



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ  
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 7 - Sayı: 1 - Ocak 2021

**Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi**  
Prof. Dr. Fuat ERDAL

**Yayın Kurulu Başkanı**  
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

**Baş Editör**  
Doç. Dr. Tolga AKKAYA

**Editör**  
Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU  
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

**Editör Yardımcısı**  
Arş. Gör. Dr. Nergiz EMİR  
Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR  
Arş. Gör. Burak IŞIK

**İletişim Adresi**  
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Yunusemre Kampüsü  
Tepebaşı / ESKİŞEHİR  
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240  
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr  
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>


**Yayına Hazırlayan**  
Seçkin Yayıncılık A.Ş.  
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13  
Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30  
Faks: 0312 435 24 72

**Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj**  
Emre KIZMAZ

**Yayın Yeri | Yılı**  
Ankara | Ocak 2021

**ISSN**  
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,  **Jurix** veritabanında da indekslenmektedir.

**Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.**

**Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.**

## Danışma Kurulu<sup>(\*)</sup>

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

(\*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
- Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
- Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

### **Yayın Kurulu<sup>(\*)</sup>**

- Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR
- Prof. Dr. Enver BOZKURT
- Prof. Dr. İbrahim KAYA
- Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
- Prof. Dr. Mustafa AVCI
- Prof. Dr. Recai DÖNMEZ
- Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
- Prof. Dr. Uğur YİĞİT

(\*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve albetik sıraya göre gösterilmektedir.

## Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (“*AndHD*”)

### Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics - COPE), Açık Erişim Dergileri Dizini (Directory of Open Access Journals - DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği *AndHD*'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (European Association of Science Editors – EASE) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

#### *Yazarlar*

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya kayda değer ölçüde katkı sunmuş olması beklenir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kuralları'nda düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

#### *Hakemler*

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.

- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.
- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

#### *Editörler*

AndHD dergi editörleri COPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu'nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD'ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Ancak, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle ilgili çalışmanın bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın, derginin amaç ve kapsamına, kurallarına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmeyen çalışmaların hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Ancak bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editörün, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri, hakemlik listesinden çıkarması beklenir.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

## Yayın İlkeleri

- 1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergideki yazılar, yazarların sorumluluğundadır.
- 2) Dergide, hukukun her alanından makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilecektir.
- 3) Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.
- 4) Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması, Yayın Kurulunun kararına bağlıdır.
- 5) Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya İtalyanca olabilir.
- 6) Dergide yayımlanması istenen yazılar, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- 7) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.
- 8) Metin ile birlikte yazarın (veya yazarların) adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.
- 9) Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce, Almanca, Fransızca veya İtalyanca) başlık, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan özet ile ilgili makaledeki konuyu tanımlayan en az 5 (beş) anahtar kelimeyi içermelidir.
- 10) Dergiye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir.
- 11) Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.
- 12) Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda Üniversite herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
- 13) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

- 14) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (kör hakemlik) dayanır. Yayın Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen yazılar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur.
- 15) Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltilmesine yahut yayımlanmamasına karar verilebilir. Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönündeysen, yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise üçüncü hakeme gönderilip, gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır. Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan yazılar, Yayın Kurulu gerek gördüğü takdirde bir kez daha hakeme gönderilebilir.
- 16) Tüm hakem raporları, AndHD Yayın Kurulu tarafından 5 yıl boyunca saklanır.
- 17) Yazar, yayımlanmak üzere kabul edilen yazısının, elektronik ortam dışında basılı olarak yayımlanmasına da izin vermiş sayılır. Yazarlara bir telif ücreti ödenmez.
- 18) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Temmuz sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Mayıs'tır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.



## Yazım Kuralları

- 1) Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.
  - Kâğıt boyutu: A4
  - Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
  - Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
- 2) Yazımın Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın varsa görev yaptığı kurum ve görevi, e-posta adresi ve orcid numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.
- 3) Başlıklar;
  - Bölüm başlıkları, “I, II, III, ...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.
  - Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.
  - Bundan sonraki başlıklar “1, 2, 3, ...” ve ardından gelenler “a, b, c...”, “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.(Örnek:  
**I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK**  
**A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**  
**1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**  
**a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**  
**aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**  
**aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)**
- 4) Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.  
(Örnek ilk kullanım: Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım: TMK)
- 5) Dipnotlar;
  - Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.

- Bir yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.  
(Örnek: EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 10.)
- Makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayımlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.  
(Örnek: ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.)
- Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına "/" işareti koyulmalıdır.  
(Örnek: AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt I Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 10)
- Editörlü kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.  
(Örnek: ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.)
- İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece soyadları ile yazılmalıdır.  
(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.)
- Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda; yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.  
(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.)
- Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında ";" işareti kullanılmalıdır.  
(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s.10; ARSEBÜK, s. 13.)
- Yargı kararlarına yapılacak atıflarda; mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası belirtilmelidir.  
(Örnek;  
Anayasa Mahkemesi kararı:  
AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33

Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:

UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31

Yargıtay kararı:

Yargıtay, 2. HD., T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03

Danıştay kararı:

Danıştay, 13. D., T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848

Bölge Adliye Mahkemesi kararı:

Ankara BAM, 1. HD., T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976

Bölge İdare Mahkemesi kararı:

Ankara BİM, 2. İDD., T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998)

- Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd> E.T.: 07.07.2019)

6) Kaynakça;

- Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

(Örnek:

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ARSEBÜK, A. Esat, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.

ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.)



## Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin Ocak 2021 sayısında, yazarların ve hakemlerin özenli ve titiz çalışmalarıyla özel hukuk ve kamu hukuku alanında İngilizce ve Türkçe kaleme alınan hakemli makaleler DergiPark üzerinden elektronik olarak yayınlamıştır.

Çalışmalarda alan çeşitliliği esas alınmış, özel hukuk alanında, “Merkezi Isıtma Sistemli Yapılarda Isıtma Giderinin Paylaştırılmasında Isı Paylaşım Sistemi ve Kat Mülkiyeti Hukuku Bakımından Bu Sisteme İlişkin Esaslar”, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, “TTK m.55/1-a-6’da Özel Bir Haksız Rekabet Hâli Olarak Düzenlenen Tedarik Fiyatının Altındaki Sunumlara İlişkin Bir İnceleme”, “Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk”, “7179 Sayılı Kanun İle Sürekli Hale Getirilen Bedelli Askerlik Düzenlemesinin İş Hukukuna Yansımaları” başlıklı eserler; kamu hukuku alanında ise “*A Confederalist Demand to Transform the Liberal Discourse: A Comprehensive Analysis of International Minority Protection Regimes* (Liberal Söylemi Dönüştürmek İçin Konfederalist Bir Talep: Uluslararası Azınlık Koruma Rejimlerinin Kap-samlı Bir Analizi)” ve “Vergi Yargılamasında Tanık” başlıklı eserler yayınlamıştır.

Bu sayımızda, Dergi içeriğinin zenginleştirilmesi amacıyla hakemli araştırma makalelerinin yanında kısa karar özetleri ve kitap incelemesi gibi farklı çalışma türlerine de yer verilmiştir. Son dönemde yayınlanan güncel mahkeme kararları arasında dikkat çeken, başta Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi olmak üzere, çeşitli yargı merciielerince verilmiş kararları ele alan kısa karar özet ve değerlendirmelerine yer verilmiştir. Kısa karar özetleri ile önemli ve dikkate değer bulunan yargı kararları hakkında kısa ve öz bilgi verilmesi amaçlanmıştır olup, detaylı bir karar incelemesi yapılmamıştır. Bu tip çalışmaların amacı, önemli ve güncel gelişmelerden hukukçuları haberdar etmek olduğu kadar hukukçuları yargı kararlarını takip etmeye ve bu kararlar üzerinde düşünmeye teşvik etmektir. Akademik kitap incelemeleri ile de bazen bir bilimsel eserin tanıtılması bazen de bu çalışmaya ilişkin ayrıntılı tahlillerin yapılması amaçlanmaktadır. Dergimizin bundan sonraki sayılarında bu tür çalışmalara yer vermeye gayret edeceğiz.

Dergimizin bu sayısının yayınlanmasında emeği ve katkısı olan değerli yazarlara, hakemlere ve yayın sürecine destek sağlayan Seçkin Yayınevi yönetici ve çalışanlarına içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

*AndHD Editör Kurulu*



## İçindekiler

### Makaleler

---

#### **A Confederalist Demand to Transform the Liberal Discourse:**

#### **A Comprehensive Analysis of International Minority Protection Regimes ..... 3**

Liberal Söylemi Dönüştürmek İçin Konfederalist Bir Talep:

Uluslararası Azınlık Koruma Rejimlerinin Kapsamlı Bir Analizi

Hakan KOLÇAK

#### **Merkezi Isıtma Sistemli Yapılarda Isıtma Giderinin Paylaştırılmasında Isı Paylaşım**

#### **Sistemi ve Kat Mülkiyeti Hukuku Bakımından Bu Sisteme İlişkin Esaslar ..... 43**

Sharing the Heating Expense in the Central Heating System Buildings Heat Exchange System and Principles In Terms of Floor Ownership Law

Süheyla ZORLU

#### **Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme:**

#### **7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu..... 73**

Recent Development in the Field of Product Liability:

The Law on Product Safety and Technical Regulation Numbered 7223

Damla Özden ÇELT

#### **TTK m.55/1-a-6'da Özel Bir Haksız Rekabet Hâli Olarak Düzenlenen**

#### **Tedarik Fiyatının Altındaki Sunumlara İlişkin Bir İnceleme ..... 115**

Eine Untersuchung über die Angebote unter Einstandspreis, die als ein besonderes Beispiel für unlauterer Wettbewerb in Art.55/1-a-6 THGB Geregelt Ist

Neyzen Fehmi DOLAR

#### **Vergi Yargılamasında Tanık ..... 133**

Witness in Tax Trial Procedure

Gizem KAPUCU - Metin KOCATEPE

#### **Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk ..... 167**

The Law Applicable on the Merits of the International Arbitration Agreement

Gülser Banu USLU

<b>7179 Sayılı Kanun ile Sürekli Hale Getirilen Bedelli Askerlik Düzenlemesinin İş Hukukuna Yansımaları .....</b>	<b>195</b>
Reflections of the Permanent Paid Military Service Regulation and Law No. 7179 on Labor Law	
Mehmet Şükrü YILDIZ	

### **Kitap İncelemesi** \_\_\_\_\_

<b>Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in <i>Hatıralarım</i> Eseri Bağlamında 1933 Üniversite Reformu ve <i>Hukukçu</i> Olmak .....</b>	<b>229</b>
Burak IŞIK	

### **Kararlar** \_\_\_\_\_

<b>Güncel Yargı Kararları .....</b>	<b>241</b>
-------------------------------------	------------



# Makaleler

---



## A Confederalist Demand to Transform the Liberal Discourse: A Comprehensive Analysis of International Minority Protection Regimes<sup>(\*)</sup>

Liberal Söylemi Dönüştürmek İçin Konfederalist Bir Talep:  
Uluslararası Azınlık Koruma Rejimlerinin Kapsamlı Bir Analizi

Hakan KOLÇAK<sup>(\*\*)</sup>

### Abstract

This study seeks to analyze the advancement and actual issues of international minority protection regimes. It is an interdisciplinary article that draws on the methods of international human rights law and constitutional politics. Global developments have dramatically affected the scope of minority rights since the 1800s. Religious and national characteristics were the basis of domestic minority protection regimes until the foundation of the League of Nations (LoN). The LoN established the first international protection mechanism for minority rights. This communitarian mechanism was replaced with its liberal individualist counterpart with the establishment of the United Nations. Many states have incorporated the liberal discourse of minority rights into their constitutional, statutory and regulatory documents since the 1950s. According to this study, the liberal discourse would need to enlarge its scope in the near future. Some national minorities, including the Catalans and Scots, reject the existence of national borders in the presence of supranational confederalist institutions, e.g. the European Union (EU). They do not want to exercise self-government rights within their home states. Instead, they would like to transform their autonomous regions into the sovereign states of EU-like confederalist organizations. This study maintains that finding a resolution for this transformation process would be one of the main research questions that the liberal discourse should answer in the near future.

### Keywords

Minority Rights, Individualist Freedoms, Confederalism, Liberalism, Collectivist Rights.

### Öz

Bu çalışma, uluslararası azınlık koruma rejimlerinin gelişimini ve mevcut sorunlarını analiz etmeyi amaçlamaktadır. Disiplinlerarası bir makale olan çalışmamız, hem uluslararası insan hakları hukuku hem de anayasal siyaset biliminin araştırma yöntemlerinden faydalanmaktadır. Küresel gelişmeler, 1800'lü yıllardan beri azınlık haklarının kapsamını ciddi bir şekilde etkilemiştir. Dini ve millî değerler, Milletler Cemiyeti (MC) kurulmadan önce varlığını sürdüren yerel azınlık koruma sistemlerinin temellerini oluşturmuştur. MC, azınlık haklarının korunması üzerine ilk uluslararası

<sup>(\*)</sup> Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 02.10.2020, Makalenin Kabul Tarihi: 07.01.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Doktor Öğretim Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,

E-mail: hakan.kolcak@erdogan.edu.tr,

Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-1185-4055>.



mekanizmayı inşa etmiştir. Birleşmiş Milletler'in kurulması ile birlikte şekillendirilen liberal ferdiyetçi azınlık koruma sistemi, MC'nin toplulukçu mekanizmasını ortadan kaldırmıştır. Pek çok devlet, liberal azınlık hakları söylemini 1950'li yıllardan itibaren ulusal mevzuatlarına dahil etmiştir. Bu çalışmaya göre; liberal söylem, yakın gelecekte kapsamını genişletmek zorunda kalabilir. Katalanlar ve İskoçlar gibi bazı ulusal azınlıklar, Avrupa Birliği (AB) ve benzeri ulus-üstü konfederalist kurumların mevcudiyetinde ulusal sınırların varlığını reddetmektedir. Mevzu bahis azınlıklar, buldukları ülkelerde özerklik haklarını kullanmaktan ziyade mevcut özerk bölgelerini AB benzeri konfederalist yapılara bağlı egemen devletlere dönüştürmeyi arzulamaktadır. Çalışmamız, söz konusu dönüşüm süreci ile ilgili bir çözüm bulunması hususunu, liberal azınlık hakları söyleminin yakın gelecekte irdelemesi gereken bir mesele olarak görmektedir.

#### **Anahtar Kelimeler**

Azınlık Hakları, Ferdiyetçi Özgürlükler, Konfederalizm, Liberalizm, Toplulukçu Haklar.

## **I. INTRODUCTION**

Domestic and international actors have sought to protect minority groups since the Middle Ages. The early protection mechanisms were established to secure religious minorities. Specific rights and freedoms for religious minorities were incorporated into various bilateral and multilateral treaties that were adopted following the 1644 Congress of Westphalia. At times of a strong wave of nationalism, which was itself a direct consequence of the American and French Revolutions, minorities were defined as national communities at the 1815 Vienna Congress. National minorities were provided with several guarantees via the Vienna treaties.

The protection mechanism built on the national formulation was supported until the 1878 Congress of Berlin. New states were tasked with securing the rights and freedoms of their national minorities by some protocols and treaties. These legal documents failed to form their enforcement systems, preventing them from establishing an international protection mechanism for minority rights. The first universal protection mechanism was formed by the League of Nations (LoN), which was established following the Paris Peace Conference in 1919. Minority rights and freedoms were set out by many treaties entering into force during the LoN period. The communitarian LoN mechanism lost its effectiveness in the late 1930s. It was eventually destroyed by the Second World War.

Minority rights were considered detrimental to global peace and security after the failure of the LoN. Minorities were protected indirectly via the liberal individualist human rights protection mechanism of the United Nations (UN) until the fall of the Berlin Wall. Some important developments witnessed in the early 1990s, including the rise of ethnic nationalism in eastern Europe, the col-

lapse of communism and the global recognition of the freedom of movement, brought up the importance of minority rights to the international and European agendas once again. Accordingly, the global and European discourses of minority rights were formulated in the 1990s, when several international and regional organizations underscored the significance of the recognition of cultural diversity and pluralism in settling ethnic conflicts and accommodating minorities. The rights of minorities, including those concerning self-government, political representation, culture, language and identity, were recognized and preserved by international declarations, regional conventions and national constitutions.

Many national minorities welcomed the updated liberal discourse of minority rights until the early 2000s. Since then some minority groups, such as the Catalans and Scots, have wanted the discourse to alter its scope in a way enabling them to establish their sovereign states within confederal organizations. The Catalans and Scots would like to turn their self-ruling regions - Catalonia and Scotland - into sovereign members of the confederalist European Union (EU). They do not back the presence of domestic borders within the existence of the EU, stimulating them to develop separatist movements seeking to construct their sovereign states within the EU. This new trend affects other autonomous regions in Europe, including the Basque Country, Corsica, the Flemish Community, Sardinia and the Aland Islands. There are active pro-EU secessionist organizations, political parties and alliances in these self-governing regions that strengthen their muscles gradually. This gradual build-up process would ultimately result in a scenario urging the liberal discourse to enlarge its scope in a manner granting national minorities the right to enjoy their sovereign statehood within confederal organizations.

As an interdisciplinary article drawing on the methods of international human rights law and constitutional politics, this qualitative study seeks to examine the development and current issues of international minority protection regimes. The study benefits from a normative approach aimed at understanding the development of the protection regimes via bilateral/multilateral treaties as well as regional/international soft laws - e.g. declarations and official guidelines - and their hard counterparts, such as conventions, covenants and charters. Many written sources, e.g. books, journal articles and institutional reports, are also taken into account in comprehending the characteristics of the regimes. Similar sources and many additional documents published by prestigious media outlets - e.g. *Bloomberg*, *Euronews*, *The Financial Times* and *The Guardian* - are considered in identifying potential issues of the regimes. Some other sources, such as statements of political leaders and announcements of political parties, are also examined in the identification of the issues.

This study is organized in the following order. It initially defines the concept of minority and explains a brief history of minority rights. The study then scrutinizes the early international protection mechanisms for minorities. Subsequently, the study analyzes the current international and European protection mechanisms. Finally, the study turns its attention to some recent developments that would result in a significant amendment to the liberal discourse of minority rights.

## II. DEFINING THE CONCEPT OF MINORITY

The concept of minority refers to groups who find themselves in “*a position of relative subordination in a given societal context*”.<sup>1</sup> Sheer numerical inferiority is considered as the main reason for subordination. However, numbers are always connected to other distinct factors concerning cultural, ethnic, linguistic or religious characteristics. Francesco Capotorti takes into account several potential factors and proposes the most widely agreed upon definition of minority as follows: “*a group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members - being nationals of the State - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language*”.<sup>2</sup>

This broad approach is embraced by Article 1 of the non-binding UN General Assembly Resolution 47/135 on the rights of minorities, which was approved unanimously on 18 December 1992.<sup>3</sup> Objective and subjective definitional criteria are originated from Capotorti’s definition. The objective criteria are those certain features that distinguish a group from the majority, e.g. a distinct culture, ethnicity, language or religion. The subjective criteria are those that provide a group with minority consciousness.<sup>4</sup> Minorities are classified into two main categories in accordance with these criteria, namely (i) cultural minorities and (ii) national minorities. Cultural minorities (immigrants and their descendants) are those who fulfil the objective conditions but fail to satisfy the

<sup>1</sup> KRAUS, Peter: “Democracy’s Challenge: Nordic Minority Politics in the European Context”, (Eds.) KRAUS, Peter / KIVISTO, Peter: *The Challenge of Minority Integration: Politics and Policies in the Nordic Nations*, De Gruyter, Berlin, 2015, p. 46.

<sup>2</sup> CAPOTORTI, Francesco: *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Official Publications of the United Nations, New York, 1979, p. 96.

<sup>3</sup> *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 3 February 1992, UN General Assembly Resolution A/RES/47/135, art.1.

<sup>4</sup> GOLDMAN, Olivia: “The Need for an Independent International Mechanism to Protect Group Rights: A Case Study of the Kurds”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 1994, Volume 2, No 1, pp. 45-60.

subjective criteria due to their desire to integrate into the majority culture. National minorities are those who satisfy both objective and subjective criteria.

The aforementioned definition of national minority is embraced by Article 1 of the Draft Additional Protocol on the Rights of Minorities to the European Convention on Human Rights. The draft provision defines national minority as “a group of persons in a state who reside on the territory of that state and are citizens thereof; maintain longstanding, firm and lasting ties with that state; display distinctive ethnic, cultural, religious or linguistic characteristics; are sufficiently representative, although smaller in number than the rest of the population of that state or of a region of that state; and are motivated by a concern to preserve together that which constitutes their common identity, including their culture, traditions, religion or language”.<sup>5</sup>

### III. A BRIEF HISTORY OF MINORITY RIGHTS

The idea of safeguarding the weak from the strong is examined in the history of humanity. Much history is described by socio-legal terms leading to the establishment of various organizations that protect interests of the powerful. It is worth noting that there is another influential and detectable fashion of those who seek to advocate demands of the weak. The development of minority rights owes its heritage to those who have struggled to establish principles in order to safeguard non-dominant and numerically inferior groups from excesses of the majority.

Domestic and international actors have paid attention to national minorities and their issues since the Middle Ages. Religious affiliation was the basis of the early minority protection regimes. The protection mechanism that was established by the Agreement of Medina settled disputes between Muslim and Jewish communities in the seventh century. The Agreement conferred the freedom of religion upon all groups on the condition of confirming their loyalties to the state. Similarly, St. Louis pledged to safeguard Maronite Christians in the Holy Land following the authorization of French Monarchs.<sup>6</sup>

The principle of *cuius regio eius religio* (whose region, his religion) was replaced with the principle of *cuius regio eius natio* (whose region, his nation) in the following periods. The protection of religious minorities gained much

<sup>5</sup> The Protocol was adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) on 1 February 1993. It was not endorsed by the Committee of Ministers, preventing the Protocol from entering into force.

<sup>6</sup> OESTREICH, Joel: “Liberal Theory and Minority Rights Group”, *Human Rights Quarterly*, 1999, Volume 21, No 1, pp. 109-115.



more importance as a consequence of this replacement. The Ottoman Empire established a minority rights regime, called the *millet* system, that enabled non-Muslim minority communities - mainly Jews, Greeks and Armenians - to enjoy several religious freedoms.<sup>7</sup> Following the 1644 Congress of Westphalia, religious guarantees for minority groups were incorporated into a significant number of treaties. The Treaty of Westphalia granted crucial concessions to those of the Augsburg Confession. Protestants received back their previous ecclesiastical estates and churches. They were allowed to freely practice their religion. Many religious freedoms were also vested in minorities by the 1660 Treaty of Oliva, the 1678 Treaty of Nijmegen, the 1697 Treaty of Ryswick, the 1745 Treaty of Dresden and the 1772 Treaty of Warsaw.<sup>8</sup> The guarantees set out by these treaties were not a condition for international peace but “*a gesture of good faith towards the sovereign*”, indicating that the enforcement of religious freedoms was dependent upon the discretion of the sovereign.<sup>9</sup>

A new principle appeared after the 1815 Congress of Vienna, when a wave of nationalism was unleashed by three significant international events: the American Revolution, the French Revolution and the Napoleonic era. The American Revolution popularized the Lockean ideas of natural rights, toleration and political representation. The French Revolution justified the rights of nations. In the name of expanding the French Empire, Napoleon offered self-government rights to those communities living in dynastic states. All these developments changed the political formulation of minority rights. Minorities were described by various Vienna treaties as national communities instead of religious groups.<sup>10</sup> Article 1 of the General Vienna Treaty bestowed Poles with the right to maintain their national institutions. However, the exact extent of this promise was left to the judgement of the sovereign. The Vienna Final Act provided some early evidence of civil and political rights in addition to religious freedoms. Article LXXVII of the General Treaty guaranteed political and civil rights for the community of Berne. The Prince-Bishopric of Basle was turned into the Cantons of Basle and Berne. Similar stipulations were incorporated into Annex X of the General Vienna Treaty, which unified Catholic Belgium and Protestant Holland. Article XIV of the General Treaty transferred the Catholic

<sup>7</sup> ARAL, Berdal: “The Idea of Human Rights as Perceived in the Ottoman Empire”, *Human Rights Quarterly*, 2004, Volume 26, No 2, pp. 454-460.

<sup>8</sup> THORNBERRY, Patrick: “Historical Background: International Law Moves from Protection of Particular Groups to Norms of a Universal Character”, (Ed.) CASTELLINO, Joshua: *Global Minority Rights*, Ashgate, Dartmouth, 2012, pp. 3-6.

<sup>9</sup> PREECE, Jennifer: “Minority Rights in Europe: From Westphalia to Helsinki”, *Review of International Studies*, 1997, Volume 23, No 1, pp. 76-78.

<sup>10</sup> PREECE, “Minority Rights”, pp. 78-79.



territories, which had been under the administration of the King of Sardinia, to the Protestant Canton of Geneva.<sup>11</sup>

The nation-based Vienna formulation was popular until the 1878 Congress of Berlin. The rise of nationalism engendered new states, especially in the Balkan Peninsula. As a condition for international recognition, some Balkan states were asked by the western powers to respect minority guarantees and civil liberties. The London Protocol of 1830 resulted in the foundation of the Greek state. According to the Protocol, the recognition of this state was dependent upon its respect for the rights and freedoms of its Muslim citizens. Similar provisions were included in the 1878 Treaty of Berlin, under which Bulgaria (Article IV), Romania (Article XLIV) and the States of Montenegro and Serbia (Articles XXVII and XXXIV) were tasked with respecting the rights and freedoms of their Muslim citizens.<sup>12</sup> However, there were some weak muscles of the Protocol and Treaty. Failing to show enough respect for minority rights and freedoms did not lead to the withdrawal of recognition once it had been awarded. These legal documents did not establish any enforcement systems pertaining to non-fulfilment, preventing them from constructing a proper universal protection mechanism for minority rights.<sup>13</sup>

#### IV. INTERNATIONAL MECHANISMS FOR MINORITY PROTECTION

The first international protection mechanism for minority rights was established by the LoN, which was founded after the Paris Peace Conference in 1919. The LoN sought to promote international peace by compelling states to adopt minority rights and freedoms.<sup>14</sup> It persuaded many new states to provide minority guarantees as part of the terms of their admission to the LoN. Such guarantees were set out by various treaties that became effective during the LoN period. The 1919 Treaty of Paris imposed a duty of securing minority rights and freedoms upon Romania. The 1919 Treaty of Saint-Germain-en-Laye included some provisions ensuring minority rights and freedoms in Austria, the Kingdom of Serbs, Slovenes and Croats - subsequently renamed as Yugoslavia - and Czechoslovakia. Poland was tasked with safeguarding its minority communities by the 1919 Treaty of Versailles. Several articles were set out by the 1919 Trea-

<sup>11</sup> For more details on the General Treaty and its minority-specific articles, see PREECE, "Minority Rights", pp. 78-79.

<sup>12</sup> For a detailed analysis of the London Protocol and the Treaty of Berlin, see PREECE, "Minority Rights", pp. 79-81.

<sup>13</sup> THORBERRY, pp. 7-9.

<sup>14</sup> MAZOWER, Mark: "Minorities and the League of Nations in Interwar Europe", (Ed.) CASTELLINO, Joshua: *Global Minority Rights*, Ashgate, Dartmouth, 2012, pp. 17-22.



ty of Neuilly-sur-Seine that guaranteed minority rights and freedoms in Bulgaria. The 1920 Treaty of Trianon involved some provisions preserving minority rights and freedoms in Hungary. Another treaty encompassing minority rights and freedoms was the 1923 Treaty of Lausanne, under which Turkey and Greece were tasked with protecting their minority communities.<sup>15</sup>

The LoN failed to deal with the grievances of those minorities who were charged with disloyalty towards post-war governments, rendering the LoN protection mechanism a tool for fomenting universal rivalry and discontent. There was, in fact, a general inclination to ignore state policies made with the aim of assimilating national minorities when these policies were considered necessary for state stability. Furthermore, on those occasions when the LoN decided to investigate alleged violations of the treaties, western European members - especially France and the United Kingdom (UK) - were reluctant to become involved on the basis that their national interests were not concerned. This reluctance empowered those LoN member states whose ethno-cultural kin groups constituted minorities in other administrations, and thus whose national interests were endangered, to take the initiative in reminding and implementing LoN guarantees. Hence, minority issues degenerated into a political fight between those treaty-bound states which wished to secure the territorial *status quo* and national minorities/their kin states with revisionist goals towards the post-war borders set by the 1919 treaties.<sup>16</sup> The degeneration rendered the LoN system an ineffective protection mechanism in the late 1930s.<sup>17</sup> Minority demands were then used to give justification for the establishment of the Croatian and Slovak puppet states, and the transfer of southern Slovakia and half of Transylvania to Hungary. Upon all these circumstances, the mechanism became more impotent. It was ultimately collapsed by the Second World War.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> For more details on the minority-specific LoN materials, see PREECE, Jennifer: "National Minority Rights vs. State Sovereignty in Europe: Changing Norms in International Relations?", *Nations and Nationalism*, 1997, Volume 3, No 3, pp. 345-364.

<sup>16</sup> PREECE, "Minority Rights", pp. 81-84.

<sup>17</sup> The LoN minority protection mechanism did not fail to preserve all minority groups around the globe. There were few successful LoN settlements, including the Åland Islands Agreement of 1921. This arrangement settled the dispute between Finland and Sweden. The main cornerstones of the Agreement are still supported by the Nordic states. For more details, see AKER-MARK, Sia: "Internal Self-Determination and the Role of Territorial Autonomy as a Tool for the Resolution of Ethno-Political Disputes", *International Journal on Minority and Group Rights*, 2013, Volume 20, No 1, pp. 5-25; CHILLAUD, Matthieu: "The French Perspective on the Åland Islands: A Cyclic Interest? Between Geopolitics, Historiography, and a Case Study", *Journal of Autonomy and Security Studies*, 2018, Volume 2, No 2, pp. 54-69; MAKILI-ALIYEV, Kamal: "Comparing the Åland Islands Precedent and the Nagorno-Karabakh Conflict Research Note", *Journal of Autonomy and Security Studies*, 2018, Volume 2, No 2, pp. 106-117.

<sup>18</sup> PREECE, "Minority Rights", p. 84.

Minority promises were deemed detrimental to global peace and security following the failure of the LoN.<sup>19</sup> Thus, minority rights lost their hitherto autonomous standing in the international arena. They were subsumed within the universal human rights regime, built on liberalist bases.<sup>20</sup> This general antipathy was pursued throughout the Cold War. It was apparent in the records of international institutions like the UN, the Council of Europe (CoE) and the Commission on Security and Cooperation in Europe (CSCE), later renamed as the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE). These institutions did not adopt any separate minority-specific texts during the Cold War.<sup>21</sup> Instead, they sought to protect minority groups indirectly through guaranteeing universal rights to all individuals.<sup>22</sup>

Among the UN human rights conventions adopted during the Cold War, there is no binding provision on minority protection, except for Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Article 30 of the Convention on the Rights of the Child (Child Convention). These articles reserve specific rights only for minority groups. Article 27 ICCPR reads: “*In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language*”.<sup>23</sup>

The Human Rights Committee (HRC), which is the monitoring mechanism of the ICCPR, interprets Article 27 ICCPR in its General Comment No. 23. In this document, the HRC recognizes Article 27 ICCPR as a provision granting individual rights only to persons belonging to minority groups.<sup>24</sup> The General Comment notes that these individual rights are “*distinct from, and additional to, all the other rights which, as individuals in common with everyone else, they [members of minority groups] are already entitled to enjoy under the Cove-*

<sup>19</sup> PREECE, “Minority Rights”, p. 84.

<sup>20</sup> KUNZ, Josef: “The Present Status of the International Law for the Protection of Minorities”, *American Journal of International Law*, 1954, Volume 48, No 2, pp. 282-284.

<sup>21</sup> The 1975 Helsinki Final Act departs from this post-war avoidance of minority issues at the European level. The Act takes into consideration minorities in three different sections: The Declaration on Principles, Principle VII and The Section on Co-operation in Humanitarian and Other Fields.

<sup>22</sup> It is possible to bestow special rights upon minority groups via a collectivist method or its individualist counterpart. The collectivist method grants minority rights to *peoples*. The individualist method confers minority rights upon *persons* belonging to minority groups.

<sup>23</sup> *International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 December 1966, 999 UNTS 171 (entered into force on 23 March 1976), art.27.

<sup>24</sup> HRC General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), 8 April 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

*nant*".<sup>25</sup> It is also stipulated that "*the persons designed to be protected [under Article 27] are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language*".<sup>26</sup> Such persons do not need to be citizens of the state parties in order to enjoy the rights under Article 27. According to the HRC, every state party should allow each individual belonging to minorities to exercise the rights protected under Article 27 if she inhabits in its territory and is subject to its jurisdiction. Moreover, such individuals are not required to be permanent residents to enjoy the rights enshrined in Article 27. Rather, migrant workers or visitors who constitute a minority group in a state party should be authorized to exercise them.<sup>27</sup>

The HRC rules that linguistic minorities have the right to use their native tongue in private and in public under Article 27 ICCPR. This right is distinct from the freedom of expression enshrined in Article 19 ICCPR, which is conferred upon all individuals, regardless of whether they belong to minority groups or not. The HRC underlines that language rights protected under Article 27 are different from those safeguarded under Article 14/3-f ICCPR. The former bestows an accused person with the right to use the language of her choice in court proceedings. The latter provides an accused person who "*cannot understand or speak the language used in the courts*" only with the opportunity to "*have the free assistance of an interpreter*".<sup>28</sup>

Persons belonging to minority groups are entitled to exercise cultural rights under Article 27 ICCPR. According to the HRC, there is no exact list of such rights as culture can potentially manifest itself in different forms. But nevertheless, the HRC gives some examples by paying attention to indigenous peoples who ask for a particular way of life, such as the right to perform traditional activities (e.g. fishing or hunting) or the right to live in a reserved land.<sup>29</sup>

Article 27 ICCPR guarantees religious freedoms for persons belonging to minority groups. The HRC holds that members of religious minority groups in state parties are entitled to exercise the right to freely practice and profess their religions. They are also given the opportunity to protect and develop their religious identities that would eventually enrich the fabric of the entire society.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> HRC General Comment No. 23, para. 1.

<sup>26</sup> HRC General Comment No. 23, para. 5.1.

<sup>27</sup> HRC General Comment No. 23, para. 5.2.

<sup>28</sup> HRC General Comment No. 23, para. 5.3.

<sup>29</sup> HRC General Comment No. 23, para. 7.

<sup>30</sup> HRC General Comment No. 23, paras. 6.2 and 9.

Article 30 of the Child Convention employs an individualist method akin to that utilized by Article 27 ICCPR in granting minority groups special rights. This article reads: “*In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language*”.<sup>31</sup>

The Committee on the Rights of the Child (CRC), which is the monitoring mechanism of the Convention, interprets this article in its General Comment No. 11.<sup>32</sup> According to the CRC, the article is a minority-specific provision, under which only persons who are below the age of eighteen years and who belong to a national minority, or to an indigenous people, are entitled to exercise particular rights similar to those secured under Article 27 ICCPR. Therefore, Article 30 of the Child Convention gives a child belonging to a minority group the right to perform her own traditional activities, the right to use her native language in public and in private, the right to education in her mother tongue, the right to freely practice her own faith, etc.<sup>33</sup>

The other primary UN human rights documents do not reserve any of their provisions only for minorities, e.g. the Universal Declaration of Human Rights (UDHR),<sup>34</sup> the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR),<sup>35</sup> the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination

<sup>31</sup> *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, 1577 UNTS 3 (entered into force on 2 September 1990), art.30.

<sup>32</sup> CRC General Comment No. 11: Indigenous Children and Their Rights under the Convention, 12 February 2009, CRC/C/GC/11.

<sup>33</sup> CRC General Comment No. 11, para. 16.

<sup>34</sup> The UDHR does not reserve any of its provisions *only* for minority groups. It seeks to protect all individuals, regardless of their membership in minority groups. Under the UDHR, members of minority groups have the freedom of thought, conscience and religion (art.18), the freedom of opinion (art.19), the freedom of peaceful assembly and association (art.20) and the right to partake in the administration of the states where they inhabit (art.21/1). Exercising the right to education in minority languages would be the case under Article 26/3, which authorizes parents to “*have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children*”. All these rights are not designed specifically for minorities. Instead, every person, irrespective of her membership in minority groups, is entitled to enjoy all rights secured under the UDHR. For the full text of the UDHR, see *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, UN General Assembly Resolution 217 A (III).

<sup>35</sup> The ICESCR is one of the two legally binding documents constructed on the UDHR. Similar to its mother document, the ICESCR does not reserve any of its provisions only for minority groups. This covenant aims to protect all individuals, regardless of whether they belong to minority groups or not. Under the ICESCR, members of minority groups may have some special rights in the area of education. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), which is the monitoring mechanism of the ICESCR, interprets Article 13 ICESCR in its General Comment No. 13. Paragraph 28 of the General Comment reads that according to Article 13/3 ICESCR, “*states par-*

against Women (CEAFDAW)<sup>36</sup> and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD).<sup>37</sup> Rather, they seek to protect all individuals, irrespective of whether they belong to minority groups or not.

A UN-like individualist approach was in operation at the European level during the Cold War. The European Court of Human Rights (ECtHR) tried to protect minorities indirectly. The cornerstone of the European protection mechanism was the European Convention on Human Rights (ECHR). The ECHR did not reserve any of its articles only for minorities. Instead, it sought to grant basic rights and freedoms to all individuals, regardless of their membership in minority groups. Saying that no ECHR provision was reserved only for minorities did not mean

---

*ties undertake to respect the liberty of parents and guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions".* The same paragraph notes that Article 13/3 allows public schools to teach the general history of religions and ethics that should be "given in an unbiased and objective way, respectful of the freedom of opinion, conscience and expression". Incorporating the instruction of a specific religion or belief into public education is recognized by the CESCR as an act incompatible with Article 13/3 ICESCR. This provides persons belonging to religious minorities with the chance to be exempt from such education (para. 28). Minority members may also have some special rights in the domain of culture under Article 15 ICESCR (the right of everyone to take part in cultural life). In its General Comment No. 21, the CESCR stipulates that persons belonging to minorities, including ethnic minorities (paras. 32-33), indigenous peoples (paras. 36-37) and migrants (paras. 34-35) in state parties, should be empowered to preserve, promote and advance their own cultures. Accordingly, they should be granted language and cultural rights, such as the right to use their own languages in education and the media, and the right to establish cultural institutions (e.g. museums and libraries). These rights are not those specifically reserved for minorities. Rather, all individuals are entitled to exercise them, including women (para. 25), children (paras. 26-27), older persons (paras. 28-29), persons with disabilities (paras. 30-31) and persons living in poverty (paras. 38-39). In short, there is no minority-specific provision in the ICESCR.

<sup>36</sup> The CEAFDAW is built on the principles of non-discrimination and equality. It provides special protection for all women, regardless of their membership in minority groups, in various areas, such as politics and public affairs (arts. 7-9), education (art.10), employment (art.11), health care (art.12), economic and social affairs (art.13), and marriage and family relations (art.16). The Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), which is the monitoring mechanism of the Convention, interprets several articles of the Convention in its General Recommendations No. 26 and 34. In these documents, the CEDAW rules that there are no specific rights reserved for a particular group in the Convention. Rather, all women, including those of rural, indigenous, Afro-descendant and migrant groups, are entitled to exercise the rights set out by the CEAFDAW.

<sup>37</sup> The ICERD is constructed on the principles of non-discrimination and equality. It provides universal protection for all individuals who may face discriminatory acts. It does not reserve any of its articles only for minorities. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), which is the monitoring mechanism of the ICERD, rules in its General Recommendation No. 27 that the Roma are entitled to exercise several rights in accordance with the ICERD, e.g. the right to use their language in education and the media, and the right to freely practice their religion. In its General Recommendation No. 23, the CERD comes up with a formula for the protection of indigenous peoples under the ICERD. The CERD General Recommendation No. 34 offers a similar approach that explains how to protect Afro-descendant groups under the ICERD. However, the ICERD does not reserve any specific rights only for these minority groups. Instead, every individual suffering from discriminatory acts is entitled to exercise all rights secured by the ICERD.

minority groups were not safeguarded under the ECHR. Rather, the ECtHR attempted to vest various specific rights in minority groups, e.g. the right to use minority languages in public and in private, the right to use minority languages in education, the right to perform traditional minority activities and the right to freely practice minority religions. The ECtHR asked for the adoption of these rights by interpreting some ECHR provisions.<sup>38</sup> But nevertheless, these rights were not reserved only for minorities. All individuals, irrespective of whether they belong to minority groups or not, are entitled to exercise them.

## V. LIBERAL ATTENTION TO MINORITY RIGHTS

According to classical liberalism, sovereign states should embrace the value of neutrality in the administration of ethno-cultural differences or cleavages.<sup>39</sup> This theoretical approach argues that states should not recognize, protect or promote any ethnic, linguistic or religious characteristics.<sup>40</sup> The proper response of states to ethno-cultural diversity is to establish a constitutional framework of rules fair to all ethnic, linguistic and religious groups and then enable individual citizens to safeguard and develop their own identities.<sup>41</sup> Depending on the choices of individuals, some ethno-cultural features would flourish while others might decline, pass into oblivion or even disappear.<sup>42</sup> Classical liberalism maintains that states should not assist or fetter any ethno-cultural features, irrespective of their flourishing or declining status.<sup>43</sup> What they ought to do is just to form fair background rules under which ethno-cultural characteristics would strive for success.<sup>44</sup>

The classical approach is effective in dealing with religious diversity. States would become neutral on religious matters by adopting secularism or laicism as one of their basic constitutional principles.<sup>45</sup> However, it is unlikely for those states embracing this approach to become neutral on other ethno-

<sup>38</sup> For more details on the ECtHR case-law, see BERRY, Stephanie: "The Siren's Call? Exploring the Implications of an Additional Protocol to the European Convention on Human Rights on National Minorities", *International Journal on Minority and Group Rights*, 2016, Volume 23, No 1, pp. 1-38.

<sup>39</sup> KOLÇAK, Hakan: "Multiculturalism for True Equality: A Normative Argument for Multicultural Turkey", *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, 2020, Volume 7, No 2, p. 110.

<sup>40</sup> PATTEN, Alan: "Liberal Neutrality and Language Policy", *Philosophy & Public Affairs*, 2003, Volume 31, No 4, pp. 367-368.

<sup>41</sup> RAWLS, John: *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp. 198-199.

<sup>42</sup> KOLÇAK, "Multiculturalism", p. 110.

<sup>43</sup> PATTEN, "Liberal Neutrality", p. 368.

<sup>44</sup> RAWLS, pp. 195-199.

<sup>45</sup> KOLÇAK, "Multiculturalism", p. 110.

cultural matters. As Will Kymlicka underlines, “it is quite possible for a state not to have an established church. But the state cannot help but give at least partial establishment to a culture when it decides which language is to be used in public schooling, or in the provision of state services.”<sup>46</sup> This is possibly the reason why most states intend to adopt the nation-building principle, under which they pick out one single national identity and systematically promote it for all citizens.<sup>47</sup> This identity is in most, but not all, cases the identity and culture of the “*staatsvolk*”, an ethnic community who is “*demographically and electorally dominant group in the state*”.<sup>48</sup>

The nation-building principle calls on a liberal state to recognize a native tongue spoken by its majority ethnic group (*staatsvolk*) as its official language.<sup>49</sup> It urges the state to acknowledge the majority language as the language of instruction in public schools.<sup>50</sup> It stimulates the state to secure and advance the dominant culture via constitutional articles or provisions.<sup>51</sup> The state embracing this principle “*makes no attempt to acknowledge, accommodate, or assist the variety of different cultures and identities to which citizens are attached in a diverse society*”.<sup>52</sup> This circumstance prevents the state from ensuring true equality among its ethno-cultural communities.<sup>53</sup> True equality does not mean treating everyone the same for all purposes. This equality has a two-fold meaning, equality in law (legal equality) and equality in fact (substantive equality).<sup>54</sup> States would ensure legal equality by providing their citizens with equal protection before the law.<sup>55</sup> This protection is not enough to ensure true equality. States should also provide their citizens with substantive equality.<sup>56</sup> This equali-

<sup>46</sup> KYMLICKA, Will: *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 111.

<sup>47</sup> PATTEN, Alan: “Beyond the Dichotomy of Universalism and Difference: Four Responses to Cultural Diversity”, (Ed.) CHOUDHRY, Sujit: *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 94.

<sup>48</sup> O’LEARY, Brendan: “An Iron Law of Nationalism and Federation? A (Neo-Diceyan) Theory of the Necessity of a Federal *Staatsvolk* and of Consociational Rescue”, *Nations and Nationalism*, 2001, Volume 7, No 3, pp. 284-285.

<sup>49</sup> KOLÇAK, “Multiculturalism”, p. 110.

<sup>50</sup> PATTEN, “Beyond the Dichotomy”, p. 94.

<sup>51</sup> KOLÇAK, “Multiculturalism”, p. 110.

<sup>52</sup> PATTEN, “Beyond the Dichotomy”, p. 94.

<sup>53</sup> KOLÇAK, “Multiculturalism”, pp. 116-117.

<sup>54</sup> KURBAN, Dilek: “Confronting Equality: The Need for Constitutional Protection of Minorities on Turkey’s Path to the European Union”, *Columbia Human Rights Law Review*, 2003, Volume 35, No 1, p. 162.

<sup>55</sup> KOLÇAK, “Multiculturalism”, pp. 116-117.

<sup>56</sup> KURBAN, p. 162.



ty requires states not to treat their ethno-cultural minority groups as if they were part of the dominant population. Instead, it requires states to recognize, protect and promote not only majority but also minority identities.<sup>57</sup>

The inability of classical liberalism to ensure substantive equality between majority and minority communities was scrutinized in the late 1970s, when the absolute individualist approach of minority protection started to be criticized by various liberal scholars. Vernon van Dyke suggested: “*The liberal conception [of human rights] - an individualist conception - is unduly limited... Considering the heterogeneity of mankind and of the population of virtually every existing state, it is also necessary to think of ethnic communities and certain other kinds of groups, and to include them among the kinds of right-and-duty-bearing units whose inter-relationships are to be explored*”.<sup>58</sup> This suggestion sparked a new debate between communitarians (collectivists) and liberals (individualists).<sup>59</sup> According to liberals, individuals were prior to communities; communities mattered only because they contributed to the well-being of the individuals composing them.<sup>60</sup> If individuals no longer considered existing cultural practices worth of protection, communities would not have any independent preferences in securing these practices and any rights to hinder individuals from modifying or refusing them.<sup>61</sup> Communitarians disputed this individualist perspective. They viewed people as embedded in certain social roles and relationships. According to them, such embedded selves inherited a way of life describing their good for them.<sup>62</sup> Communitarians considered individuals as the product of social practices.<sup>63</sup> Privileging individual autonomy was destructive of communities, according to communitarian perspectives.<sup>64</sup>

<sup>57</sup> KOLÇAK, “Multiculturalism”, p. 117.

<sup>58</sup> VAN DYKE, Vernon: “The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory”, *World Politics*, 1997, Volume 29, No 3, p. 343.

<sup>59</sup> KYMLICKA, Will: *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 3-20.

<sup>60</sup> HARTNEY, Michael: “Some Confusion Concerning Collective Rights”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, Volume 24, No 2, pp. 293-297.

<sup>61</sup> NARVESON, Jan: “Collective Rights?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, Volume 4, No 2, pp. 329-335.

<sup>62</sup> GARET, Ronald: “Communitarianism and Existence: The Rights of Groups”, *Southern California Law Review*, 1983, Volume 56, No 5, pp. 1001-1028.

<sup>63</sup> JOHNSTON, Darlene: “Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1989, Volume 2, No 1, pp. 19-29.

<sup>64</sup> MCDONALD, Michael: “Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, Volume 4, No 2, pp. 217-230.

During this debate, most minority groups within advanced democracies did not want to be safeguarded from the forces of liberal modernization. In contrast, they wanted to be full and equal participants in contemporary liberal societies. Some members of the Quebecois, Catalans, Flanders and Scots wished to secede from liberal democracies, but if done, it was not to construct illiberal communitarian societies; instead, to establish their own modern liberal societies. There were few crucial and visible exceptions to this custom, e.g. some ethno-religious sects (the Amish, Hasidic Jews and Hutterites) and traditionalist indigenous groups isolating themselves from globalization and modernization. The communitarian formula would be applicable only to these groups. But nevertheless, the communitarian critique of liberalism reminded the significance of minority rights against the encroachment of liberal individualism in the 1970s and 1980s.<sup>65</sup>

The early 1990s witnessed more important developments. At that time, the rise of ethnic nationalism in eastern Europe following the fall of communism was a threat to European stability. The dissolution of Yugoslavia, the Soviet Union and Czechoslovakia reawakened minority nationalism not only in these countries but all over east-central Europe. In the meantime, the new freedom of mobilization rendered it possible for the members of national minorities to immigrate to those states where their ethnic kin groups already constituted a majority. Numerous national minority members chose to make this move, and Europe saw the greatest movement of people since the end of World War II.<sup>66</sup> There were other tragic incidents that brought up the importance of minority freedoms to the international agenda once again. The genocides committed in Rwanda and Bosnia challenged the individualist approach of human rights as persons belonging to the Tutsi, Croatian and Bosnian communities were the victims of genocide not due to their individual identities, but due to their membership in ethnic, racial or religious groups.<sup>67</sup>

All aforementioned incidents justified the need for the existence of global minority rights.<sup>68</sup> The justification encouraged contemporary liberals to come up

<sup>65</sup> KYMLICKA, *Politics in the Vernacular*, pp. 61-89.

<sup>66</sup> Austria, Germany, Hungary and Turkey received numerous ethnic migrants. Moreover, the civil wars in Bosnia and Croatia dispersed a huge number of refugees throughout east-central Europe. For more details, see PREECE, "National Minority", p. 349.

<sup>67</sup> KURBAN, p. 155.

<sup>68</sup> For theoretical arguments on justifying the existence of global minority rights within liberal theory, see MARGALIT, Avishai / RAZ, Joseph: "National Self-Determination", *Journal of Philosophy*, 1990, Volume 87, No 9, pp. 439-461; MILLER, David: *On Nationality*, Oxford University Press, Oxford, 1995; RAZ, Joseph: "Multiculturalism", *Ratio Juris*, 1998, Volume 11, No 3, pp. 193-205; SPINNER, Jeff: *The Boundaries of Citizenship: Race, Ethnicity and Nationality in the*

with the equality-of-status principle in ensuring substantive equality between majority and minority communities.<sup>69</sup> Similar to their classical counterparts, modern liberals believe that states should express a commitment to the value of neutrality.<sup>70</sup> However, the contemporary approach describes state neutrality through different elements. According to this approach, states are likely to observe neutrality on ethno-cultural differences by not only refusing to help or hamper any particular form of life, but also recognizing, accommodating and assisting both majority and minority identities.<sup>71</sup>

The equality-of-status principle was embraced by some international declarations after the fall of the Berlin Wall. Three main organizations - the UN, CoE and OSCE - adopted several documents that underlined the significance of the recognition of cultural diversity and pluralism in settling ethnic conflicts and accommodating minorities.<sup>72</sup> The UN General Assembly adopted its first minority-specific tool in 1992, namely the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities.<sup>73</sup> Another minority-specific UN document was the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which was adopted in 2007. According to the Declaration, indigenous peoples should enjoy specific rights, including cultural rights, spiritual and religious freedoms, media rights, education rights, special representation rights and self-government rights.<sup>74</sup> It is important to note that the UN has not yet converted the promises of these two declarations into binding treaties, rendering them soft UN laws on minority issues.

---

*Liberal State*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994; TAMIR, Yael: *Liberal Nationalism*, Princeton University Press, Princeton, 1993; WALDRON, Jeremy: "Minority Cultures and Cosmopolitan Alternatives", (Ed.) KYMLICKA, Will: *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 93-119; KUKATHAS, Chandran: "Are There any Cultural Rights", *Political Theory*, 1992, Volume 20, No 1, pp. 105-139; KUKATHAS, Chandran: "Liberalism and Multiculturalism: The Politics of Indifference", *Political Theory*, 1998, Volume 26, No 5, pp. 686-699; KYMLICKA, Will: *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford University Press, Oxford, 1989; KYMLICKA, Will: *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1990; KYMLICKA, Will: "Multiculturalism and Minority Rights: West and East", *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 2002, Volume 4, No 4, pp. 1-27.

<sup>69</sup> PATTEN, "Beyond the Dichotomy", p. 101.

<sup>70</sup> KOLÇAK, "Multiculturalism", p. 112.

<sup>71</sup> PATTEN, "Beyond the Dichotomy", p. 101.

<sup>72</sup> KYMLICKA, Will / PFOSTL, Eva: "Introduction", (Eds.) KYMLICKA, Will / PFOSTL, Eva: *Multiculturalism and Minority Rights in the Arab World*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 1-24; BOULDEN, Jane / KYMLICKA, Will: "Introduction", (Eds.) BOULDEN, Jane / KYMLICKA, Will: *International Approaches to Governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, New York, 2015, pp. 1-21.

<sup>73</sup> *United Nations Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 20 December 1993, UN General Assembly Resolution A/RES/48/138.

<sup>74</sup> *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2 October 2007, UN General Assembly Resolution A/RES/61/295.

A European discourse of minority rights was formulated by the OSCE and CoE after the Cold War. In the Helsinki Final Act of 1975, OSCE participating states undertook to respect the rights of national minorities.<sup>75</sup> These commitments were advanced and ameliorated in the conferences and meetings during the late Cold War period, but much progress was made just after the collapse of communism. At that time, minority questions in east-central Europe were taken up by the OSCE not only as security problems but also as human rights issues. The main purpose of the OSCE was to avoid the mistakes of the LoN. Therefore, the OSCE recognized minority rights in an individualist rather than collectivist manner. It described minority members as *persons* belonging to national minorities by resting on liberal individualism. The OSCE incorporated minority rights into its main documents, e.g. the 1990 Copenhagen Document,<sup>76</sup> the 1990 Charter of Paris for a New Europe,<sup>77</sup> the 1991 Geneva Report on National Minorities,<sup>78</sup> the 1991 Moscow Document,<sup>79</sup> the 1992 Helsinki Document<sup>80</sup> and the 1994 Budapest Document.<sup>81</sup>

The second Helsinki Summit Meeting in 1992 established the office of High Commissioner for National Minorities (HCNM) as an OSCE organ to help member states resolve minority/majority conflicts and assist them in the implementation of minority standards. The HCNM introduced many individualist standards on minority rights via its recommendations, including (i) the 1996 Hague recommendations on the education rights of national minorities;<sup>82</sup> (ii) the 1998 Oslo recommendations on the language rights of national minorities;<sup>83</sup> (iii)

<sup>75</sup> For all details on the Final Act, see CSCE: *Conference on Security and Cooperation in Europe Final Act*, CSCE Publication Office, Helsinki, 1975.

<sup>76</sup> For the minority-related section of the 1990 Copenhagen Document, see CSCE: *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, CSCE Publication Office, Copenhagen, 1990, pp. 18-23.

<sup>77</sup> For the minority-specific section of the 1990 Charter of Paris for a New Europe, see CSCE: *Charter of Paris for a New Europe*, CSCE Publication Office, Paris, 1990, p. 4.

<sup>78</sup> For all details on the 1991 Geneva Report on National Minorities, see CSCE: *Report of the CSCE Meeting of Experts on National Minorities*, CSCE Publication Office, Geneva, 1991.

<sup>79</sup> For the minority-concerned section of the 1991 Moscow Document, see CSCE: *Document of the Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, CSCE Publication Office, Moscow, 1991, p. 46.

<sup>80</sup> For the minority-related section of the 1992 Helsinki Document, see CSCE: *The Challenges of Change*, CSCE Publication Office, Helsinki, 1992, pp. 9-12.

<sup>81</sup> For the minority-specific section of the 1994 Budapest Document, see CSCE: *Towards a Genuine Partnership in a New Era*, CSCE Publication Office, Budapest, 1994, pp. 32-35.

<sup>82</sup> For all details on the 1996 Hague recommendations, see HCNM: *The Hague Recommendations Regarding the Education Rights of National Minorities & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 1996.

<sup>83</sup> For all details on the 1998 Oslo recommendations, see HCNM: *The Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, Oslo, 1998.

the 1999 Lund recommendations on the effective participation of national minorities;<sup>84</sup> (iv) the 2001 OSCE guidelines on the participation of national minorities in electoral processes;<sup>85</sup> (v) the 2003 OSCE guidelines on the usage of minority languages in the broadcasting media;<sup>86</sup> (vi) the 2006 OSCE recommendations on policing in multi-ethnic states;<sup>87</sup> (vii) the 2008 Bolzano recommendations on national minorities in inter-state relations;<sup>88</sup> (viii) the 2012 Ljubljana guidelines on the integration of diverse societies;<sup>89</sup> (ix) the 2017 Graz recommendations on access to justice and national minorities;<sup>90</sup> and (x) the 2019 Tallinn guidelines on national minorities and the media in the digital age.<sup>91</sup>

Minority issues were considered by the CoE as potential hindrances to the democratic development of previous communist states and as social and economic problems in those kin states receiving minority migrations. Some CoE bodies - e.g. the PACE, the Committee of Ministers, the Steering Committee on Human Rights and the European Commission for Democracy through Law - studied many minority rights proposals in the first half of the 1990s. In November 1992, the European Charter for Regional or Minority Languages (European Language Charter) was adopted.<sup>92</sup> CoE member states decided at the 1993 Vienna Summit Meeting to adopt an additional protocol regarding the protection of national minorities to the ECHR. Furthermore, they decided to draft a separate convention on national minorities. Having completed all political and legal procedures, the Committee of Minis-

<sup>84</sup> For all details on the 1999 Lund recommendations, see HCNM: *The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 1999.

<sup>85</sup> For all details on the 2001 OSCE guidelines, see OSCE: *Guidelines to Assist National Minority Participation in the Electoral Process*, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 2001.

<sup>86</sup> For all details on the 2003 OSCE guidelines, see HCNM: *OSCE Guidelines on the Use of Minority Languages in the Broadcast Media*, HCNM Publication Office, The Hague, 2003.

<sup>87</sup> For all details on the 2006 OSCE recommendations, see HCNM: *OSCE Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies*, HCNM Publication Office, The Hague, 2006.

<sup>88</sup> For all details on the 2008 Bolzano recommendations, see HCNM: *The Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 2008.

<sup>89</sup> For all details on the 2012 Ljubljana guidelines, see HCNM: *The Ljubljana Guidelines on Integration of Diverse Societies*, HCNM Publication Office, The Hague, 2012.

<sup>90</sup> For all details on the 2017 Graz recommendations, see HCNM: *The Graz Recommendations on Access to Justice and National Minorities & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 2017.

<sup>91</sup> For all details on the 2019 Tallinn guidelines, see HCNM: *The Tallinn Guidelines on National Minorities and the Media in the Digital Age & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 2019.

<sup>92</sup> *European Charter for Regional or Minority Languages*, 5 November 1992, ETS 148 (entered into force on 1 March 1998).

ters adopted the Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM), which entered into force on 1 February 1998.<sup>93</sup> The FCNM takes into account the legitimate interests of national minorities with a specific focus on language rights.<sup>94</sup> Language rights are justified in the FCNM through the principles of equality, non-assimilation and tolerance.<sup>95</sup> Under these three principles, the FCNM allows national minorities to use their own languages in the media, administrative institutions and judicial proceedings.<sup>96</sup> In the field of education, national minorities enjoy language rights pursuant to the FCNM.<sup>97</sup> Finally, the FCNM vests a significant number of special representation rights in national minorities.<sup>98</sup>

In short, the rise of ethnic nationalism in eastern Europe, the collapse of communism and the freedom of movement brought up the significance of minority rights to the global and European agendas once again. This global trend stimulated several states to incorporate minority rights into their constitutional and statutory documents. Many indigenous peoples, such as the Maori in New Zealand, the Sami in Scandinavia, the American Indians, the Aboriginals in Australia and Canada, and the Inuit in Greenland, were granted self-government, land and special representation rights.<sup>99</sup> The cultural rights of these groups, including those concerning language, fishing, hunting and sacred sites, were constitutionally and/or legally preserved. They were authorized to exercise customary laws. A certain number of seats were reserved for them in national parliaments.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> *Framework Convention for the Protection of National Minorities*, 10 November 1994, ETS 157 (entered into force on 1 February 1998).

<sup>94</sup> The Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities (ACFC), which is the supervisory body of the FCNM, publishes several documents analyzing all FCNM articles. For a detailed analysis of this minority-specific convention, see ACFC: *Commentary on Education under the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Council of Europe Publication Office, Strasbourg, 2006; ACFC: *Commentary on the Effective Participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Life and in Public Affairs*, Council of Europe Publication Office, Strasbourg, 2008; ACFC: *Thematic Commentary No. 3: The Language Rights of Persons Belonging to National Minorities under the Framework Convention*, Council of Europe Publication Office, Strasbourg, 2012; ACFC: *Thematic Commentary No. 4 on the Framework Convention: A Key Tool to Managing Diversity through Minority Rights*, Council of Europe Publication Office, Strasbourg, 2016.

<sup>95</sup> FCNM, arts. 4/2, 5/1 and 6.

<sup>96</sup> FCNM, arts. 9 and 10.

<sup>97</sup> FCNM, arts. 12/1, 13/1 and 14/1-2.

<sup>98</sup> FCNM, art.15.

<sup>99</sup> KYMLICKA, Will: "The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies", *International Social Science Journal*, 2010, Volume 61, No 199, p. 101.

