücret alacağının, dava ve takiplerin sonucu dikkate alınmadan hesaplanması, öğretisi ve

<sup>38</sup> AYDIN, s.113; GÖKYAYLA, s.94,95. Aksi görüşte GÜNERGÖK, s.151.

<sup>39</sup> (...) Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 3.m. ne göre de avukatlık ücreti kesin hüküm veya kesin sonuç elde edilinceye kadar olan dava ve işlerin karşılığıdır(...). Davacı avukatların üzerine aldıkları işin sonuçlanmasından önce ücrete hak kazanabilmeleri için işi yasal bir haklı nedene dayanarak takipten vazgeçmeleri gerekli olup davada herhangi bir haklı sebebin varlığını ispat edemedikleri gibi ne vekaletten çekilmişler ne de işi takipten vazgeçtiklerini bildirmişlerdir (...). Yarg. HGK 03.07.1987 E.3/92, K.599 (AYDIN, s.188). Aynı yönde bkz. Yarg. 13.HD 09.12.1999 E.8990, K.9399 (AYDIN, s.291); UÇAR, s.132.

<sup>40</sup> AYDIN, s.114; GÖKYAYLA, s.98; UÇAR, s.133; GÜNERGÖK, s.139.

uygulamadaki yerleşik görüşe uygundur. Ücret alacağına temel oluşturan dosyaların henüz kesinleşmediği ve bu nedenle ücrete hak kazanılmadığı yönündeki iddialar hukuki dayanaktan yoksundur.

(...) *Haksız azil nedeniyle davadan el çektirilen davacı avukatın bu nedenle görevi ifa etmekten alıkonduğu açıktır. Bu nedenle paranın tahsil edildiğinde ücretin ödeneceğine ilişkin sözleşmedeki koşulun uygulanması mümkün değildir. Bu durumda davacı avukatça takip edilen fakat tahsilat yapılmayan işler yönünden de davacı yararına vekalet ücretininin hesaplanması gerekir (...).* Yarg. 13.HD 03.02.1992 E.10055 K.759 (GÖKYAYLA, s.170).

(...) *Taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmaktadır. Avukatlık Kanununun 174/2 maddesi uyarınca haksız olarak azledilen avukat, avukatlık ücretinin tamamına hak kazanır. Dava ya da takip hangi aşamada olursa olsun haksız azlin tebliği ile ücret alacağı muaccel hale gelir (...).* Yarg. 13.HD 09.12.1999 E.8990, K.9399 (AYDIN, s.291).

Azledilen avukat tarafından, sözleşmeden doğan ücret alacağının talep edilmesi, yukarıda belirtilen kurallara göre gerçekleşir. Buna karşılık, yargılama ve icra gideri olarak karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin talep edilmesi bakımından, dava veya takiplerin sonuçlanması ve karşı taraftan bu alacağın tahsil edilmiş olması aranır. Genel kural böyle olmakla birlikte, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının gerekli kıldığı hallerde, sanki tahsilat gerçekleşmiş gibi kabul edilebilir ve azledilen avukatın, bu tür ücret alacağının da muaccel olduğu sonucuna varılabilir<sup>41</sup>. Bu durum, hakim

<sup>41</sup> AYDIN, s.114. (...) *Avukatlık Yasasının 164/son maddesinde açıklanan ve aksine sözleşme olmadığında avukata ait olacağı kabul edilen ücret alacağı ise, yargılama ve icra gideri niteliğinde olduğundan ancak dava ve takip sonuçlandığında miktarı belli olur ve bundan sonra müvekkil tarafından hasımdan tahsili mümkün hale gelir (...).* Kural böyle olmakla birlikte hakim bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalmamalı, Avukatlık Yasasının 164/son maddesine işlerlik kazandıracak şekilde her olayın özelliğine, durum ve şartlarına göre değerlendirme yapmalı, özellikle MK'nun 2.maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılmasına ve dürüstlük kurallarının ihlaline izin vermemeli, gerektiğinde müvekkilin dava veya takip sonucunda belirlenen bu ücret alacağını tahsil etmiş kabul etmeli, aksi halde bu nitelikteki ücret alacağına ilişkin istemi henüz muaccel olmadığından reddetmelidir (...). Yarg. 13.HD 24.11.1992 E.1992/5978, K.1992/9106 (YKD 1993, S.1, s.61). Aynı yönde bkz. Yarg. 13.HD

16.03.2006 E.17679, K.3713; Yarg. 13.HD 24.11.2005 E.10723, K.17349; Yarg. 13.HD 27.12.2005 E.13101, K.19239 (AYDIN, s.266 vd.).

takdir hakkına bağlıdır. Hakimin, iş sahibinin kötü niyetle hareket ettiği kanaatine ulaşması durumunda, özellikle azil hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda, karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin tahsil edilmiş gibi kabul edilmesi mümkündür. Böylece, muaccel hale gelen yargılama ve icra gideri niteliğindeki avukatlık ücreti de azledilen avukat tarafından talep edilebilir. Aksi durumda, tahsil edilmeyen veya tahsil edilmiş gibi kabul edilmeyen avukatlık ücreti henüz muaccel olmadığı için buna yönelik talep reddedilmelidir.

### 3. Ücretin Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi

Av. K m.40'a göre, "İş sahibi tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmekle düşer". Bu düzenleme ile iş sahibinin avukata karşı ileri sürebileceği talepler bakımından bir zamanaşımı süresi getirilmiş fakat avukatın iş sahibine karşı ileri sürebileceği talepler bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Benimsediğimiz görüş gereğince, vekalet sözleşmesinin alt türü olarak kabul ettiğimiz avukatlık sözleşmesi bakımından vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Bu doğrultuda BK m.126/b.4'e göre, avukat lehine doğan talepler, beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Avukatlık sözleşmesinin kendine özgü yapısı olduğunu savunan görüş de aynı sonuca ulaşmakta ve beş yıllık zamanaşımı süresini kabul etmektedir<sup>42</sup>.

## SONUÇ

Avukatlık sözleşmesi, genel nitelikli iş görme sözleşmesi olarak düzenlenen vekalet sözleşmesinin alt türünü oluşturmaktadır. Avukatlık Kanunu'ndaki düzenleme dikkate alındığında, avukatlık sözleşmesinin isimsiz sözleşmeler arasında değerlendirilmesi güçtür. Bu nedenle, avukatlık sözleşmesini, kanunda düzenlenen sözleşmelerden biri olarak kabul etmekteyiz.

Borcu sona erdiren genel sebepler, avukatlık sözleşmesinden doğan borçların da sona ermesi sonucunu doğururlar. Bunun yanında, vekalet sözleşmesine ilişkin özel nitelikli sona erme sebepleri avukatlık sözleşmesi bakımından da uygulanır. Özel sona erme sebeplerinden biri de avukatın azlidir.

<sup>42</sup> BURCUOĞLU, s.50 vd..

Bozucu yenilik doğuran azil beyanının, avukat tarafından öğrenilmesi ile birlikte avukatlık sözleşmesi de sona erer. Sona ermenin ileriye etkili sonuçlar mı doğuracağı ya da geçmişe etkili mi olacağı sözleşmenin niteliğine bağlıdır. Ani edimli avukatlık sözleşmelerinde azil, sözleşmeden dönme etkisi yaratarak, borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Aynı sonuç, henüz ifasına başlanmamış sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmeler bakımından da uygulanır. İfasına başlanmamış sürekli borç ilişkisi niteliğindeki avukatlık sözleşmelerinde ise azil, fesih etkisi yaratır ve borç ilişkisini ileriye etkili olarak ortadan kaldırır.

Azil yoluyla sözleşmeye son verilmesi durumunda, avukatlık ücretinin nasıl belirleneceği sorunu, azlin haklı olup olmadığı ile ilgilidir. Diğer bir söyleyişle, avukatın ücret alacağı, azil iradesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmamasına göre değişir. Av. K m.174/f.2'ye göre, haksız olarak azledilen avukat, sözleşme ile kararlaştırılan ücretin tamamına hak kazanır. Ücretin sözleşme ile kararlaştırılmadığı durumlarda, hak kazanılan ücretin belirlenmesi Av. K m.164/f.4'e göre belirlenir.