<sup>100</sup> KYMLICKA, Will: "The Essentialist Critique of Multiculturalism: Theory, Policies and Ethos", (Eds.) MODOOD, Tariq / UBEROI, Varun: *Multiculturalism Rethought: Essays in Honour of Bhikhu Parekh*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015, pp. 219-245.

Indigenous peoples were not the only beneficiaries of the rise of minority rights. National minorities were granted self-government and identity rights in the same period. Almost all advanced democracies, including Belgium, Canada, Finland, Italy, Spain, the UK and the United States (US), authorized their national minorities to exercise self-ruling powers.<sup>101</sup> National minorities were vested with many guarantees, e.g. (i) the constitutional confirmation of multinationalism; (ii) proportionality rules in civil service, legislative representation, police, military and public employment (particularly for core state institutions); (iii) minority representation in international organizations; and (iv) public funding for minority language schools, universities, radio stations and television channels.<sup>102</sup>

## VI. A NEW QUESTION TO RESOLVE: UNIONISTS FOR CONFEDERALISM

The confederal form of governance (confederalism) attracted a negative evaluation in *The Federalist*, a collection of eighty-five essays that laid the foundation for the US Constitution.<sup>103</sup> Confederal governance has been in a stage of revival particularly since the second half of the twentieth century, when various international economic unions and transnational associations were constructed on confederal bases.<sup>104</sup> Daniel Elazar underscores this rise of confederalism by saying that “*with the emergence of permanent multinational communi-*

<sup>101</sup> KYMLICKA, Will: “Multicultural Citizenship within Multinational States”, *Ethnicities*, 2011, Volume 11, No 3, pp. 281-302.

<sup>102</sup> KYMLICKA, Will: “Transitional Justice, Federalism, and the Accommodation of Minority Nationalism”, (Ed.) ARTHUR, Paige: *Identities in Transition: Challenges for Transnational Justice in Divided Societies*, Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 303-315.

<sup>103</sup> The essays were written by Alexander Hamilton, John Jay and James Madison. For more details on the essays, see ELAZAR, Daniel: “Confederation and Federal Liberty”, *Publius: The Journal of Federalism*, 1982, Volume 12, No 4, pp. 1-14.

<sup>104</sup> For comprehensive and analytical reviews on the constitutional terms of confederation and confederalism, see ELAZAR, Daniel: “From Statism to Federalism: A Paradigm Shift”, *Publius: The Journal of Federalism*, 1995, Volume 25, No 2, pp. 5-18; ELAZAR, Daniel: “Introduction: Using Federalism Today”, *International Political Science Review*, 1996, Volume 17, No 4, pp. 349-351; ELAZAR, Daniel: *Federalism: An Overview*, Human Sciences Research Council Publishers, Pretoria, 1995; WOLFF, Stefan: “Post-Conflict State Building: The Debate on Institutional Choice”, *Third World Quarterly*, 2011, Volume 32, No 10, pp. 1777-1802; WOLFF, Stefan: “Conflict Management in Divided Societies: The Many Uses of Territorial Self-Governance”, *International Journal on Minority and Group Rights*, 2013, Volume 20, No 1, pp. 27-50; PERRY, Valery: “Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina: Does the Road to Confederation Go through the EU?”, *International Peacekeeping*, 2015, Volume 22, No 5, pp. 490-510; STEVENS, Michael: “Asymmetrical Federalism: The Federal Principle and the Survival of the Small Republic”, *Publius: The Journal of Federalism*, 1977, Volume 7, No 4, pp. 177-203; STEPAN, Alfred: “A Revised Theory of Federacy and a Case Study of Civil War Termination in Aceh, Indonesia”, (Eds.) MCEVOY, Joanne / O’LEARY, Brendan: *Power Sharing in Deeply Divided Places*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2013, pp. 231-252; WATTS, Ronald: “Federalism, Federal Political Systems, and Federations”, *Annual Review of Political Science*, 1998, Volume 1, No 1, pp. 117-137.

*ties, of which the European Community is the prime example, we are now witnessing a revival of confederal arrangements*".<sup>105</sup> Elazar considers permanent multinational communities, e.g. the EU, the Caribbean Community and the Association of South East Asian Nations, as confederal unions of specific functions.<sup>106</sup> According to him, these unions enable their member states to remain independent while creating an energetic form of transnational governance in certain areas.<sup>107</sup>

As a type of governance, confederalism unites states without depriving them of their statehood. The main purpose for the unification is to form "*viable federal-type unions*".<sup>108</sup> Any practice of confederal governance is based upon a written basic law (treaty or constitution) that is legally binding on all confederal allies. The central confederal government is bestowed by the basic law only with a minimalist mandate, e.g. military integration or coordination, internal commerce and external trade, common markets, etc. It is indeed "*a means of unifying diverse peoples*".<sup>109</sup> It rests upon and operates through the constituent regional governments (confederal allies or member states) that exercise significant sovereign powers. This circumstance renders confederations voluntary associations of sovereign states or leagues of independent polities.<sup>110</sup>

The liberal discourse of minority rights was supported by numerous national minorities until the early 2000s. Since then some minorities, e.g. the Catalans and Scots, have wanted the discourse to be reformed. The reformist minorities argue that the liberal discourse should enable them to establish their sovereign states within the confederalist EU rather than enabling them to exercise minority rights within their home states. The reformists maintain that their autonomous regions should become sovereign members of the EU, which contributes to the development of globalization via the free movement of capital, goods, people and services. They do not support the existence of national borders in the presence of the EU, urging them to initiate secessionist movements aimed at establishing their sovereign states within the EU.

<sup>105</sup> ELAZAR, Daniel: *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987, pp. 50-51.

<sup>106</sup> ELAZAR, *Exploring*, p. 52.

<sup>107</sup> ELAZAR, "Confederation and Federal", pp. 3-6.

<sup>108</sup> LISTER, Frederick: *The European Union, the United Nations, and the Revival of Confederal Governance*, Greenwood Press, London, 1996, p. 33.

<sup>109</sup> WIRT, Frederick: "The Tenacity of Confederacy: Local Service Agreements in the Family of Governments", *Publius: The Journal of Federalism*, 1982, Volume 12, No 4, p. 111.

<sup>110</sup> DUCHACEK, Ivo: "Consociations of Fatherlands: The Revival of Confederal Principles and Practices", *Publius: The Journal of Federalism*, 1982, Volume 12, No 4, p. 129.



This new trend dramatically affects many autonomous regions in Europe, including the Basque Country, Catalonia, Corsica, the Flemish Region, Sardinia and Scotland. Separatist minorities at the national level are among the strongest unionists at the EU level. The Scottish case provides a good example. Scotland began exercising legislative devolution in 1998. The Scottish Parliament (Holyrood) was first dominated by the unionist parties, namely the Scottish Labour Party, the Scottish Conservative Party and the Scottish Liberal Democrats.<sup>111</sup> The Parliament began changing its unionist spirit in 2007, when the secessionist Scottish National Party (SNP) came into power via a minority government.<sup>112</sup> The Parliament gained a strong separatist character in 2011, when the pro-independence SNP and the Scottish Green Party gained 71 out of 129 seats.<sup>113</sup> This resulted in a *de jure* Scottish independence referendum held on 18 September 2014.<sup>114</sup> In the referendum, 55.3 percent of Scots rejected Scottish independence on a turnout of 84.6 percent.<sup>115</sup> This did not settle the independence issue.<sup>116</sup>

In the 2016 Scottish parliamentary election, the pro-EU SNP and Scottish Greens obtained 69 out of 129 seats, and the Scottish Nationalists formed a minority government.<sup>117</sup> Not long after, the UK held a referendum on its EU membership on 23 June 2016. In the referendum, British voters endorsed the UK to withdraw from the EU. 51.9 percent of Britons voted to leave on a turnout of 72.2 percent.<sup>118</sup> There was no consensus on the leave vote. England and Wales opted to leave, but Gibraltar, Northern Ireland and Scotland backed the

<sup>111</sup> CONNOLLY, Christopher: "Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2013, Volume 24, No 1, pp. 51-52.

<sup>112</sup> MEER, Nasar: "Looking up in Scotland? Multinationalism, Multiculturalism and Political Elites", *Ethnic and Racial Studies*, 2015, Volume 38, No 9, pp. 1478-1480.

<sup>113</sup> ADAM, Elisanda: "Self-Determination and the Use of Referendums: The Case of Scotland", *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 2014, Volume 27, No 1, pp. 47-48.

<sup>114</sup> DARDANELLI, Paolo / MITCHELL, James: "An Independent Scotland? The Scottish National Party's Bid for Independence and its Prospects", *The International Spectator: Italian Journal of International Affairs*, 2014, Volume 49, No 3, pp. 88-91; TIERNEY, Stephen: "Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland", *European Constitutional Law Review*, 2013, Volume 9, No 3, p. 360.

<sup>115</sup> TIERNEY, Stephen: "Reclaiming Politics: Popular Democracy in Britain after the Scottish Referendum", *The Political Quarterly*, 2015, Volume 86, No 2, p. 226.

<sup>116</sup> KEATING, Michael: "The Scottish Independence Referendum and After", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 2015, Volume 21, No 1, pp. 73-74.

<sup>117</sup> KOLÇAK, Hakan: "Associate Statehood for Scotland as the Way to Stay in both the United Kingdom and the European Union: The Liechtenstein Example", *Romanian Journal of European Affairs*, 2017, Volume 17, No 1, p. 42.

<sup>118</sup> DODDS, Anneliese: "Why People Voted to Leave and What to Do Now: A View from the Doorstep", *The Political Quarterly*, 2016, Volume 87, No 3, p. 360.

remain vote.<sup>119</sup> Moreover, all regions of Scotland saw remain majorities.<sup>120</sup> The Brexit Referendum has led to another constitutional crisis for Scotland.<sup>121</sup> The ruling SNP argues that “*Scotland faces the prospect of being taken out of the EU against our will*”.<sup>122</sup> This motivates the pro-EU Scottish Nationalists and Greens to hold another independence referendum after all Brexit terms become clear.<sup>123</sup>

In March 2017, the Scottish Parliament backed a Scottish government motion by a majority of 69 to 59, authorizing Scotland’s First Minister Nicola Sturgeon to make a formal request to the British government to hold a Scottish independence referendum.<sup>124</sup> In December 2019, Sturgeon sent an official letter to British Prime Minister Boris Johnson that asked for the adoption of a settlement akin to the 2012 Edinburgh Agreement, which paved the way for the 2014 independence referendum.<sup>125</sup> This request was rejected by Boris Johnson, who underlined in his official response to Sturgeon that the 2014 referendum was “*once in a generation vote*”.<sup>126</sup> The rejection did not settle the Scottish independence issue. In January 2020, the Scottish Parliament adopted a government motion by a majority of 64 to 54 that expressed support for an independence referendum taking place on a date and in a manner determined by Holyrood.<sup>127</sup>

<sup>119</sup> ASHCROFT, Richard / BEVIR, Mark: “Pluralism, National Identity and Citizenship: Britain after Brexit”, *The Political Quarterly*, 2016, Volume 87, No 3, pp. 355-356.

<sup>120</sup> GOODWIN, Matthew / HEATH, Oliver: “The 2016 Referendum, Brexit and the Left Behind: An Aggregate-Level Analysis of the Result”, *The Political Quarterly*, 2016, Volume 87, No 3, pp. 323-324.

<sup>121</sup> HOBOLT, Sara: “The Brexit Vote: A Divided Nation, a Divided Continent”, *Journal of European Public Policy*, 2016, Volume 23, No 9, pp. 1260-1263.

<sup>122</sup> STURGEON, Nicola: “Nicola Sturgeon Responds to the Brexit Vote - Read her Speech in Full”, *Holyrood*, 24 June 2016, accessed at: <https://www.holyrood.com/articles/inside-politics/%20nicola-sturgeon-responds-brexit-vote-read-her-speech-full>, accessed on: 01.09.2020.

<sup>123</sup> DICKIE, Mure: “SNP ‘Resets’ Plans for Second Scottish Independence Referendum”, *Financial Times*, 27 June 2017, accessed at: <https://www.ft.com/content/84e08f70-b852-3f95-9619-279fc5b93-683>, accessed on: 24.08.2020.

<sup>124</sup> CARRELL, Severin: “Scottish Parliament Votes for Second Independence Referendum”, *The Guardian*, 28 March 2017, accessed at: <https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/28/scottish-parliament-votes-for-second-independen-ce-referendum-nicola-sturgeon>, accessed on: 25.08.2020.

<sup>125</sup> BROOKS, Libby: “Sturgeon Demands Independence Referendum Powers be Devolved”, *The Guardian*, 19 December 2019, accessed at: <https://www.theguardian.com/politics/2019/dec/19/nicola-sturgeon-requests-independence-referen-dum-powers>, accessed on: 25.08.2020.

<sup>126</sup> LEARMONTH, Andrew: “Boris Johnson Publishes Response to SNP’s Section 30 Request”, *The National*, 14 January 2020, accessed at: <https://www.thenational.scot/news/18158724.johnson-publishes-response-snps-section-30-request>, accessed on: 26.08.2020.

<sup>127</sup> MACNAB, Scott: “Scottish Parliament Backs Holding Indyref2 Vote This Year”, *The Scotsman*, 29 January 2020, accessed at: <https://www.scotsman.com/news/scottish-news/scottish-parliament-backs-holding-indyref2-vote-year-139-5741>, accessed on: 27.08.2020.

In the same month, the Parliament voted in favor of another motion ensuring that the EU flag continues to fly daily at the Holyrood building after the UK leaves the bloc.<sup>128</sup>

Since then the pro-EU Scots have advocated holding an independence referendum. According to them, self-government rights set out in *The Scotland Act 1998* - the backbone of the constitutional arrangement between Scotland and the UK - have enabled the Scots to exercise significant decision-making powers on several areas.<sup>129</sup> However, they also underline that Scotland does not enjoy its sovereignty under the current constitutional settlement, undermining its capacity to fulfil Scottish demands.<sup>130</sup> They believe that the people of Scotland should enjoy a democratic right to determine their own future.<sup>131</sup> The Brexit Referendum indicates that Scotland's apparent choice is to stay in the EU. The constitutional organs of the Scottish devolved region are unable to satisfy this demand. Scotland is obliged to come out of the EU though this is not asked by the Scottish people.<sup>132</sup> Therefore, the obligation is not consistent with the basic understanding of democracy that calls on the ruler to govern in accordance with demands of the ruled.<sup>133</sup> The pro-EU Scots consider a new independence referendum as a step that should be taken in advancing Scottish democracy.<sup>134</sup> According to them, backing Scottish independence in such a referendum would create a

<sup>128</sup> READ, Carly: "Scottish Parliament to Keep Flying EU Flag after Brexit in Huge Snub to Referendum Result", *The Express*, 29 January 2020, accessed at: <https://www.express.co.uk/news/politics/123-5177/scottish-parliament-eu-flag-brexit-day-snp-nicola-sturgeon-latest>, accessed on: 29.08.2020.

<sup>129</sup> STURGEON, Nicola: "We've Made a Real Difference: Nicola Sturgeon Reflects on 20 Years of Devolution", *Yes*, 1 July 2019, accessed at: <https://www.yes.scot/weve-made-a-real-difference-nicola-sturgeon-reflects-on-20-years-of-devolution/>, accessed on: 30.08.2020.

<sup>130</sup> DAVIDSON, Jenni: "Independence Referendum must be 'Legal and Legitimate', Nicola Sturgeon Emphasises in Brexit Day Speech", *Holyrood*, 31 January 2020, accessed at: [https://www.holyrood.com/news/view,independen-ce-referendum-must-be-legal-and-legitimate-nicola-sturgeon-emphas\\_15048.htm](https://www.holyrood.com/news/view,independen-ce-referendum-must-be-legal-and-legitimate-nicola-sturgeon-emphas_15048.htm), accessed on: 20.08.2020.

<sup>131</sup> JEFFERSON, Rodney / MORALES, Alex: "Scotland's Leader Warns Johnson He 'can't Deny Democracy'", *Bloomberg*, 10 February 2020, accessed at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-02-10/scotlands-leader-warns-boris-johnson-he-can-t-deny-democracy>, accessed on 23.08.2020.

<sup>132</sup> ROBERTSON, Angus: "A Whopping Majority Believes Scotland has Right to Decide over Indyref2", *The Scotsman*, 28 January 2020, accessed at: <https://www.scotsman.com/news/politics/scottish-independence/whopping-majority-believes-scotland-has-right-to-decide-over-indyref2-angus-robertson-1376832>, accessed on 24.08.2020.

<sup>133</sup> NUTT, Kathleen: "Scotland could Rejoin EU Four-Five Years after Indy, Expert Says", *The National*, 22 May 2020, accessed at: <https://www.thenational.scot/news/18469817.scotland-rejoin-eu-four-five-years-indy-expert-says>, accessed on: 19.08.2020.

<sup>134</sup> CROWCROFT, Orlando: "Scottish Independence Referendum: Sturgeon Says 'Democracy will Prevail' after New Vote Refused", *Euronews*, 14 January 2020, accessed at: <https://www.euronews.com/2020/01/14/democracy-will-prevail-says-sturgeon-after-johnson-refuses-second-scottish-referendum>, accessed on: 28.08.2020.

sovereign Scotland fulfilling all EU accession criteria in a short span of time.<sup>135</sup> This would render the current devolved region a sovereign state within the EU, ultimately resulting in a scenario in harmony with the Scottish political choice.<sup>136</sup>

The Scots are not the only people who would like to transform their devolved region into a sovereign confederal member state. This new trend affects many national minorities across Europe.<sup>137</sup> There is an active movement in Wales, a devolved region of the UK, that asks for the establishment of a sovereign Wales within the EU. This political movement is led by the Party of Wales (*Plaid Cymru*), which has been an important actor in Welsh constitutional politics since the establishment of the Welsh devolved region in 1998.<sup>138</sup>

A dominant pro-EU secessionist movement is growing in Catalonia, a self-ruling region of the Spanish Kingdom. The autonomous community is ruled by the separatists who would like to establish a sovereign Catalan republic in the EU. This Catalan demand is rejected by the Spanish government, which does not authorize its Catalan counterpart to hold a *de jure* independence referendum.<sup>139</sup> There are other pro-EU separatist organizations, political parties and

<sup>135</sup> WEBSTER, Laura: "Unionists Furious as EU Boss Indicates Indy Scotland can Rejoin", *The National*, 20 May 2020, accessed at: <https://www.thenational.scot/news/18462298.unionists-furious-eu-boss-indicates-indy-scotland-can-rejoin>, accessed on 23.08.2020.

<sup>136</sup> For a detailed analysis of how Scotland would become an EU member state after its independence, see BULLOCK, Steve: "What Representation Would an Independent Scotland Have in the EU?", (Ed.) HUGHES, Kirsty: *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 20-22; LOCK, Tobias: "Negotiating EU Accession: Lessons for an Independent Scotland", (Ed.) HUGHES, Kirsty: *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 9-12; MCEWEN, Nicola: "Devolution and Alignment with EU Laws", (Ed.) HUGHES, Kirsty: *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 13-16; ZULEEG, Fabian: "Transition from the UK and to the EU", (Ed.) HUGHES, Kirsty: *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 17-19.

<sup>137</sup> ANTUNES, Sandrina / LOUGHLIN, John: "The European Union, Subnational Mobilization and State Rescaling in Small Unitary States: A Comparative Analysis", *Regional & Federal Studies*, 2020, Volume 30, No 2, pp. 121-136; LOUGHLIN, John / ANTUNES, Sandrina: "State Rescaling and a 'Europe of the Regions' in Small Unitary States: A Damp Squib?", *Regional & Federal Studies*, 2020, Volume 30, No 2, pp. 303-321.

<sup>138</sup> For a comprehensive analysis of the Welsh case, see KOLÇAK, Hakan: "Unionist Wales: A Comprehensive Analysis of the Welsh Devolved Region via Constitutional and Legal Perspectives", (Ed.) YILMAZ, Sefer: *Public Administrative Studies*, Akademisyen Publishing House, Ankara, 2020, pp. 1-21; MULLEN, Tom: "Brexit and the Territorial Governance of the United Kingdom", *Contemporary Social Science*, 2019, Volume 14, No 2, pp. 276-293.

<sup>139</sup> For all significant details of the Catalan case, see KOLÇAK, Hakan: "From Unionism to Secessionism: A Comprehensive Analysis of Contemporary Catalan Politics", *Journal of Society and Politics*, 2017, Volume 12, No 1, pp. 25-52; ANDREU, Josep: "Constitution and Referendum on Secession in Catalonia", (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo:

alliances active in some Spanish autonomous communities, e.g. the Balearic Islands, the Basque Country, the Canary Islands and Galicia.<sup>140</sup>

It is possible to find out similar political movements in other European countries. A strong pro-EU separatist movement is effective in the Flemish Region of the Belgian Kingdom. The movement is led by the New Flemish Alliance (*Nieuw-Vlaamse Alliantie*), which is a mainstream political party in Flemish constitutional politics. A less powerful movement is developed in Wallonia, which is a federal component of Belgium.<sup>141</sup> The Bavaria Party (*Bayernpartei*) develops a political movement aimed at transforming the Free State of Bavaria - a federal constituent of Germany - into a sovereign state within the EU.<sup>142</sup> Similar developments exist in France and Finland. The For Corsica Coalition (*Pè a Corsica*) is a political alliance between the autonomists (*Femu a Corsica*) and separatists (*Corsica Libera*). The Coalition intends to turn Corsica - a French island in the Mediterranean Sea - into a sovereign state within the EU.<sup>143</sup> The Future of Åland (*Ålands Framtid*) seeks to achieve a similar goal transforming

---

*Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 405-422; CASTILLO, Antonio: "State Integration and Disintegration within the European Union: Regarding the Purported Secession of Catalonia and its Hypothetical Membership of the EU", (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 563-574; SWAN, Brown / CETRA, Daniel: "Why Stay Together? State Nationalism and Justifications for State Unity in Spain and the UK", *Nationalism and Ethnic Politics*, 2020, Volume 26, No 1, pp. 46-65; WAGNER, Andrea / MARIN, Jianna / KROQI, Dorian: "The Catalan Struggle for Independence and the Role of the European Union", *Regional Science Policy & Practice*, 2019, Volume 11, No 5, pp. 787-803.

<sup>140</sup> For more details on the pro-EU secessionist movements in Spain, see CORRAL, Benito / FREIJEDO, Francisco: "Constitutionalizing Secession in Order to Harmonize Constitutionality and Democracy in Territorial Decentralized States Like Spain", (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 265-285; GRAY, Caroline: *Territorial Politics and the Party System in Spain: Continuity and Change since the Financial Crisis*, Routledge, London, 2020; KOLÇAK, Hakan: "Ongoing Unionism: A Comprehensive Analysis of Galicia via Constitutional and Legal Perspectives", (Ed.) KAYA, Özlem: *Selected Studies on Social Science*, Iksad Publications, Ankara, 2020, pp. 3-42; MAS, Joaquin: "Secession and Federalism: The Spanish Case", (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 389-404.

<sup>141</sup> For a detailed analysis of the separatist movements in Belgium, see MASTROMARINO, Anna: "Secessionist Claims in a Federal System: The Belgian Case", (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 221-232.

<sup>142</sup> For more details on the Bavarian separatist movement, see ENE, Angela-Mihaela: "The Integrative Process of the European Union from the Perspective of Intra-Community Secessionist Movements", *European Integration Realities and Perspectives*, 2019, Volume 14, No 1, pp. 313-318.

<sup>143</sup> For more details on the Corsican case, see BOYLAN, Brandon / TURKINA, Ekaterina: "Calling on Europe? Secessionist Political Parties and Their Communications to the European Union", *Journal of Common Market Studies*, 2019, Volume 57, No 6, pp. 1310-1332.

the Aland Islands - a self-governing Finnish archipelago - into a sovereign state within the EU.<sup>144</sup> Similar parties are found in Sardinia and Sicily, which are designed as autonomous regions by the Italian Constitution.<sup>145</sup> It is noteworthy that the movements in Belgium, France, Finland, Germany and Italy are not as powerful as those developed in the UK (Scotland) and Spain (Catalonia). But nevertheless, these movements are still undergoing their gradual enlargement operations. It is always possible for them to become mass-based political movements as strong as their Scottish and Catalan counterparts.

All in all, there are many pro-EU secessionist movements across Europe that are led by national minorities. These minorities are not satisfied with self-government rights allowing them to exercise territorial autonomy within their home states. Rather, they would like to become sovereign members of the confederalist EU. According to them, the liberal discourse of minority rights should be amended in a manner enabling them to enjoy their sovereign statehood in the EU. This amendment is considered by pro-EU secessionist minority groups as a democratic requirement. They believe that self-government rights are not enough to fulfil some minority demands, resulting in a scenario inconsistent with the basic understanding of democracy. The reformist demand of national minorities has not been supported by their European home states so far. However, the number of those minorities backing the reform is increasing day by day. This circumstance would eventually urge the liberal discourse to answer how it enlarges its scope to bestow national minorities the right to enjoy their sovereign statehood within confederal organizations.

## VII. CONCLUSION

This study has sought to scrutinize the advancement and current issues of international minority protection regimes. According to the study, minority rights were affected by many historical developments recorded after the 1644 Congress of Westphalia, the 1815 Congress of Vienna and the 1878 Congress of Berlin. The first international protection mechanism for minorities was established after the 1919 Paris Peace Conference, which paved the way for the foundation of the LoN. The communitarian LoN system was destroyed by World War II. Minorities were safeguarded indirectly through the liberal individualist human rights protection system of the UN until the fall of the Berlin

<sup>144</sup> For more details on the pro-EU secessionist movement in Aland, see KOEV, Dan: "Why Ethnic Parties? A New Theory of Ethnic Minority Political Strategy in Europe", *Nations and Nationalism*, 2019, Volume 25, No 1, pp. 229-297.

<sup>145</sup> For more details on the Italian cases, see KEATING, Michael: "Is a Theory of Self-Determination Possible?", *Ethnopolitics*, 2019, Volume 18, No 3, pp. 315-323.

Wall. Some significant developments coming into existence in the early 1990s, e.g. the rise of ethnic nationalism in eastern Europe, the collapse of communism and the international recognition of the freedom of movement, motivated international and regional actors, such as the UN, CoE and OSCE, to remember the importance of minority rights. This resulted in an updated liberal discourse of minority rights that was generally supported by national minorities until the early 2000s.

Since then, some national minorities, e.g. the Catalans and Scots, have called on the discourse to change its scope in a way permitting them to construct their sovereign states within confederal organizations. This demand of such minorities has not been welcomed by their home or parent states so far. However, the number of national minorities standing up for the demand increases. This would ultimately create a new environment where the liberal discourse broadens its horizons in a manner giving national minorities the right to exercise their sovereign statehood within confederal organizations.

This study contributes to the field of minority rights by (1) doing an up-to-date review of the protection regimes and (2) sparking a new debate over the adoption of a new liberal right to confederalization for national minorities. However, there are some weak muscles of the study. It does not come up with a theoretical argument that answers how the liberal discourse adopts the right to confederalization and why it should bestow this right upon national minorities. In addition, the study does not pay attention to several minority protection regimes built on some ideologies other than liberalism, e.g. Marxism, libertarianism, communalism and cosmopolitanism.

The study takes one of the initial steps in examining the right to confederalization within the context of the liberal discourse. Further strides would be made by future research projects. They would originate liberal normative theories on the adoption of this right. In developing such theories, they would not only benefit from basic liberal norms and principles, e.g. substantive equality and fairness, but also scrutinize many Marxist, libertarian, communal and cosmopolitan ideas via comparative methods.

## BIBLIOGRAPHY

- ACFC: *Commentary on Education under the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Council of Europe Publication Office, Strasbourg, 2006.
- ACFC: *Commentary on the Effective Participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Life and in Public Affairs*, Council of Europe Publication Office, Strasbourg, 2008.
- ACFC: *Thematic Commentary No. 3: The Language Rights of Persons Belonging to National Minorities under the Framework Convention*, Council of Europe Publication Office, Strasbourg, 2012.
- ACFC: *Thematic Commentary No. 4 on the Framework Convention: A Key Tool to Managing Diversity through Minority Rights*, Council of Europe Publication Office, Strasbourg, 2016.
- ADAM, Elisanda: "Self-Determination and the Use of Referendums: The Case of Scotland", *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 2014, Volume 27, No 1, pp. 47-66.
- AKERMARK, Sia: "Internal Self-Determination and the Role of Territorial Autonomy as a Tool for the Resolution of Ethno-Political Disputes", *International Journal on Minority and Group Rights*, 2013, Volume 20, No 1, pp. 5-25.
- ANDREU, Josep: "Constitution and Referendum on Secession in Catalonia", (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 405-422.
- ANTUNES, Sandrina / LOUGHLIN, John: "The European Union, Subnational Mobilization and State Rescaling in Small Unitary States: A Comparative Analysis", *Regional & Federal Studies*, 2020, Volume 30, No 2, pp. 121-136.
- ARAL, Berdal: "The Idea of Human Rights as Perceived in the Ottoman Empire", *Human Rights Quarterly*, 2004, Volume 26, No 2, pp. 454-482.
- ASHCROFT, Richard / BEVIR, Mark: "Pluralism, National Identity and Citizenship: Britain after Brexit", *The Political Quarterly*, 2016, Volume 87, No 3, pp. 355-359.
- BERRY, Stephanie: "The Siren's Call? Exploring the Implications of an Additional Protocol to the European Convention on Human Rights on National Minorities", *International Journal on Minority and Group Rights*, 2016, Volume 23, No 1, pp. 1-38.
- BOULDEN, Jane / KYMLICKA, Will: "Introduction", (Eds.) BOULDEN, Jane / KYMLICKA, Will: *International Approaches to Governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, New York, 2015, pp. 1-21.



- BOYLAN, Brandon / TURKINA, Ekaterina: "Calling on Europe? Secessionist Political Parties and Their Communications to the European Union", *Journal of Common Market Studies*, 2019, Volume 57, No 6, pp. 1310-1332.
- BROOKS, Libby: "Sturgeon Demands Independence Referendum Powers be Devolved", *The Guardian*, 19 December 2019, accessed at: <https://www.theguardian.com/politics/2019/dec-/19/nicola-sturgeon-requests-independence-referendum-powers>, accessed on: 25.08.2020.
- BULLOCK, Steve: "What Representation Would an Independent Scotland Have in the EU?", (Ed.) HUGHES, Kirsty: *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 20-22.
- CAPOTORTI, Francesco: *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Official Publications of the United Nations, New York, 1979.
- CARRELL, Severin: "Scottish Parliament Votes for Second Independence Referendum", *The Guardian*, 28 March 2017, accessed at: <https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/28/-scottish-parliament-votes-for-second-independence-referendum-nicola-sturgeon>, accessed on: 25.08.2020.
- CASTILLO, Antonio: "State Integration and Disintegration within the European Union: Regarding the Purported Secession of Catalonia and its Hypothetical Membership of the EU", (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 563-574.
- CHILLAUD, Matthieu: "The French Perspective on the Åland Islands: A Cyclic Interest? Between Geopolitics, Historiography, and a Case Study", *Journal of Autonomy and Security Studies*, 2018, Volume 2, No 2, pp. 54-69.
- CONNOLLY, Christopher: "Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2013, Volume 24, No 1, pp. 51-105.
- CORRAL, Benito / FREIJEDO, Francisco: "Constitutionalizing Secession in Order to Harmonize Constitutionality and Democracy in Territorial Decentralized States Like Spain", (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 265-285.
- CROWCROFT, Orlando: "Scottish Independence Referendum: Sturgeon Says 'Democracy will Prevail' after New Vote Refused", *Euronews*, 14 January 2020, accessed at: <https://www.euro-news.com/2020/01/14/democracy-will-prevail-says-sturgeon-after-johnson-refuses-second-scottish-referendum>, accessed on: 28.08.2020.

- CSCE: *Conference on Security and Cooperation in Europe Final Act*, CSCE Publication Office, Helsinki, 1975.
- CSCE: *Charter of Paris for a New Europe*, CSCE Publication Office, Paris, 1990.
- CSCE: *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, CSCE Publication Office, Copenhagen, 1990.
- CSCE: *Document of the Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, CSCE Publication Office, Moscow, 1991.
- CSCE: *Report of the CSCE Meeting of Experts on National Minorities*, CSCE Publication Office, Geneva, 1991.
- CSCE: *The Challenges of Change*, CSCE Publication Office, Helsinki, 1992.
- CSCE: *Towards a Genuine Partnership in a New Era*, CSCE Publication Office, Budapest, 1994.
- DARDANELLI, Paolo / MITCHELL, James: “An Independent Scotland? The Scottish National Party’s Bid for Independence and its Prospects”, *The International Spectator: Italian Journal of International Affairs*, 2014, Volume 49, No 3, pp. 88-105.
- DAVIDSON, Jenni: “Independence Referendum must be ‘Legal and Legitimate’, Nicola Sturgeon Emphasises in Brexit Day Speech”, *Holyrood*, 31 January 2020, accessed at: [https://www.holyrood.com/news/view,independen-ce-referendum-must-be-legal-and-legiti-mate-nicola-sturgeon-emphas\\_15048.htm](https://www.holyrood.com/news/view,independen-ce-referendum-must-be-legal-and-legiti-mate-nicola-sturgeon-emphas_15048.htm), accessed on: 20.08.2020.
- DICKIE, Mure: “SNP ‘Resets’ Plans for Second Scottish Independence Referendum”, *Financial Times*, 27 June 2017, accessed at: <https://www.ft.com/content/84e08f70-b852-3f95-9619-279fc5b93-683>, accessed on: 24.08.2020.
- DODDS, Anneliese: “Why People Voted to Leave and What to Do Now: A View from the Doorstep”, *The Political Quarterly*, 2016, Volume 87, No 3, pp. 360-364.
- DUCHACEK, Ivo: “Consociations of Fatherlands: The Revival of Confederal Principles and Practices”, *Publius: The Journal of Federalism*, 1982, Volume 12, No 4, pp. 129-177.
- ELAZAR, Daniel: “Confederation and Federal Liberty”, *Publius: The Journal of Federalism*, 1982, Volume 12, No 4, pp. 1-14.
- ELAZAR, Daniel: *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987.
- ELAZAR, Daniel: *Federalism: An Overview*, Human Sciences Research Council Publishers, Pretoria, 1995.
- ELAZAR, Daniel: “From Statism to Federalism: A Paradigm Shift”, *Publius: The Journal of Federalism*, 1995, Volume 25, No 2, pp. 5-18.

- ELAZAR, Daniel: "Introduction: Using Federalism Today", *International Political Science Review*, 1996, Volume 17, No 4, pp. 349-351.
- ENE, Angela-Mihaela: "The Integrative Process of the European Union from the Perspective of Intra-Community Secessionist Movements", *European Integration Realities and Perspectives*, 2019, Volume 14, No 1, pp. 313-318.
- GARET, Ronald: "Communitarity and Existence: The Rights of Groups", *Southern California Law Review*, 1983, Volume 56, No 5, pp. 1001-1075.
- GOLDMAN, Olivia: "The Need for an Independent International Mechanism to Protect Group Rights: A Case Study of the Kurds", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 1994, Volume 2, No 1, pp. 45-89.
- GOODWIN, Matthew / HEATH, Oliver: "The 2016 Referendum, Brexit and the Left Behind: An Aggregate-Level Analysis of the Result", *The Political Quarterly*, 2016, Volume 87, No 3, pp. 323-332.
- GRAY, Caroline: *Territorial Politics and the Party System in Spain: Continuity and Change since the Financial Crisis*, Routledge, London, 2020.
- HARTNEY, Michael: "Some Confusion Concerning Collective Rights", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, Volume 24, No 2, pp. 293-314.
- HCNM: *The Hague Recommendations Regarding the Education Rights of National Minorities & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 1996.
- HCNM: *The Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, Oslo, 1998.
- HCNM: *The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 1999.
- HCNM: *OSCE Guidelines on the Use of Minority Languages in the Broadcast Media*, HCNM Publication Office, The Hague, 2003.
- HCNM: *OSCE Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies*, HCNM Publication Office, The Hague, 2006.
- HCNM: *The Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 2008.
- HCNM: *The Ljubljana Guidelines on Integration of Diverse Societies*, HCNM Publication Office, The Hague, 2012.
- HCNM: *The Graz Recommendations on Access to Justice and National Minorities & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 2017.
- HCNM: *The Tallinn Guidelines on National Minorities and the Media in the Digital Age & Explanatory Note*, HCNM Publication Office, The Hague, 2019.

- HOBOLT, Sara: “The Brexit Vote: A Divided Nation, a Divided Continent”, *Journal of European Public Policy*, 2016, Volume 23, No 9, pp. 1259-1277.
- JEFFERSON, Rodney / MORALES, Alex: “Scotland’s Leader Warns Johnson He ‘can’t Deny Democracy’”, *Bloomberg*, 10 February 2020, accessed at: <https://www.bloomberg.com/-news/articles/2020-02-10/scotlands-leader-warns-boris-johnson-he-can-t-deny-democracy>, accessed on 23.08.2020.
- JOHNSTON, Darlene: “Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1989, Volume 2, No 1, pp. 19-34.
- KEATING, Michael: “The Scottish Independence Referendum and After”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, 2015, Volume 21, No 1, pp. 73-98.
- KEATING, Michael: “Is a Theory of Self-Determination Possible?”, *Ethnopolitics*, 2019, Volume 18, No 3, pp. 315-323.
- KOEV, Dan: “Why Ethnic Parties? A New Theory of Ethnic Minority Political Strategy in Europe”, *Nations and Nationalism*, 2019, Volume 25, No 1, pp. 229-297.
- KOLÇAK, Hakan: “Associate Statehood for Scotland as the Way to Stay in both the United Kingdom and the European Union: The Liechtenstein Example”, *Romanian Journal of European Affairs*, 2017, Volume 17, No 1, pp. 40-58.
- KOLÇAK, Hakan: “From Unionism to Secessionism: A Comprehensive Analysis of Contemporary Catalan Politics”, *Journal of Society and Politics*, 2017, Volume 12, No 1, pp. 25-52.
- KOLÇAK, Hakan: “Multiculturalism for True Equality: A Normative Argument for Multicultural Turkey”, *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, 2020, Volume 7, No 2, pp. 107-125.
- KOLÇAK, Hakan: “Ongoing Unionism: A Comprehensive Analysis of Galicia via Constitutional and Legal Perspectives”, (Ed.) KAYA, Özlem: *Selected Studies on Social Science*, Iksad Publications, Ankara, 2020, pp. 3-42.
- KOLÇAK, Hakan: “Unionist Wales: A Comprehensive Analysis of the Welsh Devolved Region via Constitutional and Legal Perspectives”, (Ed.) YILMAZ, Sefer: *Public Administrative Studies*, Akademisyen Publishing House, Ankara, 2020, pp. 1-21.
- KRAUS, Peter: “Democracy’s Challenge: Nordic Minority Politics in the European Context”, (Eds.) KRAUS, Peter / KIVISTO, Peter: *The Challenge of Minority Integration: Politics and Policies in the Nordic Nations*, De Gruyter, Berlin, 2015, pp. 38-51.
- KUKATHAS, Chandran: “Are There any Cultural Rights”, *Political Theory*, 1992, Volume 20, No 1, pp. 105-139.

- KUKATHAS, Chandran: “Liberalism and Multiculturalism: The Politics of Indifference”, *Political Theory*, 1998, Volume 26, No 5, pp. 686-699.
- KUNZ, Josef: “The Present Status of the International Law for the Protection of Minorities”, *American Journal of International Law*, 1954, Volume 48, No 2, pp. 282-287.
- KURBAN, Dilek: “Confronting Equality: The Need for Constitutional Protection of Minorities on Turkey’s Path to the European Union”, *Columbia Human Rights Law Review*, 2003, Volume 35, No 1, pp. 151-214.
- KYMLICKA, Will: *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford University Press, Oxford, 1989.
- KYMLICKA, Will: *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- KYMLICKA, Will: *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- KYMLICKA, Will: *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- KYMLICKA, Will: “Multiculturalism and Minority Rights: West and East”, *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 2002, Volume 4, No 4, pp. 1-27.
- KYMLICKA, Will: “The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies”, *International Social Science Journal*, 2010, Volume 61, No 199, pp. 97-112.
- KYMLICKA, Will: “Multicultural Citizenship within Multinational States”, *Ethnicities*, 2011, Volume 11, No 3, pp. 281-302.
- KYMLICKA, Will: “Transitional Justice, Federalism, and the Accommodation of Minority Nationalism”, (Ed.) ARTHUR, Paige: *Identities in Transition: Challenges for Transnational Justice in Divided Societies*, Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 303-333.
- KYMLICKA, Will: “The Essentialist Critique of Multiculturalism: Theory, Policies and Ethos”, (Eds.) MODOOD, Tariq / UBEROI, Varun: *Multiculturalism Rethought: Essays in Honour of Bhikhu Parekh*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015, pp. 209-249.
- KYMLICKA, Will / PFOSTL, Eva: “Introduction”, (Eds.) KYMLICKA, Will / PFOSTL, Eva: *Multiculturalism and Minority Rights in the Arab World*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 1-24.
- LEARMONTH, Andrew: “Boris Johnson Publishes Response to SNP’s Section 30 Request”, *The National*, 14 January 2020, accessed at: <https://www.thenational.scot/news/18158724.john-son-publishes-response-snps-section-30-request>, accessed on: 26.08.2020.

- LISTER, Frederick: *The European Union, the United Nations, and the Revival of Confederal Governance*, Greenwood Press, London, 1996.
- LOCK, Tobias: “Negotiating EU Accession: Lessons for an Independent Scotland”, (Ed.) HUGHES, Kirsty: *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 9-12.
- LOUGHLIN, John / ANTUNES, Sandrina: “State Rescaling and a ‘Europe of the Regions’ in Small Unitary States: A Damp Squib?”, *Regional & Federal Studies*, 2020, Volume 30, No 2, pp. 303-321.
- MACNAB, Scott: “Scottish Parliament Backs Holding Indyref2 Vote This Year”, *The Scotsman*, 29 January 2020, accessed at: <https://www.scotsman.com/news/scottish-news/scottish-parliament-backs-holding-indyref2-vote-year-1395741>, accessed on: 27.08.2020.
- MALIKI-ALIYEV, Kamal: “Comparing the Åland Islands Precedent and the Nagorno-Karabakh Conflict Research Note”, *Journal of Autonomy and Security Studies*, 2018, Volume 2, No 2, pp. 106-117.
- MARGALIT, Avishai / RAZ, Joseph: “National Self-Determination”, *Journal of Philosophy*, 1990, Volume 87, No 9, pp. 439-461.
- MAS, Joaquin: “Secession and Federalism: The Spanish Case”, (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 389-404.
- MASTROMARINO, Anna: “Secessionist Claims in a Federal System: The Belgian Case”, (Eds.) LOPEZ-BASAGUREN, Alberto / SAN-EPIFANIO, L. Escajedo: *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, New York, 2019, pp. 221-232.
- MAZOWER, Mark: “Minorities and the League of Nations in Interwar Europe”, (Ed.) CASTELLINO, Joshua: *Global Minority Rights*, Ashgate, Dartmouth, 2012, pp. 17-33.
- MCDONALD, Michael: “Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, Volume 4, No 2, pp. 217-237.
- MCEWEN, Nicola: “Devolution and Alignment with EU Laws”, (Ed.) HUGHES, Kirsty: *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 13-16.
- MEER, Nasar: “Looking up in Scotland? Multinationalism, Multiculturalism and Political Elites”, *Ethnic and Racial Studies*, 2015, Volume 38, No 9, pp. 1477-1496.

- MILLER, David: *On Nationality*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- MULLEN, Tom: “Brexit and the Territorial Governance of the United Kingdom”, *Contemporary Social Science*, 2019, Volume 14, No 2, pp. 276-293.
- NARVESON, Jan: “Collective Rights?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1991, Volume 4, No 2, pp. 329-345.
- NUTT, Kathleen: “Scotland could Rejoin EU Four-Five Years after Indy, Expert Says”, *The National*, 22 May 2020, accessed at: <https://www.thenational.scot/news/18469817.scotland-rejoin-eu-four-five-years-indy-expert-says>, accessed on: 19.08.2020.
- OESTREICH, Joel: “Liberal Theory and Minority Rights Group”, *Human Rights Quarterly*, 1999, Volume 21, No 1, pp. 108-132.
- O’LEARY, Brendan: “An Iron Law of Nationalism and Federation? A (Neo-Diceyan) Theory of the Necessity of a Federal *Staatsvolk* and of Consociational Rescue”, *Nations and Nationalism*, 2001, Volume 7, No 3, pp. 273-296.
- OSCE: *Guidelines to Assist National Minority Participation in the Electoral Process*, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 2001.
- PATTEN, Alan: “Liberal Neutrality and Language Policy”, *Philosophy & Public Affairs*, 2003, Volume 31, No 4, pp. 356-386.
- PATTEN, Alan: “Beyond the Dichotomy of Universalism and Difference: Four Responses to Cultural Diversity”, (Ed.) CHOUDHRY, Sujit: *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 91-110.
- PERRY, Valery: “Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina: Does the Road to Confederation Go through the EU?”, *International Peacekeeping*, 2015, Volume 22, No 5, pp. 490-510.
- PREECE, Jennifer: “Minority Rights in Europe: From Westphalia to Helsinki”, *Review of International Studies*, 1997, Volume 23, No 1, pp. 75-92.
- PREECE, Jennifer: “National Minority Rights vs. State Sovereignty in Europe: Changing Norms in International Relations?”, *Nations and Nationalism*, 1997, Volume 3, No 3, pp. 345-364.
- RAWLS, John: *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- RAZ, Joseph: “Multiculturalism”, *Ratio Juris*, 1998, Volume 11, No 3, pp. 193-205.
- READ, Carly: “Scottish Parliament to Keep Flying EU Flag after Brexit in Huge Snub to Referendum Result”, *The Express*, 29 January 2020, accessed at: <https://www.express.co.uk/news/politics/123-5177/scottish-parliament-eu-flag-brexit-day-snp-nicola-sturgeon-latest>, accessed on: 29.08.2020.

- ROBERTSON, Angus: “A Whopping Majority Believes Scotland has Right to Decide over Indyref2”, *The Scotsman*, 28 January 2020, accessed at: <https://www.scotsman.com/news/politics/scottish-independence/whopping-majority-believes-scotland-has-right-decide-over-in-dyref2-angus-robertson-1376832>, accessed on 24.08.2020.
- SPINNER, Jeff: *The Boundaries of Citizenship: Race, Ethnicity and Nationality in the Liberal State*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994.
- STEPAN, Alfred: “A Revised Theory of Federacy and a Case Study of Civil War Termination in Aceh, Indonesia”, (Eds.) MCEVOY, Joanne / O’LEARY, Brendan: *Power Sharing in Deeply Divided Places*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2013, pp. 231-252.
- STEVENS, Michael: “Asymmetrical Federalism: The Federal Principle and the Survival of the Small Republic”, *Publius: The Journal of Federalism*, 1977, Volume 7, No 4, pp. 177-203.
- STURGEON, Nicola: “Nicola Sturgeon Responds to the Brexit Vote - Read her Speech in Full”, *Holyrood*, 24 June 2016, accessed at: <https://www.holyrood.com/articles/inside-politics/%20nicola-sturgeon-responds-brexit-vote-read-her-speech-full>, accessed on: 01.09.2020.
- STURGEON, Nicola: “We’ve Made a Real Difference: Nicola Sturgeon Reflects on 20 Years of Devolution”, *Yes*, 1 July 2019, accessed at: <https://www.yes.scot/weve-made-a-real-difference-nicola-sturgeon-reflects-on-20-years-of-devolution/>, accessed on: 30.08.2020.
- SWAN, Brown / CETRA, Daniel: “Why Stay Together? State Nationalism and Justifications for State Unity in Spain and the UK”, *Nationalism and Ethnic Politics*, 2020, Volume 26, No 1, pp. 46-65.
- TAMIR, Yael: *Liberal Nationalism*, Princeton University Press, Princeton, 1993.
- THORNBERRY, Patrick: “Historical Background: International Law Moves from Protection of Particular Groups to Norms of a Universal Character”, (Ed.) CASTELLINO, Joshua: *Global Minority Rights*, Ashgate, Dartmouth, 2012, pp. 3-15.
- TIERNEY, Stephen: “Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland”, *European Constitutional Law Review*, 2013, Volume 9, No 3, pp. 359-390.
- TIERNEY, Stephen: “Reclaiming Politics: Popular Democracy in Britain after the Scottish Referendum”, *The Political Quarterly*, 2015, Volume 86, No 2, pp. 226-233.
- VAN DYKE, Vernon: “The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory”, *World Politics*, 1997, Volume 29, No 3, pp. 343-369.



- WAGNER, Andrea / MARIN, Jianna / KROQI, Dorian: “The Catalan Struggle for Independence and the Role of the European Union”, *Regional Science Policy & Practice*, 2019, Volume 11, No 5, pp. 787-803.
- WALDRON, Jeremy: “Minority Cultures and Cosmopolitan Alternatives”, (Ed.) KYMLICKA, Will: *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 93-119.
- WATTS, Ronald: “Federalism, Federal Political Systems, and Federations”, *Annual Review of Political Science*, 1998, Volume 1, No 1, pp. 117-137.
- WEBSTER, Laura: “Unionists Furious as EU Boss Indicates Indy Scotland can Rejoin”, *The National*, 20 May 2020, accessed at: <https://www.thenational.scot/news/18462298.unionists-furious-eu-boss-indicates-indy-scotland-can-rejoin>, accessed on 23.08.2020.
- WIRT, Frederick: “The Tenacity of Confederacy: Local Service Agreements in the Family of Governments”, *Publius: The Journal of Federalism*, 1982, Volume 12, No 4, pp. 103-127.
- WOLFF, Stefan: “Post-Conflict State Building: The Debate on Institutional Choice”, *Third World Quarterly*, 2011, Volume 32, No 10, pp. 1777-1802.
- WOLFF, Stefan: “Conflict Management in Divided Societies: The Many Uses of Territorial Self-Governance”, *International Journal on Minority and Group Rights*, 2013, Volume 20, No 1, pp. 27-50.
- ZULEEG, Fabian: “Transition from the UK and to the EU”, (Ed.) HUGHES, Kirsty: *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 17-19.



## Merkezi Isıtma Sistemli Yapılarda Isıtma Giderinin Paylaştırılmasında Isı Paylaşım Sistemi ve Kat Mülkiyeti Hukuku Bakımından Bu Sisteme İlişkin Esaslar<sup>(\*)</sup>

Sharing the Heating Expense in the Central Heating System Buildings  
Heat Exchange System and Principles In Terms of Floor Ownership Law

Süheyla ZORLU<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Enerji Verimliliği Kanununun 16'ncı maddesiyle, Kat Mülkiyeti Kanununun 42'nci maddesine iki fıkra eklenmiştir. Eklenen hükümlerle, toplam inşaat alanı ikibin metrekare ve üzeri olan binalarda merkezi ısıtma sisteminin ferdi ısıtma sistemine dönüştürülmesinin, kat maliklerinin sayı ve arsa payı olarak oybirliği ile verecekleri karar üzerine gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Ayrıca merkezi ısıtma sistemi ile ısıtılan binalarda paylaşımın yapılması hususunun yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Ardından “*Merkezî Isıtma ve Sıhî Sıcak Su Giderlerinin Paylaştırılmasına İlişkin Yönetmelik*” yayımlanmış ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir. Ancak bu düzenleme çözümlenmesi istenen sorunların çözümünde yetersiz kalmış, hatta merkezî ısıtma ve/veya sıcak su sistemi bulunan binalarda ısı giderine ilişkin pek çok yeni sorunun doğumuna uygun zemin hazırlamıştır. Bu çalışmada merkezi ısıtma sistemli yapılarda ısı giderinin paylaşımında mevcut duruma ilişkin açıklamalar yapılmış, çıkması muhtemel sorunlar için de çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Merkezi Isıtma, Kat Mülkiyetinde Gider Paylaşımı, Isı Pay Ölçer.

### Abstract

Two paragraphs have been added to Article 42 of the Property Ownership Law with the Article 16 of the Energy Efficiency Law. With the added provision, it is foreseen that the central heating system will be transformed into an individual heating system in buildings with a total construction area of two thousand square meters and above, upon the unanimous decision of the flat owners as the number and share of the land. In addition, it was stated that the issue of sharing in buildings heated by central heating system will be regulated by regulation. Subsequently, the “Regulation on Allocation of Central Heating and Sanitary Hot Water Expenses” was published and entered into force on the date of its publication. However, this regulation was insufficient in solving the problems to be solved, and even laid the groundwork for the birth of many new problems related to heat expenditure in buildings with central heating and / or hot water sys-

(\*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 28.12.2020, Makalenin Kabul Tarihi: 20.01.2021.

(\*\*) Doktor Öğretim Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,

E-mail: suheylagzorlu@hotmail.com,

Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0001-6962-387X>.



tems. In this study, explanations were made regarding the current situation in sharing the heat expense in buildings with central heating system, and solutions were tried to be offered for possible problems.

#### Keywords

Central Heating, Expense Sharing in Floor Ownership, Heat Allocation Meter.

## I. GENEL AÇIKLAMA

Son dönemde tüm dünyada yoğun bir şekilde yararlanılan fosil enerji kaynakları tükenme tehdidi altındadır. Yenilenebilir ve alternatif enerji kaynakları ihtiyaca cevap vermekten oldukça uzaktır. Dolayısıyla enerjinin kıymeti anlaşılmış ve daha verimli kullanmaya yönelik çaba gösterilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Kanun koyucu da kaynakların tasarruflu kullanılması, enerji verimliliğinin sağlanması, dışa bağımlılığın minimum seviyeye indirgenerek milli kaynaklarla yetinilmeye çalışılması, tüketicinin korunması ve çevresel sorunların da azaltılması amacıyla belirli büyüklüğü aşan yapılarda merkezî ısıtma sistemine geçilmesini zorunlu kılmıştır. Ancak bu hedeflere ulaşmaya çalışılırken, geçiş sürecinde ve merkezî ısıtma sisteminin kullanımı sırasında kat malikleri kendilerini pek çok hukukî sorunun içerisinde bulmaktadırlar. Toplu yapılarda merkezî ısıtma sisteminin kullanılmasıyla, kat malikleri arasında pek çok uyumsuzluk çıkmakta, çoğu zaman komşular arasında husumet doğmaktadır. Diğer yandan toplumsal yaşam ihtiyaçları ve piyasa şartları da kişileri toplu yapılarda yaşamaya sevk ettiğinden, merkezî ısıtma ile alakalı hukukî problemlerle ilerleyen dönemlerde daha sık karşılaşılması pek muhtemeldir. Kanun koyucu merkezî ısıtma sisteminde ısı paylaşım sistemini teşvik eden değişikliklerle enerji verimliliği ve tasarrufunun yanı sıra, kullanıcılar arasında adaletli bir paylaşımın sağlanmasını amaçlamış olsa da, salt bu sistemin kaynaklık ettiği adaletsiz uygulamalar söz konusudur.

Diğer yandan bir kısım toplu yapılarda da merkezî ısıtma sisteminin kullanılması kanun koyucunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Nitekim bazı toplu yapılarda kat malikleri sadece yılın belirli dönemlerinde ya da günün belirli saatlerinde kullanmayı amaçlayarak (örneğin sadece yazlık, depo ya da fotoğraf stüdyosu gibi) taşınmazı edinmişlerdir. Söz konusu toplu yapılarda merkezî ısıtma sisteminin kullanılması kanun koyucunun amacına ters düşer. Bu şekildeki toplu yapılarda merkezî ısıtmanın kullanılması hem enerji israfına yol açar, hem de kat malikleri için ek bir takım maliyetlerin (apartman görevlisi istihdam gideri, daha fazla yakıt gideri, merkezî ısıtma sistemi tesisi ve bakımı için ortaya çıkan diğer giderler gibi) doğmasına neden olur.

Merkezî ısıtma sisteminin uygulanmasına ilişkin kurallar ana hatlarıyla belirlenmiş, kalan detaylar için kat malikleri kuruluna ve yöneticilere inisiyatif bırakılmıştır. Ancak kat malikleri kurulunun kanun tarafından aranan şekil ve esas şartlarına uygun olarak toplanabilmesi, karar alabilmesi güçlük arz etmektedir<sup>1</sup>. Ayrıca kat malikleri kurulu, aldıkları karardan aynı zamanda doğrudan etkilenen oldukları için, kendi çıkarları doğrultusunda karar almaları pek muhtemeldir. Dolayısıyla hem hukuka ya da kanun koyucunun amacına aykırı karar alınması, hem de kat maliklerinin çatışan çıkarları arasında dengenin kurulamaması söz konusu olabilir. Merkezî sistemin kullanıldığı yapılarda sözde inisiyatif sahibi olan yöneticilerin ise, icrai bakımdan herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır<sup>2</sup>. Bu da sorunların çözümünü zorlaştırmaktadır. Bu yüzden de esasında en doğrusu Kat Mülkiyeti Kanununun günümüz ihtiyaçları doğrultusunda yenilenmesi ve merkezi ısıtmaya ilişkin detayların da bu düzenlemede yer almasıdır.

## II. YASAL DAYANAK

5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu, enerjinin etkin kullanılması, israfının önlenmesi, enerji maliyetlerinin ekonomi üzerindeki yükünün hafifletilmesi ve çevrenin korunması için enerji kaynaklarının ve enerjinin kullanımında verimliliğin artırılması gibi amaçlarla 18.4.2020'de yürürlüğe girmiştir (EVK. m.1). Bu Kanunun gerekçesinde kişilerin ferdi ısıtma sistemini tercih etmelerinin en önemli nedeninin kullanılan enerji miktarına göre ödeme yapmaları olduğu belirtilmiştir. Söz konusu gerekçede eğer merkezi sistemde de kullanılan enerji miktarı oranında bedel ödeme imkânını sağlayacak düzeneğin kullanılması olanağı olursa merkezi ısıtmanın tercih edilmesinin sağlanacağı ifade edilmektedir<sup>3</sup>. Esasında enerji üretimini ya da iletimini gerçekleştiren işletmelere veya tesislere ilişkin hükümler öngören söz konusu Kanunda, ısıtma ya da

<sup>1</sup> AKSAN NAR, Şerife: *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Sahip Olduğu Hukuki Rejim* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan, 2013, s. 60.

<sup>2</sup> Yargıtay bir kararında kat malikleri kurulu tarafından yöneticiye yetki verilmesi halinde dahi icrai işlemlere girilmezden evvel yine kat malikleri kurulu tarafından karar alınması gerektiğini belirtmiştir (Bkz. Yargıtay, 18. HD., T. 04.12.2014, E. 2014/17411, K. 2014/17587, "... Kat malikleri kurulunun 07.02.2010 tarihli toplantısında 9. maddede "Radyatörlere ısı pay ölçer takılmasının araştırılması ve uygun bulunması durumunda yapılması için yöneticiye yetki verilmesi" yönünde karar alındığı, bu kararın ısı pay ölçer sisteminin yapılmasına ilişkin bir karar olmayıp bu yönde araştırma yapıp araştırma sonucuna göre kat malikleri kurulunca yeniden yapılacak bir toplantıda karar alınmasına yönelik olduğu, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 42. maddesi kapsamında bir karar alınmadığı, bu sebeple ısı pay ölçer taktırmayan kat malikini bağlamayacağı da dikkate alınarak, sözü edilen maddenin iptal edilmesi gerekirken..." (https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=272154, E.T.: 19.9.2020).

<sup>3</sup> Bkz. 7'nci madde gerekçesi (https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1326m.htm, E.T.: 20.02.2020).



sıcak su sağlama amacıyla enerji kullanımı olan binalara yönelik hükümlere de yer verilmiştir. Nitekim EVK. m.7/c ye göre “Merkezî ısıtma sistemine sahip binalarda, merkezî veya lokal ısı veya sıcaklık kontrol cihazları ile ısınma maliyetlerinin ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımını sağlayan sistemler kullanılır. Buna aykırı olarak hazırlanan projeler ilgili mercilerce onaylanmaz”. Yine aynı maddenin (ç) bendinde ise binaların enerji performansının çeşitli kriterlere göre değerlendirileceği, bu hususun Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, söz konusu hükme dayanarak Enerji Performansı Yönetmeliği’ni çıkarmıştır. Bu Yönetmelik doğrudan çalışmamızla alakalı değildir, ancak çalışma kapsamında ilgili olduğu ölçüde değinilecektir.