Sözleşme ile belirlenen avukatlık ücreti, dava ve takiplerin sonuçlanmasından bağımsız olarak, haksız azil beyanının hüküm ifade ettiği tarihte muaccel olur. Diğer bir söyleyişle, bu durumda avukatlık ücretinin talep edilebilmesi için dava ve takiplerin sonuçlanması beklenmez. Sözleşme ile kararlaştırılan avukatlık ücreti yanında Av. K m.164/f.5'e dayanan yargılama gideri niteliğindeki vekalet ücreti de avukatlık ücretinin kapsamında yer alır. Buna karşılık, yargılama gideri niteliğindeki vekalet ücretinin talep edilebilmesi için iş sahibi tarafından tahsil edilmiş olması veya hakim tarafından tahsil edilmiş gibi kabul edilmesi aranır. Aksi durumda, bu alacak muaccel olmadığı için buna ilişkin talep reddedilir.

Avukatlık Kanunu'nda, ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte BK m.126/b.4 gereğince, vekalet sözleşmesinde olduğu gibi avukatlık sözleşmesinden doğan ücret alacağının da beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilir.

## KAYNAKLAR

**AKINCI Şahin**, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004.

**ARAL Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

**AYDIN** Murat, Avukatlık Ücreti, Ankara 2007, s.31.

**BAŞPINAR** Veysel, “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı – Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı, Ankara 2004, s.463 vd..

**BURCUOĞLU** Haluk, “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı – Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı, Ankara 2004, s.479 vd..

**BUZ** Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

**UÇAR** Salter, Avukatın Hak ve Ödevleri, İstanbul 1998.

**EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

**GÖKYAYLA** Emre, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007.

**GÜMÜŞ** Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008.

**GÜNER** Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002.

**GÜNERGÖK** Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2003.

**KARATEKE** Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2006.

**KORKUSUZ** Refik, Avukatlık Hukukuna Giriş, Adana 2008.

**MÜDERRİSOĞLU** Feridun, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974.

**OĞUZMAN** Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

**SARI** Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.

**SELİÇİ** Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

**SUNGURTEKİN** Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995.

**TANDOĞAN** Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul 1988.

**TANDOĞAN** Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1987.

**YAVUZ** Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2002.

**ZEVKLİLER** Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008.



**BANKA HAVALESİ, HAVALE, UYGULANACAK HUKUK,  
HAVALENİN YOKLUĞUNDA BANKANIN ALACAK KAYDINI GERİ  
ALMA HAKKI**

[İsviçre Federal Mahkemesi'nin 14 Temmuz 2006 tarihli kararı, 1. Hukuk  
Dairesi, (ATF 132 III 609) (SJ 2007 I N. 3 sh. 29)]

Çeviren: Ar. Gör. K. ALİ SONAT

(X. et Y.) c. Banque Z. SA

1. – Müşterinin talimatı üzerine, havale meblağının banka tarafından müşterinin hesabından bir başka hesaba aktarılması, banka havalesidir; her iki hesap da aynı banka nezdinde açılmış ise, kurum içi banka havalesi söz konusu olur.
2. – Banka havalesi, havale niteliğindedir; lehdar (havale lehdarı), talimat veren (havaleci) tarafından değil, banka (havale muhatabı) tarafından havaleden haberdar edilmiş ise, doğrudan havale söz konusu olur.
3. – Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış ise, havaleye, gerek havaleci–havale muhatabı arasındaki gerek havale muhatabı–havale lehdarı arasındaki ilişki bakımından, havale muhatabının işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanır; sebepsiz zenginleşme ilişkisinden doğan taleplere ise, zenginleşmeyi doğuran, gerçek veya sözde ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanır.
4. – Havale, havalecinin çifte irade beyanı ile meydana gelir; bunlardan ilkinde havaleci, havale lehdarı lehine bir edimde bulunma konusunda havale muhatabını; diğerinde ise, havale muhatabından söz konusu edimi alma konusunda havale lehdarını yetkilendirmektedir.
5. – Havaleciye ait çifte irade beyanı mevcut değilse, havale yok sayılır; buna rağmen banka tarafından gerçekleştirilen banka havalesi, hukuki sebepten yoksundur ve sebepsiz zenginleşme teşkil eder.

6. – Geçerli bir hukuki sebep mevcut olmaksızın banka tarafından hesaba alacak kaydedilen meblağ henüz müşterinin hesabında bulunmakta ise, banka pratik nedenlerle, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir dava açmak zorunda olmaksızın hesaba alacak kaydı işlemini tek taraflı olarak geri alabilir; başka bir deyişle, banka geri alma hakkına sahiptir.
7. – Kara paranın aklanması ile mücadele amacıyla düzenlenen A tipi form, özel hukuk bakımından etkili değildir; söz konusu form havale talimatı olarak değerlendirilemez.

### **Olay (Özet):**

Saint – Petersburg'da ikamet eden Rus vatandaşları (X. ve Y.), merkezi İles Virgines Britannique'de bulunan (D) şirketinin yöneticisidirler. Söz konusu kişilerin ve sahibi oldukları şirketin, Cenevre'de bulunan Z. bankasında açılmış hesapları bulunmaktadır.

Aynı şekilde Rusya'da ikamet eden Rus vatandaşı (B) ile iş ilişkileri içinde olan (X. ve Y.), (B)'nin, Cenevre'deki Z Bankası nezdinde bir hesap açmasını temin etmişlerdir.

Bunun akabinde (X. ve Y.), yaklaşık 3 milyon US\$'lık bir tutarı (B)'nin hesabına havale ederler.

(B.)'nin yokluğunda, (C.) bankasının bir çalışanı ile karşılaşan (X. ve Y.), (B.)'nin hesabında bulunan bakiyenin %40'ının (B.)'ye ait olduğunu; kalan bakiye üzerinde ise, her birinin %30 oranında hak sahibi olduğunu belirtmişlerdir. (C), bunu gösteren A tipi formun gereği gibi imzalanarak kendisine verilmesini talep etmiştir. Bir süre sonra, B'nin talimatının kendisine ulaşacağı beklentisinde olan bu banka çalışanı, (X. ve Y.)'nin talimatı üzerine, kendisine belirtilen orana göre, söz konusu hesap bakiyesini bölmüş ve B'nin hesabında düşmek suretiyle, (X. ve Y.)'nin her birinin hesabına 1.015.000 US\$'lık tutarı aktarmıştır.

Hesap bakiyesinden haberdar olan (B.), herhangi bir havale talimatı vermediğini, aktarılan havale tutarının kendisine ait olduğunu ve A tipi formdaki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürmek suretiyle bankaya itiraz da bulunmuştur.

Banka, (X. ve Y.) lehine gerçekleştirilen havaleleri geri almış ve adı geçen banka çalışanının işine son vermiştir. Bankanın gerçekleştirdiği geri alma



işleminin haksız olduğunu ileri süren (X. ve Y.), bankaya karşı dava açmıştır.

Cenevre Kantonu İlk Derece Mahkemesi, davacıların talebini kabul etmiş, Ara Derece Mahkemesi ise, bu talepleri reddetmiştir.

(X. ve Y.) kararı temyiz etmişlerdir.

### **Karar:**

5. – Uyuşmazlığa konu olay, her iki davacının Rus vatandaşı olması ve Rusya'da ikamet ediyor olmaları sebebiyle yabancılik unsuru içermektedir. Bu nedenle uyuşmazlığa uygulanan hukukun re'sen incelenmesi gerekir (ATF 130 III 417 c. 2 p. 421). Davacıların ortaya koyduğu hukuki ilişkilerin lex fori'ye göre nitelendirilmesi gerekmektedir (ATF 129 III 738 c. 3. 4 p. 745; 128 III 295 c. 2a p. 298).

Somut olayda, üç köşeli bir ilişki çerçevesinde, banka havalesi ile gerçekleştirilen ve sözde talimat veren kişi ile davalı konumundaki lehdarların aynı bankanın müşterisi oldukları doğrudan bir kazandırma söz konusudur. Bu şekilde gerçekleştirilen kazandırma, hukuki niteliği itibariyle doğrudan havale teşkil eder. Havalenin bu şeklinde – bu nitelikteki havale de, olağan havale şekli olan dolaylı havalenin düzenlendiği İBK m. 466 vd. hükümlerine tabidir – havaleci (talimat veren) havale muhatabından (banka) bir miktar parayı kabz etme yetkisini havale lehdarına bizzat vermemekte; söz konusu yetki, havale tutarını havale lehdarının hesabına geçirmek suretiyle havale lehdarını havalenden haberdar eden banka aracılığıyla verilmektedir (cf. *Wilhelm Schönenberger*, Commentaire zurichois, n. 28 ad. Art. 466 CO; *Daniel Guggenheim*, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4e éd., p. 492, ch. 5 let. A; *Imogen Bilotte-Tongue*, Aspects juridiques du virement bancaire, thèse Genève 1992, ch. 62 p.31; *Sébastien Betschart*, Virement en chaîne et assignation bancaire, thèse Lausanne 2000, p. 137 s.).