Kanun koyucu merkezî ısıtma sistemini yaygınlaştırmayı hedeflemiş ve ferdi ısıtmaya geçişi zorlaştırmayı amaçlamıştır. “Merkezî ısıtma sistemi” ise esasında birden fazla bağımsız bölüme sahip binalar bakımından söz konusu olabilecek bir kavramdır ve genellikle kat mülkiyeti tesis edilmiş yerlerde kullanılır. Dolayısıyla Enerji Verimliliği Kanunu m.16 hükmü ile 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m.42’ye iki fıkra eklenmiştir<sup>4</sup>. Bu düzenlemeyle toplam inşaat alanı ikibin metrekare ve üzeri olan binalarda merkezî ısıtma sisteminin ferdi ısıtma sistemine dönüştürülmesinin, kat maliklerinin sayı ve arsa payı olarak oybirliği ile verecekleri karar üzerine gerçekleştirileceği hükmü getirilmiştir. Yine Kat Mülkiyeti Kanununda yapılan bu değişiklikte merkezî ısıtma sistemlerinde ısıtma giderlerinin kat malikleri arasında paylaşılmasına ilişkin usul ve esasların Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüş (KMK. m.42), daha sonra “*Merkezî Isıtma ve Sıhhi Sıcak Su Sistemlerinde Isınma ve Sıhhi Sıcak Su Giderlerinin Paylaşılmasına İlişkin Yönetmelik*” yayınlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir<sup>5</sup>. Söz konusu Yönetmelik mevcut ve yeni yapılacak birden fazla bağımsız bölüme sahip merkezî veya bölgesel ısıtma sistemli ve sıhhi sıcak su sistemli binalarda, ısıtma ve sıhhi sıcak su giderlerinin, bağımsız bölüm kullanıcılarına paylaşılmasına ilişkin usûl ve esasları belirlemek amacıyla çıkarılmıştır (m.1). Yönetmelik ile öngörülen sistemde bağımsız her bölümde ayrı ısı sayacı kullanılması ve böylece o bağımsız bölümde ne kadar enerji tüketimi yapıldığının hesaplanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Böylelikle aynı binada oturan bağımsız bölüm kullanıcılarının kendi tercihleri doğrultusunda ısınma imkânına sahip olabilmeleri amaçlanmıştır. Diğer taraftan merkezî ısıtma sistemlerinde Kat Mülkiyeti Kanununun 20’nci maddesinde öngörülmüş olan arsa payı ile yakıt gideri paylaşımı yerine,

<sup>4</sup> R.G. 2.5.2007 T., 26510 S.

<sup>5</sup> R.G. Tarih 14.4.2008, Sayı 26847 (Mükerrer). Söz konusu Yönetmelik çalışmanın bundan sonraki bölümünde “*Merkezî Isıtma Yönetmeliği*” olarak anılacaktır.

ısı paylaşım sisteminin kullanılmasının en az %15 seviyesinde ısı tasarrufu sağladığı ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Bunların yanı sıra Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından merkezi ısıtma sisteminden ferdi ısıtma sistemine geçiş zorlaştırılacak nitelikte bir takım tedbirler alınmıştır<sup>7</sup>. Yargıtay'ın da ferdi ısıtma sistemine geçişin zor olmasını destekler nitelikte içtihadı vardır<sup>8</sup>.

### III. ISI PAYLAŞIM SİSTEMİNDE ISI TÜKETİMİNİN ÖLÇÜMÜ VE TÜKETİM GİDERİNİN PAYLAŞILMASI

#### A. Isı Paylaşım Sisteminde Isı Tüketiminin Ölçümü

Isı tüketiminin ölçümü bir takım ekipmanlar vasıtasıyla yapılır. Merkezi Isıtma Yönetmeliği m.6 “Isı tüketimini ölçmek için ilgili standartları sağlayan ısı sayaçları veya ısı ölçerler kullanılır...” ifadesiyle bu konuyu düzenlemektedir. Daha sonra bu ekipmanlardan elde edilen veriler belirli bir esasa dayalı olarak bağımsız bölüm kullanıcılarına paylaştırılır. İşte, “ısı paylaşım sistemi” merkezi sistemle ısınan binalarda toplam ısıtma giderlerinin %70 i ısı ölçüm cihazlarından ölçülen kullanım miktarları oranında, %30 unun bağımsız bölümlerin kullanım alanları (m<sup>2</sup>'leri) oranında paylaştırılması esasına dayanan sistemdir<sup>9</sup>. Bu sistemde kullanılacak ölçüm ekipmanları yine Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde belirtilmiştir. Gerçekten de söz konusu yönetmeliğin 3/n hükmüne göre “Ölçüm ekipmanları: Isı ve sıcak su sayacı, ısı ölçer, ölçüm okuma ve faturalandırma cihazlarını” ifade eder. Isı ölçer genellikle “ısı pay ölçer” olarak da ifade edilmektedir.

Burada ısı paylaşım sisteminin kurulması ve giderlerin paylaşılması esnasında yararlanılan ekipmanlardan da bahsedilmelidir<sup>10</sup>. Bahse konu ısı kontrol ve ölçüm elemanları termostatik vanalar, ısı pay ölçerler, ısı sayaçları (kalorimetreler), sıcak (soğuk) su sayaçları olarak sıralanabilir.

Termostatik radyatör vanası (TRV), radyatörlü (petekli) ısıtma sistemlerinde kullanılan otomatik radyatör vanasıdır ve el ile kumanda edilen radyatör

<sup>6</sup> ÖZSOY, Ahmet: “Merkezi Isıtma Sistemlerinde Isınma Problemleri ve Yakıt Paylaşımı”, *SDÜ International Journal of Technologic Sciences*, June 2009, Vol. 1, No. 1, s. 12.

<sup>7</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://webdosya.csb.gov.tr/db/mersin/webmenu/webmenu11824.pdf>, (E.T.: 6.2.2020). Ayrıca bkz. GÜLER, Fatih: “Merkezi Isıtma Sistemlerinin Uygulanmasında Yaşanan Sorunların Kat Mülkiyeti Hukuku Açısından Sonuçları”, *Yönetim, Ekonomi, Edebiyat, İslami ve Politik Bilimler Dergisi*, 2019, Cilt 4, Sayı 1, s. 51.

<sup>8</sup> Bkz. Yargıtay, 20. HD., T. 15.11.2017, E. 2017/2830, K. 2017/9497 (<https://www.hukukmedeniyeti.org/ictihat/1692280/yargitay-20-hukuk-dairesi-e-2017-2830-k-2017-9497/>, E.T.: 15.09.2020).

<sup>9</sup> Bkz. Merkezi Isıtma Yönetmeliği m.8/1.

<sup>10</sup> Bu kavramlara ilişkin açıklamalar Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından çıkarılan “Merkezi Isıtma ve Sıhhi Sıcak Su Sistemlerinde Isı Paylaşım Sistemi ve Kullanılan Ekipmanlar İçin Kılavuz” kaynaklığında yapılmıştır.

vanalarının yerine kullanılır. TRV, oda sıcaklığını sürekli olarak algılar ve oda sıcaklığının istenilen değerde sabit kalması için radyatöre giden su miktarının ayarını otomatik gerçekleştirir.

Isı pay ölçer, merkezi ısıtma sistemlerinde radyatörün harcadığı ısı enerjisinin hesabını yaparak hafızasında kaydını gerçekleştiren, böylece bireysel tüketimin ölçümünü yapan radyo frekans modüllü cihazdır. Çalışma sisteminin amacı istenildiği ölçüde ısınmayı ve ısınılan ölçüde de ödemeği sağlamaktır. Merkezi sistem ile ısıtılan binalarda her radyatöre montajı gerçekleştirilir ve bireysel tüketim değeri kaydedilerek gerçek tüketim ölçüsünde gider paylaşımı yapılmasına imkân sağlar. Isı sayacı, kollektörlü (mobil) sistemlerde kullanılan ısı miktarını, girişteki ve dönüşteki su sıcaklığını, geçen suyun basınç ve yoğunluğunu mekanik pervane/çark vasıtasıyla ya da ultrasonik ses dalgalarıyla ölçümünü yapar. Isı tüketim miktarının kWh, MWh, GJ, MJ gibi enerji birimleriyle kaydını gerçekleştirir. Sıcak su sayacı ise, sıhhi sıcak su giriş hattının üzerine yerleştirilerek, geçen sıcak su miktarının m<sup>3</sup> ya da litre olarak ölçümünü yapar.

Isı tüketimini ölçmek için kullanılan ısı sayaçları veya ısı ölçerlerin ilgili standartları sağlaması gerekir. Yine ölçüm ekipmanı ısıtma sistemi için uygun olmalı ve teknik bakımdan doğru çalışabilecek şekilde kurulmuş olmalıdır. Bunların “*Ölçüler ve Ayar Kanununa uygun olması*” aranır. Isı ve sıcak su tüketiminin ölçülmesinde kullanılacak ekipmanların muayene ve kalibrasyonları söz konusu Kanun hükümleri çerçevesinde yetkili kurum veya kuruluşlarca yapılır. Ölçüm ekipmanlarının düzenli bir şekilde muayene ve kalibrasyonlarının yapılmasının kontrolünden sorumlu olanlar bina sahibi, bina yöneticisi veya bina yönetim kurulu ya da enerji yöneticisidir (MIY. m.6).

Isı sayaçları ve ısı pay ölçerler ve/veya sıcak su sayaçları kablolu bağlantı ile bilgisayar sistemine aktarılarak okunabileceği gibi; doğrudan üzerlerinde bulunan ekrandan tüketilen enerji miktarının okunabilmesi de mümkündür. Yine bunlara ek olarak takılacak bir ekipman sayesinde ölçümün yapılması ve verinin gönderilmesi radyo frekanslı vericilerle de gerçekleştirilebilir<sup>11</sup>. Isıtma giderlerinin bağımsız bölümlere adaletli bir şekilde paylaşılması için, bu cihazların okunmasıyla alınan veriler değerlendirilir.

Isı tüketiminin ölçümünde kullanılacak ekipmana ilişkin açıklamaların ardından, bu sistemin (kalorimetre/ısı payölçer okuma sistemi) kurulumunu kimin sağlayacağına da değinilmelidir. Merkezî sisteme sahip olan bina veya site yö-

<sup>11</sup> ÖZSOY, s. 11; ŞENGÜL, Mehmet: “Merkezi Isıtma ve Sıcak Su Sisteminin Bulunduğu Yapılarda Isı Giderlerinin Paylaşılması Esasları (Isı Pay Ölçer Sistemi) ve Bunun Kat Mülkiyeti Hukukuna İlişkin Sonuçları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Mart-Nisan 2013, Cilt 87, Sayı 2013/2, s. 58-59.



netimlerinin, olumsuz bir durumla karşı karşıya kalmamak için ısı paylaşım sistemini kurmaya yetkili olan şirketlere başvurması önemlidir<sup>12</sup>. Zira bu sistemi ancak merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemi için gerekli cihaz ve ekipmanların satışı, projelendirilmesi, kurulumu ve uygulaması bakımından yetkili bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketleri kurabilir. Bir başka ifadeyle eğer kurulumu gerçekleştirecek şirketin yetkisi yoksa bu sistemi kurması mümkün olmayacaktır. Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 10'uncu maddesinde “Yetkilendirilmiş Kuruluşların Özellikleri” hükme bağlanmıştır. Bu hükme uygun şekilde yetkilendirilmiş şirketler Çevre ve Şehircilik Bakanlığı resmi internet sitesinde belirtilmiştir<sup>13</sup>. Her ne kadar ekipmanların montajının yapılarak ölçüm ve okumayı sağlayacak sistemi kurma konusunda yetkilendirilmiş şirketlerle çalışma zorunluluğu bulunsa da, ısı tüketiminin ölçülerek bağımsız bölümlere paylaştırılması noktasında böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Ölçüm ve okumayı gerçekleştirecek sisteminin kurulmasından sonra, tüketimin bağımsız bölümler arasında paylaştırılması; bina sahibi, yönetici, yönetim kurulu ya da enerji yöneticisi tarafından yapılabilir. Bir başka ifadeyle bu noktada kat malikleri ısı tüketim miktarının ölçülmesi için yetkilendirilmiş şirketlerden hizmet almak zorunda değildir. Kat malikleri, ısı tüketiminin ölçülerek bağımsız bölümlere paylaştırılmasını bina sahibi, yönetici, yönetim kurulu ya da enerji yöneticisinden birisine bırakabilir. Zira önemli olan bu hususta gerekli alt yapının kuruludur. Gerekli ölçüm altyapısının kurulmasından sonra, bina sahibi, yönetici ya da yönetim kurulunun ölçümü yaparak paylaşımını gerçekleştirebilmesi mümkündür. Ancak onlar isterlerse yine ölçümün ve paylaşımın yapılmasında bakanlık tarafından yetkilendirilmiş şirketten hizmet alabilirler. Burada belirtmek gerekir ki sistemi kuran şirket ile ölçümü yapan şirketin aynı olması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır<sup>14</sup>.

## B. Isı Paylaşım Sisteminde Tüketim Giderinin Paylaşılması

Bağımsız bölüm kullanıcıları merkezi ısıtma ve/veya sıcak su tüketim giderlerinden kendilerine düşen kısım oranında sorumludurlar<sup>15</sup>. Bağımsız bölüm kullanıcılarının ısınma sistemini tamamen kapatması ve böylece paylaşımına da-

<sup>12</sup> ÖRÜCÜ, Orhan: “Sorun Söyleyelim 2011’de Neler Değişiyor?”, *Cumhuriyet Enerji*, 1 Şubat 2011-21, s. 9.

<sup>13</sup> 19.08.2020 tarihi itibarıyla 10 il merkezinde faaliyet gösteren toplam 62 adet yetkilendirilmiş ölçüm şirketi vardır (<http://www.bep.gov.tr/MERKEZIIISITMA/OlcumKuruluslari.aspx>, E.T.: 19.08.2020).

<sup>14</sup> ŞENGÜL, s. 60.

<sup>15</sup> KMK. m.20/c’ye göre, “Kat malikleri ortak yer veya tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten kaçınamaz”.

hil olmaktan kaçınması mümkün değildir. Zira Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 5'inci maddesinin altıncı fıkrası, mahal sıcaklığının asgari 15 °C'ye ayarlı olacağını düzenlemektedir<sup>16</sup>. Bu nedenle termostatik vanalar sayesinde mahal sıcaklığının bu derecenin altına inmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle bağımsız bölüm hiç kullanılsa dahi, mahal sıcaklığının 15 °C de kalmasını sağlayan ısı tüketim giderinden ve ortak kullanım yerleri, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderlerinin kullanım alanına göre bağımsız bölüme düşen giderden sorumluluk söz konusudur.

Merkezi ısıtma sistemi bulunan mevcut binalarda Enerji Verimliliği Kanunu ile Kat Mülkiyeti Kanununun 42'nci maddesinin dördüncü fıkrasında değişiklik yapılmasından önce, ısınma ve sıcak su gideri genellikle, diğer pek çok gider gibi, arsa payına göre paylaştırılmaktaydı<sup>17</sup> (KMK. m.20/b). Kat maliklerinin aralarında anlaşarak farklı bir paylaşım öngörmeleri de mümkündü. Ancak daha sonra Kat Mülkiyeti Kanununda yapılan bu değişikliğe dayanılarak çıkarılan Merkezi Isıtma Yönetmeliği ile farklı bir paylaşım metodu öngörülmüştür. Gerçekten de ısı paylaşımli merkezi ısıtma sistemi kullanılan binalarda gider paylaşımının nasıl yapılacağına ilişkin detaylar söz konusu Yönetmeliğin 7 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Burada ilk olarak paylaşımın kim tarafından sağlanacağı belirtilmiştir. Yönetmelik hükmüne göre bina sahibi veya bina yöneticisi veya bina yönetim kurulu, ısı ve sıhhi sıcak su giderlerinin tüketim ölçümlerine ve yönetmelikte belirtilen hesaplama uygun olarak (m.8/I) bağımsız bölüm kullanıcılarına paylaştırılmasını sağlar. Bina sahibi, bina yöneticisi, bina yönetim kurulu veya enerji yöneticisinin ölçümleri yapabilecek yeterli personel ve donanımına sahip olmadığı durumlarda, ölçüm yapmak üzere Bakanlık tarafından yetki belgesi verilmiş tüzel kişiler tarafından paylaşım yapılır. Böylece bağımsız bölümün bu giderinden sorumlu olan kimselere paylaştırılmış enerji bedeli bildirilir ve apartman ya da site yönetimi tarafından

<sup>16</sup> ŞENGÜL'e göre, ayrıık nizamda inşa edilmiş merkezi ısıtma sistemine sahip yapılarda, örneğin merkezi ısıtma sistemine sahip birbirinden ayrı inşa edilmiş toplu villalardan oluşan yapılarda, asgari 15 °C sıcaklık öngören bu hükmün uygulanması enerjinin verimli kullanılması amacına aykırı olur. Düzenlemeye bu şekildeki yapılara söz konusu hükmün uygulanmayacağına ilişkin bir ifade eklenmelidir (Bkz. ŞENGÜL, s. 78).

<sup>17</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / VELİOĞLU, Ahmet: *Açıklamalı ve İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar*, Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 1999, s. 406 vd.; ARPACI, Abdulkadir: *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması*, 5. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1996, s. 83 vd.; ŞAKAR, Müjdat: *Son Değişikliklerle Gereçeli Açıklamalı İçtihatlı Örnekli Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 79 vd.; ODYAKMAZ, A. Nevzat: *Uygulamada Kat Mülkiyetinden Doğan Anlaşmazlıklar ve Çözüm Yolları*, Sebil Matbaacılık, İstanbul, 1975, s. 141 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 64 vd.; REİSOĞLU, Safa: *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, 4. Baskı, Güneş Matbaacılık, Ankara, 1976, s. 80 vd.; ARCAK, Ali / ERDOĞAN, Celal: *Açıklamalı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Uygulaması*, Halkevleri Basımevi, Ankara, 1976, s. 310 vd.

bağımsız bölümlerden tahsil edilerek doğalgaz dağıtım şirketine ödeme yapılır. Ancak bu paylaşımın yapılması aşamasında bir takım sorunlar söz konusudur. Bu sorunlardan ilki doğalgaz tesisatı ile birlikte enerji tüketim miktarını gösteren ekipmanın da montajını gerçekleştiren şirketin, kurduğu ekipman sayesinde aynı zamanda gider paylaşımını yapmayı da kullandığı yazılım sayesinde kendi uhdesinde tutması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Zira doğalgaz tesisatı montajını gerçekleştiren şirketler genellikle aynı zamanda yetkilendirilmiş ölçüm şirketi olarak faaliyet göstermektedir. Bu durumda montajı gerçekleştiren şirket her bağımsız bölümün tükettiği miktarın ölçülmesinde monopol niteliğinde olacağından, rakibinin olmaması nedeniyle bu durum ölçüm bedelinin kat malikleri aleyhine olarak yüksek belirlenmesiyle sonuçlanabilecektir. Dolayısıyla burada yurt çapında tek bir yazılımın kullanılmasını gerekli kılan bir hukuki düzenleme yapılması doğru olur.

Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 8'inci maddesinde ısıtma ve/veya sıcak su sistemlerinde tüketim giderinin paylaşımının hesaplanma şekli de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm merkezi ısıtma sistemleri<sup>18</sup> ile bölgesel ısıtma sistemlerinin<sup>19</sup> ısınma gider paylaşımının hesaplanmasında farklı esaslar öngörmüştür.<sup>20</sup>

Yönetmelikte ilk olarak merkezi ısıtma sisteminde gider paylaşımına ilişkin hükme yer verilmektedir. Söz konusu hükme göre toplam ısınma giderinin %70'i, bağımsız bölümlerin ölçülen ısı tüketimlerine göre; toplam ısınma giderinin %30 u ise ortak kullanım alanları, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı gideri olarak bağımsız bölümlerin kullanım alanlarına göre paylaşılır. Bölgesel ısıtma sistemlerinde ise toplam ısıtma giderlerinin %20 si asgari ısınma, ortak kullanım alanları, sistem kayıpları ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderleri olarak bağımsız bölümlerin kullanım alanlarına göre paylaşım yapılır (MIY. m.8/II). Söz konusu hükümler çerçevesinde bağımsız bölüm kullanıcıları, merkezi ısıtma sisteminde toplam ısınma giderinin %70'inden; bölgesel ısıtma sisteminde toplam ısınma giderinin %80'inden payına düşen kısım için sorumludur. Ancak bağımsız bölüm kullanıcıları merkezi ısıtma sistemindeki toplam ısınma giderinin %30'undan ve bölgesel ısıtma sistemindeki toplam ısınma giderinin %20'sinden bağımsız bölümlerin kullanım alanına göre sorumlu kılınmıştır. Burada belirtilen ısı tüketim miktarı ısı sayaç-

<sup>18</sup> MIY. m.3/1 bendine göre "Merkezi ısıtma sistemi: Bir merkezden elde edilen ısıtma enerjisinin binalara dağıtılmasını ve bağımsız bölümlerin ısıtılmasını sağlayan sistemi" ifade eder.

<sup>19</sup> MIY. m.3/g bendine göre "Bölgesel ısıtma sistemi: Bir merkezden elde edilen ısıtma enerjisinin bölge içerisindeki binalara dağıtılmasını ve bağımsız bölümlerin ısıtılmasını sağlayan sistemi" ifade eder.

<sup>20</sup> Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde geçen "merkezi ısıtma sistemi" ve "bölgesel ısıtma sistemi" tanımlarına yönelik eleştiri için bkz. ŞENGÜL, s. 66-67.

ları ya da ısı pay ölçerler ile ölçülür ve bu ölçümde belirlenen tüketim Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 8'inci maddesindeki esaslar çerçevesinde paylaşılır<sup>21</sup>.

Bağımsız bölümlerin ısı tüketim miktarının ölçümünü yapan ekipmanda arıza meydana gelmesi durumunda bağımsız bölümlerin ısı giderinin hesaplanamaması söz konusu olabilir. Bu durumda Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 11'inci maddesinin "... bir ekipmanın arızalanması veya benzer bir sebepten dolayı doğru bir şekilde ölçüm yapamaması yüzünden belirlenemiyor ise paylar, söz konusu bağımsız bölümlerin daha önceki benzer gider paylaşım belgesi düzenlenen dönemlerdeki tüketimleri veya o gider paylaşım belgesi düzenlenmesi dönemindeki diğer benzer bağımsız bölümlerin tüketimleri esas alınarak bina yöneticisi, bina yönetim kurulu, enerji yöneticisi, bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketlerince veya yetkilendirilmiş ölçüm şirketlerince belirlenir" hükmü uygulanarak, hesaplama yapılmalıdır.

Bir bağımsız bölümün aynı ısı paylaşım dönemi içerisinde birden fazla kullanıcı tarafından kullanılması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda talep edilmesi halinde yönetici, yönetim kurulu, enerji yöneticisi, bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketleri veya yetkilendirilmiş ölçüm şirketleri bağımsız bölüm kullanıcısının değiştiği tarihlere ilişkin olarak ara dönemde okumayı gerçekleştirerek, dönem sonunda iki ayrı gider paylaşım belgesi düzenler. Ancak ara okuma mümkün değilse veya bağımsız bölüm kullanıcısının değişim zamanından kaynaklanan veya teknik sebeplerden dolayı ara okuma yapılamamış ise, bağımsız bölümün kullanım gün sayısına göre dönem sonunda iki ayrı gider paylaşım belgesi düzenlenir (MIY. m.11/II).

Doğalgaz tesisatının döşenerek kullanıma geçildiği her bölgede yetkili ölçüm şirketi bulunmamaktadır. Bunun sonucunda ölçüm şirketi yetkilisi ölçüm için yalnızca belirli zamanlarda paylaşımın yapılacağı binanın bulunduğu bölgeye gidebilmektedir. Yetkili ölçüm şirketlerince zaman zaman bağımsız bölüm kullanıcılarının önceki tüketim durumlarına bakılarak paylaşım yapılmaktadır<sup>22</sup>. Örneğin doğalgaz faturalandırması ayın 25 inde yapılmışken, ölçüm şirketi paylaşımına esas verileri ayın 15 inde almışsa, bu durumda paylaşımına ilişkin veriler gerçek durumu yansıtmayabilir. Nitekim bağımsız bölüm kullananlardan bir tanesi ayın 15 inde bağımsız bölümden ayrılmışsa ya da bağımsız bölüme dönmüşse veya tüketim oranını bundan sonra düşürmüşse ya da artırmışsa, ayın 15 inde alınan verilerin gerçek durumu yansıtmayacağı açıktır. Bu yüzden tüke-

<sup>21</sup> ÖRÜCÜ, s. 9.

<sup>22</sup> 20.02.2020 tarihi itibarıyla 13 il merkezinde faaliyet gösteren toplam 67 adet yetkilendirilmiş ölçüm şirketi vardır (<http://www.bep.gov.tr/MERKEZIIISITMA/OlcumKuruluslari.aspx>, E.T.: 20.02.2020).

tim bedelinin paylaşımını yapacak olan yetkilendirilmiş ölçüm şirketi sayısının artırılması da doğru olur.

Isı paylaşım sistemi tesisatının olduğu merkezî ısıtma sisteminin olduğu bir binada kat maliklerinin Merkezî Isıtma Yönetmeliği m.8’de öngörülmüş olan paylaşımın aksini kararlaştırabilmeleri mümkün olmamalıdır<sup>23</sup>. Zira Kat Mülkiyeti Kanununun 42’nci maddesinin dördüncü fıkrası merkezî ısıtma sisteminde ısıtma giderlerinin paylaşılmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Merkezî Isıtma Yönetmeliğinin ilgili hükümlerinin lafzî dikkate alındığında emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle kat malikleri tarafından kurul kararıyla ya da yönetim planında değişiklik yaparak aksinin kararlaştırılması mümkün olmamalıdır.

### C. Çeşitli Yapılar Bakımından Isı Paylaşım Sisteminin Uygulanması

#### 1. Bina Yapım Tarihi Bakımından Isı Paylaşım Sisteminin Uygulanması

Enerji Verimliliği Kanunu Resmi Gazetede yayımlandığı tarih olan 2.5.2007’de yürürlüğe girmiştir. Ardından Kat Mülkiyeti Kanununun 42’nci maddesinin dördüncü fıkrasına dayanılarak Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından çıkarılan “*Merkezi Isıtma ve Sıhhi Sıcak Su Sistemlerinde Isınma ve Sıhhi Sıcak Su Giderlerinin Paylaştırılmasına İlişkin Yönetmelik*” 14.4.2008’de Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Isı paylaşım sisteminin kullanımına ilişkin hükümler öngören bu yasal düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda yapıların hangi tarihten itibaren ısı paylaşım sistemine geçeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Enerji Verimliliği Kanununun 7’nci maddesinin (c) bendi merkezî ısıtma sistemine sahip binalarda merkezî veya lokal ısı veya sıcaklık kontrol cihazları ile ısınma maliyetlerinin ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımını sağlayan sistemlerin kullanılmasını öngörmektedir<sup>24</sup>. Böylece kanunun yürürlüğe girmesinden sonra inşa edilen merkezî ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip binalarda ısı paylaşım sisteminin tesisi zorunlu kılınmıştır. Söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Buna aykırı olarak hazırlanan projeler ilgili mercilerce oynanmaz. Ayrıca bu hükme uygun şekilde merkezî ısıtma sistemli olarak inşa edilen binalarda kat maliklerinin ısı paylaşım sisteminden oybirliği ile dahi olsa vazgeçmeleri mümkün değildir. KMK. m.42/IV’te kat maliklerinin yalnızca merkezî sistemden ferdi sisteme ya da ferdi sistemden merkezî sisteme dönüşüm için karar alabilmeleri mümkün kılınmıştır. Eğer bir binada merkezî ısıtma

<sup>23</sup> Aksi yönde bkz. ŞENGÜL, s. 77-78.

<sup>24</sup> Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği m.13/7’de de bu husus düzenlenmektedir.

sistemi kullanılıyorsa, kat malikleri oybirliği ile dahi olsa, ısı paylaşım sisteminin devre dışı bırakılmasına ve/veya paylaşımın başka türlü yapılmasına karar veremezler. Kanun merkezi ısıtma sistemlerinde gider paylaşımının nasıl olacağını emredici hükümlerle düzenleyerek, kat maliklerine bu konuda bir yetki vermemiştir.

Enerji Verimliliği Kanununun geçici 6'ncı maddesinde ise 7/c hükmünün, Enerji Verimliliği Kanununun yayımı tarihinden önce mevcut olan binalar ile inşaatı devam edip henüz yapı kullanma izni alınmamış olan binalar hakkında, yayım tarihinden itibaren 5 yıl süreyle uygulanmayacağı düzenlenmektedir<sup>25</sup>. Buna göre Enerji Verimliliği Kanununun yayım tarihinden<sup>26</sup> itibaren mevcut olan binalar ile inşaatı devam edip henüz yapı kullanma izni alınmamış olan binalar için 5 yıllık süre tanınmış, bu süreçte ısı paylaşım sisteminin kurulmasının sağlanması hedeflenmiştir. Yine Merkezi Isıtma Yönetmeliği geçici madde 1 hükmü ile de benzer bir düzenleme getirilmiş<sup>27</sup> ve Enerji Verimliliği Kanunu-

<sup>25</sup> Bir Yargıtay kararında ısı pay ölçerin (ısı paylaşım sisteminin) aktif hale getirilmesini isteyen davacı, "... ısıtmanın merkezi sistem olarak ve ısı pay ölçer sistemli olarak yapılarak tamamlandığını, bağımsız bölümlerde bulunan kalorifer peteklerine termostatik vana takılması halinde sistemin uygulanabilir hale gelebileceğini, 25/05/2014 tarihinde yapılan kat malikleri toplantısında gündemin 5 ve 6 maddelerinde apartman ısıtma sisteminde var olan ısı pay ölçerin aktif hale getirilmesi isteminin red edilmesine ilişkin kararın iptali ile yönetmelik hükümlerinin yerine getirilmesi konusunda karar verilmesini..." talep ve dava etmiştir. Ancak Yargıtay "... Merkezi ısınma sistemli ana yapılar ve sistemlerde merkezi veya lokal ısı veya sıcaklık kontrol cihazları ile bu cihazlara bağlı olarak giderin paylaşılmasının yapılması hususu faydalı giderlerden olup, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 42/1. maddesinde; kat malikleri anagayrimenkulün ortak yerlerinde kendi başlarına bir değişiklik yapamayacakları, ortak yerlerin düzgün veya bunları kullanmanın daha rahat ve kolay bir hale konulmasına veya bu yerlerden elde edilecek ortak faydanın çoğaltılmasına yarayacak bütün ye ... ik ve ilaveler kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğuyla verecekleri karar ile..." yapılabileceğini öngörmüş ve "... 5627 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinin 2. fıkrasında 7. maddenin 1. fıkrasının d bendi hükmünün 10 yıl süre ile uygulanmayacağı..." belirtilerek, "... 02.05.2017 tarihine kadar 7. maddenin 1. fıkrasının d bendi uygulanmayacağından açılan davanın reddine karar verilmesi..." gerektiğine hükmetmiştir (Yargıtay, 20. HD., T. 21.11.2017, E. 2017/3676, K. 2017/9765; Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 8.8.2020). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 18. HD., T. 27.6.2016, E. 2015/12361, K. 2016/10113, Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 13.08.2020; Yargıtay, 20. HD., T. 03.10.2017, E. 2017/4346, K. 2017/7202, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=272154>, E.T.: 19.09.2020; Yargıtay, 20. HD., T. 21.11.2017, E. 2017/3676, K. 2017/9765, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=457131>, E.T.: 19.9.2020). Ancak kanaatimce bu karar doğru değildir. Burada EVK. m.7/c hükmünün uygulanması bakımından geçici 6'ncı maddenin ilk fıkrası göz önünde bulundurulmalı ve süre 5 yıl olarak hesaplanmalıydı. Söz konusu uyuşmazlıkta uygulanan EVK. m.7/d hükmü enerji kimlik belgesiyle alakalıdır. Halbuki burada davacı kat maliki merkezî ısıtma sistemine sahip binada, merkezî veya lokal ısı veya sıcaklık kontrol cihazları ile ısınma maliyetlerinin ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımını sağlayan sistemin kurulmasını istemektedir. Bunun ise EVK. m.7/c hükmünün uygulanmasını gerektirdiği açıktır ve söz konusu hüküm emredici niteliktedir.

<sup>26</sup> 2.5.2007 tarihinden itibaren.

<sup>27</sup> "Mevcut binalarda alınacak tedbirlerin yapım süresi

**GEÇİCİ MADDE 1 - (1)** Bu Yönetmelik hükümlerinin merkezî ısıtma veya sıhhi sıcak su sistemine sahip mevcut binalar, inşaatı devam edip henüz yapı kullanım izni almamış binalar ve proje değişikliği gerektiren esaslı onarımlar ile mekanik tesisat değişikliği gerektiren binalar için uygulanabilir olan maddeleri uyarınca yapılması gereken iş ve işlemler, bina sahibi veya yöneticisi,

na dayanılarak 5 yıllık süre tanınmıştır. Her iki düzenleme göz önünde bulundurulduğunda 2.5.2012 tarihinde mevcut olan binalar ile inşaatı devam edip henüz yapı kullanma izni alınmamış olan binalar için öngörülen süre dolmuştur<sup>28</sup>.

## 2. Merkezi Isıtma ve/veya Sıcak Su Sistemine Sahip Olma Bakımından Isı Paylaşım Sisteminin Uygulanması

Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin bir kısım maddelerinde “*merkezi ısıtma veya sıcak su*”, bir kısım maddelerinde ise “*merkezi ısıtma ve sıcak su*” ifadeleri kullanılmıştır. Bu nedenle ısı paylaşım sistemi zorunluluğunun hangi yapılar bakımından söz konusu olacağı tereddüde mahal vermektedir. Zira bir kısım yapılarda sadece sıcak su sistemi ya da sadece ısıtma sistemi merkezi iken, bazılarında hem ısıtma sistemi hem de sıcak su sistemi merkezidir. Buradaki tereddüdü gidermek için Enerji Verimliliği Kanununun genel gerekçesinden ve Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin yürürlük amacından hareket edilmelidir. Böylelikle “*merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip yapılar*” şeklinde anlaşılabilir tereddüt giderilebilir.

Ferdi ısıtma ve sıcak su sistemine sahip yapılar açısından ısı paylaşım sisteminden söz edilemeyeceğine göre, Enerji Verimliliği Kanunu ile Merkezi Isıtma Yönetmeliği kapsamında ısı paylaşım sisteminin uygulanacağı yapılar merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip yapılardır. Merkezi sıcak su sisteminin bulunduğu yapılar bakımından da, merkezi ısıtma sistemine sahip yapılarda olduğu gibi ısı paylaşım sistemi zorunlu kılınmıştır.

Bir binada hem sıcak su sistemi, hem de ısıtma sistemi merkezi ise ısıtma ve sıcak su tüketimi paylaşım sisteminin kurulması ve bunun sağlanması için daha önce belirtilmiş olan tüm ekipmanlar takılmalıdır<sup>29</sup>. Buna karşın, ısıtma sistemi ferdi, ancak sıcak su sistemi merkezi ise ısı paylaşım sisteminin kurulması yalnızca sıcak su bakımından mecburidir. Merkezi sıcak su sistemine sahip olmayan, ancak, merkezi ısıtmanın söz konusu olduğu binalarda ise bu sistemin ekipmanlarından olan ısı pay ölçerin takılması ya da ısı sayacı yanında peteklere termostatik radyatör vanasının takılması ve ısı paylaşım sisteminin kurulması mecburidir<sup>30</sup>.

*bina yönetim kurulu, enerji yöneticisi ile işletmecisi tarafından, 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanununun 7'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve geçici 6'ncı maddesi gereğince 2/5/2007 tarihi itibarı ile beş yıl içinde yerine getirilir*.

<sup>28</sup> Belirtmek gerekir ki EVK'nın geçici m.6'nın gerekçesinde “*Kanunun yayımı tarihinden önce mevcut olan ve inşaatı devam edip henüz yapı kullanım izni alınmamış olan ... merkezi ısıtma sistemine sahip binalara, merkezi veya lokal ısı/sıcaklık kontrol cihazlarının ve ısınma maliyetlerinin ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımını sağlayan sistemlerin kullanımı konusundaki hükmün uygulanmayacağı*” ifadesi yer almaktadır. Burada kanun koyucunun amacı ile kanun gerekçesinin ifadesinin çelişki yarattığı söylenebilir.

<sup>29</sup> Bkz. başlık §3, I.

<sup>30</sup> ŞENGÜL, s. 61.



### 3. Kullanılan Yakıt Tipi Bakımından Isı Paylaşım Sisteminin Uygulanması

Enerji Verimliliği Kanununda da, Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde de ısı paylaşım sisteminde yakıt tipine ilişkin bir düzenleme öngörmemektedir. Nitekim Enerji Verimliliği Kanununun 7'nci maddesinin gerekçesinde de “... sıvı veya gaz yakıtlı merkezî ısıtma sistemine sahip binaların tesisat projelerinde merkezî veya lokal ısı/sıcaklık kontrol cihazlarına ve ısınma maliyetlerinin ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımını sağlayan sistemlere yer verilmesi zorunlu kılınmaktadır” ifadesi yer almaktadır. Bu hükümlerle hangi yakıt tipinin kullanıldığı önemi olmaksızın, merkezî ısıtma sistemini kullanan binalarda ısı paylaşım sistemi kurma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak, merkezî ısıtma sistemleri farklı yakıt türleri ile kullanılabilirle beraber, ülkemiz genelinde doğalgaz yaygın bir hale gelmiştir. Bir mahalli çevre kurulu kararı, doğalgaz altyapı çalışmalarının tamamlandığı ilde merkezî ısıtma olan toplu yapılarda hava kirliliğinin azaltılması amacıyla doğalgaza geçişi zorunlu kılmış; Danıştay 23.1.2009 tarihli kararında söz konusu kararı hukuka aykırı bulmuştur<sup>31</sup>. Ancak Danıştay daha sonra içtihat değiştirmiş ve “... çevrenin korunması konusunda tedbir almakla yükümlü bulunan idarece bu amaçla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...” ifade edilmiştir<sup>32</sup>. Bu kararın ardından birçok ilde doğalgaz altyapısı tamamlanan yerlerde merkezî ısıtma ile ısınan yapılarda doğalgaza geçiş zorunlu kılınmıştır.

Merkezî ısıtma bulunan ve ısı paylaşım sistemi kurulmuş olan binalarda doğalgaz kullanımına geçilmesi bakımından bir takım zorluklarla karşı karşıya kalınabilir. Zira kat maliklerinin büyük bölümü kendilerine ait olan bağımsız bölümlerin bağlantı ve güvence bedelini gaz dağıtım şirketine ödese dahi, kat maliklerinin tamamı ödememişse gaz aboneliği sağlanamadığından, merkezî ısıtma sistemi aktif bir şekilde kullanılmaya başlamaz. Bir başka ifadeyle merkezî ısıtma sisteminde gaz kullanım sürecine geçilebilmesi için tüm bağımsız bölüm kat maliklerinin abone bağlantı bedellerinin ödemesi gerekmektedir<sup>33</sup>. Apartman yönetimi tarafından ödenmesi de pek tabii mümkündür, ancak yönetimin bu bedeli ilgili bağımsız bölümlerin kat maliklerinden temin etmesi gerekir. Kat maliklerinden bir tanesinin dahi buna ilişkin yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda, bağlantı bedelini ödeyen diğer kat maliklerinin de mağduriyeti ortaya çıkar.

<sup>31</sup> Bkz. Konya Valiliği Mahalli Çevre Kurulu'nun 6.11.2007 tarihli, 2007/11 sayılı kararı ve Danıştay, 6. D., T. 23.1.2009, E. 2008/875, K. 2009/ 617 (<https://www.kararara.com/danistay/6d/danistay/5508.htm>, E.T.: 11.2.2020).

<sup>32</sup> Danıştay, 14. D., T. 27.02.2013, E. 2011/13784, K. 2013/1306 (Danıştay Dergisi, Y. 2014, S. 135, s. 264-267).

<sup>33</sup> <https://www.enerya.com.tr/aboneol/sikca-sorulan-sorular>, (E.T.: 9.2.2020).



Maliklerden birine ya da bir kaçına ulaşılamaması ya da ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kat malikinin varlığı durumunda nasıl bir tedbirin uygulanacağı bir sorun teşkil eder. Zira bu durumda bir an önce doğalgaz aboneliğinin sağlanmasını isteyen diğer kat malikleri, zor durumda kalmamak için, yükümlülüğünü yerine getirmeyen kat maliklerinin bağlantı bedelini ödemeye dahi razı olabilmektedir. Ancak bu durumda da gaz dağıtım şirketlerinin uyguladıkları politika gereği sorun ortaya çıkmaktadır. Nitekim gaz dağıtım şirketleri, kat maliki ya da onun kanunî temsilcisi dışındakilerin bağlantı bedelini ödeyerek abonelik tesis etmesine olumlu bakmamakta ve bu bağlantının ancak kat malikleri kurulunda karar alınmak suretiyle site ya da apartman yönetimi tarafından toplu olarak ödemenin yapılarak sağlanmasını kabul etmektedirler. Tabii burada apartman ya da site yönetiminin ödeme yapabilmesi için mali gücünün buna elvermesi gerekir. Öte yandan ilgili kat malikinden söz konusu ödemenin tahsil edilebilmesi de çözüm bekleyen hukukî problemlerdendir.

#### 4. Bağımsız Bölüm Sayısı ya da Kullanım Alanı Bakımından Isı Paylaşım Sisteminin Uygulanması

EVK. m.7/c’de “*Merkezi ısıtma sistemine sahip binalarda ...*” ifadesi kullanılmakla yetinilmiş, bağımsız bölüm sayısı bakımından zorunluluğa ilişkin herhangi bir kritere yer verilmemiştir. Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 1’inci maddesinde yönetmeliğin amacı ve kapsamı belirtilirken “... *birden fazla bağımsız bölüme sahip merkezî veya bölgesel ısıtma sistemli ve sıhhi sıcak su sistemli binalarda ısıtma ve sıhhi sıcak su giderlerinin, bağımsız bölüm kullanıcılarına paylaştırılmasına ilişkin usûl ve esasları belirlemek*” ifadesi kullanılmıştır. O halde merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip olan, en az iki bağımsız bölümden oluşan yapılarda ısı paylaşım sistemine geçilmesinin zorunlu olduğu sonucu çıkarılabilir. Bağımsız bölümler dikey bir şekilde inşa edilebileceği gibi, yan yana inşa edilmeleri de mümkündür. Hatta merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sisteminin bulunduğu, birbiri ile teması olmayan ve yaygın bir alanda inşa edilmiş olan villa ya da müstakil bina gibi münferit bağımsız bölüme sahip yapılar da bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>34</sup>. Yine ne Enerji Verimliliği Kanununda, ne de Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sisteminin bulunduğu yapılarda kat mülkiyetine geçişin aranıp aranmayacağı ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kat mülkiyetine geçilip geçilmediğinin önemi bulunmaksızın merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip birden fazla bağımsız bölüm söz konusuysa ısı paylaşım sisteminin gerekli kıldığı tüm ekipmanların takılması ve ısı tüketim bedelinin bu sisteme göre paylaşılması gerekmektedir.

<sup>34</sup> ŞENGÜL, s. 64.

Kullanım alanına ilişkin olarak hem Enerji Verimliliği Kanununda, hem de Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde hükümler yer almaktadır. Nitekim Enerji Verimliliği Kanununun 7'nci maddesinin (ç) bendinde, “*Toplam inşaat alanı yönetmelikte belirlenen mesken amaçlı kullanılan binalarda, ... ısıtma, soğutma, ısı yalıtımı, sıcak su, ... konularındaki normları standartları, asgarî performans kriterlerini, bilgi toplama ve kontrol prosedürlerini kapsayan binalarda enerji performansına ilişkin usûl ve esaslar, Türk Standartları Enstitüsü ve Genel Müdürlük ile müştereken hazırlanarak Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelik hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde ilgili idare tarafından yapı kullanma izni verilmez*” ifadeleriyle kullanım alanına ilişkin düzenleme öngörülmüştür. Burada bahsedilen Yönetmelik olan Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği m.13/3'te ise “*Yeni binalarda; yapı ruhsatına esas olan toplam kullanım alanının 2.000 m<sup>2</sup> ve üstünde olması halinde merkezi ısıtma sistemi yapılır. Bu binalar, bağımsız bölümlerin ısı sayacı kullanılmasına olanak verecek şekilde, tek kolon hattına sahip ısıtma sistemli ve ısı sayaçlarının bağımsız bölümün dışında olacak şekilde projelendirilir*” denilerek, emredici bir ifadeyle bu hususta hüküm tesis edilmiştir.

Burada Enerji Verimliliği Kanununun yollamasıyla Yönetmelik kullanım alanına ilişkin bir zorunluluk öngörmektedir. Söz konusu hükümle yapı ruhsatına esas tutulmuş toplam kullanım alanı 2000 m<sup>2</sup> ve üzeri olan binalara tek kolonlu ısıtma sistemi hattı kurulması zorunlu kılınmıştır ve bu binalarda ısı paylaşımında ısı sayaçları (kalorimetreler) tercih edilmektedir. Toplam kullanım alanı bakımından 2000 m<sup>2</sup>'nin altında olan yeni yapılarda ise merkezî ısıtma sistemi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunlar ferdi ısıtma sistemine göre projelendirilebilirler. Ancak merkezi ısıtma sistemli olarak projelendirilmişse, ısı paylaşım sisteminin kurulumu da zorunlu kılınmıştır. Mevcut binalar bakımından da kullanım alanına ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiş, yalnızca bunların birden fazla bağımsız bölüme sahip olan merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip binalar olması ısı paylaşım sisteminin kurulması yükümlülüğü için yeterli sayılmıştır.

Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği m.20/2 hükmü “*Merkezi ısıtma, iklimlendirme ve/veya soğutma sistemine sahip binalar, her odanın sıcaklığını ayrı ayrı düzenleyecek otomatik cihazlarla donatılır*” şeklindedir. Ayrıca bu düzenlemeye göre kullanım alanına dahil her odanın sıcaklığının ayrı ayrı düzenlenmesi mümkün olmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, merkezi ısıtma sistemine sahip binalarda ısıtılan mahallerin iç ortam sıcaklığının 15°C'nin altına düşmemesi gerekmektedir (Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği, m.14/9).

#### D. Merkezi Isıtma Sistemine Sahip Mevcut Yapılar Bakımından Isı Paylaşım Sisteminin Kurulumu ve Kurulum Sonrasında Kat Maliklerinin Yükümlülükleri

Kat mülkiyetine geçilip geçilmediğine, bağımsız bölüm sayısına, kullanım alanına ve kullanılan yakıt türüne bakılmaksızın merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemi kullanılan yapılarda ısı paylaşım sistemine geçilmesi gerekmektedir. Mevcut merkezi sisteme sahip yapılar için öngörülmuş olan 5 yıllık süre (MIY. geçici m.6) 02.05.2012 tarihinde dolmuştur. Nitekim Enerji Verimliliği Kanunu hükümleri ile Kat Mülkiyeti Kanununun 42'nci maddesi çerçevesinde çıkarılan Merkezi Isıtma Yönetmeliği hükümleri bir arada değerlendirildiğinde merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip tüm yapılarda ısı paylaşım sistemine geçilmesi artık zorunludur. Bu durum, anılan kanunî düzenlemelerden açıkça anlaşılmaktadır. Hatta bu nedenle kat malikleri kurulunun ısı paylaşım sistemine geçilmeyeceğine ilişkin karar alması yasal düzenlemeye aykırı olur ve geçerli değildir<sup>35</sup>. Ancak Yargıtay mevcut binalar bakımından ısı paylaşım sistemine geçilmesini “ *faydalı gider*” olarak nitelendirmiştir<sup>36</sup>. Kanımızca Yargıtay bu nitelendirmeyi, Kat Mülkiyeti Kanununun 42'nci madde başlığı olan “I- Faydalı Olanlar” başlığı nedeniyle yapmıştır. Madde başlıklarının madde metninden sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır<sup>37</sup>. Halbuki TBMM'nin 26.1.1944 tarihli ve 1367 sayılı Meclis Yorumunda ve 1982 Anayasası'nın 176'ncı maddesi göz önünde bulundurulmalı ve madde başlığı madde metninden sayılmamalıdır. Isı paylaşım sistemine geçiş bakımından kanun koyucunun amacı ve getirilen düzenlemelerin lafzı dikkate alındığında, zorunluluk açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Bu nedenle tek bir kat malikinin bu geçişi talep etmesi halinde dahi, merkezi ısıtma sistemine sahip yapıda ısı paylaşım sistemi kurulmalıdır. Talep olmasa dahi söz konusu sisteme geçilmesi kat malikleri kurulu ve yönetici bakımından bir kanunî yükümlülüktür.

Isı paylaşım sisteminin tesisatının kurulmasına ilişkin işlemlere girişi halinde, bunun için ortaya çıkan giderler kat malikleri tarafından karşılanmalıdır. Bu giderlerin karşılanması da kat malikleri bakımından yüküm-

<sup>35</sup> ŞENGÜL, s. 69; İLGEZDİ, ısı paylaşım sistemine geçilmeyeceğine ilişkin olarak apartman yönetim kurulunca alınan kararın “yok” hükmünde olduğunu ifade etmiştir (bkz. İLGEZDİ, Ali Rıza: *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 352).

<sup>36</sup> Bkz. Yargıtay, 20. HD., T. 12.02.2019, E. 2017/7748, K. 2019/905 “... Merkezi ısıtma sistemli ana yapılarda ve sistemlerde merkezi veya lokal ısı veya sıcaklık kontrol cihazları ile bu cihazlara bağlı olarak giderin paylaşılmasının yapılması hususu faydalı giderlerdendir...” ifadesiyle, mevcut yapılar bakımından ısı paylaşım sistemine geçilmesinin zorunlu olmadığını kabul etmiş, bu sistemin kurulabilmesi için sayı ve arsa payı çoğunluğunun aranması gerektiğini vurgulamıştır (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 16.9.2020; KURAK, Necat: *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyetinden Kaynaklanan Davalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 831-832). Yargıtay ile aynı yönde görüş için bkz. İLGEZDİ, s. 354.

<sup>37</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. BAYRAM, Erdin: “Kanun Sistematiğinde “Madde””, *Yasama Dergisi*, Ocak-Şubat-Mart-Nisan 2008, Sayı 8, s. 104-105.

lülüktür. Ancak kat malikinin yanında kiracı, oturma (sükna) ya da intifa hakkı sahibi gibi devamlı şekilde faydalananlar da bu giderden müştereken ve müteselsilen sorumludur. Kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira bedeliyle sınırlıdır ve yaptığı ödeme kira borcundan düşülmelidir (KMK. m.22).

Öte yandan merkezi ısıtma sistemi bulunan bir binada ısı paylaşım sistemi kurulmasına ilişkin işlemlere başlandığında bağımsız bölüm kullanıcıları sistemin kendi bağımsız bölümlerine kurulmasına izin verme yükümlülüğü altındadır. Bir başka ifadeyle bağımsız bölüm kullanıcısı, bağımsız bölüme girilmesine izin vermek zorundadır. Nitekim Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 5'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre "... *Bağımsız bölüm kullanıcıları bu maksatla yapılacak iş ve işlemlere izin vermek mecburiyetindedir...*". Benzer şekilde KMK. m.23/I hükmü "*Kat maliklerinden birinin bağımsız bölümünde veya bu bölümdaki tesislerde meydana gelen bir hasar veya bozukluğun onarımı veya giderilmesi veya tesislerin yeniden yapılması ile yapı güvenliğiyle ilgili olarak yapılması gerekli görülen teknik incelemeler için diğer bir bağımsız bölüme girmek gerekiyorsa, o bölümün maliki veya o bölümde başka sıfatla oturanlar, giriş müsaadesi vermeye ve bölümde gerekli işlerin yapılmasına katlanmaya mecburdurlar*" şeklindedir. Bağımsız bölüm kullanıcısının anılan hükümler gereği böyle bir yükümlülük altında olmasına rağmen, bu yükümlülüğe aykırı davranışın hangi yaptırım ile karşı karşıya kalacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak KMK. m.23'e aykırı davranan bağımsız bölüm kullanıcısına karşı dava açılarak 33'üncü madde çerçevesinde hakimın müdahalesi istenebilir. Bu davada giriş müsaadesi vermeyen kullanıcının, yükümlülüğe aykırı davranış nedeniyle artan zarar ile yargılama masraflarını karşılamasına hükmedilebilir. Bağımsız bölüm kullanıcısı buna rağmen giriş izni vermezse, KMK. m.33/III hükmü uyarınca idari para cezası verilebilir<sup>38</sup>.

Isı paylaşım sisteminde önem arz eden bir husus da ısı sayacının bağımsız bölümün dışında olması ya da en azından uzaktan okunabilecek bir teknolojiye sahip olması gerekliliğidir. Zira böylece bağımsız bölüm içine tekrar tekrar ölçüm ve okuma için giriş müsaadesi istenmesi gerekliliği olmayacaktır. Her ne kadar bu husus yeni binalar için düzenlenmiş olsa da (Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği m.13/III), merkezi sisteme sahip olup ısı paylaşım sistemine sonradan geçen mevcut binalar bakımından da bu şekilde yükümlülük yasal düzenleme ile getirilmelidir.

<sup>38</sup> Yargıtay, 18. HD., T. 26.06.2008, 6857/7709 (Bkz. PULAK, Murat: *Açıklamalı - İçtihatlı - Örneklili - Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 375-376).

Değiniilmesi gereken bir konu da merkezi ısıtma sistemine sahip bir yapı ilk defa kullanılmaya başlandığında, ısıtma sisteminin ne zaman çalıştırılacağı ile ilgilidir. Site ya da apartmanlarda, merkezi ısıtma sisteminin ilk olarak ne zaman çalıştırılmaya başlanacağı konusunda Kat Mülkiyeti Kanunu ya da başka herhangi bir düzenlemede hüküm bulunmamaktadır. Bir olayda Toplu Konut İdaresi, kat malikleri henüz ikamet etmeye başlamadan, yalnızca kapıcı daire-sinde mukim bulunanın varlığını yeterli saymış ve merkezi ısıtma sistemini çalıştırmıştır. Bunun sonucunda bir kat maliki doğalgaz bedeline itiraz etmiş ve bunun için “Kamu Denetçiliği Kurumu”na başvurmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumu ise vermiş olduğu tavsiye kararda kat malikini haklı bulmuş ve “... Merkezi sistem ısı ölçüm ekipmanlarının ilgili yönetmelik ve kanun hükümleri dikkate alınarak zamanında kurulması ve kat maliklerinin (veya kapıcı, kiracıların) ikamet etmedikleri bloklarda merkezi ısıtma sisteminin çalıştırılmasında gerekli dikkat ve özeni göstermeleri hususlarında, İdarelerince belirlenen yönetim kurullarına ve ilgili site sorumlularına sözlü ve yazılı olarak uyarı yapılması ...” şeklinde karar vermiştir<sup>39</sup>. Her ne kadar böyle bir uyumsuzlukta temel hukuk prensiplerinden olan dürüst davranma yükümlülüğü ve hakkın kötüye kullanılmaması (TMK. m.2) ile çözüme ulaşmak mümkün olsa da; şikayete konu olan örnek somut olayda olduğu gibi keyfi uygulamalarla karşılaşmamak için merkezi ısıtma sisteminin ilk olarak ne zaman çalıştırılmaya başlanacağına ilişkin bir hükmün tesis edilmesi doğru olur. Bu konuda Yönetmeliğe bir hüküm eklenebilir ve mevcut bağımsız bölümlerin belirli bir oranından fazlasında ikamet gerçekleşmişse, merkezi sistemin çalıştırılmasına başlanabilir. Açtırılan su sayaçları ya da elektrik aboneliklerine ilişkin belgeler ile kat maliklerinin ne kadarının mukim olduğunun ispatı sağlanabilir.

Kat maliklerinin veya bağımsız bölüm kullanıcılarının (kullanım, sınırlı aynî hakka dayanabileceği gibi kişisel bir hakka da dayanabilir) ısı paylaşım sisteminin kurulmasından sonra en temel sorumluluğu hesaplanan giderlerin ödenmesidir. Bu giderlerden dolayı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri çerçevesinde sorumluluk söz konusudur.

Merkezi ısıtma sistemlerinde mevsim geçişleri (ilk bahardan yaza geçiş-sonbahardan kışa geçiş) sırasında, ısıtma sisteminin ne zaman devreye sokulup ne zaman devre dışı kalacağı sorunuyla karşılaşılabilir. Binanın farklı cephesinde bulunma, bağımsız bölümün ara katta ya da giriş veya son katta bulunması, bağımsız bölümde oturanın aile olması ya da yalnız yaşaması, çocuklu ailelerin

<sup>39</sup> Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu, Karar Tarihi 18.3.2014, Şikayet No: 01.2013/289 (Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) Sosyal Haklar ve Alanlar, Kamu Denetçiliği Kurumu Kararları, Ankara 2016, s. 30-44).

bulunması, binanın belirli kısımlarında pencerelerin değiştirilerek daha iyi bir yalıtım sağlanmış olması gibi durumlar merkezi sistemin devreye girmesi ya da devre dışı kalması noktasındaki talepleri etkilemektedir<sup>40</sup>. Öte yandan bu konunun tamamen site ya da apartman yönetiminin inisiyatifine bırakılması da Enerji Verimliliği Kanununun amacına aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Zira henüz ihtiyaç olmadan merkezi ısıtma sisteminin devreye alınması, gereksiz enerji sarfiyatına neden olur. İhtiyaç olduğunda yakılmaması ise bir kısım kat maliklerinin mağduriyetine neden olabilir. Bu konu genellikle mahalli çevre kurulu kararları ile çözülmeye çalışılmaktadır<sup>41</sup>. Zira “Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği”<sup>42</sup> 31’inci maddesi, il mahalli çevre kurullarını ısınma amaçlı katı, sıvı ve gaz yakıtlı yakma tesislerini belirli zamanlarda çalıştırmaya ilişkin karar almaya yetkili kılmıştır. Ancak bu çözüm metodu yerine tüm ülkede yeknesak bir uygulamanın ortaya çıkması için bu konu ayrıca ve açıkça Yönetmelik hükmü olarak düzenlenebilir ve yönetici/yönetim kurulu bu konuda belirli veriler çerçevesinde yükümlülük yüklenebilir. Bu düzenlemenin meteoroloji verileri çerçevesinde hava sıcaklığının belli bir eşik değerinin altına düşmesi veya belirli sıcaklığın üstüne çıkması öngörülmesi halinde merkezi sistemin çalıştırılması ya da çalıştırılmamasına ilişkin olması en objektif, en doğru çözüm olur.

#### IV. MERKEZİ ISITMA SİSTEMİNE SAHİP MEVCUT YAPILARDA ISI PAYLAŞIM SİSTEMİNE GEÇİLMESİNİN KAT MÜLKİYETİ HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

Kanun koyucu merkezi ısıtma sistemi bulunan yapılarda ısı paylaşım sistemini zorunlu kılmıştır. Kat maliklerinin bu zorunluluğu oybirliği ile karar alarak dahi bertaraf etmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, eğer bir bina- dan merkezi ısıtma sistemi kullanılmaktaysa, ısı paylaşım sisteminin de bulun- ması mecburidir, bağımsız bölüm kullanıcılarının başka türlü paylaşım yapılma- sını öngörmeleri mümkün değildir. Bu zorunluluktan kurtulmanın tek yolu mer- kezi ısıtma sisteminden ferdi ısıtma sistemine geçmektir<sup>43</sup> (KMK. m.42/IV). Merkezi ısıtma sistemine sahip olan yapılarda ferdi sisteme geçiş talebinin te- melinde burada bahsi geçen yasal düzenlemeler yapılmaya kadar yalnızca tü- kettiği enerji miktarı kadar ödeme yapma arzusu yatmaktaydı. Ancak söz konu- su düzenlemelerin yapılmasıyla ortaya çıkan belirsizlik ve karmaşa da kat ma-

<sup>40</sup> Bkz. ÖZSOY, s. 10-17.

<sup>41</sup> Örneğin bkz. 7.5.2019 tarih ve 234 numaralı Konya İli Mahalli Çevre Kurulu Kararı, 14.1.2020 tarih ve 2020/18 numaralı Manisa İli Mahalli Çevre Kurulu Kararı.

<sup>42</sup> R.G. Tarih 13.1.2005, Sayı 25699.

<sup>43</sup> Bkz. İLGEZDİ, s. 217, 322.

liklerini rahatsız etmektedir<sup>44</sup>. Bunun yanı sıra ısı paylaşım sistemi ekipmanlarının montajı ve ısı tüketiminin belirlenmesi için alınan ölçüm bedeli de kat maliklerini olumsuz yönde etkilemekte ve ferdi ısıtma sistemine geçiş için haklı gerekçe olarak sunulabilmektedir.

Isı paylaşım sistemine ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce merkezi ısıtma sistemine sahip binalarda, Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin öngördüğü şekilde ısı paylaşım sistemine geçilmesi halinde, kâin yönetim planının bu durumla çelişki içerisine düşeceği pek açıktır. Nitekim mevcut yönetim planı ısınma giderlerinin paylaşımında arsa payını, petek sayısını, eşitliği ya da bağımsız bölümün kullanım alanını göz önünde bulundurarak bir paylaşım yapılmasını öngördüğü halde, Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 8'inci maddesi bundan çok farklı bir paylaşım metodu getirmektedir. Isı paylaşım sisteminin ekipmanı döşenmişse, yönetim planında da değişiklik yapmak gerekir. Bu husus Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 14'üncü maddesinde "*Merkezi ısıtma veya sıhhi sıcak su sistemine sahip binaların yönetim planının ve bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketlerinin bağımsız bölüm kullanıcıları ile yaptıkları sözleşmelerin, bu Yönetmeliğe aykırı olan hükümleri üç ay içinde bu Yönetmeliğe uygun hale getirilir*" şeklinde ifade edilmektedir. Ancak bu hüküm pek çok bakımdan eleştirilebilir. İlk olarak üç aylık sürenin başlangıç tarihi net değildir. Herhalde burada başlangıç tarihi olarak Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin Resmi Gazetede yayınlandığı tarih (14.04.2008) esas alınmalı ve süre bu tarihten sonra hesaplanmalıdır. Bir diğer husus da yönetim planı değişikliğinin yapılma usulü göz önünde bulundurulunca (KMK. m.28/III) gerekli olan beşte dört çoğunluğun sağlanamaması durumunda ısı pay ölçer sisteme geçilmesinin mümkün olup olmayacağı sorudur. Bu sorunlar pek çok uyuşmazlığı beraberinde getirecek mahiyettedir. Bu nedenle KMK. m.42/V'e benzer bir hükmün getirilmesi halinde bu sorun ortadan kalkacaktır<sup>45</sup>. Burada ayrıca eleştirilmesi gereken bir husus da belirtilen süre içerisinde yönetim planı Merkezî Isıtma Yönetmeliğine uygun hale getirilmezse bunun yaptırımının ne olacağına ilişkin bir ifadenin bulunmayışıdır. Zira Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin 14'üncü maddesinin lafzından hükmün emredici olduğu anlaşılmaktadır.