Olaydaki uyuşmazlık havale ilişkisi veya edim ilişkisi (Anweisungsverhältnis ou Leistungsverhältnis) olarak adlandırılan havale muhatabı ile havale lehdarı arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Havale muhatabının havale lehdarı lehine gerçekleştirdiği edimin sebebini teşkil eden bu hukuki ilişki geçersiz ise, davalının da savunduğu üzere, haklı sebep olmadan gerçekleşen bir zenginleşme söz konusu olur.

İMÖHUK (LDIP) m. 128/f. I uyarınca, sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplere, zenginleşmeye sebebiyet veren gerçek veya sözde hukuki ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanacaktır.

Daha önce belirtildiği üzere, zenginleşmeye sebebiyet veren hukuki ilişki havaledir (İBK m. 466 vd.). Havale söz konusu olduğunda, hukuk seçimi yapılmamış ise, gerek havaleci – havale muhatabı arasındaki gerek havale muhatabı – havale lehdarı arasındaki ilişki bakımından İMÖHUK m. 117 anlamında karakteristik edim, havale muhatabının edimidir (ATF 127 III 553 c. 2d; 122 III 237 c. 1b; *Max Keller / Jolanta Kren Kostkiewicz*, Zürcher Kommentar zum IPGR, 2e éd., n. 96 ad art. 117 LDIP et n. 32 ad art. 128 LDIP).

Davalının ve havale muhatabının işyeri İsviçre’de bulunmaktadır (bk. art. 21 al. 3 LDIP). Şu halde, uyumsuzluk İsviçre Hukuku’na göre, özellikle İBK m. 62 ve İBK m. 466 vd. hükümleri uyarınca çözümlenmelidir. Keza, İsviçre hukukunun uygulanması taraflar arasında uyumsuzluk konusu da değildir.

6. – 6.1. Mahkemece saptanan (art. 63 al. 2 OJ) olgulardan anlaşılmaktadır ki, davalı, 24 Mart 2000 tarihinde müşterisi (B.)’ye ait olan Amerikan Doları hesabına, toplam 2.030.000 US\$ tutarı borç kaydetmek ve bu tutarı, her bir davacıya 1.015.000 US\$ düşecek şekilde, davacıların 20 Mart 2000 tarihinde kendi nezdinde açtırmış oldukları hesaplara aktarımını yönetici yardımcısı (C.) aracılığıyla gerçekleştirmiştir. Davacılar gönderilen alacak kaydına ilişkin bildirimlerde talimat veren olarak (B.) gözükmektedir.

Böylelikle davacı, bir kurum içi havale gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu havale şeklinde, gerek talimat veren, gerek lehdar, aynı bankada hesap sahibidirler; havale meblağının aktarılması ise, bankanın kendi defterlerinde gerçekleştirdiği basit hesap hareketleri sayesinde, kaydi olarak gerçekleşmektedir (kavram için bk., *Bettschart*, op. cit., p. 15; *Guggenheim*, op. cit., p. 492 s.; *Bilotte-Tongue*, op. cit., ch. 27 p. 17).

Yukarıda belirtildiği üzere, banka havalesinin İBK m. 466 anlamında havale olarak nitelendirilmesi gerektiği konusunda öğretide görüş birliği mevcuttur. Buna göre, havale muhatabı banka, talimat verenin havale muhatabına önceden belirttiği miktarda parayı lehdara (havale lehdarı) kazandırmaktadır (bk. aynı yönde *Silvia Tevini Du Pasquier*, Commentaire bâlois, tome I, n. 2 ad Vorbemerkungen zum 18. titel, p. 2473; *Georg Gautschi*, Commentaire bernois,

n. 6a ad art. 466 CO; *Carlo Lombardini*, Droit bancaire suisse, p. 230/231; *Bettschart*, op. cit., p. 130/131).

Federal Mahkeme İçtihatlarında da, banka havalesine, konu derinlemesine incelenmeksizin, havale hükümlerinin uygulandığı görülmektedir (ATF 127 III 553 c. 2c; 126 III 20 c. 3a/aa p. 22; 121 III 109 c.2).

Bu konunun tekrar incelenmesi gerekli görülmemiştir.

6.2 – Bu noktada havalenin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir.

Öğretide ve onu benimseyen yargı kararlarında genelde kabul edildiği üzere, havale, havaleci tarafından tek taraflı olarak verilen çifte yetkilendirme ile meydana gelir. Başka bir deyişle, havalecinin iki ayrı irade açıklamasının bir araya gelmesi söz konusudur. Bu irade açıklamalarından ilki ile havaleci, havale lehdarı lehine bir edimde bulunma konusunda havale muhatabını; diğeri ile de, havale muhatabından söz konusu edimi kabz etme konusunda havale lehdarını yetkilendirmektedir (ATF 127 III 553 c. 2c; 122 III 237 c. 1b; *Tevini Du Pasquier*, op. cit., n. 1 ad art. 466 CO; *Koller*, op. cit., n. 1 ad Vorbemerkungen zum 18. Titel, p. 2473; *Schönenberger*, op. cit., n. 6 ss ad art. 466 CO; *Pierre Engel*, Contrats de droit suisse, 2e éd. p. 576 in initio; *Pierre Tercier*, Les contrats spéciaux, 3e éd., ch. 5457, 5471 et 5477; *Theo Guhl / Anton K. Schnyder*, das Schweizerische Obligationenrecht, 9e éd., par. 54, ch. 1 p. 603/604; *Bettschart*, op. cit., p. 131; contra: *Gautschi*, op. cit., n. 3a ss ad. Vorbemerkungen, Achtzehnter Titel, Die Anweisung). Havale; bir sözleşme niteliğinde olmadığından, havale muhatabına herhangi bir borç yüklemeyi; öte yandan, havalecinin, havale muhatabı aracılığıyla havale lehdarına bir edim kazandırma girişimi teşkil eder (*Engel*, op. cit., p. 576; *Guhl / Schnyder*, op. cit., ibidem; *Tercier*, op. cit., ch. 5455 p. 788). Bankaya verilen havale talimatı bakımından, ikinci yetkilendirme (havale lehdarına verilen havale muhatabından bir miktar parayı kabz etme yetkisi) herhangi bir özellik arz etmemektedir. Zira bu son ihtimalde havale lehdarı, akreditif bankasına belirli bir süre zarfında akreditif amiri ile kararlaştırdıkları belgeleri ibraz etmek zorunda olan akreditif lehdarının aksine, tamamen pasif bir durumdadır (*Lombardini*, op. cit., ch. 17 p. 231).

Borçlar Hukukunun genel teorisi uyarınca, bir irade beyanının, başka bir deyişle, bir hakkın veya hukuki ilişkinin doğumu, değiştirilmesi veya sona erdirilmesine yönelik bir iradenin iletilmesinden söz edilebilmesi için, fiilin (veya

kaçınmanın), beyanın atfedileceği kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir (*Andreas von Tuhr / Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. 1, p. 157 s.; *Engel*, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., p. 124; *François Dessemontet*, Commentaire romand, n. 36 in principio ad art. 1 CO).

Cenevre Mahkemesi tarafından saptanan somut olaydaki olguların, bu ilkeler dikkate alınmak suretiyle incelenmesi yerinde olacaktır.

6.3 – 6.3.1. Mahkeme önüne gelen kararda, davacılar tarafından, borç kaydı yapılan hesabın sahibinin havale talimatının yerine geçmek üzere, davalının temsilcisine, bu hesaba ilişkin (B.)'nin tasdikli imzasını taşıyan bir A tipi form verildiği; söz konusu formda ise, ekonomik anlamda hak sahipleri olarak (B.)'nin ve davacıların, bankanın müdür yardımcısının el yazısı ile belirtilmiş olduğu saptanmıştır.