Merkezi ısıtmayı ve ısı paylaşım sistemini öngören kanun koyucu, paylaşımın adaletli olması amacıyla hareket etmiştir. Ancak bu sistem arzu edildiği gibi adil olmadığı yönünde pek çok eleştiri ile karşı karşıyadır. Her ne kadar bağımsız bölümün cephesi, büyüklüğü, balkon sayısı ve biçimi, pencerelerde kullanılan malzeme ve pencere boyutu, bulunduğu kat ve katlar arasında yalı-

<sup>44</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞENGÜL, s. 81-82.

<sup>45</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞENGÜL, s. 87-88.

tım, bitişik bağımsız bölümler arasında yalıtım gibi pek çok kriter ısı tüketimini etkilemekteyse de<sup>46</sup>, merkezi ısıtmaya ilişkin tesisatın kurulumu sırasında bu kriterler göz önünde bulundurulmakta ve ısı projesi buna göre hazırlanıp tamamlanmaktadır. Yine ülkemiz bakımından güney cephede bulunan bir bağımsız bölümün, kuzey cepheye göre daha az enerji ihtiyacı hissedeceği açıktır; nitekim taşınmaza değer biçilirken onun bulunduğu cephenin önem arz etmesinin temel nedenlerinden birisi de kuzey cepheli daireyi ısıtmanın güney cephe-deki daireye göre güç olmasıdır. Benzer şekilde ara katta bulunan bağımsız bölümler de giriş katta ya da son katta bulunan bağımsız bölümlere göre daha az enerjiyle daha fazla ısı elde edebilirler. Ancak bu durumun adil olmayan sonuçlar ortaya çıkardığına yönelik eleştiri yersizdir. Zira merkezi ısıtma sisteminin bir yapıya kurulması sırasında, bağımsız bölümün ihtiyaçları doğrultusunda çeşitli mühendislik hesaplamaları yapılmakta ve ısıtma tesisatı buna göre projelendirilerek monte edilmektedir. Örneğin kuzey cephede bulunan bağımsız bölüme daha fazla petek konulmakta, daha büyük olan bağımsız bölüme de bu büyüklüğüne göre ısıtma tesisatı projesi uygulanmaktadır. Söz konusu eleştiri yalnızca sonradan ısı paylaşım sistemine geçen mevcut yapılar bakımından doğru olabilir. Zira daha önceden merkezi ısıtma sistemi kullanan ve yasal yükümlülük gereği ısı paylaşım sistemine geçen binalarda katlar arasında yalıtımın olmaması da bir sorun olarak düşünülebilir. Ayrıca bu binaların yapıldığı dönemde henüz “Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği” yürürlükte olmadığı için ısı projelendirilmesine yeterince önem verilmeden, gerekli hesaplamalar yapılmadan, rastgele inşa edilmiş olabilir.

Diğer taraftan Merkezi Isıtma Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinde yer alan ve “... Toplam ısıtma giderlerinin % 30'u ortak kullanım mahalleri, sistem kayıpları, asgari ısınma ve işletme giderlerinden kaynaklı ısı giderleri olarak bağımsız bölümlerin kullanım alanlarına göre paylaşılır” ifadesinden anlaşılması gereken nedir? Bağımsız bölümün arsa payı şeklinde mi anlamak gerekir? Yoksa bağımsız bölümün m<sup>2</sup> cinsinden büyüklüğü mü anlaşılmalıdır? Anılan ifade m<sup>2</sup> cinsinden anlaşılmalıysa net mi, brüt mü göz önünde bulundurulmalıdır? Kanaatimce burada bağımsız bölümün net olarak m<sup>2</sup> cinsinden kullanım alanının göz önünde bulundurulması daha doğru olur. Ancak söz konusu ifadenin müphem oluşu, bu konuda pek çok uyuşmazlığın çıkmasına neden olabilir.

Isı tüketim bedelinin paylaşımından sonra bağımsız bölüm kullanıcılarından tahsil edilememesi de karşılaşılabilecek sorunlardan biridir. Bilhassa gaz yakıtla

<sup>46</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. TUNAY, Burçin: *Merkezi Isıtma Sisteminde Etkili Olan Parametrelerin Araştırılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çorum, 2014.



ısıtmanın sağlandığı binalarda gaz arzının gerçekleşebilmesi için faturanın düzenli ödenmesi önem arz eder. Doğalgaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği<sup>47</sup>'nin 44'üncü ve 46'ncı maddelerinde tüketim bedelinin ödenmemesi halinde hizmetin durdurulması ve sözleşmenin sonlandırılması düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hükümlerde merkezi ısıtma veya ferdi ısıtma ayırımı yapılmamış, "müşteri" ifadesi kullanılarak tüm doğalgaz abonelerini kapsar nitelikte bir düzenleme yapılmıştır. Merkezi ısıtma sisteminde bağımsız bölüm kullanıcılarından tüketim bedelini ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen olursa, bu bedelin diğer bağımsız bölümler ya da yönetim tarafından karşılanması, gecikme nedeniyle gecikme faizinin de ödenmek zorunda kalınması veya bedelin tahsil edilememesi durumunda doğalgaz arzının durdurulması ve hatta abonelik sözleşmesinin sonlandırılması gibi durumlar söz konusu olabilir. Bu yüzden bir bağımsız bölüm kullanıcılarından doğalgaz bedelinin<sup>48</sup> tahsil edilememesi halinde yalnız onun bağımsız bölümüne doğalgaz arzının durdurulması ve abonelik sözleşmesinin sonlandırılması yaptırımının uygulanmasının mümkün olup olmadığı ele alınmalı, bu belirsizlik bir çözüme kavuşturulmalıdır.

Merkezi ısıtma sistemi ile ısınan bir binada ısıtmanın sağlanması için kullanılacak yakıtın tüketim bedelinin kat malikleri ya da bağımsız bölümden yararlananlar tarafından karşılanması gerekliliği açıktır. Zira merkezi ısıtma sistemi ile sağlanan ısıtma aynı zamanda genel hizmet niteliğindedir ve bütün apartman ya da site sakinlerini ilgilendirmektedir. Söz konusu gider KMK. m.20/c bendi uyarınca "*ortak tesislerin işletme gideri*" kapsamındadır. Dolayısıyla aynı madde uyarınca kat maliklerinin genel giderlere katılma yükümlülüğü vardır. Öte yandan KMK'da "*... ortak yer veya tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten ...*" kaçınmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, hem her bağımsız bölüm kullanıcısının yaktığı kadar ödemesinin sağlanmasını, hem de merkezi sistemin yaygınlaşmasını hedefleyen yasal düzenlemelerin yapılmasıyla; uygulamada bu sistemin tam anlamıyla yerleşmesi ve verimli bir şekilde kullanılması sağlanamaz. Bilhassa öteden beri merkezi ısıtma sistemi kullanan kat maliklerinin tamamının ısı paylaşım sistemi

<sup>47</sup> R.G. Tarih 3.11.2002, Sayı 24925.

<sup>48</sup> Burada yalnızca merkezi ısıtma sistemine ilişkin gider ele alındığı için, bağımsız bölüm kullanıcısının ocakta kullanmak ve su ısıtmak amacıyla sadece kendisi için ayrı abonelik oluşturması durumu çalışmanın kapsamı dışındadır.

tesisatının takılmasına onay vermesi beklenemez. Bu noktada tereddütler yaşamaları olağandır. Uygulamada bu tesisatın takılmasını isteyen kat maliki, kat malikleri kurulunda bu konuyu gündeme getirmekte ve bunun kabul edilmemesine ilişkin karar alındığında uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye gitmektedir. Her ne kadar hukuken ısı paylaşım sistemine geçiş zorunlu kılınsa da, bu konuda kat malikleri kurulu kararlarına üstünlük tanındığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay da KMK. m.42/IV hükmüne atıf yapmakta ve kat malikleri kurulunun iradesi yerine geçerek karar vermeyi reddetmektedir<sup>49</sup>.

## V. MERKEZİ ISITMA SİSTEMİNE SAHİP MEVCUT YAPILARDA ISI PAYLAŞIM SİSTEMİNE GEÇİLMEMESİNE İLİŞKİN SORUMLULUK

Esasında burada ele alınması gereken ilk sorun EVK.'nın yürürlüğe girmesinden önce merkezî ısıtma sistemi kullanan yapılarda (mevcut yapılarda) ısı pay ölçer sistemine geçilmesine ilişkin iş ve işlemleri kimin yerine getireceği meselesidir. Zira sorumlu kişiyi belirlemeden önce iş ve işlemleri yerine getirecek kimsenin belirlenmesi gerekir. Merkezî Isıtma Yönetmeliği geçici madde 1'de bunun için yapılması gereken iş ve işlemlerin bina sahibi<sup>50</sup> veya yöneticisi, bina yönetim kurulu, enerji yöneticisi ile işletmecisi tarafından 2.5.2007 tarihinden itibaren beş yıl içinde yapılacağı ifade edilmiştir. Söz konusu hükümde merkezî ısıtma sistemi bulunan bir binada ısı paylaşım sistemine geçilebilmesi için kat malikleri kurulunun bu yönde usulüne uygun bir şekilde karar alması aranmamaktadır. Kat Mülkiyeti Kanununun 42'nci maddesinin dördüncü fıkrasında "... ısı yalıtımı, ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü ve ısıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesi..." işleri sınırlı sayım tekniği ile sayılmış ve bu işlerde kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu aranmıştır. Aynı fıkranın son cümlesinde ise ısınma giderlerinin paylaşılmasına ilişkin usul ve esaslar Merkezi Isıtma Yönetmeliğine bırakılmıştır. Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin amir hükmü ile yönetici ısı

<sup>49</sup> Yargıtay, 20. HD., T. 12.02.2019, E. 2017/7748, K. 2019/905 "... 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanununun mevcut binalar için zorunluluk getirmediği, yönetmeliğin ise sistem kurulmasına ilişkin değil, uygulamaya ilişkin olması karşısında; ısı pay ölçer sisteminin ve bu sistemden vazgeçilmesine ilişkin kararlar ancak Kat Mülkiyeti Kanununun 42. maddesine göre kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile alınabilecektir. Mahkemece ısı pay ölçer sisteminden vazgeçilmesine ilişkin kararın, Kat Mülkiyeti Kanununun 42. maddesine göre kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile alınıp alınmadığı araştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 7.9.2020). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 18. HD., T. 23.03.2015, E. 2014/15229, K. 2015/3972 (GERMEÇ, Mahir Ersin: *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1077-1078).

<sup>50</sup> "Bina sahibi" kavramı Merkezi Isıtma Yönetmeliği m.3/ç'de tanımlanmıştır. Buna göre bina sahibi, Binanın maliki, varsa intifa hakkı sahibi, ikisi de yoksa binaya malik gibi tasarruf edeni ifade eder. EVK.'da bina sahibi kavramını m.3/h'de benzer şekilde tanımlamaktadır. Ancak bu tanım haklı olarak eleştirilmektedir (Bkz. ŞENGÜL, s. 72-73).

paylaşım sisteminin kurulmasına ilişkin iş ve işlemleri yapma hususunda hem yetkili kılınmış, hem de ona sorumluluk yüklenmiştir. Buna rağmen Yargıtay'ın ısı paylaşım sisteminin tesisi için kat malikleri kurulunun kararını araması kanımızca doğru değildir<sup>51</sup>.

Kat mülkiyetine tabi olup olmamasının önemi olmaksızın merkezî ısıtma sistemine sahip olan bina tek kişi mülkiyetinde ise, ısı paylaşım sistemini kurmaya ilişkin iş ve işlemleri de yerine getirmesi gereken o'dur. Merkezî ısıtma sistemine sahip yapı kat mülkiyeti kurulmuş bir yapı ise bu durumda ısı paylaşım sistemi ile ilgili iş ve işlemler yönetici ya da bina yönetim kurulunca yürütülmelidir<sup>52</sup>. Ancak binada bağımsız bölüm sayısı yönetici atanmasını zorunlu kılmamaktaysa, bu durumda tüm kat maliklerinin ısı pay ölçer sistemini kurmaya ilişkin işi ve işlemleri yapabileceği, sorumluluğun da tüm kat maliklerinde olduğu esas kabul edilmelidir<sup>53</sup>. Merkezî ısıtma sisteminde ısı pay ölçer sistemine geçilmesine ilişkin iş ve işlemleri yerine getirebileceklerden bir tanesi olarak sayılan "enerji yöneticisi", Enerji Verimliliği Kanununda ve Merkezî Isıtma Yönetmeliğinde tanımlanmıştır (EVK. m.3/n, MIY. m.3/h). Bu düzenlemelerden hareketle enerji yöneticisi "Binalarda enerji yönetimi ile ilgili faaliyetleri yerine getirmekle sorumlu ve enerji yöneticisi sertifikasına sahip kişi" olarak tanımlanabilir.

Kanun koyucunun merkezî ısıtma sistemi ile ısınan binalarda 2.5.2012 tarihine kadar ısı paylaşım sistemi kullanılmasına ilişkin yükümlülük yüklemiş olması basın yayın organlarında pek çok habere konu olmuş, tüketici dernekleri bu konuya ilişkin eleştirel açıklamalarda bulunmuş ve ısı pay ölçer sistemine geçilmemesinin Kabahatler Kanununa göre cezai yaptırıma tabi olacağı belirtilmiştir. Oysa ne Kat Mülkiyeti Kanununda, ne Enerji Verimliliği Kanununda, ne de Merkezî Isıtma Yönetmeliğinde doğrudan sorumluluğa ilişkin bir hüküm vardır. Bir başka ifadeyle belirtilen düzenlemeler her ne kadar merkezî ısıtma sistemine sahip binalarda ısı pay ölçer sisteminin kurulmasına ilişkin yükümlülük yüklese de, buna aykırı davranış halinde ilgili kişi/kişilerin hangi yaptırımla

<sup>51</sup> Yargıtay, 18. HD., T. 28.3.2016, E. 2015/8286, K. 2016/5112 "... Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 42. maddesi çerçevesinde kat maliklerince sayı ve arsa payı çoğunluğunca alınmış ısı pay ölçer sistemi kurulması yönünde bir karar bulunmadığı bu nedenle davalının pasif dava ehliyetinin olmadığı, davacının davada bu yönde bir istemi bulunmadığı gözardı edilip kat maliklerinin iradesi yerine geçilerek tüm kat maliklerinin hukukunu ilgilendiren hususta davada taraf olmayan kat maliklerinin hukukunu etkileyen ısı pay ölçer sistemi kurulması kararı verilmesi doğru görülmemiştir..." Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 11.9.2020)..

<sup>52</sup> KMK. m.34/II uyarınca kat mülkiyetine tabi olan yapılaşmada bağımsız bölüm sayısı sekiz ya da daha fazla ise yönetici atanması zorunludur. Bu durumda tek bir yönetici seçilebileceği gibi, üç kişilik yönetim kurulu da oluşturulabilir (KMK. m.34/I).

<sup>53</sup> Aynı yönde bkz. ŞENGÜL, s. 73.

karşılaşacağı ifade edilmemektedir. Dolayısıyla esasında Kabahatler Kanunu hükümlerine göre bir cezai yaptırım uygulamak mümkün olmadığı gibi, diğer düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda ısı pay ölçer sistemine geçiş işlemlerini yapmayan bina sahibine, yönetici ya da yönetim kuruluna veya varsa enerji yöneticisine başka herhangi bir idari yaptırım uygulanması da mümkün değildir. Ancak burada mutlak surette belirtmek gerekir ki, kat maliklerinden birinin ısı pay ölçer sistemine geçmek istemesi, diğer kat maliklerinin buna ilişkin olarak borç altına girmesine neden olur<sup>54</sup>. Bu talebi yerine getirmekle yükümlü olanların (Merkezi Isıtma Yönetmeliği geçici madde 1) buna yanaşmaması halinde kat maliklerinden her birinin KMK. m.33'te belirtilmiş olan hakimin müdahalesini istemesi mümkündür. Bu durumda mahkeme tarafından belirlenen süre içerisinde ısı pay ölçer sisteminin tesis edilmemesi halinde yönetici ya da yönetim kurulu hakkında idari para cezası verilir (KMK. m.33/III).

## SONUÇ

Enerji verimliliğinin sağlanması, çevresel sorunların ve dışa bağımlılığın azaltılması gibi amaçlarla 5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu yayımlandığı tarih olan 2.5.2007'de yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile aslında enerji üretimi ya da iletimini gerçekleştiren işletme veya tesislere ilişkin hükümler öngörülmüştür. Ancak söz konusu Kanun ısıtma veya sıcak su sağlama amacıyla enerji kullanan binalara ilişkin hükümler de içermektedir. Nitekim Enerji Verimliliği Kanununun 7'nci maddesinin c bendinde merkezî ısıtma sistemine sahip binalarda, merkezî veya lokal ısı veya sıcaklık kontrol cihazları ile ısınma maliyetlerinin ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımını sağlayan sistemler kullanılacağı öngörülmüştür. Yine aynı Kanunun 16'ncı maddesiyle 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 42'nci maddesine iki fıkra eklenmiş; bununla toplam inşaat alanı ikibin metrekare ve üzeri olan binalarda merkezî ısıtma sisteminin ferdi ısıtma sistemine dönüştürülmesinin, kat maliklerinin sayı ve arsa payı olarak oybirliği ile verecekleri karar üzerine gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca yapılan bu değişiklikte merkezî ısıtma sistemlerinde ısıtma giderlerinin kat malikleri arasında paylaşılmasına ilişkin usul ve esasların Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür (KMK. m.42). Ardından da "Merkezi Isıtma ve Sıhhi Sıcak Su Sistemlerinde Isınma ve Sıhhi Sıcak Giderlerinin Paylaşılmasına İlişkin Yönetmelik" yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmeliğin 1'inci maddesi Yönetmeliğin amacının mevcut ve yeni yapılacak birden fazla bağımsız bölüme sahip merkezî veya bölgesel ısıtma sistemli ve sıhhi sıcak su sistemli

<sup>54</sup> Bu konu hakkında bkz. ŞENGÜL, s. 75; ÖRÜCÜ, s. 9.

binalarda, ısıtma ve sıhhi sıcak su giderlerinin, bağımsız bölüm kullanıcılarına paylaştırılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu Yönetmelik bu paylaşımın her bağımsız bölümde ayrı ısı sayacı kullanılarak yapılmasını öngörmüş, böylece merkezi ısıtma sistemi dahilinde aynı binada oturan bağımsız bölüm kullanıcılarının kendi tercihleri doğrultusunda ısınmalarının sağlanması hedeflenmiştir. Merkezi ısıtmalarda ısı paylaşım sisteminin kullanılması halinde ısı tasarrufunun sağlanacağı ifade edilmiştir.

Enerji Verimliliği Kanununun yürürlüğe girmesinden (2.5.2007) sonra inşa edilen merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip binalarda ısı paylaşım sisteminin tesisi zorunludur. Buna aykırı projelere onay verilmez. Kanunun yayımı tarihinden önce mevcut olan binalar ile inşaatı devam eden, ancak henüz yapı kullanma izni alınmayan binalar hakkında, Enerji Verimliliği Kanununun ısı paylaşım sistemini düzenleyen 7/c hükmünün 5 yıl süreyle uygulanmayacağı ifade edilmiştir (EVK. geçici m.6). Merkezi Isıtma Yönetmeliği geçici madde 1'e de benzer bir hüküm konularak, mevcut binalar için 5 yıllık süre tanınmıştır. Her iki düzenleme tarafından merkezi ısıtma sistemine sahip mevcut binalar ile inşaatı devam edip, henüz yapı kullanma izni almamış olan binalar için öngörülmüş olan süre, 2.5.2012 tarihinde dolmuştur. Dolayısıyla merkezi ısıtma sistemine sahip tüm binalar bakımından ısı paylaşım sistemine geçilmesinin yasal zorunluluk olduğu ifade edilmelidir. Bir binada merkezi ısıtmanın yanı sıra sıcak su sistemi de merkezi ise, sıcak su tüketimi bakımından da ısı paylaşım sistemine geçilmesi zorunludur. Ancak ısı paylaşım sisteminde kullanılacak yakıt tipi bakımından ne Enerji Verimliliği Kanununda, ne de Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde bir hüküm bulunmamaktadır. Yapının kullanım alanı bakımından ise ısı paylaşım sistemine ilişkin bir takım hükümler öngörülmüştür. Nitekim Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği, yeni binalarda yapı ruhsatına esas olan toplam kullanım alanının 2000 m<sup>2</sup> ve üstünde olması halinde merkezi ısıtma sisteminin yapılacağı ve buradaki bağımsız bölümlerin ısı sayacı kullanacak şekilde projelendirileceği belirtilmiştir.

Enerji Verimliliği Kanununu ve Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesinden sonra inşa edilen merkezi ısıtma ve/veya sıcak su sistemine sahip binalarda ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımını sağlayan sistemler kullanılması zorunludur. Bu şekilde inşa edilerek tamamlanmış bir binada bulunan kat malikleri, oybirliği ile ferdi ısıtma sistemine geçişi kararlaştırabilirlerse de, ısınma giderinin Merkezi Isıtma Yönetmeliğinin öngördüğünden farklı bir şekilde paylaşılmasını kararlaştıramazlar. Kanun koyucu bu hususta kat maliklerine yetki tanımamış, ısı kullanım miktarına bağlı olarak paylaşımın olacağı hususunda emredici hükümler öngörmüştür. Kanun ve Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce mevcut olan binalar bakımından ise ısı paylaşım sistemine

geçiş için 5 yıllık süre tanınmıştır. Ancak Yargıtay, merkezi sistem kullanan mevcut binalar açısından ısı paylaşım sistemine geçilmesinin zorunlu olmadığını kabul etmiş, bu sistemi “faydalı gider” olarak nitelendirmiş ve sistemin kurulabilmesini pay ve paydaş çoğunluğuna bağlı kılmıştır. Halbuki kanun koyucunun amacı ve yürürlükte düzenlemelerin ifadeleri dikkate alındığında, merkezi ısıtma sistemlerinde ısı paylaşım sistemi kurulmasının zorunluluk teşkil ettiği açıktır. Isı paylaşım sistemi tesisatının kurulması için ortaya çıkan giderler kat malikleri tarafından karşılanmalıdır.

Merkezi Isıtma Yönetmeliğinde öngörüldüğü şekilde ısı paylaşım sistemine geçilmesi halinde merkezi ısıtma sistemine sahip binadaki yönetim planı mevcut durumla çatışacaktır. Zira yönetim planı ısı giderlerinin paylaşımında arsa payı, petek sayısı, eşit paylaşım ya da bağımsız bölümün kullanım alanı gibi kriterlerden hareket etmekte iken, Merkezi Isıtma Yönetmeliği tamamen farklı bir paylaşım sistemini öngörmektedir (m.8). Bu nedenle Yönetmeliğin 14’üncü maddesiyle bu sorunun çözülmesi amaçlanmıştır. Bu hüküm “*merkezi ısıtma veya sıhhi sıcak su sistemine sahip binaların yönetim planının ve bölgesel ısı dağıtım ve satış şirketlerinin bağımsız bölüm kullanıcıları ile yaptıkları sözleşmelerin, bu Yönetmeliğe aykırı olan hükümleri üç ay içinde bu Yönetmeliğe uygun hale getirilir*” şeklindedir. Ancak bahse konu üç aylık sürenin başlangıcı yeterince açık değildir. Yönetim planının Yönetmeliğe uygun hale getirilmemesinin yaptırımına da değinilmemiştir. Ayrıca yönetim planı değişikliği yapmak için gerekli olan beşte dört çoğunluğun sağlanamaması (KMK. m.28/III) halinde ısı paylaşım sistemine geçilip geçilemeyeceği de çözüm bekleyen sorunlardandır. Bu konularda kanun koyucunun şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta ve Kat Mülkiyeti Kanununda yapılmasının doğru olacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKSAN NAR, Şerife: *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Sahip Olduğu Hukuki Rejim* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan, 2013.
- ARCAK, Ali / ERDOĞAN, Celal: *Açıklamalı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Uygulaması*, Halkevleri Basımevi, Ankara, 1976.
- ARPACI, Abdulkadir: *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması*, 5. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1996.
- BAYRAM, Erdin: “Kanun Sistematiğinde “Madde””, *Yasama Dergisi*, Ocak-Şubat-Mart-Nisan 2008, Sayı 8, s. 102-123.
- GERMEÇ, Mahir Ersin: *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜLER, Fatih: “Merkezi Isıtma Sistemlerinin Uygulanmasında Yaşanan Sorunların Kat Mülkiyeti Hukuku Açısından Sonuçları”, *Yönetim, Ekonomi, Edebiyat, İslami ve Politik Bilimler Dergisi*, 2019, Cilt 4, Sayı 1, s. 48- 64.
- İLGEZDİ, Ali Rıza: *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / VELİOĞLU, Ahmet: *Açıklamalı ve İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar*, Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 1999.
- KURAK, Necat: *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyetinden Kaynaklanan Davalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ODYAKMAZ, A. Nevzat: *Uygulamada Kat Mülkiyetinden Doğan Anlaşmazlıklar ve Çözüm Yolları*, Sebil Matbaacılık, İstanbul, 1975.
- ÖRÜCÜ, Orhan: “Sorun Söyleyelim 2011’de Neler Değişiyor?”, *Cumhuriyet Enerji*, 1 Şubat 2011-21, s. 9.
- ÖZSOY, Ahmet: “Merkezi Isıtma Sistemlerinde Isınma Problemleri ve Yakıt Paylaşımı”, *SDÜ International Journal of Technologic Sciences*, June 2009, Vol. 1, No. 1, p. 10-17.
- PULAK, Murat: *Açıklamalı - İçtihatlı - Örnekli - Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- REİSOĞLU, Safa: *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, 4. Baskı, Güneş Matbaacılık, Ankara, 1976.
- ŞAKAR, Müjdat: *Son Değişikliklerle Gerekçeli Açıklamalı İçtihatlı Örnekli Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.

- ŞENGÜL, Mehmet: “Merkezi Isıtma ve Sıcak Su Sisteminin Bulunduğu Yapılarda Isı Giderlerinin Paylaşılması Esasları (Isı Pay Ölçer Sistemi) ve Bunun Kat Mülkiyeti Hukukuna İlişkin Sonuçları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Mart-Nisan 2013, Cilt 87, Sayı 2013/2, s. 54-88.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- TUNAY, Burçin: *Merkezi Isıtma Sisteminde Etkili Olan Parametrelerin Araştırılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çorum, 2014.



## Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu<sup>(\*)</sup>

Recent Development in the Field of Product Liability:  
The Law on Product Safety and Technical Regulation Numbered 7223

Damla Özden ÇELT<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Hatalı olarak piyasaya sürülen bir ürün, kendisinden beklenen haklı güvenliğin sağlanamamış olması sebebiyle bir kimsenin yaşamı, vücut bütünlüğü yahut ürünün kendisi dışındaki malvarlığında zarar doğmasına sebebiyet vermişse, bu zararın tazmini üreticiden talep edilebilir. Ürün sorumluluğu olarak ifade edilen bu sorumluluk, Türk hukukunda uzunca bir süre kanuni düzenlemeden yoksun kalmış, nihayet 5/3/2020 tarihinde kabul edilerek, 12/3/2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) ile açık ve ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. 12/3/2021 tarihinde yürürlüğe girecek bu Kanunla büyük ölçüde 85/374 sayılı Avrupa Topluluğu Ürün Sorumluluğu Direktifine uyum sağlanmıştır. Bununla birlikte sorumluluğa ilişkin olarak kullanılan kavramlar ve bu kavramların kapsamları, zarar görenin ispat yükü, sorumluların sorumluluktan kurtulma halleri ve zamanaşımı sürelerinin düzenlenmesi gibi hususlarda dikkat çeken farklılıklar mevcuttur. Çalışmada, öncelikle ürün sorumluluğunda 7223 sayılı Kanun öncesi döneme ilişkin genel bir hatırlatma yapılacak, ardından düzenlemenin mevzuattaki yeri, Direktifle olan uyumu ve genel olarak ürün sorumluluğunun hukuki niteliği meseleleri üzerinde durulacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Ürün Sorumluluğu, 7223 sayılı Kanun, İmalatçı, Hatalı Ürün, Hatalı Ürünün Sebep Olduğu Zarar, Tazminat, 85/374/AET Direktifi.

### Abstract

If a defective (noncompliant) product put into circulation caused damage to a person’s life, bodily integrity or property other than the product itself, due to the failure to provide the justified security expected from it, the manufacturer can be sued for damages. This liability, which is named as product responsibility, has been deprived of legal regulation for a long time in Turkish law, but finally has a clear and detailed arrangement with the Law on Product Safety and Technical Regulations (LPSTR) numbered 7223 adopted on 5/3/2020 and published in the Official

(\*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 21.12.2020, Makalenin Kabul Tarihi: 08.01.2021.

(\*\*) Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,

E-mail: damlaozdencelt@anadolu.edu.tr,

Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0001-5271-1689>.

Teşekkür: Makalenin araştırması ve yazımı sırasında çalışmaya sunmuş olduğu değerli görüş ve katkılarından dolayı Doç. Dr. Erhan TEMEL’e (Augsburg Üniversitesi Öğretim Üyesi) çok teşekkür ederim.



Gazette on 12/3/2020. The Law that will enter into force on 12/3/2021 has to a large extent achieved harmonisation with the European Council Product Liability Directive No. 85/374. However, there are striking differences in terms such as the concepts used in relation to liability and the scope of these concepts, the burden of proof of the aggrieved party, the circumstances under which the liability is discharged, and the statute of limitations. This article first sets the background for product liability explaining the situation before the Law No. 7223, then examines the position of the LPSTR within the legislation, the level of compliance with the Directive, and the legal characteristic of product liability.

### Keywords

Product Liability, Law No. 7223, Producer, Defective Product, Damage Caused by the Defective Product, Compensation, 85/374/EEC Directive.

## I. GİRİŞ

Hukuk yaşayan, dinamik bir bilim dalıdır. Toplumunu etkileyen teknolojik ve ekonomik gelişmeler hukukun değişiminde önemli bir yer tutar. İnsanlık tarihini etkileyen en önemli gelişmelerden biri şüphesiz endüstri devrimi olmuştur. Nüfustaki artışın kaçınılmaz bir sonucu olan endüstri devrimi ile üretimde fabrikalaşmaya gidilmiş, ürünler yığınla üretilmeye başlamıştır. Kitleli üretime geçilmesi ile üretilen malların piyasaya arzı yalnızca üretici eliyle yapılamayacak boyutlara ulaşmış, böylece üretim-tüketim ağına aracı/dağıtıcı olarak adlandırılan (toptancı, perakendeci, satıcı, pazarlamacı, komisyoncu, acente vb.) gruplar dahil olmuştur. Bu gruplar öylesine benimsenmiştir ki zaman içinde sözleşme ilişkisinin bu gruplar ile alıcılar arasında kurulması yaygın hale gelmiş, hukuki işlem bakımından üreticilerle alıcılar arasında yalnızca dolaylı bir bağ kalmıştır.

Seri üretim ve geniş pazar ağı erişimine paralel olarak, ürünlerdeki güvenlik eksiklikleri neticesinde oluşan zararlarda da kaçınılmaz bir artış yaşanmış, teknik gelişme çarkının içerisinde ortaya çıkan bu zararların tazminine ilişkin önleyici tedbirler alma gerekliliği hasıl olmuştur<sup>1</sup>. Bu anlamda her ne kadar kural olarak üretici ile alıcı arasında doğrudan sözleşme ilişkisi bulunmasa da üründen beklenen güvenliğin sağlanamaması neticesinde bir kimsenin yaşamı, vücut bütünlüğü, sağlığı yahut ürünün kendisi dışındaki malvarlığı zarar görmüşse, bu zararın tazmininin üreticiden talep edilebilmesine ilişkin hukuka uygun bir dayanak bulunmalıdır.

<sup>1</sup> KAPLAN, İbrahim: "Türk-İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu", *Adalet Dergisi*, 1977, Cilt 68, Sayı 1-2, s. 78; GEIGEL, Reinhart: *Der Haftpflichtprozeß*, (Hrsg.) HAAG, Kurt: 28. völlig neubearb. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2020, *Haag*, Kap.14, N.270; YAVUZ, Levent: "Tüketicinin Korunması Bakımından İmalatçının Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, 1992, Cilt 49, Sayı 2, s. 228.

Ürün sorumluluğunun hukuki dayanağını ve niteliğini tespit meselesi Türk hukunun en tartışmalı konularından biri olmuştur. Başta kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olan ürün sorumluluğu, yargı kararları ve doktrin görüşlerince şekillenmiş, ilgili kararlar ve görüşlerde, yine o tarihlerde ürün sorumluluğuna ilişkin özel kanunları bulunmayan Almanya ve İsviçre Federal Mahkeme kararları ve doktrin görüşlerinin büyük tesiri olmuştur. Ancak Almanya ve İsviçre'nin 25 Temmuz 1985 Tarihli 85/374 Sayılı Avrupa Konsey Direktifi (85/374 AET) doğrultusunda iç hukuklarında özel olarak ürün sorumluluğu kanununa yer vermeleriyle, Türk hukuku bakımından adeta yollar ayrılmıştır. Türk Kanun Koyucusu bir yandan Avrupa Birliği'ne aday ülke olması hasebiyle direktifi dikkate aldığı gösterir düzenlemeler yapmak istemiş, diğer yandan özel bir ürün sorumluluğu kanunu ihdas etmekten yahut mevcut Borçlar Kanunu'nda ek bir düzenleme ile ürün sorumluluğuna ilişkin özel ve Direktifle paralel ayrıntılı düzenlemeler getirmekten kaçınmıştır.

Böylesine önemli bir sorumluluk açığını 29/6/2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürüne İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanmasına Dair Kanun'un (ÜİTMHDK) 5. maddesinden çıkarmaya çalışmak, yahut 2003 yılında yapılan değişiklikle<sup>2</sup> 4077 sayılı Kanun'un (eTKHK) 4. maddesinde tek bir fıkra ile üreticinin sorumluluğuna yer vererek, Direktifle uyumlu kısmı 25137 Sayılı "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik (AMNOZSHY)" altında düzenlemek, sorunu çözmekten ziyade bir çok tartışmayı, eleştiriyi ve belirsizliği de beraberinde getirmiştir. Nitekim ürün sorumluluğuna ilişkin olarak eTKHK'de getirilen bu düzenleme, 7/11/2013 tarihinde kabul edilerek 28/5/2014 yılında yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) da yer almamış, böylece ürün sorumluluğunda adeta başa dönmüştür.

Ürün sorumluluğu gibi önemli, ivedilikle ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi gereken bir konu ne yazık ki uzun bir süre kaderine terk edilmiş, içerisinde ürün sorumluluğuna yer vermesi beklenen Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı (1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı) da 26. yasama döneminin sona ermesi sebebiyle 29/3/2018 tarihinde kanunlaşmadan hükümsüz kalmıştır<sup>3</sup>. Nihayet 5/3/2020 yılında kabul edilerek, 12/3/2020 yılında Resmî Gazetede yayımlanan 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile kanun koyucu ürün sorumluluğunu ilk defa bir kanunla, bu denli açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Söz konusu Kanun, 26. maddesi uyarınca yayımı tarihinden bir yıl sonra, 12/3/2021 tarihinde yürürlüğe girecektir.

<sup>2</sup> 6.3.2003 Tarihli, 4822 sayılı Kanun, m.4.

<sup>3</sup> Tasarıya ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. ÜNAL, Akın / KALKAN, Arif: "Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2019, Yıl 11, Sayı 39, s. 45 vd.

Çalışmamızda öncelikle, ürün sorumluluğunun Türk hukuku bakımından geçirdiği evreler 85/374 sayılı AET Direktifi öncesi ve sonrası olmak üzere ikiye ayrılarak, genel hatlarıyla ele alınacaktır. Daha sonra ÜGTDK'nın ürün sorumluluğuna ilişkin hükümleri hem hukuk sistematığına hem de 85/374 sayılı AET Direktifine uygunluğu bakımından incelenecektir.

## II. 85/374 SAYILI AET DİREKTİFİ ÖNCESİ VE SONRASI TÜRK HUKUKUNDA ÜRÜN SORUMLULUĞUNA GENEL BİR BAKIŞ

### A. 85/374 Sayılı AET Direktifi Öncesi Dönem

Üreticilerin üretmiş oldukları ürünlerdeki güvenlik eksiklikleri sebebiyle sorumlulukları meselesi endüstrinin gelişimine paralel olarak öncelikle Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'de yargı kararlarına yansımıştır<sup>4</sup>. Avrupa'da sanayileşmenin hız kazanması ile ürün sorumluluğu kısa bir süre içinde Kıta Avrupası Hukukunun da en önemli hukuki meselelerinden biri haline gelmiştir<sup>5</sup>. Türk hukuku bakımından yoğunlukla yetmişli yıllardan itibaren ürün sorumluluğu üzerinde durulmuş, ancak özel bir kanuni düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, konu daha ziyade yargı kararları ve doktrin görüşleri çerçevesinde ele alınmıştır<sup>6</sup>. Bu dönemde doktrindeki görüşlerin ve yargı kararlarının tamamen bağlı olmamakla birlikte İsviçre ve Almanya'daki tartışmalardan etkilendiğini söylemek mümkündür<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZSUNAY, Ergun: "Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk Yapımcının Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1979, Cilt 10, Sayı 1, s. 110; KAPLAN, s. 80.

<sup>5</sup> Söz konusu kararlar Avrupa da ürün sorumluluğunun gelişiminde oldukça etkili olmuştur. Bkz. HETTICH, Richard: *Produkthaftung*, 2. Aufl., Verlag für Verwaltungspraxis Rehm, München, 1990, s. 113.

<sup>6</sup> TEMEL, Erhan: "Produkthaftung nach türkischem Recht im Vergleich zur EG-Produkthaftungsrichtlinie und dem ProdHaftG", *Versicherungsrecht (VersR)*, 2008, s. 1303.

<sup>7</sup> TEMEL, s. 1303; Yargı kararları ve doktrin görüşleri bu dönemde İsviçre hukukundan ziyade Alman hukukundan etkilenmiştir. Zira Alman hukukunda mesele 1950 lerden itibaren yoğun olarak tartışılmış, buna karşın Türkiye'de sanayileşme ve gelişimin devam etmesi neticesi üreticinin üstünlüğü uzun yıllar sürmüş, tüketici kitlesinin kabulü ve haklarının korunması meselesi uzunca bir süre gündeme gelmemiştir. İsviçre'de ise üreticinin sorumluluğu, kaza sigortaları ile zarar görenlerin zararları giderildiğinden çok fazla uyuşmazlığa konu olmamıştır, bkz. KAPLAN, s. 81; HESS, Hans-Joachim: *Kommentar zum PrHG*, 3. Überarb. und ergänzte Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016, Teil 1, N.1 vd.; Gerçekten de İsviçre'de ilk defa 1923 yılında 'Anilin-Fall' ile gündeme gelen ürün sorumluluğu, aradan geçen elli yılda oldukça az karara konu olmuştur, bkz. BGE 49 I 465; Söz konusu davada ayakkabı içerisinde kullanılan boyanın su ile teması sonucu, boya davacının teni ile temas etmiş, davacı daha sonra bütün cilde yayılan ciddi bir cilt rahatsızlığı geçirmiştir. Uzun süre hastanede yatarak tedavi gören davacı, söz konusu zararının karşılanması amacıyla üreticiye karşı dava açmıştır. 1950'li yıllara kadar çok fazla karara konu olmayan ürün sorumluluğu, 1949'da Federal mahkemenin vermiş olduğu "Steiggurt Fall" ile yeniden gündeme gelmiş, mahkeme söz konusu takip eden zararları (*Folgeschaden*) sözleşme sorumluluğunun yanında onunla yarışan sözleşme dışı sorumluluk hükümlerinden adam çalıştırının organizasyon sorumluluğuna dayandırmıştır (İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m.55). Buradaki sebep sorumluluğu açıkça kusura dayanmamakla

Sorumluluğun geniş anlamda sözleşmeye dayalı sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak ikili bir ayrıma tabi tutulması<sup>8</sup> Türk hukuku bakımından, ürün sorumluluğunun hangi sorumluluk türüne dayanacağı tartışmasını beraberinde getirmiştir. Burada üretici ile zarar gören arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisinin var olup olmaması bakımından ikili bir ayrıma gidilmiş<sup>9</sup>, sözleşmenin varlığı halinde satıcının garanti borcu kapsamında<sup>10</sup> sözleşmeye dayalı sorumluluğunun doğacağı, edime veya alacaklıya yakınlığı sebebiyle zarar görenlerin ise Alman hukukunun da etkisiyle<sup>11</sup> üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme veya üçüncü kişinin zararını tazmin kurumu ile korunabileceği kabul edilmiştir<sup>12</sup>.

Üreticinin aynı zamanda satıcı olduğu durumlarda sözleşme sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün olmakla birlikte uygulamada yaygın olarak üretici ile zarar gören arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır<sup>13</sup>. Nitekim ürün sorumluluğundaki amaç, doğrudan sözleşme tarafını korumaktan ziyade, üründeki güvenlik hatası sebebiyle zarar gören herkesi korumaktır<sup>14</sup>. O halde sorumluluğu sözleşmeden doğan sorumluluğa dayandırmak, korunacak kişi çevresi bakımından yetersiz kalacaktır<sup>15</sup>. Ayrıca her ne kadar sözleşmeden doğan sorumluluk zarar gören lehine hükümler ihtiva etse de sorumluluğun sınırlandırılmasına imkân vermesi bakımından, zarar görenin korunması amacına hizmet etmeme sakıncasını da barındırmaktadır<sup>16</sup>.

birlikte üreticinin sorumluluğu, söz konusu faaliyet neticesinde ortaya çıkma tehlikesi bulunan zararın doğmaması için tüm önemleri alması gerekliliğine dayandırılmıştır, bkz. BGE 64 II 260; "Pflanzenwachsmittel Fall" de ise üretici haksız fiil sorumluluğu kapsamında (İBK m.41) sorumlu tutulmuştur. Burada davacı talimatlarda mevcut ürünün olası yan etkileri hakkında kullanıcıları yeterince bilgilendirmediği için kusurlu bulunmuştur.

<sup>8</sup> EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 551.

<sup>9</sup> TARMAN, Zeynep Derya: "Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, Cilt 65, Sayı 2, s. 300; CANPOLAT, Önder: "Üretici ve Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, Cilt 71, Sayı 2, s. 378.

<sup>10</sup> ÖZSUNAY, s. 123; HESS, Teil 1, N.22 vd.; AYDOS, Oğuz Sadık: *Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 30 vd.

<sup>11</sup> HETTICH, s. 96 vd.

<sup>12</sup> ATABEK, Reşat: "İmalatçının Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1979, Cilt 10, Sayı 1, s. 164; TARMAN, s. 304; ÖZEL, Çağlar: "Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararlar Çerçevesinde Tüketici Kavramı", *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini*, Cilt II, Türkiye Barolar Birliği Yayınları (308), Ankara, 2016, s. 18 vd.; AYDOS, s. 34.

<sup>13</sup> ATABEK, s. 165; AKİPEK, Şebnem: "Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu", *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini*, Cilt II, Türkiye Barolar Birliği Yayınları (308), Ankara, 2016, s. 23; TARMAN, s. 301.

<sup>14</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 6.5.1974, E. 1063, K. 1537; Yargıtay, 4. HD., T. 5.7.1977., E. 2921, K. 7745.

<sup>15</sup> GEIGEL / Haag, Haftpflichtprozess, Kap.14, N.271.

<sup>16</sup> ATABEK, s. 165; TARMAN, s. 303; KAPLAN, s. 88; AYDOS, s. 75; diğer taraftan sözleşmeden doğan sorumlulukta, ürün sorumluluğuna nazaran tazmini istenebilecek zararların oldukça geniş olduğuna ilişkin bkz. ÖZSUNAY, s. 122.

İşte tüm bu sakıncalar sebebiyle Türk hukukunda yönelim Alman<sup>17</sup> ve İsviçre<sup>18</sup> hukuklarıyla aynı yönde, ürün sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğuna (*Deliktshaftung*) başka bir ifadeyle kusur sorumluluğuna (*Verschuldenshaftung*) dayandırmak olmuştur<sup>19</sup>. Zira zarar gören kişileri koruyan özel bir düzenlemenin (*lex specialis*) bulunmaması halinde genel haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi en olağan çözümdür<sup>20</sup>. Haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için bulunması gereken unsurlar zarar, hukuka aykırı fiil, illiyet bağı ve kusurdur<sup>21</sup>. Ancak bu unsurların varlığı ürün sorumluluğunun doğumu bakımından katı yorumlanmamış, özellikle hukuka aykırılığın tespiti ve kusurun ispatına yönelik zarar gören lehine yorumlar geliştirilmiştir<sup>22</sup>.

İsviçre ve Türk hukukunda, objektif hukuka aykırılık teorisi benimsenmiş, zararın, hukuk kuralının ihlali neticesinde ortaya çıkması aranmıştır. Ancak bunun için muhakkak yazılı bir hukuk kuralının ihlali şart olmayıp, zarar verici davranıştan kaçınmamış olma (*davranış kuralına aykırılık*) hukuka aykırılık unsurunun varlığı için yeterli görülmüştür<sup>23</sup>. Buna göre, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemiş olması sonucu zarara elverişli ürünün üretilerek piyasaya sunulması, böylece zararın doğumuna zemin hazırlanması “tehlike kuralına” aykırılık teşkil etmiş ve söz konusu davranış yükümlülüğüne aykırılık, hukuka aykırılık

<sup>17</sup> Alman Medeni Kanunu (AMK) §823/f. I-II ye ve §831'e göre yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurallarına gidilmiştir. Federal Mahkeme yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk için kurtuluş kanıtı getirilme imkanını 'Organizasyon sorumluluğu' yorumu ile büyük ölçüde etkisiz kılmıştır.

<sup>18</sup> HESS, Teil 1, N.59 vd.; SCHWENZER, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht AT*, Stampfli Verlag AG, Bern, 1998, s. 307; İBK m.41.

<sup>19</sup> ÖZTAN, Bilge: *İmalatçının Sorumluluğu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1982, s. 79; ATABEK, s. 166 vd.; HAVUTÇU, Ayşe: *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 48; KIRCA, Çiğdem: *Ürün Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007, s. 14 vd.; AKİPEK, s. 23; Alman Federal Mahkemesi 26.11.1968 tarihli Tavuk vebası olayında (Hühnerpest-Fall) açıkça ürün sorumluluğunu haksız fiile dayandırmıştır, bkz. BGHZ 51, 91; GEIGEL / Haag, Haftpflichtprozess, Kap.14, N.280; FUCHS, Maximilian / BAUMGÄRTNER, Alex: "Ansprüche aus Produzentenhaftung und Produkthaftung", *Juristische Schulung (JuS)*, 2011/51, s. 1057; TEMEL, s. 1303; DÖNMEZ, Ünsal: "Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Hâlleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 383.

<sup>20</sup> EREN, s. 554; HESS, Teil 1, N.62.

<sup>21</sup> EREN, s. 554; BAŞOĞLU, Başak: "Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 6, Sayı 2, s. 30; CANPOLAT, s. 378.

<sup>22</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1996 tarihli bir kararında, üreticinin sorumluluğunu kusura dayandırmış ancak haksız fiile ilişkin hükmün katı uygulanmaması gereğine dikkat çekmiştir, bkz. Yargıtay, HGK, T. 27.11.1996, E. 4-588, K. 831; HAVUTÇU, s. 48 vd.; KIRCA, s. 36; TARMAN, s. 304; AKÇURA KARAMAN, Tuba: *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyile Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 98; DÖNMEZ, s. 388.

<sup>23</sup> Hangi hakların ihlalinin haksız fiil sorumluluğu doğurduğu AMK §823'te açıkça belirtilmiştir. İsviçre ve Türk hukukunda ise böyle bir düzenleme olmayıp, davranış normuna daha ziyade herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hakların korunmasına yönelik olarak ele alınmıştır.

unsurunun karşılığı olarak yorumlanmıştır<sup>24</sup>. Kusurun ispatı meselesi ise Alman Federal Mahkeme kararlarının öncülüğünde, üretim sürecindeki hatayı zarar görenin ispatlamasının zor ve kendisinden beklenemez olduğu gerekçesiyle ters çevrilmiş (*Beweislastumkehr*), böylece üründe güvenlik hatası olmadığını, kusursuzluğunu ispatlayamayan üreticinin sorumlu olacağı kabul edilmiştir<sup>25</sup>.

Kusuru olmadığını ispatlayan üreticiler bakımından sorumluluk doğmayacağından, kusur şartının zarar gören bakımından yarattığı elverişsiz durum, üretim aşamasında birden fazla kişinin yer alması sebebiyle üreticinin adam çalıştırının sorumluluğu (*Haftung des Geschäftsherrn*, İBK m.55, eBK m.55) kapsamında kusursuz sorumlu olacağı kararlarla giderilmeye çalışılmıştır<sup>26</sup>. Bunun yanında ürünün mülkiyetinin bir şekilde üreticide kaldığı hallerde ise imal edilen şeyin malikinin sorumluluğuna (eBK m.58) gidilebileceği kabul edilmiştir<sup>27</sup>.

Bir yandan ilgili kusursuz sorumluluk hallerinin her somut olay bakımından uygulanmasının mümkün olmaması, diğer yandan genel haksız fiil sorumluluğunda üreticinin kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi, zararın zarar gören üzerinde kalabileceği hallerin devamına sebebiyet vermiştir. Bu sebeple doktrinde olması gereken hukuk (*de lege referanda*) bakımından ürün sorumluluğunun kusursuz sorumluluk hali olarak özel bir düzenlemeye kavuşturulması gerektiği, hali hazırdaki düzenlemeler ile hukuk boşluğunun giderilemeyeceği ve hâkimin de hukuk yaratarak kanunda düzenlenmemiş bir kusursuz sorumluluk hali ihtiva edemeyeceği belirtilmiştir<sup>28</sup>. Hatta zarar görenlerin tam bir korumaya kavuşması için baskın görüş<sup>29</sup> bu dönemde, kusursuz sorumluluğun tehlike sorumluluğu esasına dayandırılması gerektiğini savunmuştur.

<sup>24</sup> ÖZTAN, s. 85 vd.; FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1060; AKÇURA KARAMAN, s. 177 vd.

<sup>25</sup> GEIGEL / Haag, Haftpflichtprozess, Kap.14, N.281; FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1057; TEMEL, s. 1306; Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. Bitki büyüme ilacı olayı (Pflanzenwachsmittel Fall), BJM 1961, 189 vd.; BGHZ 51, 91; ATABEK, s. 172; AYDOS, s. 58; Alman hukukunda git gide tehlike sorumluluğuna benzer kusursuz sorumluluk anlayışı benimsenirken, İsviçre hukukunda kusur unsuru muhafaza edilmiş ve haksız fiil sınırları içinde kalmıştır; bkz. ÖZTAN, s. 236; HAVUTÇU, s. 51.

<sup>26</sup> Özellikle İsviçre Federal Mahkemesinin birçok kararında kusur, bir kimsenin bizzat yapması gereken davranışı yapmaması olarak nitelendirilmiş, bu sebeple üreticinin doğrudan sorumluluğuna gidilemeyeceği, ancak adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olabileceği kabul edilmiştir, bkz. HESS, Teil 1, N.95 vd.; SCHWENZER, s. 307; HAVUTÇU, s. 53.

<sup>27</sup> ÖZSUNAY, s. 134 vd.; TEMEL, s. 1306; TARMAN, s. 306; Yapı malikinin sorumluluğunun, taşınmaz eser niteliğindeki yapılara ilişkin bir düzenleme olması dolayısıyla, uygulanamayacağına ilişkin bkz. ÖZ, Turgut: "Üreticinin Sorumluluğu", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 6, Sayı 2, s. 12.

<sup>28</sup> ATABEK, s. 173; YAVUZ, s. 235; Teknik gelişmelerin kusursuz sorumluluğu gerekli kıldığı yönünde bkz. EREN, s. 556.

<sup>29</sup> ÖZTAN, s. 283; YAVUZ, s. 229; ÖZSUNAY ise tehlike sorumluluğu görüşünü savunmakla birlikte, tehlike sorumluluğunun üreticiler bakımından ağır sonuçları olabileceğine dikkat çekmiş, bu sebeple doğrudan bir tehlike sorumluluğu öngörülmeden evvel batıdaki gelişmeleri izlemenin yararlı olacağını savunmuştur, bkz. s. 157.

## B. 85/374 Sayılı AET Direktifi Sonrası Dönem

### 1. Genel Olarak

Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ortak pazarı kabulü ile ürünlerin pazar içinde dolaşımı, güvenliği ve ortaya çıkan zararların ne şekilde tazmin edileceği önemli bir mesele olmuştur. Yapılan çalışmaları takiben<sup>30</sup> 25.7.1985 Tarihli Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumlulukla İlgili Üye Devletlerin Kanunu ve İdari Düzenlemelerinin Yeknesaklaştırılması Hakkında Avrupa Konseyi Direktifi (85/374) kabul edilmiştir<sup>31</sup>. Direktifin kabulü ile üreticiler ve ithalatçılar, hatalı ürün sebebiyle zarar görenlerin zararını gidermekle yükümlü tutulmuş, böylece serbest pazar içerisinde zarar görenlerin, iç hukuktaki farklı düzenlemeler dolaşısıyla, sorumluluk ve şartları bakımından farklı uygulamalara tabi olması engellenmek istenmiştir<sup>32</sup>. Bu anlamda üreticinin ürününün Avrupa Birliği içerisinde piyasaya sürülmesi yeterli görülmüş, serbest pazara dahil üçüncü ülkeler de (*Drittländer*, ör. İsviçre), ithalatçıların sorumluluğu çerçevesinde birliğin ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleriyle bağlı tutulmuştur.

Direktif ile güdülen amaç bir yandan tüketicilerin daha iyi korunmasını sağlamak diğer yandan Avrupa ülkelerinin ürün sorumluluğuna ilişkin iç hukuk düzenlemelerini diğer üye ve aday ülkelerle uyumlu hale getirmek olmuştur<sup>33</sup>. Direktife göre sorumluluğun doğması için üründeki hatanın zarara sebebiyet vermesi yeterli görülmüş ve kusursuz sorumluluk esası kabul edilmiştir<sup>34</sup>. An-

<sup>30</sup> Avrupa Birliği Komisyonunca, ülkelerinin ürün sorumluluğuna ilişkin kanunlarının yeknesaklaştırılması ön tasarıları olan "Entwurf für eine Richtlinie des Rates" Eylül 1976'da sunulmuş, üzerinde neredeyse on yıla yakın süren tartışmaların ardından 85/374 sayılı Direktif çıkarılmıştır, bkz. HETTİCH, s. 68; ÖZSUNAY, s. 135 vd.

<sup>31</sup> Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte. Tam metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1985/374/oj>.

<sup>32</sup> FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1061; WAGNER, Gerhard: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Schuldrecht BT., IV §§705-853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz Produkthaftungsgesetz, (Hrsg.) SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LİMPERGER, Bettina, 8. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2020, Einl., N.2; HESS, Teil 2, Art.1, N.2 vd.; AKİPEK, Şebnem, s. 24 vd.; AYDOS, s. 62 vd.; Üye ülkelerin direktif öncesi yeknesak olmayan uygulamalarına örnek olarak; İtalya, Portekiz ve Yunanistan'da ürün sorumluluğu genel ispat kuralının uygulandığı haksız fiil sorumluluğuna; Almanya, İngiltere, İrlanda, Hollanda ve Danimarka'da ispat yükünün yer değiştirilerek haksız fiil sorumluluğuna; Fransa, Belçika ve Lüksemburg'da ise kurtuluş imkânı sunmayan tehlike sorumluluğuna dayanılması verilebilir, bkz. HESS, Teil 2, Art.1, N.3.

<sup>33</sup> LENZ, Tobias: *Produkthaftung*, NJW Praxis, Band. 9, München, 2014, s. 177; Bu uyumun takibi amacıyla, Direktifin 21. maddesi uyarınca komisyon düzenli olarak üye ülkelerdeki uygulamaları takip edecektir. 2011 yılında komisyon 2006-2010 yıllarını arasını inceleyen bir rapor hazırlamış, burada ürün sorumluluğuna ilişkin davalarda Avrupa genelinde bir artış olduğu ortaya konulmuştur. Bunda tüketiciyi koruyan organizasyonların güçlendirilmesi ve iyileştirilmesi yanında tüketicilerin ürün sorumluluğu hakkında daha çok bilgilendirilmesi etkin olmuştur, bkz. LENZ, s. 178.

<sup>34</sup> FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1057; CANPOLAT, s. 380 vd.



çak sorumluların sınırlı tutulduğu (m.1,4), maksimum sorumluluk miktarı getirildiği (m.10) ve zararın bir kısmının zarar gören üzerinde bırakıldığı (m.11) düşünüldüğünde, nihai amacın salt tüketiciyi korumaktan ziyade tüketici ve üretici arasındaki adil dengenin sağlanması olduğunu söylemek mümkündür<sup>35</sup>.

Direktife uyum kapsamında Alman hukukunda 15.12.1989 tarihli Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ProdHaftG*)<sup>36</sup>, İsviçre’de ise 18.06.1993 tarihinde Federal Ürün Sorumluluğu Kanunu (*Bundesgesetz über die Produktheftpflicht, PrHG*)<sup>37</sup> kabul edilmiştir. Bu kanunlar birer aktarma (*Transformationsgesetz*) kanun olup, ilgili ülkelerin iç hukukta büyük ölçüde Direktife uyumlu olmalarını sağlamıştır.

## 2. Türk Hukukunda

### a. 4077 Sayılı eTKHK’ya Göre Ürün Sorumluluğu

Türk hukukunda AB Direktifinden bugüne değin, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi özel bir ürün sorumluluğu kanunu kabul edilmemiştir. Baskın görüşe göre<sup>38</sup> ürün sorumluluğuna ilişkin ilk düzenlemeye, 23.02.1995 tarihinde kabul edilen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da,<sup>39</sup> 2003 yılında 4822 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle yer verilmiştir. ETKHK’nın “Ayıplı Mal” başlıklı 4. maddesinde (f.II, c.4) “Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol

<sup>35</sup> LENZ, s. 181.

<sup>36</sup> Alman Produkthaftungsgesetz (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ProdHaftG) 15.12.1989 tarihinde kabul edilerek, 01.01.1990’da yürürlüğe girmiştir. Tam metin için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/ProdHaftG.pdf>, (E.T.: 10.11.2020).

<sup>37</sup> İsviçre’de ise Bundesgesetz über die Produktheftpflicht (Produktheftpflichtgesetz, PrHG) 18.06.1993 tarihinde kabul edilerek, 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tam metin için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19930205/index.html>, (E.T.: 10.11.2020).

<sup>38</sup> HAVUTÇU, s. 115 vd.; AKİPEK, s. 37; KIRCA, s. 81; YILDIRIM, M. Fadil: “Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu”, *İlaç Hukuku I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kayseri, 2009, s. 35; TEMEL, s. 1307; TARMAN, s. 309 vd.; ÜNAL / KALKAN, s. 45; HESS, Teil 3, Art.1, N.108; İlgili hükmün değişiklik öncesi halinde kanun koyucu imalatçı ve üreticinin “saticı, bayi, acente, ithalatçı ve 10’uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumlu” olduğunu düzenlenmiştir. Ancak hüküm bu haliyle üreticinin sorumluluğu için ayıba karşı tekeffül borcunun doğmasının şart olduğu, sorumluluğun seçimlik haklarla sınırlı olacağı ve zarar görenin diğer malvarlığına veya şahıs varlığına ilişkin zararların kusursuz sorumluluk esasınca tazmin edilemeyeceği gerekçeleriyle bağımsız bir ürün sorumluluğu düzenlemesi olarak değerlendirilmemiştir, bkz. KIRCA, s. 76 vd.; SEROZAN, Rona: “Tüketiciyi Koruma Kanunu’nun Artıları ve Eksileri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2003, Cilt 61, Sayı 1-2, s. 340; YAVUZ, s. 234; ARBEK, Ömer: “Ayıplı Mal veya Hizmet Sebebiyle Tüketicinin Uğradığı Zararlardan Sorumluluk”, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org), (E.T.: 01.11.2020). N. 3; CANPOLAT, s. 372.

<sup>39</sup> 4077 Sayılı Kanun 23.02.1995 tarihinde kabul edilmiş, 8.3.1995 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmış, m.33 gereği yayımını izleyen tarihten altı ay sonra, 8.9.1995’te yürürlüğe girmiştir.

*açan ve/veya kullanımındaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.*" ifadesine yer verilmiştir<sup>40</sup>. 85/374 sayılı Direktifle uyumlu ayrıntılı düzenlemeler ise yine 2003 yılında kabul edilen 25137 Sayılı "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluğa İlişkin Yönetmelik (AMNOZSİY)<sup>41</sup>" ile getirilmiştir<sup>42</sup>. Ancak söz konusu düzenlemelerle sorumluluğa ilişkin tartışma ve eleştiriler son bulmamıştır.

Doktrinde eleştiriler temelde, ürün sorumluluğu gibi önemli bir meselenin tek bir fıkra ile düzenlenmesinin yetersiz olduğuna; ilgili fıkranın ayıplı mal başlığı altında düzenlenmesi sebebiyle, öncelikle ayıba ilişkin şartların aranması sonucu doğuracağına ve hükümde geçen 'ayıp' kavramının, ürün sorumluluğunun esasları olan ürünün güvenli olmaması ile aynı anlama gelmediğine<sup>43</sup>; ayıptan doğan sorumluluk ile ürün sorumluluğunun farklı sorumluluk esaslarına dayandığına<sup>44</sup>; kusursuz sorumluluk esasının yönetmelikte benimsenmesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğuna dayanmıştır<sup>45</sup>. Bu eleştirileri sunan bazı görüş sahipleri<sup>46</sup> kanunda açıkça sorumluluk için kusurun aranmadığını gösterir bir

<sup>40</sup> İlgili hükümdeki değişikliğin 85/374 Sayılı Direktife uyum kapsamında yapıldığı tasarıda da belirtilmiştir, bkz. KIRCA, s. 80.

<sup>41</sup> İlerleyen bölümlerde Yönetmelik denilmekle yetinilecektir.

<sup>42</sup> 25137 Sayılı Direktif 13.6.2003 Tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış, 14/6/2003'te yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğe ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ÇINAR, Ömer: "Avrupa Konseyinin 25.07.1985 Tarihli ve 85/374 Sayılı Yönergesi ve Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik Hükümlerine Göre Ayıp Kavramı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2010, Cilt 9, Sayı 18, s. 136; PAKSOY, Meliha Sermin / ARSLAN DEMİR, Gizem: "Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 2, s. 299.

<sup>43</sup> AKİPEK, s. 26; KIRCA, s. 86; TARMAN, s. 316 vd.; KULAKLI, Emrah: *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 35; ÜNAL / KALKAN, s. 48; TIRYAKI, Betül: "Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 55, Sayı 2, s. 244; Doktrinde bazı yazarlar, tüketici kavramından sadece tüketim sözleşmesinin tarafı olan kişileri anlamamak gerektiğini, kullanıcıların da tüketici olarak kabul edilebileceğini savunmuş, aksi durumda 4077 sayılı Kanun'un uygulama kapsamı bakımından yetersiz kaldığına vurgu yapmıştır, bkz. ARBEK, s. 25; Tüketici kavramının içine üçüncü kişilerin de dahil edilmesi yönünde yine bkz. ÖZEL, s. 15 vd.

<sup>44</sup> Direktifle getirilen sorumluluğun amacı bizatihi üründen beklenen menfaati korumak veya arttırmak değil, ürünün güvenli olmaması neticesinde ürünün kendisi harici ortaya çıkan şahıs veya malvarlığındaki zararın giderilmesini sağlamaktır, bkz. ATAMER, Yeşim M. / BAŞ, Ece: "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, s. 50; KULAKLI, s. 39 vd.

<sup>45</sup> ATAMER, Yeşim: "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 1, s. 94; Kanun'da geçen mal kavramı ile ürün kavramının da örtüşmediğine ilişkin olarak da bkz. KULAKLI, s. 102 vd.

<sup>46</sup> HAVUTÇU s. 101; ÜNAL / KALKAN, s. 50; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G.: "Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 67, Sayı 3, s. 517; TARMAN, s. 326; ÇINAR, s. 149.

ifade olmadığını, kanun yerine yönetmelikle kusursuz sorumluluğun şartlarına, hukuki niteliğine ve sorumluluktan kurtulma imkanlarına yer verilmesinin de normlar hiyerarşisine uygun olmadığını ileri sürerek, ürün sorumluluğunda örtülü bir kanun boşluğu olduğuna dikkat çekmişlerdir.

Ancak doktrinde baskın görüş<sup>47</sup>, yapılan eleştirilerin bir kısmını haklı bulmakla beraber, ilgili eleştiriler doğrultusunda bağımsız bir ürün sorumluluğunun düzenlenmemiş olduğunun kabulünün meseleyi çözmeye hizmet etmeyeceğini savunmuştur. Bu görüşe göre, söz konusu değişiklik ve Yönetmelikle birlikte ürün sorumluluğu eTKHK'de bağımsız olarak düzenlenmiş, Yönetmelikte Direktifle uyumlu düzenlemelere yer verilerek sorumluluk, kusursuz sorumluluk esasına dayandırılmıştır<sup>48</sup>. Ancak düzenlemenin üreticinin sorumlu olduğu zararların tüketici ile sınırlandırılması yönüyle tüketici kapsamında olmayan zarar görenleri korumak bakımından yetersiz kaldığı ve Direktifin amacıyla bağdaşmadığı da vurgulanmıştır<sup>49</sup>.

Tüm bu eleştiriler doğrultusunda kanun koyucu 4077 sayılı eTKHK m.4/f.II, c.4, f.III'de yer alan ve üreticinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere 6502 sayılı TKHK'da yer vermemiş, m.11/f.II'de tüketicinin, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarını üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilmesi belirtilmekle yetinilmiştir<sup>50</sup>. Yine 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile Yönetmelik de mülga olmuş<sup>51</sup>, üreticinin sorumluluğu meselesi Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanun Taslağı içinde düzenlenmek üzere bırakılmıştır<sup>52</sup>.

Böylece bir anlamda ürün sorumluluğu açısından geriye dönüş yaşanmış, sorumluluğun haksız fiil hükümlerine dayandırılması, sınırlı da olsa TBK m.66 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanılması seçenekleri yeniden

<sup>47</sup> TARMAN, s. 310 vd.; KIRCA, s. 85 vd.; ÖZ, s. 14; YILDIRIM, s. 23; TEMEL, s. 1308; SEROZAN, söz konusu düzenleme ile ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğu esasına dayandırıldığı görüşünü savunmuştur, bkz. SEROZAN, s. 348.

<sup>48</sup> HAVUTÇU'ya göre bu eksiklik esasen örtülü bir boşluk yaratmış olmakla birlikte, sorumluluk gerek olağan sebep sorumluluğunun gerek tehlike sorumluluğunun özelliklerini göstermekte, iki sorumluluk türünün unsurlarını da barındırmaktadır, bkz. HAVUTÇU, s. 101; KIRCA ise üreticinin sorumluluğunu olağan sebep sorumluluğu olarak değerlendirmektedir, bkz. KIRCA, s. 121; aynı yönde bkz. ARBEK, N.6 vd.; AKÇURA KARAMAN'a göre, şayet zarar üreticinin tüm çabalarına ve gerekli objektif özeni göstermiş olmasına rağmen ortaya çıkmışsa, bu durumda üreticinin hakkaniyet gereği sorumlu olması gerekir. Böylece yazar burada dahi tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmemektedir, bkz. AKÇURA KARAMAN, s. 129; TEMEL ise çeşitli yorum metodlarını kullanmak suretiyle, üreticinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu sonucuna varmakta, ancak kusursuz sorumluluk türleri olan olağan sebep sorumluluğu mu yoksa tehlike sorumluluğumu olduğu konusunda bir ayırma pratikte bir önem arz etmemesi nedeniyle gitmemektedir, bkz. TEMEL, s. 1309 vd.

<sup>49</sup> AKİPEK, s. 26; CANPOLAT, s. 388.

<sup>50</sup> ÖZTAN BÜYÜKTANIR, s. 504.

<sup>51</sup> ÜNAL / KALKAN, s. 49 vd.

<sup>52</sup> ATAMER / BAŞ, s. 51.

gündeme gelmiştir.<sup>53</sup> Buna ek olarak TBK m.66/f.III'e göre organizasyon sorumluluğuna<sup>54</sup> veya yine TBK m.71'e göre tehlike sorumluluğuna<sup>55</sup> başvurulup başvurulamayacağı tartışmaları yapılmıştır. Ancak söz konusu çözümlerin zararın tazmini bakımından adil ve yeterli bir koruma sağlayamayacağı, kanun koyucunun gecikmeksizin kusursuz sorumluluk esasını benimsendiği özel bir düzenleme yapması gerekliliği doktrinde defaatle dile getirilmiştir<sup>56</sup>.

#### b. 4703 Sayılı Kanun'a Göre Ürün Sorumluluğu

Türk hukukunda azınlıkta kalan bir görüşe göre<sup>57</sup>, ürün sorumluluğunu doğrudan düzenleyen tek kanun, 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun (ÜİTMHUDK) olup, burada sorumluluk kusursuz sorumluluk esasına dayandırılmıştır. 4703 sayılı ÜİTMHUDK<sup>58</sup>, Avrupa Birliği'nin ürün sorumluluğuna ilişkin 85/374 sayılı Direktifi yanında ve onun desteklenmesi amacıyla kabul edilen<sup>59</sup> 2001/95/AB Direktifi (*Allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie / EG*) esas alınarak kabul edilmiştir<sup>60</sup>. Kanun'un amacı, ürünlerin piyasaya arzı, uygunluk değerlendirmesi, piyasa gözetimi ve denetimi ile bunlarla ilgili olarak yapılacak bildirimlere ilişkin usul ve esasları belirlemektir<sup>61</sup>. Ayrıca üreticiler, ilgili teknik düzenlemeye uygunluğu belgelenmiş olsa dahi piyasaya sürülen mallarını gözetme ve tehlikeli ürünlerini piyasadan çekme yükümlülüğü altında tutulmuştur<sup>62</sup>.

<sup>53</sup> AKİPEK, s. 27; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 504; TARMAN, s. 326.

<sup>54</sup> ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 526 vd.; DÖNMEZ, s. 389.

<sup>55</sup> DÖNMEZ, s. 395; ÖZ ise tehlike sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğini tartışmış, sonuçta tehlike sorumluluğunun direktifte belirlenen koruma amacını da aştığı gerekçesiyle soruna olumsuz yaklaşmıştır, bkz. ÖZ, s. 13.

<sup>56</sup> AKİPEK, s. 27; TARMAN, s. 316.

<sup>57</sup> ÖZ, s. 16.

<sup>58</sup> 11/07/2001 tarih ve 24459 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 11/1/2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>59</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, Einl., N.8.

<sup>60</sup> 03/12/2001'de kabul edilerek, 15/01/2002 yürürlüğe giren 2001/95/EG Direktifi m.22 uyarınca, birlik ülkelerinin iç hukuklarını direktifle uyumlu hale getirmeleri için verilen sürenin sonunda, yani 15.1.2004'te 29.6.1992 tarihinde kabul edilen Ürün güvenliğine ilişkin 92/59/EWG Direktif yürürlükten kaldırılmıştır.; 4703 Sayılı Kanun Tasarısı'nın TBMM'ye sunulan gerekçesinde, ilgili düzenlemenin "Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliğini teşkil eden 6/3/1995 tarihli ve 1/95 Türkiye AB Ortaklık Konsey Kararının malların serbest dolaşımıyla ilgili 8 ila 11'inci maddeleri uyarınca, Ülkemizin 5 yıl içinde, Avrupa Topluluğunun ticarete teknik engellerin kaldırılmasına ilişkin mevzuatını iç mevzuata dahil etmesi öngörüldüğü" belirtilmiştir. Buna göre kanun koyucunun amacı, Türk ürünlerinin ilgili teknik alt yapıya uygun olarak piyasaya arz edilmesi ve Avrupa Pazarı içinde tanınan serbest dolaşım hakkıyla ihracat gücünü arttırmasını sağlamaktır.

<sup>61</sup> 4703 sayılı ÜİTMHUDK, m.1.

<sup>62</sup> 4703 sayılı ÜİTMHUDK, m.11.

Azınlık görüşün dayanağı ÜİTMHUDK m.5/f. IV’de yer alan ‘*Üretici, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur.*’ hükmü olmuştur. İlgili maddede üreticiye ancak belirli hallerde kurtuluş kanıtı sunma imkânı getirildiğinden bahisle ürün sorumluluğunun bağımsız bir kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Buna karşın baskın görüş<sup>63</sup> 4703 Sayılı Kanun’un kamu hukuku niteliği taşıdığından bahisle m.5/f.IV’ün lafzından özel hukuka ilişkin bir sorumluluk çıkarılamayacağını savunmuştur. Ancak kanun koyucu çalışmamıza esas olan 7223 sayılı ÜGTDK ile açıkça ürün sorumluluğunu düzenleyerek, bir anlamda azınlık görüşü haklı çıkarmıştır<sup>64</sup>.

### III. 7223 SAYILI ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU’NA (ÜGTDK) GÖRE ÜRÜN SORUMLULUĞU

#### A. Genel Olarak

Ürün sorumluluğu, bir ürünün hammadde aşamasından piyasaya sunulduğu ve hatta sonrasında gözlemlendiği (*Beobachtung*) süre boyunca kendisinden beklenen haklı güvenlik beklentisini karşılamakta eksik kalması (hatalı olması) sebebiyle, kişinin ürün dışındaki şahıs ve malvarlığı değerleri üzerinde doğan zararın tazmin edilmesini konu alır<sup>65</sup>. Burada zarar görenin korunmasındaki amaç, onun üründen beklediği menfaate, bir diğer deyişle edim menfaatine kavuşmasını sağlamak değil (*Äquivalenzinteresse*), edim menfaati dışında kalan, bütünlük menfaatini (*Integritätsinteresse*) sağlamaktır<sup>66</sup>. Bu sebeple ürün sorumluluğuna dayanak olan

<sup>63</sup> HAVUTÇU, s. 115 vd.; TARMAN, s. 309 vd.; AKİPEK, s. 37; KIRCA, s. 81; YILDIRIM, s. 35; 4703 sayılı Kanun ile yapılan üretici tanımında kapsamin oldukça geniş tutulduğuna ilişkin olarak bkz. CANPOLAT, s. 376 vd.

<sup>64</sup> 7223 sayılı Kanun’un 26. maddesi gereğince, bu konunun yürürlüğü ile 29/6/2001 tarihli ve 4703 Sayılı ÜİTMHUDK mülga olacaktır.

<sup>65</sup> ÖZTAN, s. 21; AKİPEK, s. 66; Ürün sorumluluğu kavramı doktrinde yeknesak olarak kullanılan bir kavram değildir. Bunun yerine üreticinin sorumluluğu, imalatçının sorumluluğu, yapımcının sorumluluğu gibi kavramlar da tercih edilmektedir. Söz konusu kavramlar aynı anlamda kullanılmakla birlikte, kanaatimizce 7223 sayılı Kanun ile ele alınan ürün sorumluluğu, ürünü esas alır ve üreticinin-imalatçının-yapımcının sorumluluğundan daha spesifik bir anlam ifade eder. Zira üreticinin-imalatçının-yapımcının sorumluluğu, ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu yahut genel haksız fiil hükümlerine dayalı sorumluluğu da içine alan bir kavramdır. Oysaki 7223 sayılı Kanun ile bizatihi ürünün güvenli olmamasından kaynaklı, özel bir kusursuz sorumluluk hali ihdas edilmiştir. Gerek sorumlulukta ürünün ön planda olması gerek kanunun kenar başlığında ürün sorumluluğu tazminatından bahsedilmiş olması sebebiyle çalışmamızda ürün sorumluluğu ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz, aynı yönde bkz. KIRCA, s. 1 vd.; ÜNAL / KALKAN, s. 45.

<sup>66</sup> GEIGEL / Haag, Haftpflichtprozess, Kap.14, N.278; HAVUTÇU, s. 34.

ilişki, edimden bağımsız ayrı bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmiştir<sup>67</sup>. Söz konusu borç ilişkisinin tarafı olmak için zarar görenin, üretici ile sözleşme ilişkisi içinde olması, bizzat ürünün alıcısı konumunda bulunması gerekmez<sup>68</sup>. Buna göre, zararın tazmini isteyen üçüncü kişinin tamamen tesadüfi olarak zarar görmesi üreticinin sorumluluğunun doğmasına engel teşkil etmeyecektir<sup>69</sup>. Hatalı ürün sebebiyle zarar görenleri korumak amacıyla kabul edilen 85/374 sayılı Direktifle de zarar görenlerin çevresi sınırlandırılmamış, aynı zamanda sorumluluğun kabulünde zarar verici davranıştan ziyade zararın doğması esas alındığından, ürün sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir.

Ürün sorumluluğu, ÜGTDK'da Direktifle paralel olarak, zarar gören kişi çevresinin sınırlandırılmadığı bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 6. maddesinde ürün sorumluluğu tazminatına, 11. maddesinde ürün sorumluluğu tazminatının diğer iktisadi işletmecilere uygulandığı durumlara, 21. maddede ise sorumluluğu ortadan kaldıran hallere yer verilmiştir. Çalışmamızda ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlerin değerlendirilmesine geçmeden evvel, sorumluluğun ÜGTDK'da düzenlenmesinin, kanun yapma tekniği bakımından uygun olup olmadığı hususu üzerinde durulacaktır.

### B. Hükümün Mevzuattaki Yerinin Kanun Yapma Tekniği Bakımından Değerlendirilmesi

7223 sayılı ÜGTDK'nın 1. maddesi uyarınca kanunun amacı, ürünlerin güvenli ve teknik düzenlemelere uygun olmasını sağlamak; piyasa gözetimi ve denetiminin esasları ile yetkili kuruluşların görevlerini ve iktisadi işletmeciler ile uygunluk değerlendirme kuruluşlarının yükümlülüklerini belirlemektir. Kanun'un amacından ve muhtevassından anlaşıldığı üzere amaç ürünlerin kamusal düzenlemelere uygunluğunu denetlemek ve bu düzenlemelere aykırılık gösterilmesi halinde uygulanacak idari yaptırımları belirlemektir. Gerek Kanun'un amacı gerek yerine geçerek mülga ettiği 4703 sayılı Kanun dikkate alındığında, ÜGTDK'nın kamu hukuku yönünün ağır olduğunu söylemek mümkündür.

Kanun koyucu, kamu hukuku niteliği ağır basan ÜGTDK ile özel hukuka ilişkin bir sorumluluk türü olan ürün sorumluluğunu düzenlemiş, böylece olması gereken hukuk bakımından doktrinin uzun yıllardır ısrarla belirttiği özel bir ürün sorumluluğu kanununun kabul edilmesi yahut en azından Borçlar Kanuna yapılan

<sup>67</sup> GEIGEL / *Haag*, Haftpflichtprozess, Kap.14, N.278; Edimden bağımsız borç ilişkilerinde sözleşmeye dayalı sorumluluğa gitme çabası ağırlıklı olmakla birlikte, burada kusursuz sorumluluk hükümlerine dayalı bir borç ilişkisi doğmaktadır.

<sup>68</sup> ÖZTAN, s. 29; HAVUTÇU, s. 73; FELLMANN, Walter: *Basler Kommentar, OR I, Art.1-529*, (Hrsg.) HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WIEGAND, Wolfgang: 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, PrHG, Art.1, N.3.

<sup>69</sup> HAVUTÇU, s. 107.

bir ekleme ile ürün sorumluluğuna burada yer verilmesi fikrini göz ardı etmiştir<sup>70</sup>. Her ne kadar ÜGTDK ile getirilen düzenlemeler, Direktiften bugüne değin ürün sorumluluğunda atılan en somut adım olarak değerlendirilebilecek olsa da bir özel hukuk sorumluluğunun, kamu karakteristiği olan bir kanunla düzenlenmesi belirli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Bu sakıncaların başında özel hukukta ve kamu hukukunda kullanılan kavramların terminolojik farklılığı veya her zaman birbirleriyle örtüşmeme riski gelir. Esasen özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı mevcut olan bu kavram karmaşasının önüne geçmekte ve hukukun sistemli ilerleyişine hizmet etmektedir. Kanun koyucunun bu imkânı kullanmaktan imtina ederek ürün sorumluluğuna ilişkin hükümleri ÜGTDK'nın içinde düzenlemesi, söz konusu kavramların amacına aykırı olarak yorumlanmasına müsait bir zemin hazırlayacaktır. Örneğin, Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (r) bendinde *uygunsuzluk* kavramı tanımlanmış, buna göre uygunsuzluk, ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hali olarak ifade edilmiştir. ÜGTDK'nın ürün sorumluluğu tazminatına yer verdiği m.6/f.II'de ise zarar görenin, "... *uygunsuzluk ve zarar arasındaki nedensellik bağımlı...*" ispat etmesi şartı aranmıştır. Burada akla haklı olarak m.6/f.II'de geçen uygunsuzluk kavramının m.3/ (r) bendinde verilen tanıma göre mi yorumlanacağı sorusu gelmektedir. Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, teknik düzenleme veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olarak piyasaya sürülmüş bir üründe uygunsuzluktan (*Widrigkeit*) söz edilemeyeceği için, sorumluluğun da doğmayacağı gibi bir anlam çıkarılabilir. Oysaki 6. maddede zikredilen uygunsuzluk ifadesini yalnızca zorunlu güvenlik normlarına uygun olmama olarak değil gerekli tüm güvenlik önlemlerine uygun olmama olarak anlamak gerekir.<sup>71</sup>

Uygunsuzluk ifadesi daha çok tanımından da anlaşıldığı üzere, ürünün teknik düzenlemeye veya gerekli ürün mevzuatına uygun olmamasını ifadeye uygundur. Halbuki bir ürünün teknik düzenleme ve genel ürün güvenliği mevzuatına uygunluğu, o üründe güvenlik eksikliği olmadığı sonucunu doğurmaz. Bu sebeple, özel hukuk sorumluluğunun şartları ifade edilirken, uygunsuzluk ifadesi yerine hatalı ürün (*fehlerhafter Produkt*) yahut en azından güvenli olmayan ürün (*Unsicherheit*) kavramı tercih edilmeliydi<sup>72</sup>.

Diğer yandan ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlerin ÜGTDK içindeki düzenlemesi de sistemli değildir. İmalatçının (idari) yükümlülüklerinin ve ürün sorumluluğu tazminatının diğer iktisadi işletmecilere uygulandığı durumlar aynı hükümde düzenlenmiş (m.11), iktisadi işletmeciyi sorumluluktan kurtaran hal-

<sup>70</sup> 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı için aynı yönde eleştiriler için bkz. ÜNAL / KALKAN, s. 63.

<sup>71</sup> ÖZ, s. 7.

<sup>72</sup> 85/374 sayılı Direktif m.4; ProdHG §1; PrHG Art.1; ÖZ, s. 7.

lerde ise bir yandan tüm iktisadi işletmecileri kapsar şekilde idari yaptırımların uygulanmayacağı haller, diğer yandan yalnızca imalatçıyı ve ithalatçıyı idari sorumluluktan ve ürün sorumluluğundan kurtaran haller düzenlenmiştir (m.21). Hal böyle olunca, idari düzenlemelerle, özel hukuk sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler daha da iç içe geçmiştir.

Ürün sorumluluğu ve ürün güvenliği meselesi, nasıl ki iki ayrı Avrupa Birliği Direktifine<sup>73</sup>, üye ülkelerde de ayrı kanuni düzenlemelere konu olmuşsa<sup>74</sup>, Türk hukuku bakımından da bu ayrımı yapmak son derece önemli ve gereklidir. Aksi halde, direktiflerin hazırlanmasındaki amaç ve öngördüğü usuller dikkate alınmaksızın tek bir kanunla meseleyi çözmeye çalışmak, tabiri caizse “bir taşla iki kuş vurma” gayreti iç hukukumuzda, özel hukuktaki tazminat sorumluluğu sistematığının bozulmasına yol açacaktır.

### C. Ürün Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Direktifle Uyumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi

#### 1. Sorumluluğun Şartları

##### a. Güvenli Olmayan Ürünün Piyasaya Sürülmüş Olması

Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı ÜGTDK m.6/f.I'e göre zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur. Buna göre üreticinin, ürün sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle, ürün kavramının açıklanması gerekmektedir. Hükümün ikinci fıkrasında ise, imalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu sebeple söz konusu ürünün, kendisinden beklenen güvenliği sağlamakta eksik, hatalı bir ürün olması gerekir. En nihayetinde sorumluluğun doğabilmesi için söz konusu hatalı ürün piyasaya arz edilmiş olmalıdır.

##### aa. Genel Olarak Ürün Kavramı ve Kapsamı

Ürün sorumluluğundan bahsedebilmek için, zararın bir ürün dolayısıyla doğmuş olması gerekir. Bu anlamda hizmet dolayısıyla zarar görenlerin zararları ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilmez<sup>75</sup>. Ürün sorumluluğu temelde taşınır ürünlerin vermiş olduğu zararlara ilişkin olarak kabul edilmiş, taşınmaz-

<sup>73</sup> 1985/374 sayılı AET Direktifi ve 2001/95 sayılı AB Direktifi.

<sup>74</sup> Almanya'da Direktif doğrultusunda ürün güvenliğine ilişkin ilk kanun (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz) 2004 yılında kabul edilmiş, “Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt (Produktsicherheitsgesetz- ProdSG)” ise 1 Aralık 2011'de yürürlüğe girmiştir. İsviçre'de ise direktife uygun olarak hazırlanan güncel “Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG)” 1 Temmuz 2010'da yürürlüğe girmiştir.

<sup>75</sup> HESS, Teil 2, Art.3, N.24.



lar sorumluluk kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>76</sup>. Ancak 85/ 374 sayılı Direktifte taşınır ürünlerin kapsamı dar tutulmamış, başka bir taşınır mala ya da taşınmaza dahil edilmiş taşınırlar da ürün kapsamı içinde değerlendirilmiştir.

Direktifin ilk halinde doğal tarım ürünleri ve av ürünlerini ürün sorumluluğu kapsamı dışında bırakılmış, ancak Avrupa Birliği Konseyi'nin 10.05.1999 Tarih ve 99/34 Sayılı Ayıplı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Üye Ülkelerin İdari ve Hukuki Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Konsey Direktifi'nin (85/374) Değiştirilmesine İlişkin Konsey Yönergesi ile “*doğal tarım ürünleri ve av ürünleri hariç olmak üzere*” ifadesi çıkarılmış, ürün kapsamına doğal tarım ürünleri ve av hayvanlarını dahil olmuştur<sup>77</sup>. İlgili değişiklik daha ziyade 1986 yılında İngiltere’de saptanan ve diğer ülkelere de yayılan, Bovine Spongiforme Enzephalopathie (BSE)<sup>78</sup> krizine paralel olarak getirilmiştir<sup>79</sup>. Taşınır eşyanın ne olduğu hususu kural olarak üye ülkelerin mevzuatlarına göre belirlenecek olmakla birlikte, Direktifin 2. maddesinde açıkça elektriğin de ürün tanımı içinde yer aldığı düzenlenmiştir.

Direktifteki bu düzenlemeye karşılık ÜGTDK’ya baktığımızda, m.3/b.(s)’de ürün, her türlü madde, müstahzar veya eşya olarak ifade edilmiştir. Kanun’un ürünü bu derece geniş tanımlamış olması, taşınmazların da ürün kapsamında mı değerlendirileceği sorusunu akla getirebilir. Ancak bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Zira eşya, TDK’daki tanımında “*Türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelere*” olarak ifade edilmiştir. Kanaatimizce kanun koyucu burada eşya hukukunda yapılan taşınır/taşınmaz eşya ayırımından bağımsız olarak, TDK anlamına uygun olarak yalnızca taşınır eşyaları esas almıştır<sup>80</sup>. Taşınmazların ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi halinde

<sup>76</sup> HESS, Teil 2, Art.3, N.6; 4077 Sayılı eTKHK ve 25137 Sayılı Yönetmelikte ürün kavramı yerine ‘mal’ ifadesi tercih edilmiş, bunun içine konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar da dahil edilmiştir. Bu düzenleme direktifle uyumlu olmaması sebebiyle eleştirilmiştir; Taşınmazlara ilişkin yapım bozuklukları ve bakım eksiklikleri sebebiyle TBK m.69’a göre, yapı malikinin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.

<sup>77</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, Einl., N.5.

<sup>78</sup> Halk arasında deli dana hastalığı olarak ifade edilen bu hastalık sebebiyle özellikle İngiltere’de birçok ölüm olayı gerçekleşmiştir.

<sup>79</sup> FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1062; TEMEL, s. 1312.

<sup>80</sup> 5/7/2018 tarihinde sunulan Komisyon Raporunda (COM/2018/246), yaşanan teknolojik gelişimlere paralel olarak hizmet ve ürün arasındaki ayırımın giderek belirsizleştiğine vurgu yapılmış, dijital verilerin, yazılımların, algoritmaların esas alındığı, yapay zekaya evrilen bir döneme girildiğine dikkat çekilmiştir. Bu anlamda 1985 yılında kabul edilen Direktifin, tanımlar ve kapsamı bakımından bir revizyona ihtiyaç duyabileceği sinyalleri verilmiştir. Metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=DE>; Alman hukukunda da yazılımları ürün sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır, bkz. HESS, Teil 2, Art.3, N.31 vd.; Direktifin mevcut haliyle maddi olmayan değerleri ürün kapsamına almadığı yönünde bkz. MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §2, N.27; TEMEL, s. 1314.

taşınmazlara ilişkin özel sorumluluk hallerinin ihdas edilmiş olması anlamını yitirecek<sup>81</sup>, Direktifin amacından da sapılmış olacaktır. Kanun'un taşınmazlardan bahsetmemesi ve Kanun'da yer alan, 'ürünün ithal edilmesi', 'dağıtımı', 'tüketimi', 'piyasadan geri çekilmesi', 'geri çağırılması', 'uygunluk işareti konulması' gibi ifadelerin taşınmazlar bakımından uygulanmasının izaha muhtaçlığı da göz önüne alındığında kanun koyucunun niyetinin taşınmazları kapsama almak yönünde olmadığı açıktır.

Kanunda geçen müstahzar kavramı TDK'da, "*önceden hazırlanarak eczanelerde satışa sunulan ilaç*" olarak tanımlanmıştır. Yine 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nda da kavram, ilacı tanımlamak için kullanılmıştır<sup>82</sup>. Buna göre ilaçlar da ÜGTDK kapsamında ürün olarak kabul edilmiştir. Düzenleme, özellikle özel bir ilaç kanunu bulunmayan Türk hukukunda, insanlar veya hayvanlar üzerinde kullanılmak üzere üretilen ilaçların üreticilerinin de sorumlu olmalarını sağlamaları bakımından olumludur.

Doğal tarım ürünleri ve hayvancılık ürünlerinin ÜGTDK kapsamında ürün sayılıp sayılmadığı hususu ise açık olmamakla birlikte, ürün kavramının Kanun'da yapılan geniş tanımından yola çıkarak, bunları kapsama almayı engelleyecek bir sınırlamanın mevcut olmadığını söylemek mümkündür<sup>83</sup>. Bu sebeple gerek Direktife uyum gerek söz konusu tarım ve hayvancılık ürünlerindeki hatalar dolayısıyla ortaya çıkabilecek zarar tehlikesi dikkate alındığında söz konusu zararların da ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesi gerekir.

Sonuç olarak ürün, doğal veya işlenmiş her türlü taşınır şey olarak kabul edilmeli, Direktife uygun olarak taşınmaza işlenmiş bulunan taşınırlar da ürün kapsamında ele alınabilmelidir<sup>84</sup>. Her ne kadar ÜGTDK'da açıkça elektriğin ürün olarak değerlendirildiği belirtilmemişse de TMK m.762'ye göre taşınır mülkiyetinin konusuna, taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler de dahil olduğundan, elektriğin de ürün kapsamında değerlendirilmesine Türk hukuku bakımından bir engel yoktur<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Bkz. dn. 76.

<sup>82</sup> DÖNMEZ, s. 383.

<sup>83</sup> Ancak sorumlu tutulan kişinin imalatçı olarak ifade edilmesi, imalat sürecine girmeyen doğal tarım ve hayvancılık ürünlerinin ÜGTDK kapsamında ele alınamama sakıncasını doğurabilecektir. Sorumlu tutulacak kişiler başlığı altında bu konu üzerinde daha detaylı durulmuştur.

<sup>84</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §2, N.9 vd.

<sup>85</sup> HESS, Teil 2, Art.3, N.10; Bu hüküm daha ziyade elektriği eşya kapsamına dahil etmeyen ülkeler için öngörülmüştür, örneğin Alman hukukunda elektrik eşya olarak tanımlanmamıştır, bkz. MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §2, N.13.

### bb. Hatalı Ürün (Güvenli Olmayan Ürün)

Ürün sorumluluğunun temeli ürünün kendisinden beklenen haklı güvenlik beklentisini karşılamamasına dayanır<sup>86</sup>. Bunun için üründe, kendisinden beklenen güvenliği sağlamamasına sebebiyet veren bir eksikliğin bulunması gerekir<sup>87</sup>. Her ne kadar bu eksiklik bazı kaynaklarda<sup>88</sup> ayıp olarak ifade edilmişse de burada üründeki tipik bir ayıptan (*Mangel*) değil, ürün sorumluluğunun temelini oluşturan ve üründe güvenlik eksikliği doğmasına sebebiyet veren bir hatadan (*Fehler*) söz edilmektedir<sup>89</sup>. Doktrinde güvenli olmama hali, tasarım (*Konstruktion*)<sup>90</sup>, bilgilendirme (*Instruktion*)<sup>91</sup>, fabrikasyon (*Fabrikation*)<sup>92</sup> ve gelişim<sup>93</sup> (*Entwicklung*)

<sup>86</sup> SCHWENZER, s. 309.

<sup>87</sup> ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 503; Üründeki hata sebebiyle ürünün piyasaya sürüldüğü anda zarar doğurma tehlikesini ihtiva etmesi, böylece zararın doğumuna zemin hazırlanması, sözleşme dışı sorumlulukta hukuka aykırılık unsurunun sağlanması için de yeterli olacaktır, bkz. TEMEL, s. 1304; ÖZ, s. 9; BALIOĞLU, Dilek: "Gıda Üreticisinin Sorumluluğu", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2017, Cilt 3, Sayı 2, s. 148.

<sup>88</sup> KIRCA, s. 125 vd.; TIRYAKI, s. 230 vd.; ÇINAR, s. 136.

<sup>89</sup> ROLLAND, Walter: *Produkthaftungsrecht*, Verlag F. Rehm, München, 1990, s. 123 vd.; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 503; ÖZ, hata kavramının kişilerin iradi durumuna yönelik bir kavram olduğunu bu sebeple eşyaları hatalı veya kusurlu olarak nitelemenin doğru olmadığını savunmuştur, bkz. ÖZ, s. 8, dn. 1.

<sup>90</sup> Tasarım hatası ile ürünün henüz tasarımı aşamasında, kendisinden beklenen güvenliği sağlamasına engel bir durum yaratılmış olup, üretilen ürünlerin tamamına tesir eden bir eksiklik söz konusu olur.

<sup>91</sup> Bilgilendirme hatasında ürünün güvenli kullanımını sağlayıcı bilgilerin eksik veya yanlış verilmesi yahut zararın doğumunu önleyici uyarıların yapılmamış olması söz konusudur. Ancak ürünü kullanan kişinin belirli bir uzmanlığı gerektiren teknik bilgiye sahip olması bekleniyorsa, bu kişiye yönelik bilgilendirmenin yapılmış olması yeterli olacaktır; örneğin, reçeteli satılan bir ilacın üreticisi, doktorlara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş, buna karşın doktorun gerekli uyarıları hastasına yapmaması neticesinde bir zarar doğmuşsa artık ilaç üreticisinin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Anglo-Sakson hukuk sisteminde geliştirilen ve "learned intermediary" olarak ifade edilen bu yorum, İsviçre Federal Mahkeme kararlarına da yansımıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: "Die learned intermediary-Doktrin im schweizerischen Pharmarecht", *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 2016, s. 1645 vd.; YILDIRIM, s. 27 vd.

<sup>92</sup> Fabrikasyon hatası üretilen ürünlerin tamamında güvenlik eksikliğine sebebiyet vermemekle birlikte, daha ziyade, yığın üretim yapan fabrikalarda makinaların işletimine ilişkin hatalar dolayısıyla, serinin tamamında ortaya çıkan eksikliği ifade eder. Bu ürünler "üretim kaçacağı (Ausreißer)", "Montagsproduktion" olarak da nitelendirilir, bkz. GEIGEL / Haag, *Haftpflichtprozess*, Kap.14, N.274; Üründeki hatanın tespiti özellikle fabrikasyon hataları bakımından zordur. Zira her türlü önlem alınsa dahi, zararın doğumunu engellemek mümkün olmayabilir. Alman Federal Mahkemesinin bir kararında, pastaneden aldığı vişneli tatlının (Kirschtaler) içinden kiraz çekirdeği çıkması sebebiyle köpek dişi kırılan ve manevi tazminat talebinde bulunan davacının talebi eyalet mahkemesinde kabul edilmiş olmasına karşın, çekirdeklerin çıkarılması için üreticinin yapmış olduğu masraflar ve hatanın sağlığa ilişkin ağır tehlike doğurmaması göz önüne alarak sorumluluğun doğmadığına karar verilmiştir, bkz. Kirschtaler Fall BGH, NJW 2009, 1669 = JuS 2009, 666, FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1062.

<sup>93</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, İsmail / AYDIN, Ramazan, "İnkışaf Riski- İmalatçının/Üreticinin Sorumluluğu", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 680 vd., TARMAN, s. 323; Gelişim hatası bir diğer anlamda üreticinin ürününü izleme yükümlülüğünü (Produktbeobachtungspflicht) ifade eder. Bir ürünün piyasaya sürüldüğü zamandaki bilimsel ve teknik verilerle zarar doğurma tehlikesi bilinmiyor, ancak daha sonra teknoloji ve bilimde yaşa-

hatası olmak üzere dört sınıfta hataya dayandırılmıştır<sup>94</sup>. Bu hatalardan biri mevcut olduğunda, üründe güvenlik eksikliği (açığı) doğmakta, bu da üründen beklenen haklı güvenlik beklentisinin karşılanamaması sonucunu doğurmaktadır<sup>95</sup>.

Sorumluluğun şartlarına ilişkin olarak, uygunsuzluk yerine hatalı ürün kavramının tercihi yukarıda da ifade ettiğimiz üzere özel hukuk terminolojisine daha uygundur. Zira temel kavram olarak güvenli olmayan ürün ifadesinin kullanılması dahi, daha ziyade kamu hukuku terimini çağrıştırmakta<sup>96</sup>, diğer yandan sorumluluğun şartından ziyade temel dayanağına işaret etmektedir. Ancak ürünün güvenli olmaması ile hatalı olması arasında sıkı bir bağ da mevcuttur. Buna göre ürünün güvenli olup olmadığı hususu, ürünün bizatihi doğasından kaynaklanan tehlike nazara alınarak değil, üründeki hata dolayısıyla doğan tehlikeye göre tespit edilmelidir<sup>97</sup>. Üründen beklenen güvenlik, mutlak güvenlik olmayıp, makul güvenlik beklentisidir. Makul güvenliğin tayininde, subjektif kriterler değil, objektif kriterler esas alınır<sup>98</sup>. Buna göre, ürünün doğurabileceği zarar tehlikesi ne kadar fazla ise kendisinden beklenen güvenlik beklentisi de o oranda yüksek olacaktır<sup>99</sup>.

Direktifte hata türleri üzerinde durulmamış, m.6'ya göre ürünün sunumu, üründen makul olarak beklenen kullanım ve ürünün piyasaya sürüldüğü tarih dikkate alındığında kişinin beklemeye haklı olduğu güvenliği sağlamayan ürünler hatalı ürün olarak kabul edilmiştir. ÜGTDK'da hatalı veya güvenli olmayan ürün kavramları tanımlanmamış olmakla birlikte, m.3/ b. (e)'de güvenli ürün tanımı

nan gelişmelerle bu durum anlaşılıyorsa, üreticinin gerekli tedbirleri alması, örneğin ürünü kullananları bu konuda bilgilendirmesi yahut ürünü piyasadan geri çağırması beklenir, bkz. SCHWENZER, s. 309; FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1058; Alman Federal Mahkemesinin Honda kararı ürün izleme yükümlülüğü açısından ilgi çekici bir karardır. Karara konu olayda davacı baba, Honda marka motosikletiyle kaza yaparak yaşamını yitiren oğlunun ölümünden, motosiklete aksesuar olarak eklenen ve davalılardan K'nin üretmiş olduğu gidon kapağındaki tasarım hatasının ve bu konuda birçok şikâyet almış ve gidonun belirli bir hızdan sonra ön tekerlek tutuşunu önemli ölçüde etkilediğini tespit etmiş olmasına rağmen, kullanıcılarını uyarmayan Honda üreticisinin sorumlu olduğunu iddia etmiştir. Federal Mahkeme, üreticinin ürününün diğer üreticilerin ürünleriyle birleştirmesinden doğabilecek tehlikeleri zamanında tespit etmek için ürünlerini gözlemlemekle yükümlü tutmuş ve bu tehlikeye ilişkin gerekli önlemleri almayan üreticinin sorumlu olduğuna karar vermiştir, bkz. BGH 6. Zivilsenat, Datum: 09.12.1986, Az: VI ZR 65/86, NJW 1987, 1009-1012 (LT1-2).

<sup>94</sup> HESS, Teil 2, Art.4, N.31 vd.; ROLLAND, s. 124 vd.; TEMEL, s. 1305; ÖZSUNAY, s. 108 vd.; ATABEK, s. 167; BALIOĞLU, s. 144 vd.; PAKSOY / DEMİR, s. 309 vd.; Doktrinde bazı yazarlar ise hata yerine ayıp kavramını tercih etmiştir, bkz. TIRYAKI, s. 240 vd.; AYDOS, s. 141 vd.

<sup>95</sup> Bu bağlamda ilgili kavramlar arasında bir neden-sonuç ilişkisi olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>96</sup> ÜNAL / KALKAN, s. 56.

<sup>97</sup> HESS, Teil 2, Art.4, N.15.

<sup>98</sup> HESS, Teil 2, Art.4, N.20; TARMAN, s. 315; YILDIRIM, s. 25; ÇINAR, s. 144; ÜNAL / KALKAN, s. 57.

<sup>99</sup> TEMEL, s. 1305.

verilmiştir. Buna göre, “*kullanım süresi, hizmete sunulması, kurulumu, kullanımı, bakımı ve gözetimine ilişkin talimatlara uygun ve normal kullanım koşullarında kullanıldığında risk taşımayan veya sadece ürünün kullanıma özgü asgari risk taşıyan ve insan sağlığı ve güvenliği için gerekli düzeyde koruma sağlayan ürün*” güvenli üründür. Bu ifadenin mefhumu muhalifine göre, bir ürün piyasaya sürüldüğünde gerekli talimatlara ve normal kullanım amacına uygun kullanılmasına rağmen risk taşıyorsa (kullanıma özgü asgari risk sınırını aşan) ve insan sağlığı ve güvenliği için gerekli düzeyde koruma sağlanamamışsa güvenli değildir<sup>100</sup>.

Ürün sorumluluğunun şartlarına ilişkin olarak ÜGTDK m.6/f.II’de ürünün hatalı olması yahut güvenli olmamasından bahsedilmemiş, ‘... *zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur*’ ifadesine yer verilmiştir. Daha önce yaptığımız açıklamalar doğrultusunda ÜGTDK m./f.II’deki hükmün, ‘... *zarar gören tarafın uğradığı zararı ve üründeki hata ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ...*’ şeklinde değiştirilmesi kanaatimizce isabetli olur.

#### **cc. Piyasaya Arz Edilmiş Olma**

Piyasaya arz, ÜGTDK m.3/b.(k)’ya göre, ürünün ilk kez piyasada bulunulmasını ifade eder. Şayet ürün piyasaya arz edilmemişse, ürün sorumluluğunun doğması da söz konusu olmayacaktır. Üreticinin sorumluluğuna gidilebilmesi için ürünün üretici tarafından piyasaya arz edilmiş olması, diğer bir ifadeyle arza yönelik açık veya örtülü iradesinin varlığı gerekmektedir<sup>101</sup>.

Ürün sorumluluğu, ancak piyasaya sürülme anında üründe bir hata olması halinde söz konusudur<sup>102</sup>. Piyasaya sonradan daha iyi bir ürünün sürülmüş olması, ürünü hatalı ürün haline getirmez<sup>103</sup>. Ancak, ürünün piyasaya arzı anında hatalı olduğunun bilinmemesi de sorumluluğun doğmasına engel değildir<sup>104</sup>.

Ürünün piyasaya arz edilmesi sorumluluğun doğumu için aranan şartlardan biri olmakla birlikte, söz konusu an, hatanın mevcut teknik ve bilimsel gelişmeler ışığında bilinebilir olup olmadığını, hak düşürücü süre öngörülmüşse bu sürenin hangi andan itibaren başlayacağını tespit bakımından da önemlidir<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 503.

<sup>101</sup> HESS, Teil 2, Art.5, N.4.

<sup>102</sup> Örneğin, gıdanın piyasaya sürülmesinden sonra, üçüncü bir kişinin, bir başkasını zehirlemek amacıyla gıdanın içeriğini değiştirmesi durumunda ürün sorumluluğu doğmaz, bkz. HESS, Teil 2, Art.4, N.119.

<sup>103</sup> HESS, Teil 2, Art.4, N.132; Direktif m.6/f.II’de bu durum açıkça düzenlenmiştir.

<sup>104</sup> ÜNAL / KALKAN, s. 54.

<sup>105</sup> KIRCA, s. 143.



### b. Zarar

Ürün sorumluluğunun doğabilmesi için aranan bir diğer şart zararın varlığıdır. ÜGTDK m.6/f.I'e göre, güvenlik hatası ihtiva eden bir ürünün piyasaya sürülmesi sebebiyle, bir kimsenin yaşamı sona ermiş, yahut vücut bütünlüğünde veya malvarlığında bir azalma meydana gelmişse, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur. Bahse konu zarar ürüne refakat eden zarar olup<sup>106</sup>, ürünün bizatihi kendisinde meydana gelen zararlar, ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilmez<sup>107</sup>. Bunlar için, ayıba karşı sorumluluk hükümlerine gidilmesi mümkündür<sup>108</sup>. Aynı zamanda yoksun kalınan kâr gibi, tipik sözleşmenin ihlalden doğan taleplerin de ürün sorumluluğu kapsamında talebi mümkün değildir<sup>109</sup>.

Ürün sebebiyle ortaya çıkan zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir. Direktifte manevi zararın tazminine imkân sağlama hususu ülkelerin iç hukukuna bırakılmıştır. ÜGTDK m.6/f.V'te "*Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*" denilmek suretiyle açıkça manevi tazminat talebinin de mümkün olduğu belirtilmiştir.

Burada zararın konusuna ve miktarına göre, sorumluluğa getirilen birtakım sınırlandırmalara da değinmekte yarar vardır<sup>110</sup>. Direktifin 9. maddesinde ürünün kendisi dışındaki mala verilen zararların tazmini için, zarara konu malın özel kullanıma veya tüketime özgü olması ve zarara uğrayan kişi tarafından bu doğrultuda kullanılmış olması şartı aranmıştır<sup>111</sup>. Böylece malvarlığına ilişkin zararlar tüketicileri koruma yönelimi ön plana çıkmış (*Business to Consumer*)<sup>112</sup>, üreticinin, tüketiciye karşı sorumluluğu ile işletmeye karşı sorumluluğunu birbirinden ayıran (*Business to Business*) bir kısıtlamaya gidilmiştir<sup>113</sup>.

<sup>106</sup> ÖZTAN, s. 22; HESS, Teil 1, N.89.

<sup>107</sup> SCHWENZWER, s. 310; PAKSOY / DEMİR, s. 311.

<sup>108</sup> ATAMER, s. 95.

<sup>109</sup> EREN, s. 593.

<sup>110</sup> Her ne kadar söz konusu durumlar özünde sorumluluğun sınırlandırılması sonucunu doğursa da sınırlandırmanın zarar ile yakın ilişkisi sebebiyle konu bu başlık altında ele alınmıştır.

<sup>111</sup> İsviçre PrHG Art.1' ve Alman ProdHG §1'de direktife uygun olarak, malvarlığına ilişkin zararın tazmini için, şeyin özel tüketime veya kullanıma ilişkin olması, zarar görenin de şeyi bu kullanıma uygun olarak kullanması şartı aranmıştır.

<sup>112</sup> FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1061 vd.

<sup>113</sup> BSK OR I / FELLMANN, PrHG, Art.1, N.8; Bu kısıtlamanın sebeplerine yönelik olarak bkz. KIRCA, s. 157; TEMEL, s. 313; ÜNAL / KALKAN, s. 65, dn. 125.

Mala ilişkin zararlar bakımından ise ÜGTDK’da, malın kişisel kullanıma özgü olması ve bu amaçla kullanılmış olması şartları aranmamıştır. Esasen ürün sorumluluğunda amacın yalnızca tüketicileri korumaktan ziyade, zarar gören herkesi koruma amacı dikkate alındığında söz konusu sınırlama eleştiriye açıktır<sup>114</sup>. Zira bir ürünün kişisel kullanıma özgü olması, zararın doğduğu an bakımından kişisel kullanımda olduğu hususları subjektif bir yorumu da beraberinde getirdiğinden uygulama açısından oldukça zordur. Örneğin, buzdolabı kişisel kullanıma özgü bir eşya olarak mı kabul edilecektir?<sup>115</sup> Yahut kalabalık bir ailenin kullandığı buzdolabının kişisel kullanımda olduğu, bunun yanında iki kişinin çalıştığı bir avukatlık bürosunda kullanılan buzdolabının kişisel kullanımda olmadığı gibi bir yorum ne derece sağlıklı olacaktır? Eşyanın özgülendiği amaca yönelik böylesi bir sınırlandırmanın ÜGTDK’ya alınmasından evvel sınırların somutlaştırılmasına ihtiyaç vardır. Diğer yandan söz konusu sınırlandırmanın üye devletler bakımından bir zorunluluk teşkil edip etmediği hususu tartışmalıdır<sup>116</sup>. Tartışma temelde, Direktif normlarının üye ülkelerin iç hukuklarında tam bir uyumlaşma mı (*Vollharmonisierung*), yoksa minimum standartları öngören bir uyumu (*Mindestharmonisierung*) mu ihtiva ettiği noktasında toplanmaktadır<sup>117</sup>. Özellikle Alman hukukunda son yıllarda, direktifte zarar göreni koruyan hükümlerin kaldırılmayacağı ve sınırlandırmayacağı kabul görünürken, ürün sorumluluğuna ilişkin ilave hükümlerin getirilerek zarar görenlere daha iyi korunma sağlanmasının mümkün olduğu fikri ileri sürülmüştür<sup>118</sup>. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD, *EuGH*)<sup>119</sup> ise bu görüşün aksine, direktifin tam bir uyumlaştırma hedefinde olduğu ve üye devletlerin sorumluluğu sınırlandıran hükümleri göz ardı edemeyeceği yönünde kararlara yer vermiştir<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> BSK OR I / FELLMANN, PrHG, Art.1, N.8; CANPOLAT, s. 386.

<sup>115</sup> Söz konusu eşyanın yaşamı sürdürmeye ya da para kazanmaya hizmet etmesine göre bir ayırım yapılabileceği yönünde, bkz. MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §1, N.15.

<sup>116</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, Einl., N.3.

<sup>117</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, Einl., N.3.

<sup>118</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, Einl., N.3.

<sup>119</sup> 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile “Avrupa Toplulukları Adalet Divanı” (ATAD), “Avrupa Birliği Adalet Divanı” (ABAD) adını almıştır.

<sup>120</sup> Skov/Bilka Lavprisvarehus Kararı, EuGH 10.01.2006, KS; Karara konu olayda Danimarka kaunun koyucusu tedarikçinin üreticiye rücu imkânı olan hallerde, tedarikçinin (Liefenrant) de ürün sorumluluğu kapsamında kusursuz sorumlu olacağını düzenlemiştir. ATAD ise direktifin uygulama alanının üreticilerle sınırlı olduğunu, üye ülkenin sınırlandırma getirmiş dahi olsa tedarik edeni ürün sorumluluğu kapsamında birinci dereceden sorumlu tutamayacağını, bu anlamda direktifin tam bir uyumlaştırma gayesinde olduğunu vurgulamıştır. Benzer yönde bkz. C-183/00 (Slg. 2002, I-3901 = EuZW 2002, 574, N.25 = NJW 2002, 3090 L- González Sánchez).

Direktifte zararın tazmini talebi, zararın miktarı bakımından da sınırlandırmıştır. Buna göre, mala ilişkin bir zararın tazmini ancak, zararın 500 ECU'luk<sup>121</sup> alt eşiği aşması halinde mümkün olacak, bu miktarın altındaki zararlara (*Bagatellschäden*) zarar gören katlanacaktır (*Selbstbeteiligung bei Sachbeschädigung*)<sup>122</sup>. Zararın tazmini ancak 500 ECU'luk alt eşiğin aşıldığı durumlarda talep edilebilecektir<sup>123</sup>. Bununla küçük miktarlara ilişkin aşırı sayıda davanın açılmasının önüne geçmek istenmiş, tazminat talebi büyük miktarlarla sınırlandırılmıştır<sup>124</sup>. Üye ülkelerin iç hukuklarında alt eşik öngören düzenlemelere yer vermemesi ise ATAD nezdinde ihlal kararlarının verilmesine yol açmıştır<sup>125</sup>. ÜGTDK'da sorumluluğun miktarına ilişkin alt eşik öngörülmemiştir. Kanaatimizce Türk hukuku bakımından, mala ilişkin zararlar bakımından parasal bir alt sınırın öngörülmesi gerek usul ekonomisine hizmet etmesi gerekse Direktife uygunluk bakımından yerinde olurdu<sup>126</sup>. Şayet böyle bir alt eşik öngörülürse, miktarın, ülkenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik şartlara göre belirlenmesi ve söz konusu şartların değişimine paralel olarak da alt eşik miktarının belirli aralıklarla güncellenmesi sağlıklı olacaktır.<sup>127</sup>

Direktifle yalnızca sorumluluğa ilişkin alt eşik belirlenmemiş, 16. maddeye göre, üye devletlere, şahsa ilişkin zararlara, aynı hataya sahip özdeş ürünlerin neden olması halinde, üreticinin toplam sorumluluğunu (*Haftungshöchstbetrag*) 70 Milyon ECU'dan az olmayan bir tutarla sınırlandırma serbestisi tanınmıştır. Üreticinin sorumluluğuna sınır getirme düşüncesi en fazla Alman hukukunda

<sup>121</sup> European Currency Unit, 1 Ocak 1999'dan itibaren ECU yerine Euro kullanılmaktadır.

<sup>122</sup> Bkz. Direktif m.9; ProdHG §11'de zarara ilişkin 500 Euro alt limit benimsenirken, PrHG Art.6'da bu miktar 900 Franktır.

<sup>123</sup> Söz konusu alt eşiğin, her durumda zarar görenin tazminat talebinden indirilmesi mi yoksa yalnızca zararın 500 Euro'nun altında kaldığı durumlarda mı uygulanması gerektiği hususu tartışmalıdır. Buna göre bazı yazarlar ve Komisyon, maddenin lafzının açık olduğunu mala ilişkin zararın 500 Euro'nun üzerinde olduğu bir ihtimalde ancak 500 Euro'yu aşan kısım için tazminat talebinde bulunulabileceğini, bu miktara kadarki kısma zarar görenin katlanması gerektiğini belirtmişlerdir, bkz. MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §11, N.3; HESS, Teil 2, Art.3, N.4; HAVUTÇU, s. 88; ÜNAL/KALKAN, s. 65, dn. 125; aksi görüş için bkz. MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §11, N.3, dn. 8; diğer yandan zarar görenin bu miktara kadarki zarara katlanması da ancak ürün sorumluluğu bakımından beklenebilir. Şayet üreticinin ayrıca kusuru varsa ve zarar gören kusuru ispatlarsa, haksız fiil hükümlerine göre söz konusu alt eşiğin altındaki miktarın da talep edilmesi mümkündür, bkz. HESS, Teil 2, Art.3, N.3.

<sup>124</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §11, N.1 vd.; KIRCA, s. 161.

<sup>125</sup> Alt eşik öngörmeyen Fransa ve Yunanistan gibi üye ülkeler aleyhine ATAD'ın vermiş olduğu ihlal kararları mevcuttur, bkz. C-52/00 (Slg. 2002, I-3827 N.16- Kommission/Frankreich); C-154/00 (Slg. 2002, I-3879 N.12- Kommission/Griechenland); MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §11, N.2.

<sup>126</sup> KIRCA, s. 161.

<sup>127</sup> Parasal sınırın 6100 Sayılı HMK'nın senetle ispat mecburiyetini düzenleyen m.200 çerçevesinde belirlenmesi yönünde, bkz. ÜNAL / KALKAN, s. 69.



desteklenmiş<sup>128</sup>, ancak alt eşik belirlenmesinin aksine üst sınırının belirlenmesi hususu üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır<sup>129</sup>. ÜGTDK'da sorumluluğun azami miktarla sınırlandırılmasına yönelik bir hükme de yer verilmemiştir<sup>130</sup>. Söz konusu üst limitin kabul edilmemesi üreticiler bakımından altından kalkılması güç tazminat miktarlarının ödenmesini gündeme getirecek olmakla birlikte, zarar görenleri koruması bakımından olumludur<sup>131</sup>. Bu konuda kanun koyucu zarar göreni korumayı tercih etmiş görünmektedir.

### c. Nedensellik (İllyet) Bağı

Üreticinin sorumluluğundan bahsedilmek için, zarar görenin zararının, üründeki güvenlik hatası sebebiyle doğmuş olması şartı aranır<sup>132</sup>. Üründeki güvenlik eksikliği sebebiyle zararın ortaya çıkması nedensellik bağının varlığını gösterir<sup>133</sup>. Ancak burada güvenlik eksikliği sebebiyle zararın doğduğunu iddia edebilmenin temel şartı, söz konusu ürünün olağan kullanım amacına uygun olarak kullanıldığı durumlarla sınırlıdır<sup>134</sup>. Ürün kullanım amacına uygun kullanılmıyor ve ancak zarar verici olay yine de üründeki güvenlik eksikliği sebebiyle vuku buluyorsa, zararın tazmininin istenmesi uygun nedensellik bağı bulunmadığından mümkün olmaz<sup>135</sup>, meğerki söz konusu kullanım üretici tarafından öngörülebilir olsun<sup>136</sup>.

<sup>128</sup> HAVUTÇU, s. 83; Alman hukukuna ürün sorumluluğun tehlike esasına dayandırıldığı ve ilke olarak tehlike sorumluluklarının mutlaka bir üst sınır ile sınırlandırıldığına ilişkin olarak bkz. KIRCA, s. 245.

<sup>129</sup> Örneğin, ProdHG §10/f.1'e göre sorumluluğun üst limiti 85 Milyon Euro olarak belirlenmiş, buna karşın İsviçre, Belçika, Fransa, Hollanda ve İtalya'da sorumluluğun azami miktarına ilişkin bir sınırlamaya gidilmemiştir.

<sup>130</sup> Türk hukukunda malvarlığı ile sınırsız sorumluluk esas kabul edilmiş olsa da sorumluluğun sınırlandırıldığı istisnai haller mevcuttur. Örneğin, TBK m.576/f.II'e göre, konaklama yeri işletenin eşyaya ilişkin zarardan sorumluluğu için ödenecek tazminat, konaklayanların her biri için günlük konaklama ücretinin 3 katı ile sınırlandırılmıştır. Yahut yine TBK m.579/f.II'ye göre garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğu, kendilerine veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, saklananların her biri için alınan günlük saklama ücretinin on katını ile sınırlıdır. Ancak TBK'da sorumluluğun sınırlandırıldığı bu haller sözleşmeden doğan sorumluluğun sınırlandırılmasına hizmet etmektedir. Buna karşın baskın görüş haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğun sınırlandırılmayacağı yönündedir; Sorumluluğun sınırlandırılmaması gerektiği yönünde bkz. ÜNAL / KALKAN, s. 69; aksi görüş için bkz. SEROZAN, s. 349; AYDOS, s. 178.

<sup>131</sup> HAVUTÇU, s. 83.

<sup>132</sup> AKÇURA KARAMAN, s. 264.

<sup>133</sup> AKÇURA KARAMAN, s. 264 vd.

<sup>134</sup> TEMEL, s. 1304.

<sup>135</sup> ÖZ, s. 11; olağan kullanımı esas almak yerine muhtemel kullanımlarında hesaba katılması gerekliliği yönünde bkz. YILDIRIM, s. 26.

<sup>136</sup> ÇINAR, s. 147.

## 2. İspat Yükü

Direktifin 4. maddesine göre zarara uğrayan kişi zararı, hatayı ve hata ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmelidir. Doktrinde özellikle zarar görenin, ürünün hatalı olduğunu ispatlamasının, üretim sürecinin karmaşık yapısı ve çoğu durumda teknik bilgiyi gerekli kılması sebebiyle oldukça güç olduğu, bunun yerine ürünün hatalı olmadığını üretim sürecine hâkim olan üreticinin ispatlamasının daha kolay olacağı ifade edilmiştir<sup>137</sup>.