Finans sektöründe kara paranın aklanması ile mücadeleye ilişkin 10 Ekim 1997 tarihli Federal Kanun'da (LBA; RS 955.0), özellikle bankalar açısından (art. 2 al. 2 let. a LBA), 4'üncü maddede tanımlanan durumlarda, müşteri tarafından bankaya yatırılan değerler üzerinde ekonomik anlamda gerçek hak sahibinin teşhis edilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu itibarla, ekonomik anlamda gerçek hak sahibinin teşhisinin, banka tarafından "A tipi form" aracılığıyla gerçekleştirilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu form ile müşteri, ekonomik anlamda gerçek hak sahibi olduğunu beyan etmekte; başka bir kişi hak sahibi ise, bu kişinin adını ve soyadını, doğum tarihini, milliyetini, adresini ve ikamet ettiği ülkeyi zorunlu olarak belirtmektedir (*bk. Philipp Abegg et al.*, Manuel du Droit Bancaire Suisse, traduction française Caroline Jenny-Arnold et al., Zurich 2005, p. 310/311).

Ekonomik suçlarla mücadeleye yönelik olarak ekonomik anlamda gerçek hak sahibinin teşhis edilmesi, özel hukuk bakımından etkili değildir (*Lombardini*, op. cit., p. 137). Bankanın müşteri dışında olası bir gerçek hak sahibini araştırma yükümlülüğü yalnızca kamu yararına yönelik bir faaliyetten ibarettir (*Sylvain Matthey*, La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse, in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zurich 1998, p. 74).

Şu halde, A tipi formun işlevinin yalnızca, bankaya yatırılan mevduat üzerinde ekonomik anlamda gerçek hak sahibini teşhis edilmesi ile sınırlı olduğu

sonucuna varılabilir. Söz konusu formun düzenlenmesinin, hesap sahibinin belirli bir miktar paranın aktarılması amacıyla verdiği havale talimatının yerine geçtiği söylenemez. (B.) tarafından imzalanmış olan ve 20 Mart 2000 tarihinde davacılar tarafından davalıya verilen A tipi form, sonuç itibarıyla havalecinin bir irade beyanı olarak değerlendirilemez. Keza, davacıların söz konusu belgenin (B.)'nin hesabında bulunan paranın paylaşılması işlemi için yeterli olmadığı konusunda davalı bankanın müdür yardımcısı tarafından uyarılmış olmaları, bu olgunun davalı tarafından da bilindiğini göstermektedir.

6.3.2. – Üzerinde hesaba yatırılan para tutarının davacılar ile (B.) arasında paylaşılması gerektiği (C.) tarafından belirtilmiş olan (B.)'ye ait hesap dökümünde, hesap sahibinin veya onun vekil tayin ettiği eşi ve kızının imzalarının bulunduğu sabit değildir.

Bu noktadan hareketle, söz konusu formda davacılar lehine verilmiş bir ödeme talimatının söz konusu olduğu şeklindeki iddia tamamen reddedilmelidir.

6.3.3 – Davacılar, bankanın kendilerine gönderdiği alacak kaydına ilişkin bildirimde talimat veren olarak (B.)'nin belirtilmiş olmasından hareketle, kendi lehlerine verilmiş geçerli bir ödeme talimatı mevcut olduğunu savunmaktadırlar.

Doğrudan havale, banka tarafından lehdarın hesabına yapılan alacak kaydı ile tamamlanır. Hesaba alacak kaydı, havale talimatı tarafından başlatılan işlemler zincirinin sonucunu teşkil eder (*Bettschart*, op. cit., p. 189).

Talimat verenin isminin alacak kaydına ilişkin bildirimde yer almış olması – söz konusu alacak kaydı bildirimini mutad olarak herhangi bir imzanın mevcut olmadığı bir formdur – lehdara aktarılan tutarın yalnızca ismi belirtilen kişinin hesabından aktarılmış olduğuna işaret eder. Bunun ötesinde, talimat verenin isminin yer alması, geçerli bir havale talimatının varlığını göstermez. Bu anlamda davacıların iddiası gerekçeden yoksundur.