İspata ilişkin olarak ÜGTDK m.6/f.II’de “*İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur.*” ifadesine yer verilmiştir. Hükmün lafzından yola çıkıldığında, zarar görene hatayı ispatlama zorunluluğu yüklenmediğini, ispat yükünün zarar ve illiyet bağına ilişkin olarak öngörüldüğünü söylemek mümkündür. Ancak söz konusu lafzi yorumu yaparken dikkatli olmak gerekir. Zira nedensellik bağıını ispat yükü altında olan zarar görenin, bu esnada üründeki hatayı da iddia etmesi kaçınılmazdır. Bu noktada TMK m.6’daki genel ispat kuralı, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça hak iddiasında bulunan tarafın, iddiasını dayandırdığı olguları ispatlamasını gerektiği yönündedir<sup>138</sup>.

O halde her şeyden önce ÜGTDK m.6/f.II’deki hükmün genel ispat yükü kuralına aykırı bir hüküm olup olmadığı tespiti edilmelidir. Hükme göre zarar görenin, hatanın varlığını ileri sürmesi, buna karşın zararını ve zararla hata arasındaki nedensellik bağıını ispatlamış olması yeterlidir<sup>139</sup>. Kanaatimiz, Direktife yöneltilen eleştiriler de göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun bilinçli olarak zarar görene hatayı (*uygunsuzluğu*) ispat yükü yüklenmediği yönündedir. Zira aynı hüküm 1/934 sayılı ÜGTDK Tasarısı m.6/f.II’de “*İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın üründeki uygunsuzluğu, uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur*” şeklinde kaleme alınmıştır<sup>140</sup>. Diğer yandan ÜGTDK m.5/f.I düzenlemesi de görüşümüzü destekler niteliktedir. Buna göre, “*teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun olan bir*

<sup>137</sup> AKÇURA KARAMAN, s. 215 vd.; Yazara göre zararın ürün sebebiyle ortaya çıkması halinde (hayatın olağan akışına uygun makul bir bağ olması kaydıyla), zarar görenin ayrıca hatayı ispatlaması gerekmemeli, bunun yerine ürünün hataşız olduğunu üretici ispatlamalıdır. Bu sebeple usul hukukunun sağladığı ispat kolaylıklardan (Örn. filli karine) zarar göreni de yararlandırmak mümkün olmalıdır.

<sup>138</sup> AKÇURA KARAMAN, s. 215.

<sup>139</sup> Burada hatanın ispatı aranmadığından, nedensellik bağıının ispatı da hatanın zararı doğurmaya elverişli olmasıyla sınırlı olarak aranacaktır.

<sup>140</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss551.pdf>.

*ürün, aksi ispatlanana kadar güvenli ürün kabul edilir*” denilerek, ürünün teknik şartlara uygunluğu halinde üretici lehine bir karine öngörülmüş, karinenin aksini ispat yükü iddia edene bırakılmıştır. Böylece ürünün hatalı olmadığını ispat yükü öncelikle üreticiye yüklenmiş, ancak üreticinin ürününün teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun olduğunu ispatlaması halinde, ürünün güvenli olmadığını ispat yükü karşı tarafa yani zarar görene geçmiştir<sup>141</sup>. İspat yükünün en baştan zarar görende olduğunun kabul edilmesi durumunda ise 5. maddede yer alan güvenli ürün karinesi, ürün sorumluluğuna ilişkin bir fonksiyon ihtiva etmeyecektir. Sonuç olarak, hüküm bu haliyle hatanın ispatını zarar görene yüklememekte ve Direktife kıyasen zarar göreni daha elverişli bir konuma getirmektedir.

### 3. Sorumlu Tutulacak Kişiler

Direktif’in 1. maddesine göre üründeki bir hatanın neden olduğu zararlardan üretici sorumlu tutulmuş, üreticinin kim olduğu sorusuna ise 3. madde de cevap verilmiştir. Madde 3/f.I’de, “*Üretici, nihai bir ürünün imalatçısı, herhangi bir ham maddenin üreticisi veya bir birleşen parçasını ve ismini, ticari markasını ya da diğer ayırt edici özelliğini ürün üzerinde belirtmek suretiyle kendisini ürünün üreticisi olarak tanıtan herhangi bir kişi*” olarak ifade edilmiş, aynı hükmün ikinci fıkrasında ise “*Üreticinin sorumluluğuna hanel getirmeksizin, ticari faaliyetleri çerçevesinde satış, kiralama, finansal kiralama veya herhangi bir şekilde dağıtım amacıyla Topluluğa ürün ithal eden herhangi bir kişi, üretici sayılır ve üretici gibi sorumlu olur*” denilerek ithalatçıların sorumluluğuna yer verilmiştir<sup>142</sup>.

Buna göre, ürün sorumluluğunda birinci derece sorumlular öncelikle üreticilerdir. Zira ürünü piyasaya güvenlik hatası olmaksızın sürme imkânı en başta üreticinin elindedir<sup>143</sup>. Bununla birlikte ismini, ticari markasını ya da diğer ayırt edici özelliğini ürün üzerinde belirtmek suretiyle kendisini ürünün üreticisi olarak tanıtanlar ve ithalatçılar da üretici sayıldıkları ve üretici gibi sorumlu tutuldukları için birinci dereceden sorumludurlar. İthalatçının sorumlu tutulması, özellikle onun daha az güvenlik standardı belirlenen bir ülkede üretilen ürünü, ülkeye sokarak, söz konusu güvenlik eksikliklerinin doğuracağı riskleri taşıması bakımından önem taşır<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Buna göre ararın ürün sebebiyle ortaya çıkması halinde (hayatın olağan akışına uygun makul bir bağ olması kaydıyla), zarar görenin ayrıca hatayı ispatlaması gerekmemeli, bunun yerine ürünün hatasız olduğunu üretici ispatlamalıdır.

<sup>142</sup> [https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil%2028%20Tuketicin%20ve%20Sagligin%20Korunmasi/3198510374\\_tr.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil%2028%20Tuketicin%20ve%20Sagligin%20Korunmasi/3198510374_tr.pdf), (E.T.: 10.10.2020).

<sup>143</sup> FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1060.

<sup>144</sup> FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1063.



Zarar görenin, ürünün üreticisini yahut ithalatçısını öğrenmesi her durumda mümkün değildir. Özellikle üretim ağının uzunluğu düşünüldüğünde söz konusu bilginin zarar görene ulaşmama yahut zarar görenden gizlenme ihtimali söz konusudur. Buna ilişkin olarak Direktif m.3/f.III ile tali sorumlular düzenlenmiştir. Hüküm, “Ürünün üreticisinin belirlenmediği durumlarda, ürünün tedarikçilerinin her biri, zarara uğrayan kişiye üreticinin veya kendisine ürünü tedarik eden kişinin kimliğini makul bir süre içinde bildirmediği takdirde ürünün üreticisi olarak muamele görür. İthal edilen bir ürün söz konusu olduğunda, bu ürün 2. paragrafta belirtilen ithalatçının kimliğini belirtmiyorsa, üreticinin ismi belirtilmiş olsa dahi aynı hüküm geçerlidir.” şeklindedir.

Direktifte, tedarikçilerin sorumluluğu ancak ürünün üreticisinin veya ithalatçısının bildirilmediği durumlara özgü olduğundan, kanaatimizce dereceli bir sorumluluk söz konusudur. Buna göre şayet üretici veya ithalatçı tespit edilmiş ve kendilerine tazminat talebi yöneltilmişse, sırf bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediğinden bahisle üretici/ithalatçı yanında tedarikçilerin de sorumluluğuna gitmek mümkün olmaz. Aynı derecede birden fazla kişinin sorumlu olması halinde ise Direktife göre sorumlular müştereken ve müteselsilen sorumludur<sup>145</sup>.

Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, ÜGTDK m.6’ya göre, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur. Buna göre, birinci derece sorumlular ürünün imalatçısı veya ithalatçısıdır. Sorumlu kişinin imalatçı olarak belirlenmesi, sorumluluğa sebep olan hatalı ürünün imal edilmiş bir ürün<sup>146</sup> olması zorunluluğunu doğurur<sup>147</sup>. Bu durumda ise tarımsal ve hayvansal üretimin hatalı olması sonucu doğan zararın ürün sorumluluğu kapsamında tazmin edilememesi sakıncasını ortaya çıkar<sup>148</sup>. 4703 sayılı Kanun’da<sup>149</sup> üretici tanımına yer verilmiş olmasına, aynı Kanun’un 5. maddesinde ise doğrudan üreticinin sorumluluğundan bahsedilmiş olmasına karşın, kanun koyucunun ÜGTDK ile neden böyle bir sınırlamaya gittiği izaha muhtaçtır. Diğer yandan böyle bir sınırlama yapmak niyetinde olan kanun koyucunun, ürün tanımı verirken oldukça geniş bir kapsam belirlemesi de çelişkilidir. Bu sebeple ÜGTDK kapsamında sorumlu tutulması gerekenler üreticiler

<sup>145</sup> Direktif m.4/f.II.

<sup>146</sup> İmal, işleyerek yapma, imalat ise işlenerek meydana getirilen şeyleri ifade eden yapım işleri olarak tanımlanır, bkz. KAPLAN, s. 82.

<sup>147</sup> ÜGTDK m.3/f.I, (g) bendinde de ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi imalatçı olarak tanımlanmıştır.

<sup>148</sup> AYDOS, s. 94, dn. 416; ÜNAL / KALKAN, s. 72; AMNOZSHY’de imalatçı-üretici tanımı bir arada yapılmıştır, bkz. m.4/(d) bendi.

<sup>149</sup> 4703 s. Kanun, m.3/(g) bendi.

olmalı, böylece sınıai üretime konu ürünler dışındaki ürünlerden doğan zararlar da tazmin edilebilmelidir<sup>150</sup>.

Ürün sorumluluğu tazminatının diğer iktisadi işletmecilere uygulandığı durumlar ÜGTDK m.11/f.III'de düzenlenmiştir<sup>151</sup>. Hükme göre, “*Üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak ürünün imalatçısı, yetkili temsilcisi veya ithalatçısının belirlenemediği durumlarda, zarara uğrayan kişiye bu iktisadi işletmecilerin isim ve irtibat bilgilerini, bu bilgilere sahip değil ise tedarik zincirinde yer alan bir önceki iktisadi işletmecinin isim ve irtibat bilgilerini bu talebin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde bildirmeyen dağıtıcı, bu Kanun kapsamında imalatçı gibi tazminattan sorumlu tutulur.*” Böylece dağıtıcılara, Direktifle paralel bir şekilde tali ve istisnai bir sorumluluk yüklenmiştir<sup>152</sup>. Ancak Direktiften farklı olarak dağıtıcıya, imalatçı ya da ithalatçı dışında, yetkili temsilcinin<sup>153</sup> yahut tedarik zincirinde yer alan bir önceki iktisadi işletmecinin isim ve irtibat bilgilerini bildirerek de sorumluluktan kurtulma imkânı sunulmuştur. Dağıtıcı söz konusu bilgileri veremediği takdirde, imalatçı gibi (*Quasihersteller*) sorumlu olacaktır<sup>154</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Kanun’un sorumlu olan kişilerin çevresini doğrudan genişletmemiş olması, ancak belli şartlar altında tali sorumluları benimsemiş olmasıdır. Adalet Divanı’nın Fransa aleyhine vermiş olduğu bir kararda<sup>155</sup>, dağıtıcıların sorumluluğunun ancak tali olarak düzenlenebileceği, bu anlamda zarar göreni korumak amacıyla sorumluların çevresinin genişletilemeyeceği belirtilmiştir (*Prinzip der Vollharmonisierung*). Son olarak ÜGTDK m.6/f.III’de de ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde, bunların müteselsilen sorumlu olacakları belirtilmiştir. Zira bir ürünün ithalatçısının olması, üreticinin sorumluluğunu sona erdirmediğinden, bu durumda tazminat talebinin ikisine de yöneltilmesi mümkündür.

<sup>150</sup> ÜNAL / KALKAN, s. 72.

<sup>151</sup> 11. maddenin birinci fıkrası ürün sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olmayıp, imalatçı için 7. maddede öngörülen yükümlülükleri, hangi durumlarda ithalatçı ve dağıtıcıların yerine getirmekle yükümlü oldukları hususunu konu almaktadır.

<sup>152</sup> ÜGTDK m.11/f.II’ye göre “*Ürünün imalatçısı, yetkili temsilcisi veya ithalatçısının tespit edilemediği durumlarda, yetkili kuruluşça yapılan bildirim kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde imalatçı, yetkili temsilci veya ithalatçısının isim ve irtibat bilgilerini, bu bilgilere sahip değil ise tedarik zincirinde yer alan bir önceki iktisadi işletmecinin isim ve irtibat bilgilerini bildirmeyen dağıtıcı, bu Kanun kapsamında imalatçı olarak kabul edilir.*” Buna göre üçüncü fıkra düzenlenmemiş olsaydı dahi hükmün ikinci fıkrasına göre dağıtıcıları ürün sorumluluğu tazminatından sorumlu tutmak mümkün olurdu.

<sup>153</sup> ÜGTDK m.3/f.I(t) bendinde “*Yetkili temsilci: İmalatçının bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat kapsamındaki bazı yükümlülüklerini onun adına yerine getirmek üzere imalatçı tarafından yazılı şekilde görevlendirilen Türkiye’de yerleşik gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>154</sup> KIRCA, s. 217 vd.

<sup>155</sup> C-52/00 (Slg. 2002, I-3827 N.16- Kommission/Frankreich).

#### 4. Sorumluluğu Ortadan Kaldıran veya Sınırlayan Haller

Üreticinin sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran sorumsuzluk anlaşması yapılması Direktifle m.12’de yasaklanmıştır. İmalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddelerinin hükümsüz olacağı ÜGTDK m.6/f.IV’de de benzer şekilde düzenlenmiştir. Sorumsuzluğa ilişkin anlaşma ancak zararın doğmasından sonra yapılmışsa geçerli olur<sup>156</sup>.

Üreticilere (İmalatçıya/İthalatçıya) sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluktan kurtulma imkânı verilmemiş olmakla birlikte gerek Direktifte gerek ÜGTDK’da, üreticinin sorumluluktan kurtulabileceği birtakım hallere yer verilmiştir. Direktif m.7’de, üreticiyi sorumluluktan kurtaran bu haller, “(a) ürünü piyasaya sürmediğini; ya da (b) şartlar göz önünde tutularak, zarara neden olan hatanın, kendisi tarafından ürün piyasaya sürüldüğünde mevcut olmadığı veya bu hatanın daha sonra meydana geldiği yönünde ihtimallerin bulunduğunu; ya da (c) ürünün kendisi tarafından, ne satış veya ekonomik amaçlı olarak herhangi bir şekilde dağıtım için imal edildiğini ne de ticari faaliyetleri çerçevesinde imal edildiğini veya dağıtıldığını; ya da (d) hatanın, ürünün kamu otoriteleri tarafından çıkarılan zorunlu düzenlemelere uygunluğunun sağlanması nedeniyle oluştuğunu; ya da (e) ürünü piyasaya sürdüğünde mevcut olan bilimsel ve teknolojik bilgi düzeyinin bir hatanın varlığının tespit edilmesine olanak tanıyacak nitelikte olmadığını; ya da (f) bileşen imalatçısı söz konusu olduğunda, hatanın bileşenin dahil edildiği ürünün tasarımına veya bu ürünün imalatçısı tarafından verilen talimatlara atfedilebilir olduğunu ispat ettiği takdirde Direktif dolayısıyla sorumlu olmayacaktır” şeklinde sayılmıştır. Bu haller tahdidi olup örneksene yoluyla çoğaltmak mümkün değildir.

Direktifle benzer yönde bir hükme ÜGTDK m.21/f.II’de de yer verilmiştir. Hükümün üçüncü fıkrasına göre, ikinci fıkrada sayılan bu hallerin varlığını ispatlayan imalatçı veya ithalatçı, 6. maddede belirtilen ürün sorumluluğu tazminatından kurtulacaktır<sup>157</sup>. Hükme göre, imalatçı veya ithalatçı ürünü piyasaya kendisinin arz etmediğini veya uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını veya üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını ispatladığı takdirde<sup>158</sup> tazminat sorumlulu-

<sup>156</sup> HAVUTÇU, s. 106.

<sup>157</sup> İkinci fıkrada sayılan bu haller, aynı fıkrada Kanun’daki idari yaptırımların uygulanmayacağı haller olarak sayılmıştır.

<sup>158</sup> Buna göre ürünün özel veya resmi bir kontrole tabi tutulması, standartlara uygun hareket edilmiş olması yahut birtakım testler yapılarak piyasaya sürülmüş olması sorumluluğun sona ermesi için yeterli olmaz, bkz. ATABEK, s. 170 vd.

ğundan kurtulacaktır<sup>159</sup>. Bu haller de tahdidi olarak sayılmış olup, örneksime ile çoğaltılması mümkün değildir.

İmalatçı veya ithalatçının sorumluluktan kurtulabildiği haller ÜGTDK'da Direktife kıyasen daha sınırlı tutulmuştur. Böylece üründeki hatanın, bir gelişim hatasından kaynaklanması<sup>160</sup>; birleşen ürünün üreticisinin hatasına yahut yanlış talimatına dayanılması; ürünün satış veya ekonomik amaçlı olarak herhangi bir şekilde dağıtım için imal edilmemesi ya da ticari faaliyet çerçevesinde imal edilmemesi ve dağıtılmaması halleri sorumluluktan kurtarma sebebi olarak kabul edilmemiştir<sup>161</sup>. Üreticinin gelişim hatalarından sorumlu olup olmayacağı meselesi Direktifle ülkelerin tercihine bırakıldığından bu halin belirtilmemiş olması, Direktife aykırılık teşkil etmeyecektir<sup>162</sup>. Ancak herhangi bir sınırlamaya gidilmeksizin imalatçı ve ithalatçıların gelişim hatalarından sorumlu tutulmaları, sorumluluğu oldukça ağırlaştırmıştır<sup>163</sup>.

Bunun yanında ÜGTDK m.21/f.III'e göre zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra üçüncü bir kişinin fiili veya ihmalden kaynaklanmış olması tazminat sorumluluğuna etki etmeyecektir<sup>164</sup>. Ancak zarar, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra zarar gören yahut onun sorumluluğundaki bir kişinin kusurundan kaynaklanmış ise tazminat miktarının azaltılması yahut tamamen kaldırılması mümkün olur<sup>165</sup>. O halde şayet üründeki hata doğrudan, dağıtıcının veya üçüncü bir tara-

<sup>159</sup> 4703 Sayılı Kanun m.5/f.III'de de "Üretici, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur" ifadesine yer verilmiştir.

<sup>160</sup> AMNOZSHY m.7/(e) bendinde "mal piyasaya sürüldüğünde mevcut bulunan bilimsel ve teknolojik bilgilerin, ayıbın varlığının bilinmesine imkân vermemesi", sorumluluktan kurtaran sebepler arasında sayılmış, 6 maddede "Bilim ve teknolojiye ulaşılan düzeyin, malın piyasaya sürülmesinden sonraki 10 yıl içinde ayıplı olduğunun tespit edilmesine imkan tanınması halinde, imalatçı/üretici, bu ayıbın olası zararlı sonuçlarını, ortadan kaldırmak için azami çabayı sarf etmemesi durumunda 7'nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde ve son fıkrasında yer alan sorumluluktan kurtulma sebeplerini ileri süremez" hükmü getirilerek üreticinin sorumluktan kurtulması zorlaştırılmıştır, bkz. KIRCA, İsmail / AYDIN, Ramazan: "İnkişaf Riski- İmalatçının/Üreticinin Sorumluluğu", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 686 vd.

<sup>161</sup> Söz konusu hallerin (gelişim hataları dışındaki) kapsama alınması gerektiği yönünde bkz. ÜNAL / KALKAN, s. 74.

<sup>162</sup> Gelişim hatalarının ürün sorumluluğu kapsamına alınması meselesi komisyonda uzun süre tartışılmış, sorumluların öngöremedikleri bir zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalmaları halinde bundan sorumlu olmaları ağır bir yaptırım olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar direktifte gelişim hatalarından sorumlu olunmayacağı düzenlense de ülkelere iç hukuklarında bu hataları kapsama almaya yönelik bir seçim de sunulmuştur, bkz. m.15/bent (b); MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §1, N.51; KIRCA / AYDIN, s. 689 vd.

<sup>163</sup> KIRCA / AYDIN, s. 691 vd.; Yazarlar imalatçı ve ithalatçının gelişim hatalarından sınırsız sorumlu olmaları halinde taraf dengelerinin bozulacağını, bu durumun ekonominin ve ticari hayatın gerekleriyle bağdaşmayacağını savunmuşlar, AMNOZSHY m.7'de getirilen düzenlemenin m.6 ile sınırlandırılmasını, taraflar arasında denge sağlaması bakımından olumlu olarak değerlendirmişlerdir.

<sup>164</sup> AKÇURA KARAMAN, s. 269; Bu durumda imalatçı veya ithalatçının üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır, bkz. ÜGTDK m.21/f.III, son cümle.

<sup>165</sup> ÜGTDK m.21/f.IV.

fin ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklanıyorsa nedensellik bağı kesilecek ve üretici sorumlu olmayacak, ancak üründeki uygunsuzluk var olmakla birlikte zararın doğumuna zarar gören veya onun sorumluluğundaki bir kişi<sup>166</sup> kusuruyla sebep olmuşsa tazminat miktarının azaltılması veya tamamen kaldırılması gündeme gelecektir. Söz konusu düzenleme bu haliyle Direktifin 8. Maddesi ile de birebir örtüşmektedir.

### 5. Zamanaşımı Süresi/Hak Düşürücü Süre

Direktifin 10. maddesine göre zarar görenin tazminat talebini, zararı, hatayı ve üreticinin kim olduğunu öğrenmesinden veya makul olarak öğrenmiş olması gerektiği andan itibaren üç yıllık zamanaşımı süresi içinde ileri sürmesi öngörülmüştür. Bunun yanında m.11'de ayıplı üründen doğabilecek tüm sorumluluk hâlleri, ürünün piyasaya sürülmesinden itibaren işleyecek olan on yıllık hak düşürücü süreye tâbi kılmıştır<sup>167</sup>.

Direktifte zamanaşımı süresinin başlangıcı için yalnızca zarar görenin tazminat talebini, zararı, hatayı ve üreticinin kim olduğunu öğrendiği tarih esas alınmamış, zarar görenin söz konusu bilgileri makul olarak öğrenebileceği an da dikkate alınmıştır<sup>168</sup>. Hak düşürücü bir sürenin öngörülmüş olması ise, ürünlerin zaman içinde eskimesine, daha yüksek güvenlik standartlarının geliştirilmesi ve bilim ve teknoloji düzeyinin her geçen gün ilerlemesine, dolayısıyla da üreticiyi sınırsız süre boyunca sorumlu tutmanın makul olmayacağı gerekçelerine dayanmıştır<sup>169</sup>. Doktrinde özellikle bazı ürünlerin etkisinin uzun süre sonra görülebildiği gerekçesiyle on yıllık hak düşürücü sürenin kısa olduğuna dikkat çekilmiş<sup>170</sup>, sürenin en azından malın teslimi anından başlaması gerektiğine ilişkin görüşler sunulmuştur<sup>171</sup>.

<sup>166</sup> Bu kişiler zarar görenin yanında çalışanlar, yardımcı kişiler veya aile üyeleri olabilir, bkz. AKÇURA KARAMAN, s. 270.

<sup>167</sup> Hak düşürücü sürenin durması veya kesilmesi söz konusu değildir, bkz. HESS, Teil 2, Art.10, N.7; Ancak sürenin sonunda hali hazırda üretici aleyhine başlatılmış bir işlem var ise hak düşürücü sürenin geçmesi hakkı sona erdirmeyecektir, bkz. MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §13, N.8 vd.

<sup>168</sup> Makul olarak öğrenmiş olması gerektiği ifadesi İsviçre hukukuna da yabancı olup, bu kavram zaman içinde zarar görenin ihmali sonucu yani kusurlu olarak geç öğrenmesi olarak nitelenmiştir, bkz. BSK OR I / FELLMANN, PrHG, Art.9, N.5; HESS, Teil 2, Art.9, N.2; Direktifte, zamanaşımının durması veya kesilmesi sebepleri ise iç hukuk düzenine bırakılmıştır, bkz. m.10/f.II; KIRCA, Çiğdem: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Zamanaşımı (veya Hak Düşümü) Sürelerinin Geçmesi Konusunda Verdiği Kararların, İsviçre ve Türk Hukukuna Etkisi", *Türk ve Alman Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı*, (Ed.) TEMEL, Erhan / KIRCA, Çiğdem: Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 39.

<sup>169</sup> Bkz. Direktif (Genel Gerekçe Bölümü).

<sup>170</sup> Özellikle ilaçların veya gen teknolojisi ile genetiği değiştirilen ürünlerin insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri uzun yıllar sonra ortaya çıkabilmektedir.

<sup>171</sup> TARMAN, s. 325.



Kanun koyucu, ÜGTDK m.6/f.VI ile yalnızca zamanaşımı süreleri öngörmüştür. Hükme göre, tazminat talebi için zamanaşımı süreleri, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır. Üç yıllık nispi zamanaşımı süresinin işlemesi için Direktifte olduğu gibi zarar görenin makul olarak öğrenmesi gerektiği an dikkate alınmamıştır. Bunun yanında on yıllık hak düşürücü süre, zamanaşımı süresi olarak düzenlenmiş<sup>172</sup>, süre zararın doğumu anından itibaren başlatılmıştır.

Hükümdeki on yıllık sürenin zamanaşımı süresi olarak düzenlendiği açık olmakla birlikte, kanaatimizce uzun sürenin Direktifle de uyumlu olarak hak düşürücü süre olarak öngörülmesi, daha yerinde olurdu. Böylece somut uyumsuzlukta sürenin geçmesi davanın her aşamasında ileri sürülebilir, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınabilirdi<sup>173</sup>. Ancak sürenin zamanaşımı süresi olarak belirlenmesinden ziyade, söz konusu on yıllık sürenin, zararın ortaya çıkmasından itibaren başlatılması daha talihsiz olmuştur<sup>174</sup>.

Bir ürünün piyasaya sürüldükten yıllar sonra bir zarara sebebiyet vermesi mümkündür<sup>175</sup>. Bu sebeple de kısa zamanaşımı süresinin zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği, subjektif bir andan itibaren başlatılması makuldür<sup>176</sup>. Ancak uzun zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin işlemeye başladığı anı belirlerken objektif olmayan bir zamanın esas alınması, zararın tazminine onlarca yıl sonra bile imkân sağlamak anlamına gelir ki bu da sorumlular bakımından ölçüsüz, adil olmayan sonuçlar doğurur<sup>177</sup>. Böyle bir durumda sorumlular belirsiz bir süreyle sorumluluk altına girmiş olurlar<sup>178</sup>. Diğer yandan, sürenin belirsizliği ve piyasaya sürüldükten on yıl sonra dahi ortaya çıkan zararların tazminine imkân sağlaması başka yönlerden de güçlükler doğurur. Örneğin, onlarca yıl önce üretilmiş bir ürünün hatasız olarak üretildiğini ispatlamak nasıl mümkün olacaktır<sup>179</sup> yahut üreticinin ürününü takip yükümlülüğü ne kadar süre de-

<sup>172</sup> eTKHK m.4/f.IV'e göre "... Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar." şeklindeki düzenlemede on yıllık süre açıkça hak düşürücü süre olarak belirtilmemişse de AMNOZSHY'in 9. ve 10. maddelerinde bu süreler açıkça zamanaşımı ve hak düşürücü süre olarak düzenlenmiştir.

<sup>173</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §11, N.2; TEMEL, s. 1315.

<sup>174</sup> TBK m.72'de, haksız fiilden doğan tazminat talepleri için, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlamak üzere iki yıl ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlamak üzere on yıl olmak üzere iki zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

<sup>175</sup> EREN, s. 940 vd.

<sup>176</sup> EREN, s. 937 vd.

<sup>177</sup> KIRCA (Zamanaşımı), s. 42.

<sup>178</sup> MüKoBGB / WAGNER, ProdHaftG, §13, N.1.

<sup>179</sup> KIRCA (Zamanaşımı), s. 38.

vam edecektir<sup>180</sup>. Bunun gibi daha birçok soruyla karşılaşılması muhtemeldir<sup>181</sup>. Uzun zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin işlemeye başladığı an objektif olarak belirlenebilir, yani mutlak olmalıdır. Ürün sorumluluğu bakımından bu objektifliği sağlayan en makul an, Direktifte de belirtildiği gibi ürünün piyasaya sürüldüğü andır<sup>182</sup>. Bu sebeple gerek ÜGTDK da öngörülen on yıllık süresinin zamanaşımı süresi olarak düzenlenmesi gerek sürenin işlemeye başladığı anın zararın doğumundan itibaren işletilmesi yerinde olmamıştır.

## 6. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Ürün sorumluluğu, ÜGTDK m.6 ile kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir. Zira hükmün ikinci fıkrasında sorumluluğun şartları arasında imalatçı veya ithalatçının kusurlu olması aranmamış, zarar görmeye ve zararın tazminine odaklanılmıştır<sup>183</sup>.

Sorumluluğun kusurdan ziyade zarar görene veya zararın tazminine odaklanması gayreti, hakkaniyet, hakimiyet yahut tehlikeli olma düşünceleri ile temellendirilmiştir<sup>184</sup>. Bu temellere göre kusursuz sorumluluk halleri kendi içinde hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olmak üzere üçe ayrılmıştır<sup>185</sup>. Ancak hangi esasa dayalı olarak sorumluluğun ihdas edildiğini tespit her zaman kolay değildir<sup>186</sup>. Ürün sorumluluğu da bu tespitin kolay yapılamadığı sorumluluk hallerinden biridir. Örneğin, Almanya ve İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunlarında kusursuz sorumluluk esası benimsenmiş olmakla birlikte, sorumluluğun niteliğine yönelik farklı görüşler ortaya atılmış, Alman hukukunda baskın görüş<sup>187</sup> ürün sorumluluğunu tehlike sorumluluğuna dayandı-

<sup>180</sup> BSK OR I / FELLMANN, PrHG Art.10, N.1.

<sup>181</sup> ÜGTDK m.12'de 'izlenebilirlik' için öngörülen on yıllık süre ürünü piyasaya arz ettikleri andan itibaren başlatılmıştır. Buna göre zarar on yıldan sonra ortaya çıkarsa ve dağıtıcı tedarik zincirindeki isimleri on yıldan sonra muhafaza etmemişse, tali olarak sorumluluğu gündeme gelecektir.

<sup>182</sup> On yıllık sürenin kısa olduğuna ilişkin Direktife yöneltilen eleştiriler doğrultusunda sürenin uzatılması, örneğin yirmi yıla çıkarılması mümkündür. Ancak bu durumda da sürenin, ürünün piyasaya sürüldüğü andan itibaren işleyecek olması, objektif belirlenebilirlik bakımından sakınca yaratmayacaktır.

<sup>183</sup> EREN, s. 556; BAŞOĞLU, s. 33.

<sup>184</sup> EREN, s. 557 vd.; BAŞOĞLU, s. 33.

<sup>185</sup> EREN, s. 559 vd.

<sup>186</sup> Aynı zamanda birden çok esasa dayanılabilir, bkz. BAŞOĞLU, s. 34.

<sup>187</sup> ROLLAND, s. 11 vd.; LENZ, s. 175 vd.; Alman hukukunda bazı yazarlar ise tehlike sorumluluğunun benimsendiği görüşüne temkinli yaklaşmış, ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlerin bazılarının hatalı davranışa dayandığına dikkat çekmiştir, bkz. FUCHS / BAUMGÄRTNER, s. 1061; HAVUTÇU, s. 95; "Kusur karinesine dayanan sorumluluk (*Die Haftung aus Vermutetem Verschulden*) veya "kusurdan bağımsız haksız fiil sorumluluğu" görüşleri de savunulmuştur, bkz. KIRCA, s. 104.

rırken, İsviçre'deki baskın görüş<sup>188</sup> sebep sorumluluğuna yahut ağırlaştırılmış sebep sorumluluğuna (*scharfen Kausalhaftung*) dayandırmıştır.

Sorumluluğun tehlike esasına mı özen esasına mı dayalı olduğunu tespit, pratik anlamda sorumluların sorumluluktan kurtulabilme imkanları bakımından önem taşır. Tehlike sorumluluğunda, illiyet bağının kesilmesi dışında sorumlunun sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmazken, özen sorumluluğunda sorumlu, gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir<sup>189</sup>. Diğer yandan tehlike sorumluluğunda, hakkında değer yargısında bulunulan bir insan fiili söz konusu olmadığından sorumluluğun doğması için hukuka aykırılık unsurunun varlığı da aranmayacaktır. Bu nedenlerle sorumlular bakımından en ağır sorumluluk türünün tehlike sorumluluğu olduğunu söylemek mümkündür<sup>190</sup>.

Türk hukukunda, ürün sorumluluğunun tehlike esasına mı özen esasına mı dayalı olduğu hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki birinci görüş<sup>191</sup>, ürün sorumluluğunda, ürünlerin yığınla üretimi ve geniş kitlelere dağıtımı sebebiyle tüketiciler bakımından zarar görme tehlikesinin doğduğunu, gerekli önlemler alınsa dahi faaliyetin özünde barındırdığı zarar doğurma tehlikesinin bertaraf edilemeyeceğini savunarak sorumluluğu tehlike sorumluluğu esasına dayanmıştır. İkinci görüş ise, üretim faaliyetinin bizatihi kendisinin tehlikeli faaliyet olarak nitelendirilemeyeceğini, bu sebeple de sorumluluğun sebep sorumluluğu (*objektif sorumluluk*) olduğunu savunmuştur<sup>192</sup>. Sebep sorumluluğu görüşünü savunan bazı yazarlar<sup>193</sup>, Direktif ile üreticiye genel bir kurtuluş kanıtı sunma imkânı getirilmediğini, tahdidi olarak sorumluluktan kurtulma imkanları sunulduğunu belirterek sorumluluğu ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olarak değerlendirmişlerdir. Ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu ile sorumluluğun tehlike sorumluluğuna yaklaştırıldığını söylemek mümkündür<sup>194</sup>. Karma görüş olarak nitelendirilebilecek bir diğer görüş ise<sup>195</sup> ürün sorumluluğunun gerek tehlike gerek özen sorumluluğuna ilişkin karakteristik özellikleri taşıdığından bahisle kendine özgü, karma yapılı bir kusursuz sorumluluk hali olduğunu savunmuştur.

<sup>188</sup> BSK OR I / FELLMANN, Vorbem. Zum PrHG, N.6; HESS, Teil 2, Art.1, N.20; HESS, Teil 2, Art.1, N.20; HAVUTÇU, s. 99; KIRCA, s. 113.

<sup>189</sup> BAŞOĞLU, s. 39; BALIOĞLU, s. 127.

<sup>190</sup> BAŞOĞLU, s. 44.

<sup>191</sup> ÖZTAN, s. 283; AYDOS, s. 80.

<sup>192</sup> KIRCA (Ürün), s. 121; ARBEK, N.10; ÇINAR, s. 150; BALIOĞLU, s. 135.

<sup>193</sup> YILDIRIM, s. 36; ÜNAL / KALKAN, s. 53 vd.; BAŞOĞLU, s. 41.

<sup>194</sup> BAŞOĞLU, s. 40; Yazar ağırlaştırılmış sebep sorumluluğunu, tehlike sorumluluğunun minyatür bir hali olarak değerlendirmiş, bünyesinde tehlike unsuru barındırdığını ancak tehlike unsurunun ön plana çıkmadığını belirtmiştir.

<sup>195</sup> HAVUTÇU, s. 99 vd.; PAKSOY / DEMİR, s. 314.

Ürün sorumluluğunda ürünün hatalı olması (güvenli olmaması) nedeniyle ortaya çıkardığı zararın tazmini hedeflenir. Burada hakimiyet ve tehlikeli olma kıstaslarına yönelik olarak iki temel sorunun cevaplanması gerekir. Bunlardan birincisi, üreticinin gerekli dikkat ve özeni göstererek zararın meydana gelmesini engellemeye muktedir olup olmadığı, ikincisi ise üretim faaliyetinin bizzatı kendisinin tehlikeli bir faaliyet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.

Üreticinin gerekli dikkat ve özeni göstererek tasarım ve bilgilendirme hatalarından doğan zararları önlemesi mümkün olsa da üretim kaçakları ve gelişim hataları için aynı sonuca varmak mümkün değildir. ÜGTDK'da, Direktifte yer almamasına karşın gelişim hatalarına da yer verilmesi sorumluluğu tehlike sorumluluğu esasına yaklaştırmıştır. Ancak ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olduğunu söylemek için ikinci soruya da müspet bir cevap verilmelidir. Tehlike sorumluluğu, zararın üretim faaliyetinin yahut üretilen ürünün tipik tehlikesi dolayısıyla doğmuş olması esasına dayanır<sup>196</sup>. Ancak ne her üretim faaliyeti ne de her üretilen ürün tipik tehlike barındırır.

En nihayetinde ürün sorumluluğunun hukuki niteliğini belirleme işi biraz da hukuk politikası işidir. Sorumluluğa konu ürünlerin yalnızca büyük fabrikalarda, büyük bütçelere konu seri üretimler olmadığı unutulmamalıdır. Küçük işletmelerin üretmiş olduğu ürünler, el sanatı mahsulü üretimler de ürün sorumluluğunun konusudur<sup>197</sup>. Sorumluluğun tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmesi halinde üreticiler Direktifte öngörülen sorumluluk kıstaslarından daha ağır bir sorumluluk altında bırakılmış olacak, bu durum en çok küçük ölçekli üretimin ilerlemesi ve devamlılığı bakımından zorluklar yaratacaktır.

Bu sebeple her ne kadar tehlike esasına yakın bir sorumluluk ihdas edilmişse de kanaatimizce ürün sorumluluğunu tehlike sorumluluğu olarak nitelemek mümkün değildir. Kanun koyucunun m.21 ile imalatçı ve ithalatçının sorumluluktan kurtulabileceği hallerde yer vermiş olması da görüşümüzü desteklemektedir. Buna göre bizde sorumluluktan kurtaran hallerin sınırlı olmasını ve genel bir kurtuluş kanıtı düzenlenmemiş olmasını dikkate alarak ürün sorumluluğunun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğu görüşünü paylaşıyoruz<sup>198</sup>. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, ürün sorumluluğunun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu esasına dayanması, önemli ölçüde tehlike arz eden bir üretim faaliyeti yahut tipik tehlike barındıran bir ürün söz konusu olduğunda tehlike sorumlulu-

<sup>196</sup> BAŞOĞLU, s. 44.

<sup>197</sup> GEIGEL / Haag, Haftpflichtprozess, Kap.14, N.270; Ancak Yargıtay, sipariş üzerine üretilen ürünlerde eser sorumluluğuna ilişkin hükümlere gidilmesi yönünde kararlara yer vermiştir, bkz. AYDOS, s. 110, dn. 485.

<sup>198</sup> Aynı yönde görüşler için bkz. dn. 193.

ğu hükümlerine gidilmesine engel teşkil etmez. Bu durumda kanun koyucunun özel bir düzenleme ile söz konusu üretim faaliyetini yahut tipik tehlike ihtiva eden ürünü tehlike sorumluluğu esasında düzenlemesi mümkün olduğu gibi, özel hüküm bulunmayan durumlarda da TBK m.71'e dayalı olarak tehlike sorumluluğuna başvurulması imkanları saklıdır<sup>199</sup>.

#### IV. SONUÇ

Türk hukukunda ürün sorumluluğuna ilişkin olarak kabul edilen 85/374 sayılı AB Direktifinden bugüne değin, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi özel bir ürün sorumluluğu kanunu kabul edilmemiştir. Önemi ve buna karşın uzunca bir süre kanuni düzenlemeden yoksun kalması dolayısıyla ürün sorumluluğu meselesi Türk hukukunun en tartışılan konularından biri olmuştur. 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile ürün sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen düzenlemeler bu alandaki boşluğu doldurması dolayısıyla oldukça olumludur. Böylece 85/374 sayılı Avrupa Birliği Direktifine de büyük ölçüde uyum sağlanmıştır. Ancak ürün sorumluluğu gibi özel hukuka ilişkin bir sorumluluk türünün kamu hukuku niteliği ağır basan ÜGTDK ile düzenlenmesi kanun yapma tekniği bakımından doğru bir tercih olmamıştır. Bunun yerine doktrinin uzun süredir dile getirdiği gibi ayrı bir ürün sorumluluğu kanunu yapılabilir yahut düzenleme TBK içine eklenebilirdi. Kanun koyucunun söz konusu tercihin doğuracağı en büyük sıkıntı, kullanılan kavramların kamu hukukunu çağrıştırması ve ürün sorumluluğunun niteliği ile tam olarak örtüşmemesidir. ÜGTDK m.6/f.II'de yer alan uygunsuzluk kavramı bu durumun en açık örneklerindedir. Kanun koyucu burada hatalı ürün yahut en azından güvenli olmayan ürün kavramlarını tercih edebilirdi.

Her ne kadar ürün sorumluluğuna ilişkin olarak ÜGTDK'da getirilen düzenlemelerle 85/374 sayılı Direktife büyük ölçüde uyum sağlanmış olsa da önemi yadsınamayacak farklılıklara da yer verilmiştir. Örneğin, sorumlular imalatçı ve ithalatçı olarak kabul edilmiş böylece sorumluluğun sınai üretimle sınırlandırılması sakıncası doğmuştur. Buna karşın ürün tanımında sınai ürüne ilişkin bir sınırlama yapılmamış, aksine kapsam son derece geniş tutulmuştur. Kanun koyucu her türlü eşyayı ürün tanımı içinde değerlendirmişse de, burada

<sup>199</sup> Örneğin Alman ProdHG m.15'te ilaç üreticisinin sorumluluğu ayrıksı tutulmuş, Arzneimittelgesetz olarak adlandırılan ayrı bir kanunla düzenlenmiştir; ayrıntılı bilgi için bkz. TEMEL, Erhan: "Alman Hukukunda İlaç Üreticisinin Özel Hukuk Sorumluluğu", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt II*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2053 vd.; DÖNMEZ, s. 381 vd.; BAŞOĞLU, s. 48; TBK m.71 Anlamında sorumluluğa başvurulabilmesi için TBK 71 kapsamında tehlikeli, malın üretimi, tüm özenin gösterilmesi halinde dahi sık veya ağır zararlara sebebiyet vermelidir, bkz. PAKSOY / DEMİR, s. 307; ÜGTDK m.6/f.VII'de diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı olduğu da zaten ifade edilmiştir.

eşya hukukunda yapılan taşınır/taşınmaz eşya ayrımından bağımsız olarak, TDK anlamına uygun olarak yalnızca taşınır eşyaları anlamak Direktifin kapsam ve amacıyla uygun olacaktır.

Türk hukuku bakımından, mala ilişkin zararlar bakımından Direktifte olduğu gibi malın özel kullanıma özgülenmesi ve zararın bu kullanım kapsamında doğmuş olması şartı aranmamış, zararın tazmini talebi için bir alt eşik öngörülmemiştir. Oysaki bu düzenlemeler bir yandan üretici ve tüketicinin menfaatlerini dengelemek diğer yandan usul ekonomisine hizmet etmesi bakımından olumlu düzenlemelerdir. Sorumluluğu sınırlandırılan haller bakımından da kanundaki düzenlemenin Direktife nazaran daha sınırlı olduğu dikkat çekmektedir.

Ürün sorumluluğuna ilişkin ÜGTDK getirilen ve Direktiften farklılık teşkil eden en iddialı düzenlemelerden birisi kanaatimizce zarar görenin ispat yüküne ilişkindir. Direktifin aksine, ÜGTDK m.6/f.II'de zarar görenin üründeki uygunsuzluğu, diğer bir deyişle hatayı ispatlaması şartı aranmamıştır. Buna göre, üründe hata olmadığını ispat yükü imalatçı veya ithalatçıya yüklenmiştir. Ancak ÜGTDK m.5'te güvenli ürün karinesi öngörülerek, sorumlu kişilere ürünün, teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun olduğunu ispatlayarak, ispat yükünü zarar görene geçirme imkânı sunulmuştur. İspat yükünün zarar görende olmasının doğuracağı zorluklar da dikkate alındığında, ilgili düzenleme Direktife nazaran daha olumlu olmuştur.

Ürün güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile Direktiften farklı olarak, kısa ve uzun olmak üzere iki zamanaşımı süresi öngörülmüştür. On yıllık uzun zamanaşımı süresi ise zararın doğumu anından itibaren işletilmiştir. Kanaatimizce söz konusu sürenin hak düşürücü süre olarak düzenlenmesi ve sürenin ürünün piyasaya arz edilmesiyle işlemesi daha yerinde olurdu. Nitekim uzun zamanaşımı süresinin veya hak düşürücü sürenin işlemeye başladığı an objektif olarak belirlenebilir, yani mutlak olmalıdır. Zararın doğumu anı ise bilinmeyen, sübjektif bir zaman dilimini konu alır. Böylece imalatçı veya ithalatçı öngöremediği bir süre boyunca sınırsız sorumlu olacak, ürünün hatasız olduğunu ispatlaması güçleşecek, ürünü izleme yükümlüğünün ne zamana kadar süreceği belirsizleşecektir.

Son olarak ürün sorumluluğu ÜGTDK ile açıkça kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir. Söz konusu kusursuz sorumluluk, genel bir kurtuluş kanıtı imkânı sunulmadığı ve sorumluluktan kurtulma halleri son derece sınırlı tutulduğu için ağırlaştırılmış sebep sorumluluğudur. Her ne kadar gelişim hataları ve üretim kaçakları bakımından ürün sorumluluğunun kabulü, sorumluluğu tehlike esasına yaklaştırmış olsa da tehlike sorumluluğu, faaliyetin veya ürünün tipik bir tehlike barındırmasını konu alır. Bu anlamda her üretim faaliyetinin

yahut üretilen her ürünün tipik tehlike barındırdığını kabul etmek mümkün değildir. Ancak ürün veya üretim faaliyeti tipik bir tehlike barındırıyor, kanun koyucu özel bir düzenleme yaparak tehlike sorumluluğu esası getirebileceği gibi düzenleme bulunmayan hallerde TBK m.71'e göre tehlike sorumluluğuna gidilmesi imkanları saklıdır.



**KAYNAKÇA**

- AKÇURA KARAMAN, Tuba: *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- AKİPEK, Şebnem: “Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu”, *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Cilt II*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları (308), Ankara, 2016, s. 23-38.
- ARBEK, Ömer: “Ayıplı Mal veya Hizmet Sebebiyle Tüketicinin Uğradığı Zararlardan Sorumluluk”, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org), (E.T.: 01.11.2020).
- ATABEK, Reşat: “İmalatçının Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1979, Cilt 10, Sayı 1, s. 159-175.
- ATAMER, Yeşim M. / BAŞ, Ece: “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, s. 19-60.
- ATAMER, Yeşim: “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 1, s. 81-106.
- AYDOS, Oğuz Sadık: *Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- BALİOĞLU, Dilek: “Gıda Üreticisinin Sorumluluğu”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2017, Cilt 3, Sayı 2, s. 115-156.
- BAŞOĞLU, Başak: “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 6, Sayı 2, s. 29-56.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: “Die learned intermediary-Doktrin im schweizerischen Pharmarecht”, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 2016, s. 1645-1655.
- CANPOLAT, Önder: “Üretici ve Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, Cilt 71, Sayı 2, s. 371-398.
- ÇINAR, Ömer: “Avrupa Konseyinin 25.07.1985 Tarihli ve 85/374 Sayılı Yönergesi ve Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik Hükümlerine Göre Ayıp Kavramı”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2010, Cilt 9, Sayı 18, s. 135-151.
- DÖNMEZ, Ünsal: “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Hâlleri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 381-406.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.



- FELLMANN, Walter: *Basler Kommentar, OR I, Art.1-529*, (Hrsg.) HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WIEGAND, Wolfgang: 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011.
- FUCHS, Maximilian / BAUMGÄRTNER, Alex: “Ansprüche aus Produzentenhaftung und Produkthaftung”, *Juristische Schulung (JuS)*, 2011/51, s. 1057-1063.
- GEIGEL, Reinhart: *Der Haftpflichtprozeß*, (Hrsg.) HAAG, Kurt: 28. völlig neubearb. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2020 (Kap.14, N.270-295).
- HAVUTÇU, Ayşe: *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- HESS, Hans-Joachim: *Kommentar zum PrHG*, 3. Überarb. und ergänzte Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016.
- HETTICH, Richard: *Produkthaftung*, 2. Aufl., Verlag für Verwaltungspraxis Rehm, München, 1990.
- KAPLAN, İbrahim: “Türk-İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, *Adalet Dergisi*, 1977, Cilt 68, Sayı 1-2, s. 78-110.
- KIRCA, Çiğdem: *Ürün Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007.
- KIRCA, Çiğdem: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Zamanaşımı (veya Hak Düşümü) Sürelerinin Geçmesi Konusunda Verdiği Kararların, İsviçre ve Türk Hukukuna Etkisi”, *Türk ve Alman Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı*, (Ed.) TEMEL, Erhan / KIRCA, Çiğdem: Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 35-62.
- KIRCA, İsmail / AYDIN, Ramazan: “İnkişaf Riski- İmalatçının/Üreticinin Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 679-692.
- KULAKLI, Emrah: *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- LENZ, Tobias: *Produkthaftung*, NJW Praxis, Band. 9, München, 2014.
- ÖZ, Turgut: “Üreticinin Sorumluluğu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 6, Sayı 2, s. 7-18.
- ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G.: “Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 67, Sayı 3, s. 495-534.
- ÖZEL, Çağlar: “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararlar Çerçevesinde Tüketici Kavramı”, *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini*, Cilt II, Türkiye Barolar Birliği Yayınları (308), Ankara, 2016, s. 13-20.

- ÖZSUNAY, Ergun: “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk Yapımcının Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1979, Cilt 10, Sayı 1, s. 97-158.
- ÖZTAN, Bilge: *İmalatçının Sorumluluğu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1982.
- PAKSOY, Meliha Sermin / ARSLAN DEMİR, Gizem: “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 2, s. 299-316.
- ROLLAND, Walter: *Produkthaftungsrecht*, Verlag F. Rehm, München, 1990.
- SCHWENZER, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht AT*, Stampfli Verlag AG, Bern, 1998.
- SEROZAN, Rona: “Tüketiciyi Koruma Kanunu’nun Artıları ve Eksileri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2003, Cilt 61, Sayı 1-2, s. 339-356.
- ÜNAL, Akın / KALKAN, Arif: “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2019, Yıl 11, Sayı 39, s. 45-82.
- TARMAN, Zeynep Derya: “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, Cilt 65, Sayı 2, s. 299-326.
- TEMEL, Erhan: “Produkthaftung nach türkischem Recht im Vergleich zur EG- Produkthaftungsrichtlinie und dem ProdHaftG”, *Versicherungsrecht (VersR)*, 2008, s. 1303-1316.
- TEMEL, Erhan: “Alman Hukukunda İlaç Üreticisinin Özel Hukuk Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Firat Öztan’a Armağan, Cilt II*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2053-2081.
- TİRYAKİ, Betül: “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 55, Sayı 2, s. 229-248.
- WAGNER, Gerhard: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Schuldrecht BT., IV §§705-853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz Produkthaftungsgesetz*, (Hrsg.) SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LİMPERG, Bettina, 8. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2020.
- YAVUZ, Levent: “Tüketicinin Korunması Bakımından İmalatçının Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1992, Cilt 49, Sayı 2, s. 228-235.
- YILDIRIM, M. Fadıl: “Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu”, *İlaç Hukuku I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kayseri, 2009, s. 19-36.

## TTK m.55/1-a-6'da Özel Bir Haksız Rekabet Hâli Olarak Düzenlenen Tedarik Fiyatının Altındaki Sunumlara İlişkin Bir İnceleme<sup>(\*)</sup>

Eine Untersuchung über die Angebote unter Einstandspreis, die als ein besonderes Beispiel für unlauterer Wettbewerb in Art.55/1-a-6 THGB Geregelt Ist

Neyzen Fehmi DOLAR<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Haksız rekabete ilişkin hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Haksız rekabet ise, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalardır (TTK m.54). Haksız rekabete ilişkin TTK m.54'te yer alan genel hüküm dışında TTK m.55'te haksız rekabete ilişkin özel bazı örnekler sayılmıştır. Bunlardan bir tanesi de tedarik fiyatının altındaki sunumlardır. Başka bir ifadeyle, seçilmiş bazı malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunulması, bu sunumların reklamlarda özellikle vurgulanması ve bu şekilde müşterilerin, sunumu yapanın kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltılması, haksız rekabet teşkil etmektedir. Çalışmada, TTK m.55/1-a-6'da düzenlenen söz konusu özel haksız rekabet hali incelenmeye çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Haksız Rekabet, Tedarik Fiyatının Altındaki Sunumlar, Reklam, Yanıltma, Seçilmiş Bazı Mallar, İş Ürünleri veya Faaliyetler, TTK m.55/1-a-6.

### Zusammenfassung

Ziel der Bestimmungen über unlauteren Wettbewerb ist es, einen lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Unlauterer Wettbewerb hingegen ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art.54 THGB). Abgesehen von der allgemeinen Bestimmung in Art.54 der THGB sind in Art.55 THGB einige besondere Beispiele für unlauteren Wettbewerb aufgeführt. Eine davon ist die Angebote unter Einstandspreis (Lockvogelangebote). Mit anderen Worten stellt einen unlauteren Wettbewerb dar, wenn ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandspreisen angeboten werden, diese Angebote in der Werbung besonders hervorgehoben werden und damit den Kunden über die eigene oder die

(\*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 11.01.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 19.01.2021.

(\*\*) Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,

E-mail: neyzenfehmidolar@anadolu.edu.tr,

Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0001-7319-9928>.



Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern getäuscht werden. In dieser Studie wurde versucht, die in Art.55/1-a-6 THGB geregelte besondere Situation des unlauteren Wettbewerbs zu untersuchen.

### Schlüsselwörter

Unlauterer Wettbewerb, Angebote unter Einstandspreis, Lockvogelangebote, Werbung, Ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen, Art.55/1-a-6 THGB.

## I. GİRİŞ

Türk hukukunda haksız rekabet konusundaki düzenlemeler, Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nin<sup>1</sup> 54 ilâ 63'üncü maddeleri arasında yer almaktadır<sup>2</sup>. “*Amaç ve ilke*” başlığı altında 54'üncü maddenin ilk fıkrasında, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacına ve ikinci fıkrasında ise, haksız rekabete ilişkin temel ilkeye yer verilmiştir. TTK m.55'te ise haksız rekabet hallerinin başlıcaları sayılmıştır.

TTK m.54 ve 55'in kaynağı, İsviçre'nin 19.12.1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun (İHRKFK)'dur<sup>3</sup>. Söz konusu her iki hüküm de, İHRKFK'nın 1 ilâ 8'inci maddelerinin birebir tercüme edilmesi suretiyle ortaya konmuştur<sup>4</sup>.

TTK m.55'te sayılan haller, uygulamada en çok karşılaşılan haksız rekabet halleridir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki 55'inci maddede sayılan haksız rekabet halleri sınırlı sayı ilkesine tabi değildir, sadece örnek mahiyetinde sayılmıştır<sup>5</sup>. Bu nedenle TTK m.55'te sayılmamış olan, ancak TTK m.54/2 kapsamında bulunan bir hâl de haksız rekabet teşkil eder<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Resmî Gazete Tarihi: 14.02.2011, Resmî Gazete Sayısı: 27846).

<sup>2</sup> Bazı ülkelerde haksız rekabete ilişkin hükümler, özel kanunlarla düzenlenmiştir. Örneğin, İsviçre'de, 19.12.1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG); Almanya'da, 03.07.2004 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) yürürlüktedir.

<sup>3</sup> Bkz. Gerekçe, TTK'nın 54 ilâ 63'üncü Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar, s. 14 (<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> E.T.: 15.01.2021); Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) vom 19. Dezember 1986.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER ERTAN, N. Füsün: *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 17 vd.

<sup>5</sup> ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017, s. 327; POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 333; NOMER ERTAN, s. 127.

<sup>6</sup> Bkz. Gerekçe, TTK m.55, s. 16.

## II. TEDARİK FİYATININ ALTINDAKİ SUNUMLAR

### A. Hükümün Düzenlenişi ve Amacı

Tedarik fiyatının altındaki sunumlar hakkında, mülga Türk Ticaret Kanunu (eTTK)'nda<sup>7</sup> herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti. Ancak eTTK m.57'de belirtilen haksız rekabet halleri tahdidi olarak sayılmadığı için tedarik fiyatının altındaki sunumlar, genel hüküm olan 56'ncı madde kapsamında haksız rekabet teşkil eden durumlardan biri olarak kabul edilmekteydi<sup>8</sup>. Yargıtay da bu görüşteydi<sup>9</sup>.

Tedarik fiyatının altındaki sunumlar, TTK'nın 55'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (6) numaralı alt bendinde özel bir haksız rekabet hâli olarak düzenlenmiştir. Düzenleme şu şekildedir;

*“(1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:*

*a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;*

...

*6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alınmasında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur, ...”*

Daha önce de belirtildiği üzere TTK m.55/1-a-6, İHRKFK m.3/1-f'nin aynen tercüme edilmiş halidir<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Resmî Gazete Tarihi: 09.07.1956, Resmî Gazete Sayısı: 9346).

<sup>8</sup> ERDİL, Engin: *Haksız Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 271.

<sup>9</sup> “... davalının eğer tedarik fiyatlarının altında fiyat teklifi verdiği saptanırsa bu hal dahi TTK'nın 56. maddesindeki genel hüküm uyarınca haksız rekabet oluşturabilecektir” (Yargıtay, 11. HD., T. 07.07.2009, E. 2007/13685, K. 2009/8375).

<sup>10</sup> İHRKFK m.3/1-f'nin Almanca metni aşağıdaki gibidir:

“1 Unlauter handelt insbesondere, wer:

...

f. ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandspreisen anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Le-

Kural olarak, tedarik fiyatının altında satış yapılması başlı başına haksız rekabete neden olmaz<sup>11</sup>. Çünkü günümüz serbest piyasa ekonomisinin temel kurallarından biri, herkesin mal ve hizmetlerinin satış fiyatını serbestçe belirleme hakkına ve yetkisine sahip olmasıdır<sup>12</sup>. Ancak TTK m.55/1-a-6'da düzenlenen tedarik fiyatının altındaki sunumlar, etkin bir fiyat politikasının sonucu olmayıp, satıcının amacı sadece reklam vermek için yaptığı ve bu durumu müşterilerinden gizlediği fiyat indirimleri aracılığıyla onları etkileyerek dükkânına çekmektir<sup>13</sup>. Gerçekten de düzenli olarak tekrar edilen tedarik fiyatının altındaki sunumlar aracılığıyla bunu yapan satıcının fiyat politikası hakkında müşteriler nezdinde olumlu ve ancak yanlış bir intiba yaratılabilmektedir<sup>14</sup>. Başka bir ifadeyle, müşteriler nezdinde mağazadaki tüm malların ucuza satıldığı kanısının uyandırıldığı görülmektedir<sup>15</sup>. Müşterilerde bu yanlış intibayı oluşturabilmek için, genellikle, fiyatı halk tarafından iyi bilinen birkaç malın fiyatı indirilir. Satıcı, bu şekilde dükkâna çektiği müşterilere, reklamlarda yer alan malların tükendiğini veya o malların kalitesinin düşük olduğunu, ancak reklamı yapılmayan ve o mala benzer daha iyi kalitede başka malların bulunduğunu söyleyerek, daha pahalı olan ve müşterilerin fiyatını tam olarak bilmediği başka malları satmaya çalışacaktır<sup>16</sup>. Böylece, satıcı, normal fiyattan sattığı malların sürümünü artırmış olacağından, tedarik fiyatının altındaki sunumlar neticesinde ortaya çıkacak

*istungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht; Täuschung wird vermutet, wenn der Verkaufspreis unter dem Einstandspreis vergleichbarer Bezüge gleichartiger Waren, Werke oder Leistungen liegt; weist der Beklagte den tatsächlichen Einstandspreis nach, so ist dieser für die Beurteilung massgebend; ..."*

- <sup>11</sup> "... Bu itibarla, tedarik fiyatının altında satış yapmak başlı başına haksız rekabet oluşturmaya yetmemektedir..." bkz. Yargıtay, HGK, T. 11.12.2018, E. 2017/11-117, K. 2018/1883.
- <sup>12</sup> ÇINAR KARABAĞ, Nihal: *Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 106.
- <sup>13</sup> GÜVEN, Şirin: *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 93.
- <sup>14</sup> ÖZTEK, Selçuk: "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", *Prof. Dr. Jale AKİPEK'e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991, s. 421.
- <sup>15</sup> PINAR, Hamdi: "Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 136; NÖMER ERTAN, s. 223; "... Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyle, bir tacirin, sırf daha fazla müşteri çekebilmek amacıyla kendisinin müşterilere daha ucuza satış yaptığına inandırmak için, göstermelik bazı ürünlerde tedarik fiyatının altında satış yapmak ve reklamlarında da buna vurgu yapmak suretiyle, kendisinin yeteneği konusunda müşterileri yanıltarak rakiplerinin önüne geçmeye çalışmasını dürüstlüğe aykırı ve haksız rekabetçi bir davranış olarak nitelendirmiştir..." bkz. İstanbul BAM, 13. HD., T. 14.11.2019, E. 2018/1216, K. 2019/1583.
- <sup>16</sup> YASAMAN, Hamdi: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet ile İlgili Getirdiği Yenilikler", *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011)*, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 39; GÖLE, Celal: *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983, s. 98-99; CEYLAN, Ebru: "Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Sayı 2, s. 209; PINAR, s. 136.

zararını kolaylıkla kapatabilecektir<sup>17</sup>. Bu nedenle TTK m.55/1-a-6, özellikle müşterilerin korunmasına hizmet eden yeni bir haksız rekabet hâli düzenlemesidir<sup>18</sup>.

Diğer yandan tedarik fiyatının altındaki sunumlar, rakipleri bertaraf etmek için de kullanılabilir<sup>19</sup>. Şöyle ki, bu şekilde yapılan fiyat indirimleri nedeniyle müşteriler, söz konusu malları normal fiyattan satışa sunan rakiplerin yüksek fiyatlar uygulayıp aşırı kâr yaptığını düşünebilirler<sup>20</sup>.

Ayrıca, normal fiyat üzerinden satışa sunulan malların satılabilmesi amacıyla, tanınmış markalı malların tedarik fiyatının altında satışa sunulması durumunda, tanınmış markalı bu malların başka satıcılardaki normal fiyatları müşteriler tarafından yüksek olarak algılanabilir ve bu algıdan da tanınmış marka zarar görebilir<sup>21</sup>.

Son olarak tedarik fiyatının altındaki sunumlar, anlaşılacağı üzere geniş bir mal yelpazesine ve büyük ekonomik imkânlarla sahip satıcılar bakımından verimli olabilir<sup>22</sup>. Daha dar mal çeşitliliğine ve daha küçük mali imkânlarla sahip satıcıların, bu uygulamayı gerçekleştirebilmeleri çok zordur. Zira küçük satıcılar, dar bir ürün yelpazesine sahip oldukları için, bunların tedarik fiyatının altında sunum yapması durumunda oluşacak zararını, normal fiyattan sunduğu mallardan elde ettiği kazanç ile telafi etmesi mümkün değildir. Ayrıca bunlar, tedarik fiyatının altındaki sunumların başarılı olabilmesi için gereken yoğun reklam kampanyasını karşılayacak yeterli ekonomik güce de sahip değildir. Bu nedenle TTK m.55/1-a-6 düzenlemesi, müşteriler bakımından olduğu kadar, büyük satıcılar karşısında küçük satıcıları da korumak amacını taşımaktadır<sup>23</sup>.

TTK m.55/1-a-6'nın gerekçesinde “*göstermelik (mostra<sup>24</sup>) ile aldatma*” veya “*mostra ile avlama*” olarak nitelendirilen<sup>25</sup> haksız rekabetin bu özel hali, İsviçre öğretisinde ve uygulamasında genellikle “*Lockvogelangebot*” olarak

<sup>17</sup> ÖZTEK, s. 422.

<sup>18</sup> NÖMER ERTAN, s. 223.

<sup>19</sup> GÜVEN, s. 94.

<sup>20</sup> PEKDİNÇER, Remzi Tamer: *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 152; ÖZTEK, s. 422.

<sup>21</sup> ÖZTEK, s. 422.

<sup>22</sup> PEDRAZZINI, Mario M. / PEDRAZZINI, Federico A.: *Unlauterer Wettbewerb UWG*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 138.

<sup>23</sup> GÜVEN, s. 95; ÖZTEK, s. 422.

<sup>24</sup> Türk Dil Kurumu'na göre, İtalyanca bir kelime olan mostra, örnek, göstermelik veya model anlamlarına gelmektedir (<https://sozluk.gov.tr> / E.T.: 04.12.2020).

<sup>25</sup> Bkz. Gerekçe, TTK m.55, s. 20.

adlandırılmaktadır<sup>26</sup>. Türk hukukunda ise, “tedarik fiyatının altında satışa sunmak/satış yapmak<sup>27</sup>”, “tuzak fiyat<sup>28</sup>” “tuzak reklam<sup>29</sup>”, “zararına satış<sup>30</sup>”, “göstermelik/yem ile aldatma<sup>31</sup>” gibi kullanımlar mevcuttur.

## B. Hükümün Uygulanma Şartları

TTK m.55/1-a-6'nın metninden de anlaşılacağı üzere, tedarik fiyatının altındaki sunumlara ilişkin yasak, mutlak değildir<sup>32</sup>. Diğer bir deyişle, tedarik fiyatının altındaki sunumlar, birtakım şartlara bağlı olarak TTK m.55/1-a-6'da düzenlenmiş olup, dürüstlük kuralına aykırı ve dolayısıyla özel haksız rekabet hali olarak nitelendirilmiştir. Bu çerçevede söz konusu haksız rekabet halinin şartları, üç başlık altında incelenebilir. Bunlar;

- Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak
- Sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak
- Müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmaktır.

Yukarıda belirtilen şartların kümülatif olarak bulunması gerekir<sup>33</sup>. Başka bir ifadeyle, TTK m.55/1-a-6 anlamında bir haksız rekabetin gerçekleşebilmesi için, bu şartların tamamının sağlanmış olması, bir arada bulunması gereklidir, bir tanesi dahi eksik olmamalıdır<sup>34</sup>.

<sup>26</sup> PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, s. 137 vd.

<sup>27</sup> POROY / YASAMAN, s. 377 vd.; NOMER ERTAN, s. 223 vd.; PINAR, s. 134 vd.; PEKDİNÇER, s. 150 vd.

<sup>28</sup> GÜVEN, s. 93 vd.; ERDİL, s. 219 vd.

<sup>29</sup> CEYLAN, s. 209; GÖLE, s. 98 vd.

<sup>30</sup> ÖZTEK, s. 421 vd.

<sup>31</sup> ÇINAR KARABAĞ, s. 105 vd.

<sup>32</sup> YASAMAN, s. 38; ÖZTEK, s. 423; ÇINAR KARABAĞ, s. 107.

<sup>33</sup> SPITZ, Philippe: “Art.3 Abs.1 lit.f”, (Hrsg.) JUNG, Peter / SPITZ, Philippe: *Stämpflis Handkommentar: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 497; SUTTER, Guido: “Art.3 Abs.1 lit.f/I-II”, HEIZMANN, Reto / LOACKER (Hrsg.), Leander D.: *UWG Kommentar: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 1. Auflage, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2018, s. 515; POROY / YASAMAN, s. 377; “... Anılan madde metnine göre, haksız rekabetin oluşması için; kampanya konusu seçilmiş ürünlerin, tedarik fiyatının altında satışa sunulması, bu şekilde satışa sunumun birden çok kez tekrarı, bu şekilde sunumun reklamlarda özellikle vurgulanması suretiyle kendisinin veya rakiplerinin kabiliyeti hakkında müşterilerin yanıltılması şartlarının kümülatif olarak gerçekleşmiş olması gerekir...” bkz. İstanbul BAM, 13. HD., T. 14.11.2019, E. 2018/1216, K. 2019/1583; aynı yönde karar için bkz. Yargıtay, 11. HD., T. 28.02.2018, E. 2016/7703, K. 2018/1505.

<sup>34</sup> PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, s. 139; NOMER ERTAN, s. 225; ERDİL, s. 220.



## 1. Seçilmiş Bazı Malların, İş Ürünlerinin veya Faaliyetlerin Birden Çok Kere Tedarik Fiyatının Altında Satışa Sunmak

### a. Seçilmiş Bazı Mallar, İş Ürünleri veya Faaliyetler

TTK m.55/1-a-6 uyarınca sadece “seçilmiş bazı malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin<sup>35</sup>” sunulması halinde dürüstlüğe aykırı, kabul edilmeyen davranış mevcuttur. Dolayısıyla sadece belirli bazı malların, tedarik fiyatının altında satışa sunulması gerekir. Bu sonuç, hükümde yer alan “seçilmiş” ifadesinden çıkarılmaktadır<sup>36</sup>. “Seçilmiş” kelimesi, söz konusu sunumda satıcının tüm ürünlerinin yer almadığı, sadece bir kısmının bulunduğu anlamına gelir. Bu nedenle satıcının tüm ürün yelpazesine ilişkin olarak tedarik fiyatının altında gerçekleştirdiği sunumlar, TTK m.55/1-a-6'nın uygulama alanına girmez<sup>37</sup>. Bu durumda ya tasfiye satışı mevcuttur ya da satıcı genelde ucuzluk ilkesine göre hareket ediyordur<sup>38</sup>.

TTK m.55/1-a-6'da düzenlenen haksız rekabet halinin maddi anlamda uygulama alanını<sup>39</sup> “mallar”, “iş ürünleri” ve “hizmetler<sup>40</sup>” oluşturur<sup>41</sup>. Hükümde veya gerekçesinde bu kavramların neyi ifade ettiği tarif edilmemiştir. Ancak TTK m.55/1-a-1'nin gerekçesinde mal ve iş ürünü kavramları açıklanmıştır. Buna göre “mal” ile gerçek anlamda ticarete konu, bir gereksinime cevap veren bir şey kastedilmektedir. “İş ürünü” ise çok daha geniş olup; bir patent, tasarım, makale, film, sahneye koyuş, bir icra da iş ürünü olarak nitelendirilmektedir. “Faaliyet”ten ise, ticarete konu hizmetler anlaşılmaktadır<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> Çalışmanın geri kalanında “seçilmiş bazı mallar, iş ürünleri veya faaliyetler” ifadesinin yerine kısaca “seçilmiş mallar” tabiri kullanılacaktır.

<sup>36</sup> Hükümün gerekçesinde, “seçilmiş” kelimesi hakkında, bu ifadenin “mostra”yı ifade ettiği ve satışa sunulan malın “mostra” rolü oynaması, diğer bir deyişle kalitesi ve tedarik fiyatı ile seçilmiş mallara hatta miktara özgülenmiş olmasının dürüstlüğe aykırı olduğu belirtilmiştir (bkz. Gerekçe, TTK m.55, s. 20).

<sup>37</sup> BAUDENBACHER, Carl / GLÖCKNER, Jochen: “Art.3 Abs.1 lit.f.”, (Hrsg.) BAUDENBACHER, Carl: *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2001, s. 538; SPITZ, s. 497; NOMER ERTAN, s. 225; PEK-DİNÇER, s. 157.

<sup>38</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 538.

<sup>39</sup> SUTTER, s. 516.

<sup>40</sup> Kaynak İsviçre düzenlemesinin aksine, TTK m.55/1-a-6'da “faaliyet”ten bahsedilmiştir. İHRKFK m.3/1-f'de ise Türkçe karşılığı hizmet olan “Leistung” ifadesi kullanılmıştır. Kanaatimizce bunun sebebi bir tercüme hatasıdır. Dolayısıyla NOMER ERTAN'ın da haklı olarak belirttiği üzere, burada “faaliyet” yerine, mehz Kanundaki gibi “hizmet” ifadesinin kullanılması isabetli olacaktır (bkz. NOMER ERTAN, s. 225).

<sup>41</sup> TTK m.55/1-a-6 dışında, aynı maddenin 1, 2, 4, 5 ve 9 numaralı alt-bentlerde de mal, iş ürünü ve faaliyetten bahsedilmiştir.

<sup>42</sup> Bkz. Gerekçe, TTK m.55, s. 17.

İsviçre öğretisinde söz konusu kavramlar açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, mehz Kanununun m.3/1-f hükmü ve genel olarak haksız rekabet hallerine ilişkin diğer hükümleri anlamında “mal”, taşınır ve taşınmaz mallar, haklar, varlıklar, yazılımlar ve know-how gibi ticarete konu olabilecek her türlü şeydir<sup>43</sup>. İş ürünleri ise, başarılı bir faaliyet sonucu fiziksel veya fiziksel olmayan biçimde ortaya çıkan sonuçtur<sup>44</sup>.

### b. Tedarik Fiyatı

Tedarik fiyatı, TTK m.55/1-a-6’da düzenlenen haksız rekabet hâli bakımından bir eşik olarak benimsenmiştir<sup>45</sup>. Bu nedenle tedarik fiyatında veya tedarik fiyatının üzerinde yapılan sunumlar, söz konusu düzenleme kapsamında haksız rekabete sebebiyet vermemektedir<sup>46</sup>.

Tedarik fiyatı, ticari hayatta fiyatın belirlenmesinde kullanılan temel bir kavramdır<sup>47</sup>. Buna rağmen hükmün gerekçesinde yetersiz bir açıklamaya yer verilmiş ve tedarik fiyatından o malın satıcıya mâl olma fiyatının<sup>48</sup> anlaşılacağı belirtilmiştir<sup>49</sup>. Mehz Kanunun gerekçesinde ise tedarik fiyatının ne anlama geldiğine dair detaylı açıklama mevcuttur<sup>50</sup>. Buna göre, tedarik fiyatı şu şekilde hesaplanmaktadır<sup>51</sup>:

<sup>43</sup> JUNG, Peter: “Art.3 Abs.1 lit.b/IV.Tatbestand/2.-4.”, (Hrsg.) JUNG, Peter / SPITZ, Philippe: *Stämpflis Handkommentar: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 354; BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 538.

<sup>44</sup> JUNG, s. 354.

<sup>45</sup> SUTTER, s. 518; “... Somut olayda; davalı şirket market işletmecisi olup, ekmeğin üretimini yapmamaktadır. Bunun sonucu olarak üçüncü şahıslardan satın aldığı ekmeğin alış fiyatının altında bir fiyatla satması halinde haksız rekabet eylemi gerçekleştirilebilir...” bkz. Antalya BAM, 11. HD., T. 10.05.2019, E. 2018/1956, K. 2019/1020.

<sup>46</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 540; SUTTER, s. 518.

<sup>47</sup> SUTTER, s. 518.

<sup>48</sup> Bir malın mâl olma fiyatı, o malın alış fiyatının yanında, yapılan bütün masraflar, satıcının konomu, çalıştırıldığı personel sayısı gibi değişkenler göz önünde bulundurularak belirlenmelidir (bkz. ERDİL, s. 221).

<sup>49</sup> Bkz. Gereğe, TTK m.55, s. 21.

<sup>50</sup> NOMER ERTAN, TTK’nın gerekçesinde yer alan, kısa ve öz açıklamanın İsviçre’deki açıklamaya göre çok daha isabetli olduğunu, çünkü maliyetin hesaplanmasının hukukî bir mesele olmadığını ve uygulamada bu hesaplanmanın mahkemeler tarafından bilirkişiye yaptırılacağını belirtmiştir (NOMER ERTAN, s. 226). Ancak yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Ülkemizde uzunca bir süredir görüldüğü üzere, gerekçelerde kanunda yer alan ifadelerle ilişkin yeterli açıklama yapılmamaktadır. Hatta bazı kanun gerekçelerinde madde metni ile ilgisi olmayan hatalı gerekçelere yer verildiği görülmüştür. Gerekçenin uygulayıcılar bakımından kanun koyucunun niyetini göstermesi nedeniyle taşıdığı önem azımsanmayacak derecededir. Bu nedenle kanaatimizce, TTK m.55/1-a-6’da yer alan “tedarik fiyatı” kavramına ilişkin daha detaylı bir açıklama verilmesi, hükmün kapsamının anlaşılması bakımından daha isabetli olurdu.

<sup>51</sup> Bkz. İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanununun Gereği, s. 1045 (<https://www.ams.druckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10049038> E.T.: 20.12.2020).

**Alış Fiyatı (Fatura Fiyatı, Liste Fiyatı)**

/	Kesintiler (İndirim, İskonto vb.)
+	Katma Değer Vergisi
+	Tedarik Masrafları (Nakliye, Sigorta, Gümrük, Komisyon vb.)
=	<b>Tedarik Fiyatı</b>
+	Doğrudan İşletme Giderleri (örneğin, bir ürün için yapılan tanıtım masrafları gibi doğrudan maliyetler)
+	Dolaylı İşletme Giderleri (örneğin, çalışan, mekân ve diğer genel idari masraflar gibi toplam maliyetin ürün başına düşen payı)
=	<b>Maliyet Fiyatı</b>
+	Net Kâr
=	<b>Satış Fiyatı</b>

Yapılan bu hesaplama bağlamında tedarik fiyatı, maliyet fiyatı ve satış fiyatı kavramları ayrı ayrı incelenmelidir. Tedarik fiyatı, satın alma fiyatından muhtemel indirimler (iskonto vb.) düşüldükten sonra, satın alınan mala ilişkin yapılan tedarik masrafları (nakliye, sigorta, gümrük, komisyon, vergi vb.) ile bu malın alınması sırasında ödenen katma değer vergisinin satın alma fiyatına eklenmesiyle ortaya çıkan meblağdır<sup>52</sup>. Başka bir deyişle tedarik fiyatı, satıcının ilgili malı elde ederken ödediği tutardır<sup>53</sup>. Maliyet fiyatı ise, tedarik fiyatına ek olarak, doğrudan ve dolaylı işletme giderlerini de içerir. Dolayısıyla tedarik fiyatı ile maliyet fiyatı birbiriyle karıştırılmamalıdır<sup>54</sup>. Satış fiyatı ise, satıcının maliyet fiyatına kârını eklemesiyle ortaya çıkan fiyattır. Sonuç olarak TTK m.55/1-a-6 kapsamında haksız rekabet teşkil eden durum, seçilmiş bazı malların satış fiyatının, o malların tedarik fiyatının altında olmasıdır<sup>55</sup>.

Malların tedarik fiyatının altında satışa sunulması, rakip işletmelerin pahalı ya da söz konusu işletmenin ucuz olarak algılanmasına neden olabilir. Bu şekil-

<sup>52</sup> SPITZ, s. 502; ÖZTEK, s. 423.

<sup>53</sup> ÇINAR KARABAĞ, s. 108.

<sup>54</sup> ÖZTEK, s. 423; BAUDENBACHER / GLÖCKNER, S. 539.

<sup>55</sup> "... davalının davacı tarafça belirlenen tarifenin altında iş yapmasının, hizmet verdiği yöredeki ortalama maliyetin altında olup olmadığı ve buna bağlı olarak da haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı hususunda değerlendirme yapıp gerektiğinde sektör bilirkişisinden rapor alınarak bir karar verilmesi gerektiği..." bkz. Yargıtay, 11. HD., T. 03.02.2020, E. 2019/2872, K. 2020/818; "... ucuz satış yapmanın başlı başına haksız rekabet teşkil etmediği, eylemin haksız rekabet teşkil etmesi için o ürünün tedarik fiyatının altında satışa sunulması gerektiği..." bkz. Yargıtay, 11. HD., T. 13.11.2019, E. 2019/185, K. 2019/7155; aynı yönde karar için bkz. Yargıtay, 11. HD., T. 19.03.2018, E. 2016/9305, K. 2018/2086.

de satıcı, müşterileri, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında aldatmış olmaktadır. Bunun sonucunda da rakipler söz konusu işletme ile rekabet edemez hale gelebilir ve piyasa dışında kalabilirler. Böylece tedarik fiyatının altında yapılan sunumlar, sadece müşterilere zarar vermez, aynı zamanda piyasadaki rekabetin varlığını tehlikeye sokar<sup>56</sup>. Ancak objektif nedenlerin varlığı durumunda, satış fiyatının tedarik fiyatının altında olması, haksız rekabet oluşturmaz<sup>57</sup>. Örneğin, modası geçmiş, seri sonu, çabuk bozulabilen ürünlerin bir an önce satılması veya yeni bir ürün tanıtılması amacıyla belirli dönemler için tedarik fiyatının altında satışa sunulması durumlarında ya da reklam gelirleri ile karşılanan ücretsiz satışlarda objektif nedenlerin var olduğu kabul edilir<sup>58</sup>.

### c. Birden Çok Kere Sunum

TTK m.55/1-a-6 anlamında haksız rekabetin oluşabilmesi için seçilmiş bazı malların tedarik fiyatının altında birden çok kere satışa sunulmuş olması gerekir. Bu kapsamda öncelikle hükümde yer alan “sunum” terimi incelenmelidir. Sunum ile anlatılmak istenen şeye, ne madde metninde ne de madde gerekçesinde yer verilmiştir<sup>59</sup>. Aynı şekilde mehzaz olan Kanun’un 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde de sunum anlamına gelen “*Angebot*” ifadesi kullanılmıştır.

İsviçre öğretisinde Kanun’da geçen “*sunum*” ifadesi ile ne kastedildiği açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre ilk olarak, sadece gerçek olan sunumlar hükmün kapsamındadır<sup>60</sup>. Dolayısıyla gerçek olmayan sunumlar, TTK m.55/1-a-6’ya göre haksız rekabet teşkil etmez, diğer şartları da mevcut ise TTK m.55/1-a-2’de geçen “... gerçek dışı... açıklamalarda bulunmak...” ifadesi veya TTK m.54’te yer alan genel hüküm ışığında değerlendirilmelidir.

İkinci olarak sunum kavramı, ekonomik anlamda düşünülmelidir<sup>61</sup>. Dolayısıyla “*sunum*” ile sadece Türk Borçlar Kanunu m.3 vd. anlamında bağlayıcı olan öneri olarak nitelendirilen teklifler kastedilmemektedir. Diğer bir deyişle hükümde geçen “*sunum*” kelimesi, sadece öneriyi değil bununla birlikte öneriye davet<sup>62</sup> niteliğinde olan duyuru ve promosyonları da kapsayacak şekilde anla-

<sup>56</sup> ÇINAR KARABAĞ, s. 108.

<sup>57</sup> ÇINAR KARABAĞ, s. 108.

<sup>58</sup> PINAR, s. 135.

<sup>59</sup> TTK m.55/1-a-6 dışında TTK m.55/1-a-7’de de “sunum” kavramına yer verilmiştir.

<sup>60</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 538; gerçek dışı sunumlar/açıklamalar TTK m.55/1-a-2 ve TTK m.55/1-a-5 hükümleri kapsamında değerlendirilebilecektir.

<sup>61</sup> SUTTER, s. 517.

<sup>62</sup> Öneri, muhatabına varması gereken, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı bir hukuki işlem olup, genel anlamda bir sözleşme yapma teklifini veya çağırısını ifade eder. Ancak her sözleşme yapma çağırısı öneri niteliğinde değildir. Bir irade beyanının, öneri olarak nitelendirilebil-

şılmalıdır<sup>63</sup>. Zira TTK m.55/1-a-6, müşteride satın alma isteği uyandıracak her türlü iletişim metodunu kapsamayı amaçlamaktadır<sup>64</sup>. Bu doğrultuda, malların tezgâhta sergilenmesi sırasında sarf edilen sözlü beyanlar da sunum olarak nitelendirilebilecektir<sup>65</sup>.

TTK m.55/1-a-6'da yer alan ve açıklanmaya muhtaç bir başka unsur da, seçilmiş bazı malların “*birden çok kere satışa sunulması*”<sup>66</sup>’dır. Kanun koyucu, sistematik olarak yapılan tedarik fiyatının altındaki sunumlara karşı çıkmaktadır<sup>67</sup>. Bu nedenle tek seferlik bir sunum, TTK m.55/1-a-6 kapsamında değildir<sup>68</sup>.

Birden çok kere satışa sunmanın veya daha yalın bir ifadeyle tekrarlanma unsurunun, hangi hallerde mevcut olduğu her bir somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>69</sup>. Zira madde metninden buna ilişkin belirli bir süreç veya zaman dilimi çıkarılamamaktadır. Örneğin, bazı durumlarda sunumun iki günde bir tekrarlanması, TTK m.55/1-a-6 anlamında haksız rekabete neden olabileceken, diğer bazı durumlarda her ay veya altı ayda bir tekrar edilen sunumlar bakımından da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Dolayısıyla, daha uzun bir zamana yayılan ve daha seyrek uygulanan sunumlara nazaran; belirli bir düzende, sıklıkta ve yüksek reklam yoğunluğunda yapılan sunumlarda birden çok kere sunum şartı, daha erken ortaya çıkabilecektir<sup>70</sup>.

Öğretide bazı yazarlar, birden çok kere sunum unsurunun bazı durumlarda, daha yapılan ilk sunumla birlikte gerçekleşmiş olabileceğini belirtmektedir. Buna göre, eğer sunum, niteliği gereği bir tekrar gerektiriyorsa ve bu durum açıkça ortada ise, sonraki sunum veya sunumlar beklenmeksizin TTK m.55/1-a-

---

mesi her şeyden önce önerinin karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmış olmasına bağlıdır. Hemen belirtmek gerekir ki öneriden söz edebilmek için ilk olarak, irade beyanının mutlaka belli bir kişiye yöneltilmiş olması gerekmez. Öneri, belli bir kişi veya kişilere yapılmış olabileceği gibi herkese yapılmış olabilir. İkinci olarak öneri, sözleşmenin esaslı unsurlarını ihtiva etmelidir. Son olarak öneren, önerisiyle bağlı kalmak niyetinde olmalıdır. Belirtilen bu unsurları içermeyen irade beyanı ise öneriye davet olarak adlandırılır. Öneri ve öneriye davet hakkında daha detaylı bilgi için bkz. EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 276 vd.

<sup>63</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 538.

<sup>64</sup> SPITZ, s. 498; PEKDİNÇER, s. 154.

<sup>65</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 542.

<sup>66</sup> Sunumların tekrarlanması veya sistematik olarak kullanılması unsurunun TTK m.55/1-a-6'ya kaynaklık eden mehz Kanun m.3/1-f'nin yasalaşma sürecinin tüm aşamalarında, söz konusu revizyonun temel amacı olduğu defalarca vurgulanmıştır (bkz. SUTTER, s. 520).

<sup>67</sup> SPITZ, s. 499; SUTTER, s. 520.

<sup>68</sup> ERDİL, s. 224; PINAR, s. 136.

<sup>69</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 542.

<sup>70</sup> SPITZ, s. 499; SUTTER, s. 520.

6 kapsamında bir haksız rekabet oluşmuş sayılır<sup>71</sup>. Bu durumda ilk sunum için kullanılan araçta, söz konusu sunumun gelecekte düzenli aralıklarla tekrar edileceğine dair açık bir ipucu bulunmaktadır<sup>72</sup>. Ancak kanaatimizce, TTK m.55/1-a-6 hükmünün lafzı açıkça, sunumun birden çok kere yapılması gerekliliğini vurgulamıştır. Bu sebeple, tedarik fiyatının altındaki bir sunumun, haksız rekabet teşkil etmesi için en az iki defa tekrarlanmış olması gereklidir<sup>73</sup>.

TTK m.55/1-a-6 anlamında sistematik şekilde yürütülmeyen, işletmelerin yıl dönümleri, mağaza açılışları, ürün tanıtımları, sezon sonu satışları ve çabuk bozulabilen malların satışı gibi münferit durumlarda yapılan sunumlarda tekrarlanma unsuru eksiktir<sup>74</sup>. Dolayısıyla bu durumlarda yapılan sunumlar haksız rekabet teşkil etmemektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, birden çok kere tekrarlanan tedarik fiyatının altındaki sunumların her seferinde farklı veya aynı mallara ilişkin olması herhangi bir rol oynamaz<sup>75</sup>. Önemli olan sunumun, aynı satıcı tarafından yapılmasıdır<sup>76</sup>. Örneğin, bir süpermarket, müşterilerini mağazaya çekmek amacıyla ilk olarak makarnayı, sonrasında da zeytinyağını tedarik fiyatının altında satışa sunmuş ise birden çok kere sunma şartı gerçekleşmiştir.

## 2. Sunumları Reklamlarında Özellikle Vurgulamak

Tedarik fiyatının altında yapılan sunumların, TTK m.55/1-a-6 kapsamında haksız rekabet teşkil edebilmesi için, bu sunumların reklamlarda özellikle vurgulanması gerekir.

Reklam kavramı, TTK m.55/1-a-6'da veya gerekçesinde tanımlanmamıştır. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>77</sup>'un 61'inci maddesinin birinci fıkrasında reklam kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre, "*ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada*

<sup>71</sup> PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, s. 140; bazı yazarlar ise kanun koyucunun hükmün kapsamını bu şekilde genişletmek istemediğini ve böyle bir yorumun hükmün amacını aşacağını belirtmişlerdir (bkz. BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 540).

<sup>72</sup> SUTTER, s. 520.

<sup>73</sup> Aynı doğrultuda bkz. PEKDİNÇER, s. 156.

<sup>74</sup> SUTTER, s. 521; SPITZ, s. 500; BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 541.

<sup>75</sup> NOMER ERTAN, PINAR, s. 136; s. 226; SUTTER, s. 521; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, s. 140.

<sup>76</sup> SPITZ, s. 500.

<sup>77</sup> 07.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Resmî Gazete Tarihi: 28.11.2013, Resmî Gazete Sayısı: 28835).

*yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır*". Görüldüğü üzere tedarik fiyatının altındaki sunumların özellikle vurgulandığı reklam yöntemleri, çok çeşitlidir. Buna örnek olarak; gazete, radyo ve televizyon spotları, ilanlar, el ilanları, broşürler, kataloglar, fiyat listeleri, sirküler, posterler, vitrin sunumları, sinema reklamları, ayrıca internetteki reklamlar, kısa mesajlar ve e-postalar gösterilebilir<sup>78</sup>. Görüldüğü üzere anonim veya belirli bir insan grubunu hedef alan reklamlar değil, aynı zamanda doğrudan belirli bir kişiye yönelik reklamlar da söz konusu olabilir<sup>79</sup>.

Öğretide bazı yazarlar sunuma ilişkin reklamın mağazanın içinde yapılması durumunun TTK m.55/1-a-6 kapsamında haksız rekabete neden olacağını belirtmektedir<sup>80</sup>. Ancak kanaatimizce bu görüş, hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır. Zira hükmün amacı, gerekçede de belirtildiği üzere müşterinin göstermelik yem ile mağazaya çekilmesi ve bu sayede mağazaya gelen müşterinin kandırılarak, kendisine satış yapılmasıdır<sup>81</sup>. Hal böyle olunca mağaza içinde yapılan reklam ile müşterinin mağazaya çekilmesinden bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda müşteri, zaten mağaza içindedir. Dolayısıyla müşterinin mağazaya çekilmesi söz konusu değildir.

Haksız rekabete sebebiyet verebilmesi için tedarik fiyatının altındaki sunumun, sadece reklamı yapılmamalı, aynı zamanda bu sunum reklamlarda özellikle vurgulanmalıdır. "Vurgulanma" kavramı, söz konusu sunumun kelime, renk, tasarım ve boyut olarak diğer sunumlardan açıkça ayırt edilebilecek nitelikte ve göz alıcı şekilde yapılmasıdır<sup>82</sup>. Bu nedenle bir sunuma ilişkin yapılan reklamda, vurgulanma şartının gerçekleşip gerçekleşmediği, satıcının diğer rutin reklamları ile karşılaştırma yapılarak belirlenmelidir<sup>83</sup>.

### 3. Müşterilerini, Kendisinin veya Rakiplerinin Yeteneği Hakkında Yanıltmak

#### a. Genel Olarak

TTK m.55/1-a-6'da düzenlenen haksız rekabet hali, müşterilerin yanıltılmasını da içerir<sup>84</sup>. Daha geniş bir anlatım ile seçilmiş bazı malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunulması

<sup>78</sup> SUTTER, s. 523.

<sup>79</sup> SPITZ, s. 502.

<sup>80</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 542; aksi yönde görüş için bkz. SPITZ, s. 503; SUTTER, s. 522; PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, s. 140.

<sup>81</sup> Bkz. Gerekçe, TTK m.55, s. 20; Gerekçe, İHRKFK m.3/1-f, s. 1045.

<sup>82</sup> SPITZ, s. 503; SUTTER, s. 523.

<sup>83</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 542.

<sup>84</sup> SUTTER, s. 524.

ve bu sunumların reklamlarda özellikle vurgulaması, TTK m.55/1-a-6 anlamında haksız rekabetin oluşabilmesi için yeterli değildir. Bunun dışında ayrıca müşterinin yanıltılmış olması da gerekir.

Hükümde yer alan “yanıltma” kavramı ile anlatılmak istenen esasen borçlar hukuku anlamında bir aldatmadır<sup>85</sup>. Türk Borçlar Kanunu<sup>86</sup> m.39’a göre aldatma, bir kişinin irade beyanında bulunmaya sevk edilmesi amacıyla, kişide bile bile yanlış bir kanaat uyandırılması veya mevcut yanlış kanaatin devam ettirilmesidir. Buna göre TTK m.55/1-a-6’da düzenlenen haksız rekabet hali bakımından ifade etmek istersek, yanıltma, müşteride tedarik fiyatının altında sunum yapanın kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanlış bir fikrin oluşturulmasıdır.

Yanıltmanın muhatabı, müşterilerdir. TTK m.55/1-a-6’nın mehzarı olan İHRKFK m.3/1-f’nin tarihsel süreçteki gelişimi incelendiğinde tüketicilerin, müşteri anlamına geldiği belirtilmiştir<sup>87</sup>. Zira tedarik fiyatının altındaki sunumlar, perakende ticaretin aracılık aşamasında değil, son aşamasında da gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle müşteri kavramı, nihai tüketicilerle sınırlı tutulmalıdır<sup>88</sup>.

Yanıltma şartının mevcudiyeti bakımından esas alınması gereken kriter, somut olarak bir müşterinin mutlaka yanıltılması değil, normal zekaya sahip ortalama bir müşteriyi yanıltma tehlikesinin bulunmasıdır<sup>89</sup>. Dolayısıyla bir müşterinin somut olay bakımından yanıltılıp yanıltılmadığı önemli değildir. Önemli olan ortalama bir müşterinin aldatılma tehlikesinin bulunmasıdır<sup>90</sup>.

Yanıltmanın konusunu, tedarik fiyatının altında sunum yapan kişinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği oluşturmaktadır. Bununla anlatılmak istenen şey, kendisinin veya rakiplerinin kapasitesine ilişkin olarak müşterilerin hatalı algılamaya yönltilmesidir<sup>91</sup>. Söz konusu sunuma ilişkin reklam, müşteriye, satıcının tedarik fiyatının altındaki sunumlarının dışındaki sunumlar hakkında, onların da ucuz olduğuna dair yanlış bir izlenim veriyorsa, kişinin kendi yeteneği hakkında bir yanıltma söz konusudur<sup>92</sup>. Buna karşılık tedarik fiyatının al-

<sup>85</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 543.

<sup>86</sup> 11.01.2011 sayılı ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Resmî Gazete Sayısı: 27836).

<sup>87</sup> SUTTER, s. 524.

<sup>88</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 543; ancak SPITZ, müşteri kavramının, tüketicilerden daha geniş bir anlam ifade ettiğini vurgulamıştır. (ayrıntılı bilgi için bkz. SPITZ, s. 505; aynı görüş için bkz. NOMERT ERTAN, s. 236).

<sup>89</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 543.

<sup>90</sup> SUTTER, s. 524; SPITZ, s. 504.

<sup>91</sup> Bkz. Gerekçe, TTK m.55, s. 21.

<sup>92</sup> SPITZ, s. 503; BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 543; NOMERT ERTAN, s. 227.



tındaki sunuma ilişkin yapılan reklam ile, müşteri nezdinde, rakiplerin söz konusu malları daha pahalıya sattıkları konusunda yanlış bir intiba oluşturuluyorsa, rakiplerin yeteneği hakkında yanıltma mevcut sayılır. Rakiplerin, daha düşük kapasite ile çalışmalarını ve daha dar hacimli işler yapmalarını nedeniyle mallarını daha pahalıya sattıkları veya mal temininde zorlandıkları izlenimini vermek, yanıltmaya örnektir<sup>93</sup>.

Son olarak öğretide bazı yazarlar, düzenlemede “müşterinin yanıltılması” şartına yer verilmiş olmasını eleştirmiştir. Buna göre, tedarik fiyatının altında satışa sunma fiilinin haksız rekabete neden olabilmesi için, müşterinin yanıltılması şartına ihtiyaç yoktur<sup>94</sup>. Zira yanıltmanın mevcut olduğu durumlara ilişkin özel bir düzenlemeye ihtiyaç olmayıp, sorun zaten TTK m.54'te yer alan genel hüküm aracılığıyla çözülebilecektir<sup>95</sup>.

#### b. Yanıltma Karinesi

Yukarıda açıklanan yanıltma şartı bakımından, ispat yükü davacıya aittir. Ancak söz konusu durumun ispatı zordur<sup>96</sup>. Bu sebeple, kanun koyucu yanıltmanın varlığının ortaya konulmasını kolaylaştırmak için TTK m.55/1-a-6'da bir karine kabul etmiştir. Buna göre, reklamlarda vurgulanan satış fiyatının, aynı çeşit malların benzer hacimde alınması sırasında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde, yanıltmanın varlığı karine olarak kabul edilmektedir. Burada önemli olan, aynı çeşit ve benzer hacimde mal alımıdır<sup>97</sup>.

Hükümde ifade edilen “yanıltma karinesi” niteliği itibariyle adi bir karinedir<sup>98</sup>. Dolayısıyla aksinin ispat edilmesi mümkündür. Buna göre, tedarik fiyatının altında sunum yaptığı iddia edilen davalı kimse, mallarını tedarik fiyatının altında satışa sunmadığını, başka bir ifadeyle gerçek tedarik fiyatını ispat ederse, ispat yükü tekrar yer değiştirerek davacıya geçmektedir<sup>99</sup>. Benzer şekilde davalı, tedarik fiyatının altında sunum yapsa dahi, müşterilerin yanıltılmadığını da ispat ederek, sorumluluktan kurtulabilir<sup>100</sup>.

<sup>93</sup> SUTTER, s. 525.

<sup>94</sup> BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 543; SPITZ, s. 505.

<sup>95</sup> ÖZTEK, s. 424.

<sup>96</sup> SUTTER, s. 526; NÖMER ERTAN, s. 227.

<sup>97</sup> Bkz. Gereke, TTK m.55, s. 21.

<sup>98</sup> ÇINAR KARABAĞ, s. 107; PINAR, s. 137.

<sup>99</sup> NÖMER ERTAN, s. 228; ÖZTEK, s. 423.

<sup>100</sup> NÖMER ERTAN, s. 228; BAUDENBACHER / GLÖCKNER, s. 545; SPITZ, s. 507; SUTTER, s. 529.



Son olarak, TTK m.55/1-a-6'da öngörülen karine, sadece davalının hukuki sorumluluğuna (TTK m.56-61) ilişkin davalarda geçerlidir, ceza sorumluluğu (TTK m.62-63) bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır<sup>101</sup>.

### III. SONUÇ

Malların tedarik fiyatının altında satışa sunulması, kural olarak, haksız rekabete neden olan bir eylem niteliğinde değildir. Sunumun, TTK m.55/1-a-6 anlamında haksız rekabet teşkil edebilmesi için öncelikle satıcı tarafından seçilmiş bazı mallar, iş ürünleri veya faaliyetler tedarik fiyatının, yani satıcının yüklenmiş olduğu alım fiyatının altında satışa sunulmalıdır. Ayrıca, bu sunum, birden çok kere yapılmalıdır. Gerçekten de, bir malın tek sefere mahsus olmak üzere tedarik fiyatının altında satışa sunulması, haksız rekabet oluşturmaz. Buna ek olarak, bu sunumların, reklamlarda özellikle vurgulanması gerekir. Son olarak, sunumun bu şekilde yapılması sonucu, müşterinin yanıltılmış olması şarttır. Ancak kanun koyucu TTK m.55/1-a-6'da bir karine öngörmüş ve malların, benzer mallar için geçerli olan tedarik fiyatının altında satışa sunulmuş olmasını, müşterinin yanıltıldığına karine olarak kabul etmiştir. Bu halde satıcı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat, değerlendirmeye esas alınacak ve ispat yükü karşı tarafa geçecektir.

<sup>101</sup> SUTTER, s. 527; SPITZ, s. 508.

## KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.
- BAUDENBACHER, Carl / GLÖCKNER, Jochen: “Art.3 Abs.1 lit.f.”, (Hrsg.) BAUDENBACHER, Carl: *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2001, s. 513 vd.
- CEYLAN, Ebru: “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Sayı 2, s. 193-215.
- ÇINAR KARABAĞ, Nihal: *Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ERDİL, Engin: *Haksız Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- GÖLE, Celal: *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983.
- GÜVEN, Şirin: *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- JUNG, Peter: “Art.3 Abs.1 lit.b/IV. Tatbestand/2.-4.”, (Hrsg.) JUNG, Peter / SPITZ, Philippe: *Stämpflis Handkommentar: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 350-393.
- NOMER ERTAN, N. Füsun: *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÖZTEK, Selçuk: “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, *Prof. Dr. Jale AKİPEK'e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991, s. 417-429.
- PEDRAZZINI, Mario M. / PEDRAZZINI, Federico A.: *Unlauterer Wettbewerb UWG*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.
- PEKDİNÇER, Remzi Tamer: *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- PINAR, Hamdi: “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, Cilt 18, Sayı 2, s. 129-156.
- POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

- SPITZ, Philippe: “Art.3 Abs.1 lit.f”, (Hrsg.) JUNG, Peter / SPITZ, Philippe: *Stämpflis Handkommentar: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 480-512.
- SUTTER, Guido: “Art.3 Abs.1 lit.f/I-II”, HEIZMANN, Reto / LOACKER (Hrsg.), Leander D.: *UWG Kommentar: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 1. Auflage, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2018, s. 508-534.
- YASAMAN, Hamdi: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabet ile İlgili Getirdiği Yenilikler”, *Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011)*, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 33 vd.

## Vergi Yargılamasında Tanık<sup>(\*)</sup>

### Witness in Tax Trial Procedure

**Gizem KAPUCU<sup>(\*\*)</sup>**  
**Metin KOCATEPE<sup>(\*\*\*)</sup>**

#### Öz

Vergi yargısı, idari yargı içinde örgütlenmiş bir yapıya sahiptir. Bu nedenle vergi yargısında esas olarak idari yargının usul ve kuralları uygulanır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'nda hüküm bulunmayan hallerde ise, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'nun ilgili düzenlemeleri uygulama alanı bulur. Tanık beyanı İYUK'ta açık bir şekilde düzenlenmemiştir. VUK'ta konu ile ilgili özel bir düzenleme bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu tespit VUK m.3/B'nin anlam ve yapısının ortaya konmasıyla mümkündür. Çalışmada VUK m.3/B hükmünün vergi yargılama usulüne ilişkin bir kural koymadığı sonucuna varılmıştır. Bunun gerekçeleri ise; i) VUK m.3'ün hem genel yapısı hem de tanıklığa ilişkin düzenleme olan VUK m.3/B-2'de hükümlerin sınırlayıcı ve vergi idaresini muhatap alan yapısı, ii) İYUK yürürlük tarihi, iii) İYUK ve VUK'un kanunlaşma sürecine ilişkin verilerdir. İYUK'ta ise tanık beyanı açıkça düzenlenmese dahi, bu delile başvurmayı yasaklayıcı bir hüküm olmadığı göz önünde bulundurularak re'sen araştırma ilkesi gereği idari yargıda ve vergi yargısında, yargıcın adil yargılanma hakkını daha etkin kılacak durumlarda tanık dinleyebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

#### Anahtar Kelimeler

Vergi yargısı, Re'sen Araştırma, İspat, Delil, Tanık.

#### Abstract

The tax jurisdiction is organized as part of administrative jurisdiction system. For that reason, the rules and principles of administrative trial is also applied in tax trial. If the Turkish Administrative Jurisdiction Procedure Code does not regulate a subject, the Tax Procedure Code which include it can be applied. The Turkish administrative jurisdiction procedure code does not contain any provision about witness. It should be determined whether the Tax Procedure Code contain a special provision. This determination is possible by revealing the meaning and structure of Tax Procedure Code art.3/B. In this study, it is concluded that the Tax Procedure Code art.3/B provision does not set a rule regarding the tax trial procedure. The reasons for this argument are following: i) the structure of art.3/B which addressee to tax administration; ii) the effective date

(\*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 20.11.2020, Makalenin Kabul Tarihi: 24.01.2021.

(\*\*) Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı,  
E-mail: gizem.kapucu@marmara.edu.tr,  
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0001-9650-5692>.

(\*\*\*) Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı,  
E-mail: metin.kocatepe@marmara.edu.tr  
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-1440-7683>.



of Administrative Jurisdiction Procedure Code; iii) the data regarding the codification process of Administrative Jurisdiction Procedure Code and the Tax Procedure Code.

In the Administrative Jurisdiction Procedure Code, even if the witness statement is not explicitly regulated, there is no provision that prohibits it. As a result, the judge can listen to witnesses during cases that will make the right to a fair trial more effective in the administrative and tax trial process.

### Keywords

Tax trial, Ex Officio, Proof, Evidence, Witness.

## I. GİRİŞ

Sözlük anlamı itibarıyla ispat, “*kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama*”<sup>1</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuki anlamda ise; “*bir iddianın doğruluğu ve gerçek olup olmadığı konusunda hâkimi inandırma ve ikna faaliyeti*”<sup>2</sup> olarak tanımlanan ispat, “*iddia ve savunma hakkı*” ile doğrudan bağlantılı olup<sup>3</sup> temellerini Anayasa (AY) m.36’da<sup>4</sup> bulmaktadır. Bununla birlikte ispat yalnızca yargılama aşamasında karşımıza çıkmaz. Vergi hukuku alanında vergilendirme işleminin gerçekleştirilmesi aşamasında da yükümlünün kendisini ifade edebilmek, gerekli belgeleri sunmak ve kendini savunmak gibi durumlarda ispat müessesinden yararlanması söz konusu olabilir.<sup>5</sup> O halde vergi hukuku bakımından ispatı, “*vergi idaresinin vergilendirme işlemlerinde ve vergi yargılama sürecinde ortaya çıkan ihtilaflı durumların aydınlatılmasında başvuru- lan bir yol*”<sup>6</sup> olarak değerlendirmek gerekir. İspatı sağlamak için başvuru-

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 25.09.2020).

<sup>2</sup> KAPLAN, Gürsel: *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 421; PEK-CANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 316; Benzer tanımlar için bkz. KURU, Baki: *Medeni Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 318; ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenker: *Vergi Hukuku*, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 203.

<sup>3</sup> Anayasa m.36’da anılan “*iddia ve savunma hakkı*” aynı zamanda ispat hakkına da işaret eder. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. SABAN, Nihal: *Vergi Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 495; KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 421.

<sup>4</sup> “*Hak arama hürriyeti Madde 36 - Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*”

<sup>5</sup> ORTAÇ, Fevzi Rifat / ÜNSAL, Hilmi: *Genel Vergi Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 47; KARATAŞ DURMUŞ, Neslihan: “*Vergi Hukukunda İspat ve Delil*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 3-4, s. 507.

<sup>6</sup> ORTAÇ / ÜNSAL, s. 47. Benzer bir tanım olarak vergi hukukunda ispat, “*bir vergi ilişkisinin temelindeki maddi olayın (ve suçlarda manevi unsurun), vasıta olarak delillerden yararlanmak suretiyle, ortaya konması*” şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 203. Vergilendirme sürecindeki işlemlerle ilgili olarak karşılaşılan problemlerin çözümünde ispat, dava aşamasında ve dava aşamasından önce olmak üzere ikiye ayrılarak değerlendirilmelidir. Bkz. KARATAŞ DURMUŞ, s. 507.

olanak ve araçlar ise delilleri (*ispat araçlarını*) oluşturmaktadır.<sup>7</sup> Taraflar uyuşmazlıkların çözümünde, iddia ve savunmalarının doğruluğunun ispatı hususunda çeşitli delillerden yararlanırlar. İspat aracı olan deliller yargılama aşamasında davanın aydınlatılması, uyuşmazlığın çözümü ve karara bağlanması bakımından önem arz etmektedir.<sup>8</sup>

Medeni yargılama hukukunda<sup>9</sup> delillerden, takdiri delil-kesin delil şeklinde yapılan sınıflandırmaya bağlı kalınarak yararlanılırken, ceza yargılaması hukukunda<sup>10</sup> uyuşmazlık konusu vakıanın aydınlatılmasına katkı sunacak ve hukuka uygun elde edilen bütün delillerden yararlanılır.<sup>11</sup> Her iki yargılama usulü bakımından da delillere ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmişken idari yargılama usulünde deliller için böyle bir yöntem benimsenmemiş olup 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu<sup>12</sup> (İYUK) m.31’de delillere ilişkin yalnızca keşif, bilirkişi ve delil tespiti bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>13</sup> (HMK)’nun ilgili hükümlerine atıfta bulunulması ile yetinilmiştir. Diğer bir ifadeyle keşif ve bilirkişi dışında idari yargıda hangi delillerin kullanılabilceğine ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, kanun koyucunun re’sen araştırma ilkesi ile uyumlu olarak idari yargı yerlerini maddi vakıaların aydınlatılması ve delillerin araştırılması noktasında serbest bıraktığı şek-

<sup>7</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 422; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 350; ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdari Yargılama Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 366; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 203.

<sup>8</sup> ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 366.

<sup>9</sup> Kesin deliller hâkimi bağlayıcı nitelikte olup, hakimin aksi yönde bir değerlendirmesi mümkün olmaz. Bunlar; senet, yemin ve kesin hükümdür. Takdiri deliller ise hakimin serbestçe değerlendirip gerektiğinde aksi yönde de karar verebildiği delilleri ifade eder. Bunlar ise; tanık beyanı, bilirkişi ve keşiftir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 356-357; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim: *Medeni Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 241 vd.

<sup>10</sup> Bazı istisnalar (*tanık beyanının belge delili karşılığında önceliği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.210, duruşma tutanaklarının ispat gücü m.222, delil yasakları m.148, m217/2.*) dışında CMK’da bir delilin değeri hakkında olumlu veya olumsuz açık bir düzenleme yer almamaktadır. Soyut olarak bütün deliller eşit değerde olup, ceza muhakemesinde gerçeğe ulaşmayı sağlayacak her şey delil olabilir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 10. Baskı, Ankara, 2020, s. 28 vd.

<sup>11</sup> KARAKOÇ, Yusuf: “Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması”, *Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997, s. 455.

<sup>12</sup> Resmi Gazete Tarih-Sayı: 20.01.1982-17580.

<sup>13</sup> Resmi Gazete Tarih-Sayı: 04.02.2011-27836; Madde metninde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yazsa da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesi ile bu kanun mülga olmuştur. Bu sebeple İYUK m.31’de anılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ifadesini Hukuk Muhakemeleri Kanunu şeklinde anlamak gerekir. Bu durum HMK m.447/2; “*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.*” düzenlemesinde de açıkça ifade edilmiştir.

linde yorumlanmıştır.<sup>14</sup> Bu serbestlik kapsamında idari yargılama usulü kurallarının egemen olduğu vergi yargılamasında duruşma esnasında tanık dinlemenin mümkün olup olmadığı 213 sayılı Vergi Usul Kanunu<sup>15</sup> (VUK) ve İYUK'un ilgili düzenlemeleri kapsamında araştırılacak olup, öncesinde ise tanık delilinin<sup>16</sup> anlam ve kapsamı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## II. TANIK BEYANI

*Tanık*, dava ile ilgili bir vakta hakkında davadan önce duyu organları vasıtasıyla edindiği bilgiyi mahkemeye aktaran üçüncü kişidir.<sup>17</sup> Bu kapsamda tanık beyanı ise, davanın tarafı olmayan üçüncü bir kişinin uyumsuzluk konusu olaya ilişkin duyu organları ile edinmiş olduğu ve mahkemeye verdiği "*bilgiyi*" ifade etmektedir.<sup>18</sup> Bu kişinin anılan şekilde edindiği bilgiyi mahkeme önünde anlatmasına da *tanıklık* denilmektedir.<sup>19</sup> Tanıklık yapma yükümlülüğü mahkemede hazır bulunma ve bildiğini/gördüğünü/işittiğini aktarma yükümlülüğünü kapsamakta olup<sup>20</sup>, tanığa görüş ve yorumu sorulamaz.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 435. "... uyumsuzluğun çözümü için *her türlü incelemeyi yapma yetkisi* sadece bilgi ve belge isteme, keşif yapma ve bilirkişi incelemesi yaptırmayla sınırlı olmamalıdır. Kanundaki ifadeyle, "bakılan davalara ait her çeşit incelemeyi yapma" yetkisi, gerektiğinde uyumsuzlukla ilgili olarak, ifade (veya beyan) alma, tanık dinleme yetkisini de içerecek şekilde yorumlanmalıdır." Bkz. YILDIRIM, Turan / YASIN, Melikşah / KAMAN, Kaman / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: *İdare Hukuku*, (Ed.) YILDIRIM, Turan, 7. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 762. Re'sen araştırma ilkesini her türlü bilgi ve belgenin ilgili kişi ve kuruluşlardan istenmesi, keşif yapılabilmesi ve teknik bilgi gereken konuların açığa kavuşturulmasında bilirkişiye başvurulabilmesi ile sınırlayan görüş için bkz. CANDAN, Turgut: *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 614. Re'sen araştırma yetkisinin sınırları; hukukun genel ilkeleriyle sınırlılık -*hakim re'sen araştırma yetkisini hukukun genel ilkelerine uygun kullanmak zorunda olup keyfi davranamaz*-, taraflarca incelenebilirlik ilkesi -*taraflara inceleme imkanı tanınmayan bir belgeye dayanarak hüküm verilmemesi*-, gizlilik ilkesi -*devletin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya bunlarla birlikte yabancı devletlere ilişkinse idare bunları mahkemeye vermeyebilir*- ve yerindelik denetimi yasağı -*yargı yerleri yerindelik denetimi yapamaz, idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde karar veremez*- şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 243-245. Vergi yargılaması özelinde detaylı bir inceleme için bkz. ERGÜN, Çağdaş Evrim: "Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 2, Aralık/2006, s. 81 vd.

<sup>15</sup> Resmi Gazete Tarih-Sayı: 10.01.1961-10703.

<sup>16</sup> Tarafların iddia ve savunmalarının ispatı için kullandıkları "*tanık*" delili ile kastedilen aslında tanığın "*beyanı*" olup, tanığın kendisinin delilin kaynağı olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. KARAKOÇ, Yusuf: *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, Denge YMM Ltd. Şti. Yayını, İzmir, 1994, s. 128; KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 434; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 35.

<sup>17</sup> KURU, s. 399; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 390; ATALI / ERMENEK, s. 265.

<sup>18</sup> KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 128.

<sup>19</sup> KURU, s. 399; CANDAN, s. 896; ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 378; KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 128

<sup>20</sup> KARAKOÇ, *Tanık Beyanı*, s. 458; ATALI / ERMENEK, s. 265; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 38.



Tanık beyanının hafızaya dayanması sebebiyle zayıf ve çürük bir delil olduğu ifade edilmektedir.<sup>22</sup> Tanık olunan durumların zamanla unutulması, kişilerin hafıza kapasitelerinin değişiklik göstermesi, algıda yanılmalar, tanık ile taraflar arasındaki yakınlık, hissi bağlılık veya husumet tanık beyanının delil gücünü önemli ölçüde zayıflatmaktadır.<sup>23</sup> Bununla birlikte kimi zaman uyumsuzluğun temelini oluşturan maddi vakıalar ancak bir tanık beyanı ile açıklığa kavuşturulabilir.<sup>24</sup> Bu nedenle bu delilden vazgeçmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.<sup>25</sup>

### III. VERGİ YARGILAMASINDA TANIK DİNLEMeye İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER VE TEORİK AÇIKLAMALAR

#### A. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler

Vergi yargısı, idari yargı içinde örgütlenmiştir (İYUK m.1). İdari yargılama usulünde tanık dinlemenin mümkün olup olmadığının tespiti bakımından öncelikle İYUK'ta öngörülen yazılılık ilkesi ve re'sen araştırma ilkesinin kaynağını teşkil eden düzenlemelere, ardından HMK'ya ve VUK'a atıf yapılan halleri düzenleyen İYUK m.31'e değinilecektir.

##### 1. Yazılılık İlkesi

İYUK m.1/2 uyarınca; “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.*”.

Yazılı yargılama usulünde dava ve cevap dilekçeleri yazılı olarak verilir ve şekle tabidir. Kararlar da evrak üzerinden yapılan inceleme sonucu verilir.<sup>26</sup> Duruşma yapılması istisnai olup duruşmalarda zabıt kâatibi bulunmaz ve tutanak

<sup>21</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 390; ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003, s. 196.

<sup>22</sup> KURU, s. 399; KARAKOÇ, *Tanık Beyanı*, s. 458.

<sup>23</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 390; ÇAĞLAYAN, *Tanık Delili*, s. 197.

<sup>24</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 434; YILDIRIM, s. 762; BİYAN, Özgür: *Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 166. Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında önem kazanan sosyal devlet anlayışı ile birlikte devletin faaliyet alanlarının arttığı, kamu hizmetlerinin çeşitlendiği ve bunun doğal bir sonucu olarak da idarenin eylem ve işlemlerinin çeşitlendiğine dikkat çekilmektedir. Bu kapsamda idari eylem ve işlem yapılması gereken maddi olayların doğru tespit edilmesi için gerek eylem ve işlemin icrası gerekse de yargılaması sırasında tanık beyanlarına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Bkz. CENAN, Eren: *İdari Yargıda Hakkaniyete Uygun Yargılama İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 s. 146.

<sup>25</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 390; ÇAĞLAYAN, *Tanık Delili*, s. 197.

<sup>26</sup> CANDAN, s. 60; KARAKOÇ, Yusuf: *Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku)*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 229-230.

tutulması zorunluluğu da yoktur.<sup>27</sup> Oysa duruşma tutanağı düzenlenmesinin zorunlu hale getirilmesi ve bu tutanaklara belirli bir hukuksal değer atfedilmesinin duruşma ile hedeflenen etkinliğin ve gerekli ciddiyetin sağlanmasına<sup>28</sup> katkı sunacağı açıktır.<sup>29</sup> Mevcut yapısıyla idari yargılama usulünde duruşma, medeni yargılama usulünden farklı olarak yargılamanın vazgeçilmez/zorunlu bir aşamasından ziyade, iddia ve savunmalarını mahkeme veya kurula doğrudan anlatmak isteyen tarafların psikolojik tatminini sağlamaktan öteye gidememektedir.<sup>30</sup> Bununla birlikte idari yargıda duruşma yapılması yazılı yargılama usulü ile birlikte sözlü yargılama usulünün de uygulandığını göstermektedir. Ancak idari yargıda sözlü yargılama usulü yazılı yargılama usulüne göre ikincil nitelikte ve tamamlayıcı bir özelliğe sahiptir.<sup>31</sup>

İdare hukukunda ve vergi hukukunda ağırlıklı olarak uyuşmazlık konuları bir idari işlem olmaktadır. İdari işlemler ise sıkı kurallara tabi usul süreçlerinden geçerek yazılı bir şekilde hukuk âleminde doğmaktadır. Usul kurallarına tabi ve yazılı şekilde ortaya çıkan bir idari işlemin hukuka uygunluk denetimi-

<sup>27</sup> ASLAN, Zehreddin / BARLASS, İrfan / BERK, Kahraman / ARAT, Nilay / SAYHAN, Şebnem / BARDAKÇI, Mehmet Akif / GÜMÜŞKAYA, Gamze / KAĞITCIOĞLU, Mutlu / ALTINDAĞ, Halil: *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (Ed.) ASLAN, Zehreddin, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 193. Duruşma sırasında tutanak tutulmasını gerektiren bir yasa hükmü bulunmamasıyla birlikte uygulamada, yalnızca mahkeme veya daire kurulunca imzalanan ve tarafların davanın sonucuna etki edecek sözlerinin özetini içeren kısa duruşma tutanağı düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. CANDAN, s. 609. Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler ile Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik (Resmî Gazete Tarih-Sayı: 11.07.2015-29413) m.69/2 tutanaklar kenar başlığı taşıyan düzenlemesinde; "*Duruşmalara ait tutanaklarda, ayrıca, taraf ve vekillerinin iddia ve savunmaları ile duruşma safahatına ait kısa bir özet yazılır.*" kuralına yer vermiştir. Bununla birlikte bu tutanak mahkemenin kendi işleyişine ilişkin olup davanın taraflarına verilmemekte ve kanun yoluna gidildiğinde dava dosyasında yer almamaktadır. Bkz. ASLAN ve diğerleri, s. 197.

<sup>28</sup> ÇINARLI, Serkan / AĞAR, Baykal: "İdari Yargıda Duruşmaların Verimliliği Sorunu", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Temmuz/2016, s. 53; "... *duruşmalarda tutanak tutulmaması mahkemeye olan güveni azaltmakta, duruşmanın usulü bir işlem den ibaret olduğu düşüncesine neden olmakta, bu durum ise duruşmaların etkinliğini ve verimliliğini olumsuz etkilemektedir.*". AKINCI, Müslüm: "İdari Yargıda Duruşma", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 49, Eylül/2010, s. 141; Duruşmada tutanak tutulmasının, taraflara söylediklerinin bir değeri olduğu ve uyuşmazlığın çözümü için beyanlarının bir anlam ifade ettiğine ilişkin güven vereceği belirtilmektedir.

<sup>29</sup> ASLAN ve diğerleri, s. 193; Aksi halde İYUK'a aykırılıktan söz edilmese bile *-çünkü kanunda tutanak tutulması zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme mevcut değil-* adil yargılanma hakkına aykırılığın söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Aynı yönde bkz. GÜMÜŞKAYA, Gamze: "Türk Vergi Yargılaması Hukuku'nda Duruşma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 66, Sayı 2, 2008, s. 32; ÇINARLI / AĞAR, s. 53.

<sup>30</sup> CANDAN, s. 609; Bununla birlikte yazar idari yargıda duruşmanın tümüyle yararsız olduğunun söylenemeyeceğini, dilekçelerde zaman zaman iyi anlatılamayan maddi uyuşmazlıkların duruşmada tümüyle açıklığa kavuşturulabileceğini de belirtmektedir. Vergi yargısında duruşmasız verilen kararların, çoğu zaman tarafları tatmin etmediği yönünde, bkz. DOĞRUSÖZ, Bumin: "Duruşmanın Önemi", *Dünya Gazetesi*, 26 Nisan 2016.