6.3.4. – Kanton Mahkemesi'nin kararına göre (B.), söz konusu tutarın 24 Mart 2000 tarihinde hesabına borç kaydedilmiş olduğunu, altı aydır süren hastalığından sonra, yani 12 Eylül 2000 tarihinde öğrenebilmiştir. Bunun üzerine (B.) gecikmeksizin, Mart 2000'de bankaya herhangi bir havale talimatı vermediğini öncelikle 13 Eylül 2000 tarihinde sözlü olarak, daha sonra yazılı şekilde 15 Eylül 2000 tarihinde ileri sürmüştür.

Bu somut olgulardan, hesap sahibinin, (C.) tarafından gerçekleştirilen para transferlerini onaylamadığı açıkça anlaşılmaktadır.

6.3.5. – Bu incelemeden anlaşılmaktadır ki, (B.) hiçbir şekilde 24 Mart 2000 tarihinde davacılar lehine söz konusu tutarda US\$ için havale talimatı vermemiştir. Bu koşullarda, sözde havalecinin, söz konusu tutarda parayı havale lehdarlarına (davacılar) ödeme konusunda havale muhatabına, yani davalıya verdiği bir yetki olmaksızın, bankanın davacılar lehine 24 Mart 2000 tarihinde gerçekleştirdiği kazandırma, havalenin yokluğu nedeniyle, hukuki sebepten yoksundur.

Sonuç itibariyle davacılar lehine gerçekleştirilen havaleler geçerli bir sebepten yoksun olduklarından, söz konusu havale tutarını 21 Eylül 2000 tarihinde (B.)'nin hesabına iade eden davalı, bu ölçüde fakirleşmiş olmakla birlikte; 24 Mart 2000 tarihinde gerçekleştirdiği alacak kaydı ile zenginleşmiş olan davacılar karşısında İBK m. 62/f. 1'e dayanan bir sebepsiz zenginleşme talebine sahiptir (*Gilles Petitpierre*, Commentaire romand, n. 22 et 23 in fine ad art. 62 CO; *Hermann Schulin*, Commentaire bâlois, n.33, par. 1er, ad art. 62 CO; *Ingeborg Schwenger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3e éd., ch. 56.23, p. 357; *Bilotte-Tongue*, op. cit., ch. 471 p. 217; *Thomas Koller / Christa Kissling*, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, Berner Bankrechtstag 2000 p. 48; sebepsiz zenginleşme davasının şartları için bk. örneğin *Engel*, op. cit., p. 584; *Theo Guhl / Alfred Koller*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9e éd., par. 27, ch. 2 ss. p. 219 ss).

6.3.6. – Geçerli bir sebep olmaksızın hesaba geçirilen havale meblağı müşterinin hesabında bulunduğu sürece banka, pratik nedenlerle, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir dava açmak zorunda olmaksızın hesaba kayıt işlemini tek taraflı olarak geri alabilir. Başka bir deyişle, banka yaptığı kayıt işlemini geri alma hakkına sahiptir. Zira müşteri, banka ile arasındaki sözleşmesel ilişki çerçevesinde, söz konusu durumlarda bankanın böyle bir geri alma hakkına sahip olacağına örtülü olarak rıza göstermiş sayılır (18 Nisan 1995 tarihli 4C.480/1994 sayılı karar, c. 4 in SJ 1995 p. 727; *Bilotte-Tongue*, op. cit., ch. 469 p. 217; *Guggenheim*, op. cit., p. 507/508; *Lombardini*, op. cit., ch. 75/76 p. 247/248).

İncelenen karardan, davacıların, (B.)'nin hesabından kendi hesaplarına aktarılan tutar ile bir miktar menkul değer edinmiş oldukları ve bu menkul değerlerin 19 Eylül 2000 tarihinde davalı tarafından davacılar a ait hesaptan çekilmiş olduğu

anlaşılmaktadır. Söz konusu menkul değerlerin tutarının, davacıların hesabında yukarıda belirtilen tarihte gerçekleştirilen borç kaydı tutarına karşılık geldiği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık yoktur.

Bu noktadan hareketle, davalı tarafından 19 Eylül 2000 tarihinde alacak kaydının geri alınması işlemi Federal Hukukun ilkelerine uygun olup, Kanton Mahkemesi tarafından da yerinde olarak hükmedildiği üzere, davacıların tüm taleplerinin reddedilmesi gerekir.

(4C.86/2006)