<sup>31</sup> ATAY, Ender Ethem: *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 75.

nin de evrak üzerinden yapılmasının tabii olduğu ifade edilmektedir.<sup>32</sup> Yazılılık ilkesi yargılamanın daha hızlı bir şekilde yürütmesine de olanak sağlamaktadır.<sup>33</sup> Tarafların iddia ve savunmalarını yazılı bir şekilde hazırlamalarının daha titiz ve güvenli bir muhakeme imkânı sağladığı da belirtilmektedir.<sup>34</sup>

## 2. Re'sen Araştırma İlkesi

İYUK m.20/1'e göre; "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar...*".<sup>35</sup> Anılan düzenleme uyarınca idari yargı yerleri re'sen araştırma yetkisine sahip olup *re'sen araştırma ilkesi* de en kısa anlatımla, "*dava malzemesinin hazırlanmasında tarafların yanında hakimin de görevli olması*" şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>36</sup> Danıştay kararlarında<sup>37</sup> ise bu ilke, "... *uyuşmazlığın çözümü için gerekli her türlü inceleme, bilgi edinme ve araştırma yollarının tüketilmesini*" gerektiren bir ilke olarak açıklanmaktadır.

Re'sen araştırma ilkesi kapsamında uyuşmazlığa yol açan maddi olayın varlığının araştırılması ve hukuki nitelendirilmesinin doğru ve eksiksiz bir şekilde yapılması mahkemenin görev ve yetkisinde olduğu gibi delillerin toplan-

<sup>32</sup> KARAKOÇ, *Vergi Yargılaması Hukuku*, s. 230. İdari uyuşmazlıkların konusunu teşkil eden *idari işlem* -zimni red hali dışında kural olarak yazılı şekle tabidir-, *eylem* -idari eylemden doğan tam yargı davalarında dava açmadan önce İYUK m.13 uyarınca idareye başvuru zorunluluğu bulunmakta olup başvuru neticesinde verilecek red kararı da kural olarak yazılı olacaktır. *Zimni red kararları da varsayım olarak aynı mahiyette kabul edilmektedir.* - ve *sözleşmelerin* -idari sözleşmeler de yazılı şekle tabidir.- yazılı veya öyle olduğu varsayılan bir karakter taşıdığı ve bu nedenle idari yargılamanın yazılı usulde olmasının eşyanın tabiatından kaynaklanan bir zorunluluk olduğu ifade edilmektedir. Bkz. KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 12; ATAY, s. 75-76; KALABALIK, Halil: *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 274. Farklı bir görüş için bkz. YASİN, Melikşah: *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 37.

<sup>33</sup> KARAKOÇ, *Vergi Yargılaması Hukuku*, s. 230; YASİN, s. 37-38; ASLAN ve diğerleri, s. 35; ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, 2020, s. 307; OKTAR, s. 445.

<sup>34</sup> AİHM, Jussila v. Finlandiya, Başvuru no. 73053/01, 23 Kasım 2006, paragraf 46. Kararın detaylı incelemesi için bkz. YALTI, Billur: "İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılama: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 225, 2007, s. 7-20.

<sup>35</sup> Benzer bir düzenleme 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda (*Resmi Gazete Tarih-Sayı: 20.01.1982-17580*) da yer almaktadır:

*"Evrak getirilmesi ve yetkililerin dinlenmesi*

*Madde 49- 1. İncelenmekte olan işler hakkında lüzum görülen her türlü evrak getirilebileceği ve bilgi istenebileceği gibi, tamamlayıcı veya aydınlatıcı bilgiler alınmak üzere ilgili dairelerden veya uygun görülecek diğer yerlerden yetkili memur ve uzmanlar da çağırılabilir..."*

<sup>36</sup> KARAKOÇ, *Vergi Yargılaması Hukuku*, s. 232.

<sup>37</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2019/1627, K. 2020/436, T. 11.03.2020; Danıştay 7. Daire, E. 2018/3677, K. 2020/1376, T. 18.02.2020; Danıştay 7. Daire, E. 2015/1480, K. 2019/6072, T. 19.11.2019 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

ması ve değerlendirilmesi de yine mahkeme tarafından gerçekleştirilmektedir.<sup>38</sup> Bu çerçevede vergi mahkemesi hakimi delilleri serbestçe değerlendirecek, takdir edecek ve neticede elde ettiği kanaate göre serbestçe karar verecektir.<sup>39</sup> Medeni yargılama hukukunda geçerli olan dava malzemesinin taraflarca hazırlanmasının<sup>40</sup> karşıtı olarak ifade edilen re'sen araştırma ilkesi doğrultusunda hareket etme görevi<sup>41</sup> ve yetkisi bulunan hâkim hukuka uygunluğun sağlanması için her türlü araştırmayı kendiliğinden yapmak durumundadır.<sup>42</sup>

Re'sen araştırma ilkesi mahkemeye herhangi bir kısıtlama olmaksızın delil toplama yetkisi verdiğiinden delil serbestisi sistemine zemin hazırlamaktadır.<sup>43</sup> Re'sen araştırma yetkisi ve onun sonucu olan delil serbestisinin, gerekli olan durumlarda tanık dinleme yetkisini de içerecek şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.<sup>44</sup> Bu görüşe göre, İYUK'ta taraflara tanık dinletme yetkisinin tanınmamış olması, yargıcın ilgilileri dinlemesine engel olmamakta, "her çeşit inceleme yapma yetkisi (İYUK m.20)" tanık beyanlarına başvurmayı da içermektedir.<sup>45</sup> Buna karşın

<sup>38</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 14-15: İdari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi benimsenmekle birlikte bu ilkeyle çelişen bazı kuralların da varlığı dikkat çekmektedir. Örneğin, İYUK m.21'de yer alan; "Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafla tebliğ edilir." şeklindeki düzenleme ispat yükünün taraflara ait olduğu ve bunun da belirli süre ve şartlarda yerine getirilmesi gerektiği şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. Oysa re'sen araştırma ilkesinin egemen olduğu bir sistemde taraflar nihai hüküm verilinceye kadar iddia ve savunmalarını ispatlayacak her türlü bilgi ve belgeyi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın mahkemeye sunabilmeli, mahkeme de bunları değerlendirmelidir.

<sup>39</sup> ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, s. 308.

<sup>40</sup> "Taraflarca hazırlanma ilkesi"; davanın dayanağını oluşturan vakıaların ve delillerin taraflarca mahkemeye sunulmasını ifade etmektedir. Bkz. KURU, s. 297; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 180, KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 47; ATAY, s. 79; ATALI / ERMENEK, s. 48. Taraflarca hazırlanma ilkesinin yasal dayanağı "taraflarca getirilme ilkesi" kenar başlığını taşıyan HMK m.25 düzenlemesidir. Anılan hükme göre: "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz."

<sup>41</sup> Re'sen araştırma ilkesi, mahkemeler bakımından bir yetki olmasının yanı sıra aynı zamanda bir usuli yükümlülüktür. Bkz. YASIN, s. 12.

<sup>42</sup> KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 52.

<sup>43</sup> KARAKOÇ, *Vergi Yargılaması Hukuku*, s. 237 vd.; BİYAN, Özgür: *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2020, ss. 334-335; OKTAR, Ateş: *Vergi Hukuku*, 14. Bası, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 444, 459.

<sup>44</sup> YILDIRIM, s. 762; DURSUN, Hasan: "İdari Yargıda Tanığa ve Tanıklığa Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 3, Sayı 28, Aralık/2008, s. 92.

<sup>45</sup> Mahkemelerin başvurabileceği delillerin tespitinin yargılama usulüne ilişkin bir mesele olduğu - bu kapsamda tanık deliline başvurulup başvurulamayacağı da- ve bu meselenin çözümüne iki farklı şekilde yaklaşılabilirliği ifade edilmektedir. Birinci yaklaşıma göre; "Türkiye'nin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde usul kuralları kamu düzenindedir. Bu alanda yargıcın hukuk yaratma yetkisi bulunmamaktadır." Diğer bir yaklaşıma göre; "İdare hukuku, yeni, sürekli gelişmekte olan, tam olarak kodifiye edilmemiş ve içtihadı dayalı bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla idare yargıcının, içtihatla kural koyma konusunda daha fazla yetkisi bulunmaktadır." Bu çerçevede tanık konusunda da içtihatla hukuk yaratılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. ÇAĞLA-

Danıştay vermiş olduğu kararlarda, re'sen araştırma ilkesi kapsamında delil toplama yetkisinin tanık dinlemeyi kapsamadığına hükmetmiştir.<sup>46</sup>

### 3. İYUK m.31: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun Uygulanacağı Haller

Çalışma kapsamında önem arz eden düzenlemelerden biri de hiç şüphesiz İYUK m.31'dir. İYUK'ta hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulacak HMK hükümlerinin düzenlendiği söz konusu maddede, sınırlı sayma yöntemi ile belirlenen konularda HMK'ya atıf yapıldığı görülmektedir.<sup>47</sup> Sınırlı olarak sayılan bu konular arasında “tanık” bulunmamaktadır. Ancak HMK'ya atıf yapılan konulardan biri olan “delillerin tespiti”, tanık dinlenmesine olanak sağlamaktadır.<sup>48</sup> Böylece idare ve vergi yargılamasında delil tespiti vasıtasıyla tanık dinlenilmesinin talep edilmesi ve bu tanık beyanlarına ilişkin tutanakların dava dosyalarına intikal ettirilmesi mümkündür.<sup>49</sup> Bu yöntemde taraflar, dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini davaya bakan vergi mahkemelelerinden isteyeceklerdir (İYUK m.58).<sup>50</sup>

Tanık dinlenmesine olanak sağlayan diğer bir kurum da “keşif”tir.<sup>51</sup> İYUK m.31'in atfıyla uygulama alanı bulan HMK'nın keşif delilini düzenleyen hükümlerine (HMK m.288-292) bakıldığında mahkemenin keşif sırasında tanık dinleyebileceği görülmektedir.<sup>52</sup> Bununla birlikte tanık beyanlarının keşif tutanağına geçiril-

YAN, *Tanık Delili*, s. 203, 206. Aynı yönde bkz KAPLAN, Gürsel: “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, 2004, s. 41. Aksi yönde, idari yargıda yargı pratik ve içtihatlarıyla duruşmada tanık dinletilebileceği yönündeki görüşün mahkemelerin yargılama usulünde kanunilik ilkesini benimseyen Anayasa m.142/1 uyarınca mümkün olmayacağı ve bunun yargı yetkisinin aşılması anlamına geleceğine ilişkin bkz. CENAN, s. 149.

<sup>46</sup> Danıştay 8. Daire, E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25.02.2004; Danıştay 3. Daire, E. 1989/3460, K. 1990/3569, T. 25.12.1990 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>47</sup> İYUK m.31'in anlam ve kapsamı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. CANDAN, s. 749 vd. Atıf yapılan kurumlar idari yargılama usulünün niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağına ilişkin bkz. ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 361; ERSÖZ, Kürşat: “İdari Yargılama Usulünde Tanıklık”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, Haziran/2015, s. 46.

<sup>48</sup> HMK m.400: “Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir.”

<sup>49</sup> ORAL, Hasan: “Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanı (Türkiye Uygulamasının Avrupa Yaklaşımı Işığında Değerlendirilmesi)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 147, 2020, s. 88.

<sup>50</sup> HMK'ya delil tespiti konusunda yapılan atfın vergi yargısının kamusal niteliği ile bağdaşmadığı yönünde bkz. KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI, Mahmut: *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 509.

<sup>51</sup> KARAKOÇ, *Vergi Yargılaması Hukuku*, s. 268; KAPLAN, *Sözlülük Usulü ve Tanık*, s. 41; ŞENLEN, Süheyla: “İdari Yargılama Usulü'nde İsbat ve Delil”, *Argumentum*, Sayı 33, s. 588.

<sup>52</sup> Özellikle HMK 290/2: “Mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir. Keşif sırasında, yapılan tüm işlemler ve beyanları içeren bir tutanak düzenlenir...”

mediği, bunun yerine hazırlanan bilirkişi raporlarında bu beyanlara yer verildiği ve mahkemenin raporla birlikte bu beyanları hükme esas aldığı ifade edilmektedir.<sup>53</sup>

Bu açıklamaların yanı sıra, İYUK m.31'in tanıklık müessesine ilişkin HMK'ya atıfta bulunmaması ve kendisi de bir düzenleme getirmemesinden hareketle idari yargıda tanık dinlenebilmesi ve dinletilebilmesinin mümkün olmadığı<sup>54</sup> ve bu esasın delil tespiti ve keşif yoluyla tanık dinletilmesi konusunda da geçerli olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.<sup>55</sup>

Danıştay da verdiği kararlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunulan düzenlemeler arasında tanıklığa ilişkin hükümlerin yer almamasından hareketle, idari yargılama usulünde tanık dinlenilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmaktadır.<sup>56</sup> Bu husus kararlarda; "... yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir..."<sup>57</sup> şeklinde vurgulanmaktadır.

<sup>53</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 436.

<sup>54</sup> IŞIKLAR, Celal: "İdari Yargıda Duruşma", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, Ocak/2011, s. 80.

<sup>55</sup> YAVUZDOĞAN, Seçkin: *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi*, İstanbul Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2007, s. 107, 238. HMK'ya atıfta bulunulan hallerde söz konusu düzenlemelerin idari yargılama usulüne uyduğu ölçüde uygulanacağı ve bu kapsamda delil tespitinde yazılılık ilkesi gereği tanık ifadesine başvurulamayacağı yönünde bkz. CANDAN, s. 839.

<sup>56</sup> Danıştay 3. Daire, E. 1989/3460, K. 1990/3569, T. 25.12.1990, (Kazancı Hukuk Otomasyonu): "... 2577 sayılı Kanunun 17 ve 18. maddelerinde duruşmada tarafların dinlenileceği hükme bağlanmış, şahit dinlenileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Aynı Kanunun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine de yollama yapılmamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere İdari Yargılama Usulü Kanununda yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü kanununun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre Vergi Mahkemesince mahallinde keşif yapılmasından sonra Davacı tarafından getirilen ve naylon fatura düzenlediği iddia edilen ... adlı şahısların ifadeleri alınarak düzenlenen tutanaktaki tespitlere dayanılarak ulaşılan sonuca göre tarhiyatın kaldırılması yolunda karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir..." Danıştay 3. Daire, E. 1986/1201, K. 1986/2706, T. 04.12.1986, (Kazancı Hukuk Otomasyonu): "... İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen idari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre, yükümlüden canlı hayvan satın alan kasap ....'ın Vergi Mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar verilmesinde Kanun ve usul hükümlerinin uyarlık bulunmamaktadır..."

<sup>57</sup> Danıştay 8. Daire, E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25.02.2004; Danıştay 3. Daire, E. 1989/3460, K. 1990/3569, T. 25.12.1990 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

İYUK m.31/2’de ise, İYUK ve HMK’ya atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde VUK’un ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. İYUK m.31/2 düzenlemesinden hareketle duruşma esnasında tanık dinlenmesine ilişkin olarak, konuyla bağlantılı görülen VUK hükümleri aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

## B. Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Düzenlemeler

İdari yargılama usulü ile paralel bir şekilde ilerleyen, duruşmalarda tanık dinlenip dinlenilemeyeceği tartışmasının vergi yargılaması bakımından farklılaşması İYUK m.31/2 düzenlemesinden<sup>58</sup> kaynaklanmaktadır. Bu düzenleme, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde İYUK ve HMK ile birlikte VUK hükümlerinin de uygulanacağına işaret etmektedir.<sup>59</sup> Bu nedenle vergi yargılaması bakımından uygulama alanı bulacak VUK hükümlerinin tespiti zorunlu hale gelmektedir. Bu noktada çalışmamız kapsamında önem arz eden düzenlemeler ise VUK m.3/B-2 ve VUK mük. m.378’dir. İlk olarak söz konusu düzenlemelerin anlamını ortaya koymak ardından da bu düzenlemelerin vergi yargılaması bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağını tespit etmek gerekir.

### 1. Vergi Usul Kanunu m.3/B-2

#### a. Genel Olarak

VUK m.3/B-2 vergilendirmede ispata ilişkin bir kural koymakta ve anılan kural da vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek<sup>60</sup> mahiyetinin yemin<sup>61</sup> hariç her türlü delille ispatlanabileceğini ancak vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan “*şahit ifadesi*”nin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağını ifade etmektedir. O halde kural olarak, vergilendirmede

<sup>58</sup> İYUK m.31/2: “*Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.*”

<sup>59</sup> İYUK ve VUK hükümlerinden hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı ise ayrı bir tartışma konusudur. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. CANYAŞ, Oytun: “İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Arasındaki Çatışmaların Klasik Yöntemle Çözümü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 110, 2014, s. 208 vd.

<sup>60</sup> Bu düzenleme ile vergilendirme alanında ispat ölçüsü de “gerçek” olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin hukuki muamelelerin “gerçek” mahiyeti tespit edildiğinde ancak bir olay ispatlanmış kabul edilecektir. Bkz. SABAN, s. 500.

<sup>61</sup> Vergilendirmede delil serbestisinin istisnalarından birini de “yemin” delili oluşturmaktadır. Bununla birlikte bu sınırlandırmanın “*vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin hukuki muamelelerin gerçek mahiyeti*” ile sınırlı olduğu bir başka ifadeyle vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin hukuki muamelelerin gerçek mahiyeti dışında kalan hususlarda yeminin delil olarak kullanılabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre belirtilen sınırlara uymak koşuluyla yargılama aşamasında dahi yemine başvurulması mümkündür. Bkz. ŞENLEN, s. 590; ERGÜN, s. 85.

delil serbestisi<sup>62</sup> söz konusudur. Vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olmayan şahit ifadesi ise bu kuralın istisnalarından birini oluşturmaktadır.<sup>63</sup> Dolayısıyla vergilendirmede “*vergiyi doğuran olayla ilişkisi tabii ve açık olan tanık beyanı*” ispat vasıtası olarak kullanılabilir.<sup>64</sup>

Vergiyi doğuran olayla ilginin tabii ve açık olmasının ne anlama geldiği veya kimlerin vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii ve açık kabul edildiğine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii kabul edilebilmesi için bu olayı ve bu olaya ilişkin muameleleri bilebilecek durumda olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Bu noktada vergiyi doğuran olaya taraf olanların ilgilerinin tabii ve açık olduğu hususunda bir tereddüt yoktur.<sup>66</sup> Vergiyi doğuran olayla doğrudan iktisadi bir ilişki

<sup>62</sup> En genel anlamıyla delil serbestisi “*belirli bir konunun ispatı için kullanılacak delil türleri konusunda sınırlandırma yapılmaması*” şeklinde tanımlanabilir. Bkz. ERGÜN, s. 84.

<sup>63</sup> Vergi yargısında delil serbestisi kuralının diğer istisnaları için bkz. KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKÇI, s. 83 vd.; GÜNEŞ, Gülsen: “Vergi Hukukunda Deliller”, *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 51, Sayı 1-4, 1985, s. 486 vd.; CANDAN, s. 893 vd.; KARATAŞ DURMUŞ, s. 520.

<sup>64</sup> Danıştay 3. Daire, E. 2011/3507, K. 2014/1349, T. 27.03.2014, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); “*Bu hükmün incelenmesinden, vergilendirmede serbest delil sisteminin kabul edildiği, yemin ve vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olmayan şahit ifadesi dışında hukukun itibar edilebilecek her türlü delilin kanıtlanma aracı olarak kullanılabilmesinin öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Şirkete ait arsa vasfındaki taşınmazların satış bedellerinin düşük gösterildiği hususunun, olayla ilgisi açık ve tabii olan alıcının ifadesi ve yargı kararlarıyla ispatlanmış olması karşısında, temyiz istemine konu yapılan vergi mahkemesi kararının söz konusu hasılat farkından kaynaklanan vergi ve cezaların kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerekmektedir...*”

<sup>65</sup> CANDAN, s. 897. Danıştay kararlarından yola çıkılarak verilen örneklerde; “*emtia alıcısının, faiz karşılığı borç alan kişinin, hekimin hastalarının, avukatın müvekkillerinin, kiracının, mükellefin muhasebecisinin, işyerinde çalışan işçinin, taşıt sürücüsünün, komisyoncunun*” taraf olduğu hukuki işlem ve ilişkiler dolayısıyla vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii bulunduğu ifade edilmekte; bununla birlikte yine mahkeme kararlarına yansıyan uyumsuzlıklardan hareketle; “*mükellefin eniştesinin fatura düzenlememe eylemiyle, bir kez ticari ilişkide bulunan müşterinin mükellefin bütün ticari faaliyetleriyle, ticari ilişkiye taraf olan kişinin yakınının bu ticari ilişkiyle*” ilgisinin tabii olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. CANDAN, s. 897-898.

<sup>66</sup> KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 132-133; Danıştay kararlarında işleme taraf olanların tanık sıfatıyla beyanlarının vergilendirmeye dayanak teşkil edeceği kabul görmektedir. Örneğin bir olayda Danıştay, ilçe tarım müdürlüğünde görevli davacı adına, serbest veteriner hekim olarak faaliyette bulunduğu gerekçesiyle takdir komisyonu kararı uyarınca yapılan cezalı vergi tarhına karşı açılan davayı kabul ederek cezalı tarhi kaldıran Vergi Mahkemesinin kararını, hayvan sahipleri nezdinde çeşitli tarihlerde düzenlenen ve takdirin dayanağının oluşturduğu tutanaklarında, 12 kişinin yapılan muayene karşılığı davacıya ücret ödediklerini ifade ettikleri ve bu durumun davacının mesai saatleri dışında ücret karşılığı hayvan muayene etmek suretiyle serbest meslek faaliyetinde bulunduğunu gösterdiğini bu yolla serbest meslek kazancı elde ettiği saptanan davacı adına yapılan cezalı tarhiyatı kaldıran Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmediğini belirtmiştir. Bkz. Danıştay 3. Daire, E. 1994/2980, K. 1995/586, T. 21.02.1995 (Kazancı Hukuk Otomasyonu). Yine başka bir olayda Danıştay, ikrazatçılık faaliyetinde borç alan kişilerin olayla ilgileri tabii ve açık olduğundan, bunların beyanlarının maddi delil niteliğinde olduğunun kabulünün zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, yükümlü ile aralarında husumet bulunduğu anlaşılan kişilerin, yükümlü aleyhine beyanda bulunmaları olasılığı göz önüne alınarak bu kişilerin beyanlarının delil sayılmaması gerektiğini de vurgulamıştır. Bkz. Danıştay 7. Daire, E. 1995/4460, K. 1996/1082, T. 20.03.1996 (Kazancı Hukuk Otomasyonu).



içerisinde bulunmayan ve tesadüfen *-alım satım görüşmeleri sırasında temizlik veya yiyecek içecek hizmeti sunan bir görevlinin konuşulanları duyması gibi-* olaya tanık olan kimselerin beyanlarının delil olarak dikkate alınmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir.<sup>67</sup> Bununla birlikte vergiyi doğuran olayın oluşmasında taraf olan kimsenin vekili veya temsilcisi sıfatıyla işlem yapanların, vergiyi doğuran olayı hazırlayan işlemlerde bulunanların *-işletmede çalışan memurlar, işletmede satış işlemleri ile görevli olanlar gibi-* veya mükelleflerle ilişki içerisinde olan ve bu nedenle VUK m.148 uyarınca bilgi verme mecburiyeti altında bulunanların vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii ve açık olduğu söylenebilir.<sup>68</sup> Tanıklık yapan kişi ile yükümlü arasında husumet bulunması veya tanığın yükümlüyü zarara uğratma amacıyla hareket etmesi gibi hallerde tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olsa bile beyanına itibar edilmeyecektir.<sup>69</sup> Bununla birlikte davacı ile husumeti bulunmayan ve birbirini tanımayan birden fazla kişinin ayrı yer ve zamanda vermiş oldukları ifadeler ise delil olarak kullanılabilir.<sup>70</sup> Usulüne uygun olarak düzenlenen belgelere karşı tanıklık halleri ile karşıt ince-

<sup>67</sup> ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, s. 324; GÜNEŞ, s. 490; KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 135; Aksi yönde bir Danıştay kararı için bkz. Danıştay VDDK, E. 2013/876, K. 2014/234, T. 09.04.2014, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi): “Dosyadaki belgelerden, faiz karşılığı borç para aldığını iddia eden K2 ve K1 isimli kişilerin ifadelerinde, davacıdan 2001 yılından itibaren 100.000 Liraya yakın borç para aldıklarını, karşılığında düzenleme ve vade tarihi boş olan senetleri imzalayarak davacıya verdiklerini, borcun büyük kısmını ödeyememeleri üzerine senetlerin yenilendiğini, ayrıca F1 Yapı Kooperatifindeki bir hisse ile dükkan niteliğindeki taşınmazın borca karşılık devredildiğini, 15.3.2004’te düzenlenen 1.5.2004 vade tarihli ve 29.680 Lira tutarlı senedin 2003 yılının Temmuz ayında düzenlendiğini, davacı tarafından düzenleme ve vade tarihinin sonradan yazıldığını, aylık yüzde sekiz oranında faiz ödenmesinin kararlaştırıldığını, senette yazılı tutara faizin dahil olduğunu, söz konusu senedin K3 tarafından icraya konulduğunu, bu olaylara K5’in tanık olduğunu belirttikleri; ifadesine başvurulmuş K5’in, davacı ile borçluları tanıdığını, davacıdan kendisinin de faiz karşılığı borç para aldığını, davacının adı geçen kişilere borç para verdiğini, karşılığında borçlulardan senet aldığını ve senetleri kendisine yakın kişiler aracılığıyla tahsil ettiğini, borçluların taşınmazlarını borca karşılık devrettiklerini ifade ettiği; ... anlaşılmıştır.” (Bu kararda karşı oy yazısında; “Tanık olarak ifadesi alınan anılan şahsın, vergiyi doğuran olayla ilgisinin tabii ve açık olduğu yönünde herhangi bir saptama bulunmadığı dikkate alındığında, bu kişinin ifadesinin ispat vasıtası olarak kullanılamayacağı yasal düzenlemenin gereğidir” şeklindeki gerekçeyle karara karşı oy kullanıldığı görülmektedir.)

<sup>68</sup> KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 137; GÜMÜŞKAYA, *Duruşma*, s. 33-34.

<sup>69</sup> KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 137; CANDAN, s. 899.

<sup>70</sup> “... Dosyanın incelenmesinden, mobilya alım-satımı ile uğraşan davacıların, sattıkları emtia karşılığında fatura düzenlemedikleri yolundaki ihbar üzerine, 1998 yılında mobilya satışı yapılan müşterilerden Ankara’da bulunan yirmi yedisine bilgi isteme yazısı gönderildiği; ifadesine başvurulabilen on üç müşteriden edinilen bilgilerin, davacıların bu müşterilere düzenledikleri faturalarda yer alan bilgilerle karşılaştırılması sonucu, 10 adet müşteriye düşük bedelli fatura düzenlendiğinin tespit edildiği; alıcı ifadeleri ile faturalar arasındaki fark, kayıt dışı hasılat olarak kabul edilerek, dava konusu tarh ve ceza kesme işlemlerinin tesis edildiği anlaşılmış olup; davacılar ile aralarında husumet bulunmayan birbirini tanımayan, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olan birden fazla kişinin, ayrı zamanlarda vermiş oldukları ifadeler, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ispatlanmasında kanıt olarak kullanılabilceğinden, bu ifadelerden hareketle belirlenen matrah farkları üzerinden tesis edilen tarh ve ceza kesme işlemlerinde hukuka aykırılık bulunmamıştır...” Bkz. Danıştay 7. Daire, E. 2001/821, K. 2004/697, T. 17.03.2004, (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

leme imkânının bulunduğu hallerde ise tanığın vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olsa bile beyanının delil olarak kullanılabilmesi için başka karine veya delillerle doğrulanması veya desteklenmesi gerekir.<sup>71</sup>

#### **b. VUK 3/B-2'nin Vergi Yargısında Uygulanabilirliği Üzerine Görüşler**

VUK m.3/B-2'nin anlamı genel hatlarıyla ortaya konulduktan sonra vergi yargılaması bakımından hükmün uygulama alanı bulup bulmayacağı ve bu kapsamda tanık delilinden yararlanılıp yararlanılamayacağı meselesi açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konuda esas olarak iki görüş olduğu söylenebilir. Görüşlerden biri VUK m.3/B-2'nin vergi yargılamasında uygulanamayacağını savunurken, diğer görüş uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

#### **aa. VUK 3/B-2'nin Vergi Yargısında Uygulanacağını Savunan Görüşler ve Gerekçeleri**

Bir görüşe<sup>72</sup> göre; VUK m.3, İYUK m.31/2'nin “*bu kanunda düzenlenen ve HMK'ya atıf yapılan haller saklı kalmak üzere*” vergi uyumsuzluklarının çözümünde uygulanmasını öngördüğü ilgili hükümlerden biridir. Çünkü VUK m.3'te düzenlenen ispat, nitelendirme ve yorum ile ilgili kurallar vergi uyumsuzluklarının çözümüne ilişkindir. Öyle ki maddede düzenlenen yeminin ispat

<sup>71</sup> CANDAN, s. 899; Anapara ve faiz ödemelerinin borçlunun banka hesabından çekle yapıldığı borçlu tarafından ifade olunduğundan, bunun doğruluğunun banka hesapları ile karşılaştırılarak araştırılması gerekirken, bu yapılmadan borçlu ifadesine dayanılarak, ikrazatçılık dolayısıyla tarhiyat yapılmasında isabet olmadığına ilişkin bkz. Danıştay 3. Daire, E. 1989/2018, K. 1989/1479, T. 22.05.1989. Danıştay 4. Daire, E. 1988/1356, K. 1990/2491, 28.09.1990, (Kazancı Hukuk Otomasyonu); “... İhtilafa konu olayda, yükümlünün oto alım satımı yaptığı yönünde hiç bir somut tespit ve delil bulunmadığı gibi, faiz karşılığı borç para verdiği yönünde de, olayla ilgisinin açık ve tabii olduğu hususunda inandırıcı karineler bulunmayan kişinin ifadesi dışında çek, senet, bono, ipotek ve benzeri kanıtlayıcı bir işlem veya belgenin varlığı da saptanmış değildir... re'sen salınan cezalı verginin tamamen kaldırılması zorunludur...” Danıştay 9. Daire, E. 2016/5699, K. 2018/839, T. 20.02.2018, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); “... Davacının satmış olduğu dairelerin satış tutarlarının düşük gösterildiği, düzenlenen faturalarda yazılı tutarların gerçek satış tutarlarının altında olduğu hususunun sadece taşınmazları satın alanların ifadelerine dayandırıldığı, tanık ifadelerinin ödeme belgesi, rayiç bedel hesaplanması, tapu kayıtları, bankalardan çekilen kredilerin araştırılması gibi başkaca delil ve belgelerle desteklenmediği, davacı nezdinde de başkaca bir araştırma ve delil tespiti yoluna gidilmediği görülmektedir... Bu durum karşısında olayla ilgisi açık ve tabii olan tanık ifadesi Vergi Usul Kanununda ispat vasıtası olarak yer almakla birlikte, bu durumun elde edilecek diğer delil ve belgelerle desteklenmediği sürece sadece tanık ifadesi vergilendirmeye esas alınamayacağından eksik incelemeye dayalı olarak tarh edilen vergi ziyayı cezalı gelir vergisinde ve Vergi Mahkemesinin davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasında yasaya uygunluk görülmemiştir...” Danıştay 4. Daire, E. 1995/1993, K. 1996/1510, T. 04.04.1996, (Kazancı Hukuk Otomasyonu); “... Vergi Mahkemesi kararıyla, mükellefiyet tesisinde ihbarda bulunan kişinin ifadesi ile ibraz ettiği defter fotokopilerinde adı geçen şahısların ifadelerinin kanıt olarak kullanıldığı ancak davacının ticari faaliyette bulunduğu hususunun somut bulgulara dayandırılmadığı, bu tespitlerin mükellefiyet tesisi ve tarhiyat yapılması için yeterli olmadığı gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılmasına karar vermiştir... temyiz isteminin reddine...”

<sup>72</sup> ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 204, 209; KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKÇI, s. 510; TAŞKAN, Yusuf Ziya: *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 441; GÜNEŞ, s. 476; ASLAN ve diğerleri, s. 194; GÜMÜŞKAYA, Gamze: *Türk Vergi Hukukunda İspat*, İstanbul Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2016, s. 92-93.

vasıtası olarak kullanılmayacağına ilişkin kural bunun en temel göstergesidir. Çünkü yargılama sırasında kullanılan bir delil türü olan “*yemin*” hakkında kural getiren bir düzenlemenin yargılama aşamasına ilişkin olmadığını söylemek, olanaklı değildir.<sup>73</sup> Hal böyle olunca VUK m.3/B-2’de belirtilen sınırlamalar dâhilinde vergi yargılamasında tanık dinlenmesi mümkün olup aksini düşünmeyi gerektirecek yasal bir engel söz konusu değildir. Ayrıca tanık ifadelerinin idari aşamada vergi idaresince alınması ve tarha dayanak teşkil etmesi buna karşın yargılama aşamasında tanık dinlenmemesi adil yargılanma hakkına ve bu kapsamda silahların eşitliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.<sup>74</sup>

Bununla birlikte İYUK m.31/2 ile herhangi bir bağlantı kurmaksızın doğrudan VUK m.3/B’nin ispata ilişkin getirdiği kuralların vergi yargılamasında uygulanacağını savunan görüşler de bulunmaktadır.<sup>75</sup>

**bb. VUK m.3/B-2’nin Vergi Yargısında Uygulanmasının Mümkün Olmadığını Savunan Görüşler ve Gereçleri**

VUK m.3/B-2’nin vergi yargısında uygulanmasının mümkün olmadığını savunan bir görüşe<sup>76</sup> göre; vergi hukukunda ilgili hükme dayanılmak suretiyle tanığa başvurulması ancak kanunda yazılı niteliklere sahip olması halinde, vergilendirme işleminin tesisinden önce, idarenin yaptığı inceleme ve araştırma sırasında mümkündür. Çünkü VUK m.3/B-2 vergi usule ilişkin bir hükümdür ve yargı aşamasında tanık dinlenmesinin hukuki dayanağını teşkil etmez. Bu sonuca hem maddenin Kanun içinde yer aldığı sistematikten hem de madde içeriğinden ulaşılmaktadır.

Tanığa başvurulmasının mümkün olmadığını savunan diğer görüş<sup>77</sup> ise, gereksinimi norm uyumsuzluklarının çözümünde uygulanacak kurallara (*özel normun önceliği ve sonraki tarihli normun önceliği ilkeleri*) dayandırmaktadır. Bu görüşe göre, sonraki tarihli genel norm niteliğinde olan İYUK düzenlemeleri yürürlüğe girdikten sonra, özel norm niteliğinde olan VUK hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılmadıysa İYUK m.31/2 düzenlemesi gereği İYUK hükümleri uygulanacaktır.<sup>78</sup> İYUK m.31/2; vergi uyumsuzluklarının çözümünde öncelikle İYUK hükümlerinin uygulanmasını, İYUK’ta hüküm bulunmayan hallerde yapılan atıf dolayısıyla HMK hükümlerinin

<sup>73</sup> ASLAN ve diğerleri, s. 194; GÜMÜŞKAYA, *İspat*, s. 92-93.

<sup>74</sup> ASLAN ve diğerleri, s. 194.

<sup>75</sup> SABAN, s. 510; ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, s. 324; ÖNER, s. 273; KARATAŞ DURMUŞ, s. 519; ERGÜN, s. 83; ŞENLEN, s. 589.

<sup>76</sup> CANDAN, s. 896; ORAL, s. 80; DURSUN, s. 92.

<sup>77</sup> CANYAŞ, s. 212-213.

<sup>78</sup> AKKAYA, Mustafa: “Vergi Yargısında Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi”, *Danıştay ve İdari Yargılama Günü 144. Yıl Sempozyumu*, (Ed.) SANCAKDAR, Oğuz, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2012, s. 183.

uygulanmasını ve nihayet her iki kanunda hüküm bulunmayan haller bakımından da VUK hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir.<sup>79</sup> Hal böyle olunca VUK m.3/B-2'nin çatışma halinde bulunduğu İYUK m.18/3<sup>80</sup> karşısında uygulanma imkânı kalmayacaktır. Çünkü İYUK'un yürürlük tarihinden sonra VUK m.3/B-2'de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.<sup>81</sup> Bu nedenle vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olsa bile duruşma esnasında tanık dinlenmesi mümkün değildir.

## 2. Vergi Usul Kanunu mük. m.378

### a. Genel Olarak

VUK m.3/B-2'ye ilişkin açıklamalar ve doktrinde yer alan görüşlere değinildikten sonra vergi yargılamasında tanıklık kurumuna ilişkin önemli bir düzenleme olan VUK mük. m.378'in de anlam ve kapsamının ortaya konulması gerekir. Anılan düzenleme uyarınca; *“Danıştay ve Vergi Mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile, mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler.”*

Vergi davalarının kimi uyuşmazlıklarda muhasebe ve finans bilgisi de gerektiren karmaşık yapısı karşısında işlemin dayanağını oluşturan incelemeyi gerçekleştiren denetim elemanının uzmanlık bilgisi gereken konularda gerekli açıklamalarda bulunması, yaptığı araştırmaların ayrıntıları hakkında doğrudan bilgi vermesi ve tarhin dayanağını teşkil eden inceleme raporunun incelemeyi yapan denetim elemanı önünde değerlendirilmesi birçok durumda bilirkişiye başvurma gerekliliğini ortadan kaldıracak ve uyuşmazlıklar daha kısa sürede çözümlenecektir.<sup>82</sup> Benzer bir durum yükümlü için de geçerli olacak ve o da duruşma sırasında muhasebecisi veya mali müşavirinin konuya ilişkin uzmanlığından faydalanabilecektir.<sup>83</sup> Bununla birlikte VUK mük. m.378'in, inceleme elemanlarının dosya üzerinde gerekli çalışmaları yapmadan *-geç tebligat yapıl-*

<sup>79</sup> Aksi yönde bkz. KARAKOÇ, *Tanık Beyanı*, s. 481; *“Vergi Usul Kanunu'nun vergi uyuşmazlıklarına ilişkin hükümleri İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ve bu kanunun yollama yaptığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre 'özel hüküm' niteliği taşıdıklarından vergi uyuşmazlıklarında öncelikle uygulanması gerekir.”*

<sup>80</sup> *“Duruşmalara ilişkin esaslar:*  
*Madde 18-...*

3. *Duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilir. Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir; hiç biri gelmezse duruşma açılmaz, inceleme evrak üzerinde yapılır...”*

<sup>81</sup> Buna karşın VUK mük. m.378'de İYUK'un yürürlük tarihinden sonra değişiklik yapılmıştır.

<sup>82</sup> KIRBAŞ, s. 216.

<sup>83</sup> Norm çatışmasından hareketle VUK m.3/B-2'nin vergi yargısında uygulanmayacağı yönündeki görüş, VUK mük. m.378 için geçerli değildir, detaylı açıklamalar için bkz. CANYAŞ, s. 214.

*ması veya başka gerekçelerle-* duruşmaya gelmesi ve mahkemelerin de zorunlu olmadıkça mükellefin muhasebecisini veya mali müşavirini dinleme eğiliminde olmaması sebebiyle, uygulamada kendisinden beklenen yararı sağlamadığı ifade edilmektedir.<sup>84</sup>

#### **b. VUK mük. m.378'in Niteliği ve Tanıklık Kurumu ile İlişkisi Üzerine Görüşler**

VUK mük. m.378'den hareketle doktrinde vergi yargılamasında (*hatta daha geniş anlamda idari yargılama usulünde*) tanıklık kurumuna ilişkin farklı çıkarımlarda bulunmaktadır. Bu nedenle ilgili görüşler ve bu görüşlerin gerekçeleri önem arz etmektedir.

Bir görüş<sup>85</sup> “... mahkeme... inceleme elemanları ile ... mali müşavir veya muhasebecisini de dinler.” ifadesindeki “de” bağlacının kullanımının yargılamada bu kişiler dışında da dinlenebilecek kişiler olduğuna bir dayanak teşkil ettiğini ve bu kişilerin de VUK m.3/B-2 uyarınca “*vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık olan*” tanıklar olduğunu ileri sürmektedir. İnceleme elemanı ve mali müşavir veya muhasebecinin dinlenmesinin özel bir madde ile ayrıca düzenlenmesini ise bu kişilerin vergiyi doğuran olayla hiçbir bağlantısının bulunmaması, vergisel ödev ve yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi aşamasında görevli ve yetkili kişiler olduğu ve bu nedenle VUK m.3/B-2 kapsamında dinlenmesinin mümkün olmamasından kaynaklandığını ifade etmektedir.

Bir başka görüşe göre<sup>86</sup> de, VUK mük. m.378 vergi yargılamasında duruşma sırasında tanık dinlenemeyeceği yönündeki kuralın tek istisnasını oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, vergi yargılamasında yazılılık esasının geçerli olması, defter ve belge düzeninin esas olması, İYUK m.31'de HMK'nın tanıklığa ilişkin düzenlemelerine atıf yapılmaması ve İYUK m.17, m.18'de duruşma sırasında tarafların dinlenebileceğine yer verilmesine karşın tanığın dinlenmesine ilişkin düzenlemeye yer verilmemesi vergi yargılamasında tanık dinlenemeyeceği yönündeki kuralın gerekçesini oluşturmakta olup bu kuralın tek istisnası inceleme elemanları ile mükellefin mali müşavir veya muhasebecisinin dinlenmesi- ne imkân tanıyan VUK mük. m.378 hükmüdür.

<sup>84</sup> KIRBAŞ, s. 216-217.

<sup>85</sup> GÜMÜŞKAYA, *İspat*, s. 288.

<sup>86</sup> BİYAN, *İspat*, s. 163.



## IV. SONUÇ VE KONUYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELERİMİZ

### A. İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Tanık Beyanı Üzerine: Düzenlenmesi Uygulama için Gerekli mi? Düzenlenmemesi Yasak Kapsamına Almak için Yeterli mi?

#### 1. Genel Olarak

İYUK'ta tanık ile ilgili bir hüküm bulunmaması ve HMK'nın tanığa ilişkin hükümlerine atf yapılmamış olması, vergi yargılamasında duruşma esnasında tanık dinlenilmesinin yasak olduğunu değil, bu konunun açık bir şekilde düzenlenmediğini gösterir.<sup>87</sup>

Bu konuda sistematik olarak sırasıyla; “yazılılık ilkesinin tanık dinlenmesine engel teşkil edip etmediği”; “re’sen araştırma ilkesinin tanık dinlenmesine olanak tanıyıp tanımadığı” ve “İYUK'ta tanığa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasının duruşmada tanık dinlenmesi olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı” sorularına cevap aranacaktır.

Doktrinde aksi yönde görüşler<sup>88</sup> bulunmakla birlikte yazılılık ilkesinin tanık dinlemenin önünde bir engel oluşturmadığı kanaatindeyiz.<sup>89</sup> İddia ve savunmaların yazılı olması gerekliliği ile bağdaştırılan yazılılık ilkesinin, iddia ve savunmaların gerçekliğinin kanıtlanması ile hakimde vicdani kanaat oluşmasına hizmet eden tanık dinlenmesini mutlak bir şekilde sınırlandırdığı söylenemez.<sup>90</sup> Şüphesiz “iddia ve savunma” ile bunların doğruluğu hakkında hakimi “ikna faaliyeti” birbirinden farklı şeylerdir.<sup>91</sup> Bununla birlikte her ne kadar sözlü yargılama usulünün uygulanabilmesi için kanunda açık bir düzenleme bulunması<sup>92</sup> ve bu düzenlemede öngörülen şartların gerçekleşmesi<sup>93</sup> gerektiği ifade edilse de

<sup>87</sup> ORAL, s. 89; Aynı yönde bkz. YILDIRIM, s. 762; CEYLAN, Mahmut: “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 8, Sayı 16, Aralık/2018, s. 327.

<sup>88</sup> CANDAN, s. 60; ORTAÇ / ÜNSAL, s. 195. Tanık dinleme ve yemin verdirmenin medeni yargılama usulüne özgü yöntemler olduğu ve yazılılık ilkesinin bunlara başvurulmasını engellediği bununla birlikte yazılılık ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının neden olacağı sakıncaların bertaraf edilmesi amacıyla kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde duruşma yapılmasına imkan tanıdığına ilişkin bkz. TOPÇU, Kader Melis: *Vergi Hukuku Özelinde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 316 vd.. İdari yargılama usulünde -vergi yargılamasını dışarıda bırakarak- hem yazılılık ilkesinin varlığı hem de HMK'ya atf yapılan konular arasında tanığın yer almaması ve tanığa ilişkin özel bir düzenleme de getirilmemesi gerekçesiyle tanık dinlemenin mümkün olmadığı yönünde bkz. ŞENLEN, s. 589.

<sup>89</sup> Aynı yönde bkz. KAPLAN, *Sözlülük Usulü ve Tanık*, s. 41; ÇAĞLAYAN, *Tanık Delili*, s. 203; ERSÖZ, s. 38; GÜMÜŞKAYA, *İspat*, s. 287.

<sup>90</sup> KAPLAN, *Sözlülük Usulü ve Tanık*, s. 41.

<sup>91</sup> KAPLAN, *Sözlülük Usulü ve Tanık*, s. 41.

<sup>92</sup> KALABALIK, s. 274; ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 238.

<sup>93</sup> KARAKOÇ, *Vergi Yargılaması Hukuku*, s. 231.

kanaatimizce sözlü yargılama usulü yazılı yargılama usulünün karşıtı değil, tamamlayıcısıdır. Kaldı ki mevcut sistemin duruşma sırasında tarafların sözlü olarak dinlenmesine izin verdiği düşünüldüğünde, dava konusu uyuşmazlığın çözümüne yapacağı açıklamalarla katkı sunabilecek üçüncü bir kişinin dinlenmesinin olanaklı olmadığını söylemek ciddi gerekçeler gerektirir.<sup>94</sup> Esasen taraflar tanık beyanı dışında delillerini dava ve cevap dilekçesi ile mahkemeye sunabilmekte, keşif ve bilirkişi gibi delillere ihtiyaç duyulması halinde ise hakim ya da mahkeme re'sen başvurabilmektedir. Dolayısıyla duruşma yapılmasının, uyuşmazlığın çözülmesi noktasında kendisinden beklenen faydayı ancak tanık dinlenilmesine imkan tanınmasıyla gerçekleştirebileceği açıktır.<sup>95</sup> Ve nihayet idari yargının amacının maddi gerçeği ortaya çıkarmak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu gerçekliğe ulaşmak için tanığın önemli bir rol üstlenebileceğini de göz ardı etmemek gerekir.<sup>96</sup>

Burada yapılması gereken yazılılık ilkesinin adil yargılanma hakkına uygun bir şekilde yorumlanmasıdır.<sup>97</sup>

İYUK'ta yazılılık ilkesinin yanı sıra re'sen araştırma ilkesi yargılamanın karakteristik unsurlarından biri olarak düzenlenmiştir. Re'sen araştırma, hakime her türlü delil toplama işlemini ve araştırmayı kendiliğinden yapma yetkisi vermektedir. Tanık dinlemenin de bu kapsamda re'sen araştırma yetkisinin bir tezahürü olarak idari yargıda uygulama alanı bulması gerektiği kanaatindeyiz.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 381; DURSUN, s. 93.

<sup>95</sup> KAPLAN, *Sözlülük Usulü ve Tanık*, s. 41; ÇINARLI / AĞAR, s. 57; DURSUN, s. 93; "Tanık dinlenilmesinin olanaksız olduğu bir yargı düzeninin maddi gerçekliğe ulaşması olanaksız değilse bile oldukça zordur.". Farklı ülke örnekleri üzerinden idari yargıda duruşma usulü hakkında detaylı bir inceleme için bkz. AKINCI, s. 130-136; Seçilen ülke örneklerinden; Hollanda, Fransa, Almanya ve İsveç'te idari yargılama usulünde duruşma sırasında tanık dinlendiği, İspanya'da da tanık dinleme mümkün olmakla birlikte uygulamada pek sık rastlanmadığı buna karşın İtalya'da tanık dinlemeye neredeyse hiç rastlanmadığı görülmektedir.

<sup>96</sup> DURSUN, s. 93; UZUN, Mine: "Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 63, Sayı 1, 2014, s. 240.

<sup>97</sup> KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKÇI, s. 511; BİYAN, *İspat*, s. 166. Buna karşın AİHM içtihatları uyarınca vergi yargılaması sırasında (AİHS m.6 kapsamına giren vergi davaları için) tanık dinlenilmemesi ya da duruşma yapılmaması tek başına adil yargılanma hakkı ihlali olarak nitelendirilmemekte, yargılama sırasında hangi delillerin kullanılabilmesi konusunun sözleşmeli devletlerin takdirinde olduğu ifade edilmektedir, bkz. YALTI, *İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma*, s. 17. Bununla birlikte delillerin kabulü de dahil yargılama kendi bütünlüğü içinde hakkaniyete uygun olmalı ve bu kapsamda örneğin iç hukukta yargılama sırasında tanık dinlenilmesine imkan tanınmışsa bu tanık delili ile ilgili çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin gereklerine uygun hareket edilmelidir. Detaylı açıklamaları için bkz. CENAN, s. 137 vd.

<sup>98</sup> Aynı yönde bkz. KAPLAN, *Sözlülük Usulü ve Tanık*, s. 40; YILDIRIM, s. 762; ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 381.

Yazılılık ilkesinin tanık dinlemeye engel oluşturmaması, re'sen araştırma ilkesinin ise tanık dinlemeyi olanaklı hale getirmesine karşın idari yargıda tanık dinlenmesinin mümkün olmadığına yönelik bir içtihat olduğu görülmektedir.<sup>99</sup> Bunun sebebi ise İYUK'ta bu konuda bir düzenleme olmamasıdır. Kanun koyucunun tanık dinleme ile ilgili düzenleme getirmemesinin bilinçli bir susma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir. İlgili kanun gerekçesinde ve kanun teklifi görüşme tutanaklarında bu konuda herhangi bir tartışma yapılmadığı görülmektedir.<sup>100</sup> Bu nedenle kanun koyucunun iradesinin tespiti mümkün değildir. Dolayısıyla tanık beyanının idari yargıda yasak olduğuna dair kabul, pozitif bir dayanaktan yoksun hale gelmektedir. Kanaatimizce düzenleme boşluğu tanık beyanını yasak kapsamına almak için yeterli bir argüman değildir. Uygulamada ortaya çıkan bu yaklaşımın giderilmesi adına İYUK'ta bir düzenleme yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

## 2. İdari Yargılama Usulü Kanunu m.31 Atfının Anlamı ve Kapsamı Üzerine

İYUK m.31/1, İYUK'ta hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulacak HMK hükümlerini tek tek sayma yöntemiyle belirlemiştir. HMK'ya atıfta bulunan kurumlar arasında “tanık” yer almamakla birlikte atıf yapılan kurumlardan “delillerin tespiti” veya “keşif” aracılığıyla tanık beyanının vergi yargılamasında kullanılabilmesinin önünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz.<sup>101</sup> Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki, çalışma kapsamında cevabı aranan esas soru duruşma esnasında tanık dinlenilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Her ne kadar delillerin tespiti ve keşif yöntemleriyle tanık dinlenebileceği kanaatinde olsak da bu hükümler duruşmada tanık dinlenmesine ilişkin yasal bir dayanak oluşturmazlar.

İYUK m.31/2 ise, İYUK ve HMK'ya atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde VUK'un ilgili hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Bu kapsamda tanıklık kurumuyla bağlantılı olarak uygulama alanı bulabileceği düşünülen VUK m.3/B-2 ve VUK mük. m.378 ile ilgili görüşlerimiz aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacaktır.

## B. Vergi Usul Kanunu m.3/B'nin Anlamı, Kapsamı ve Vergi Yargısında Uygulanabilirliği Üzerine

VUK m.3, “*Vergi Kanunlarının uygulanması ve ispat*” kenar başlığını taşımaktadır. VUK m.3/A, kanunun kapsamı ve yorum yöntemlerine; VUK m.3/B

<sup>99</sup> Danıştay 8. Daire, E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25.02.2004, (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Danıştay 3. Daire E. 1986/1201, K. 1986/2706, T. 24.12.1986, (Kazancı Hukuk Otomasyonu); Danıştay 3. Daire, E. 1989/3460, K. 1990/3569, T. 25.12.1990, (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>100</sup> Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 6, 91. Birleşim, 06.01.1982 [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/d01/c006/mgk\\_01006091.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006091.pdf) (Erişim Tarihi: 24.09.2020).

<sup>101</sup> Aynı yönde bkz. ORAL, s. 88.



ise ispat ve delile ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Konumuz bakımından önem arz eden VUK m.3/B'nin ilk cümlesi, “İspat: vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Düzenleme ispata ilişkin herhangi bir kural koymamakta olup “ekonomik yaklaşım ilkesi”nin temelini oluşturmaktadır.<sup>102</sup> Bu hüküm ile vergilendirmede görünürdeki durumun değil gerçek durumun geçerli olması ilkesi benimsenmiştir.<sup>103</sup> Kanun koyucu yükümlülerin özel hukuk işlem ve ilişkilerini olağan kullanımları dışında kötüye kullanarak vergiyi doğuran olayın görünürdeki formunu değiştirmek suretiyle hiç vergi ödememe veya daha az vergi ödemeye yönelik işlemlerini önlemeyi hedeflemiştir.<sup>104</sup> Bu düzenleme bir yargılama hukuku faaliyeti olan ispatı karşılamamakta olup<sup>105</sup> vergi idaresinin vergiyi doğuran olayı tespitine yönelik bir kural getirmektedir.<sup>106</sup> Bu düzenlemenin pekâlâ vergi idaresinin işlemlerinin denetimini yapan vergi yargısında da bir denetim ölçütü olarak kullanılması mümkündür.<sup>107</sup> Nitekim İYUK m.31/2 atfı da “*vergi uyumsuzluklarının çözümünde*” ibaresini kullanmaktadır. Bu durum gereği VUK m.3/B idari yargılama usulünde doğrudan ispat ve delil konusunda belirleyici bir düzenleme olarak kullanılamasa dahi, uyumsuzluk çözümünde bir denetim ölçütü olabilecektir.<sup>108</sup> Örneğin vergi usul sürecinde alınması gereken bir tanık beyanının alınmamış olması eksik inceleme ve araştırma nedeniyle<sup>109</sup>; alınmaması gereken bir tanık beyanının tarha dayanak teşkil etmesi ise hukuki sebebin oluşmaması nedeniyle işlemi sakatlayabilecektir. Ancak yargılamaya ilişkin ispat faaliyeti sadece vergiyi doğuran olayla ve sadece eko-

<sup>102</sup> AKKAYA, Mustafa: *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 79-80; ÖNER, Erdoğan: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 44; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 28; “*Ekonomik yaklaşım, vergi doğurucu olayların saptanmasında ve vergi yasası hükümlerinin yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınması anlamının taşır.*”

<sup>103</sup> ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 28; AKKAYA, *Ekonomik Yaklaşım*, s. 80-81.

<sup>104</sup> ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 28-29; ÖNER, s. 45.

<sup>105</sup> “*Re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılama hukuklarında hiçbir biçimde ispat külfetinden söz edilemez.*”, AKKAYA, *Vergi Yargısında Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi*, s. 183. Yazar ayrıca, “*vergi idaresine veya davacıya ispat külfetinin yüklendiğine ve kendisine ispat külfeti yüklendiği halde, bunu yerine getiremediği için de davayı kaybettiğine ilişkin bir yargı kararına da rastlanmadığını*” belirtmektedir.

<sup>106</sup> AKKAYA, *Ekonomik Yaklaşım*, s. 73 vd.

<sup>107</sup> KARAÇOBAN GÜNEŞ, Tuğçe: *Vergi Usul Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 102.

<sup>108</sup> Danıştay 7. Daire, E. 2016/861, K. 2017/2163, T. 23.03.2017 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Danıştay 7. Daire, E. 2016/868, K. 2017/2164, T. 23.03.2017 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

<sup>109</sup> Danıştay 7. Daire, E. 2013/5187, K. 2017/1590, T. 02.03.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Danıştay 4. Daire, E. 2015/170, K. 2015/3618, T. 16.06.2015, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). CENAN, s. 150; “*... dinlenilmesi gereken tanıkların dinlenilmemesi nedeniyle idarenin sağlıklı bir kanaat oluşturduğundan ve işlemi aracılığıyla sağlıklı bir irade beyanında bulunduğundan söz edilemez...*”

nomik yaklaşım ilkesiyle sınırlandırılabilir bir faaliyet değildir. Bu nedenle düzenlemenin vergi idaresine yönelik olduğu ve vergi yargısında ispata ilişkin sınırlayıcı kurallar getirmediği kanaatindeyiz.

Delile ilişkin olarak da benzer şekilde vergi idaresini muhatap alan bir kural getirildiği kanaatindeyiz.

VUK m.3/B-2 ise; “*Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*” şeklinde kaleme alınmıştır.

VUK m.3/B-2 düzenlemesine göre delil ve ispatın konu bakımından kapsamı, “*vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti*” ile sınırlıdır. Vergi yargılamalarında “*tanıklık yapılabilecek konuların*” vergiyi doğuran olayla sınırlı olmaması<sup>110</sup> karşısında ilgili düzenlemenin yargıya hitap ettiğini söylemek, kanaatimizce yargı faaliyetinde delil değerlendirmesini vergiyi doğuran olayla sınırlamak anlamına gelecektir. Benzer şekilde tanık olabilecek kişilerin kapsamı da, “*vergiye doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunan şahit*” olarak belirlenmiş ve ceza ya da medeni yargılama usulünde karşımıza çıkmayan bir sınırlamaya yer verilmiştir.<sup>111</sup> Dolayısıyla konu ve kişi bakımından getirilen bu sınırlamaların vergi yargısının kamusal niteliği ve önemi ile bağdaşmadığı ve bu sınırlamaların vergi yargılaması bakımından uygulama alanı bulmasının da AY m.36, m.125 ve İYUK m.2 ile uyarlık göstermeyeceği kanaatindeyiz.<sup>112</sup> Her ne kadar VUK m.3/B-2’nin “*yemin*”e ilişkin de bir düzenleme getirdiği ve *salt* yargılama aşamasında kullanılan “*yemin*” deliline yönelik kural koyan bir düzenlemenin yargılamaya ilişkin olmadığı söylenemeyeceği yönünde görüşler<sup>113</sup> bulursa da ABD<sup>114</sup> ve Almanya<sup>115</sup> sisteminde, yemin deliline

<sup>110</sup> KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKÇI, s. 511; Yazarlar “*işyerinin müsait olmaması, arama ya da incelemenin hukuka aykırı olması*” durumlarını bu konulara örnek olarak vermektedir.

<sup>111</sup> Tanıklık yapacak kişinin tanıklık yaptığı olayı doğrudan gören ya da duyan kişi olması gerekmemekte olup bir başka kişinin gördüğü ya da duyduğu olay hakkındaki bilgisini aktaran kişi de olabilir. Ceza yargılaması bakımından bkz. ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 39. Medeni yargılama usulü bakımından bkz. PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 398.

<sup>112</sup> Tarhiyat ve ceza konusunda iddia sahibi olan idareye *-inceleme elemanına-* dinlenme hakkı verilirken yükümlünün bu hakkının kişi ve konu yönünden sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkına ve silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKÇI, s. 511.

<sup>113</sup> GÜMÜŞKAYA, *İspat*, s. 287; Aynı yönde bkz. ASLAN ve diğerleri, s. 194.

<sup>114</sup> YALTI, Billur: “Vergi Hukukunda Susma Hakkı, (VUK 359)(a),(2)’nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 285, Mayıs/2005, (<https://www.vergidunyasi.com.tr/arsiv/makaleler/vergi-hukukunda-susma-hakki-vuk-359-a-2-nin-anayasaya-aykirligi-sorunu-3576>, s. 2, Erişim Tarihi: 12.11.2020).

<sup>115</sup> İdare re’sen araştırma görevini yerine getirirken her türlü delilden faydalanabilir (delil serbestisi) ve elde ettiği sonuçları serbestçe değerlendirebilir. Bu bağlamda örneğin yükümlünün ya-

vergi usulde de başvurulduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla yeminin sadece yargılama usulünde yararlanılabilecek bir delil olduğu yönündeki görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Ayrıca VUK'ta “*Vergi davaları*” Beşinci Kitap'ta düzenlenmiş ve vergi yargısına ilişkin kurallar bu kısımda belirlenmiştir. Sistematiğin açıdan yargı faaliyetinde uygulanacak olan delil ve ispat kurallarının bu bölümde yer alması gerekirdi. Bu nedenlerle VUK m.3/B-2'nin vergilendirme sürecinde geçerli olduğu, yargı aşamasında geçerli olmadığı kanaatindeyiz.<sup>116</sup> Bu kanaatin diğer bir gerekçesi ise İYUK'un yasalaşması sürecinde m.31/2 üzerinde yapılan tartışmalara dayanmaktadır.<sup>117</sup> Şöyle ki, yapılan tartışmalara bakıldığında VUK hükümlerinin İYUK'la uyumlaştırılması gerektiği, mevcut haliyle VUK m.3'ün İYUK ile uyumlu olmadığı ve yeniden ele alınması gerektiği yönünde görüşlerin ağırlıkta olduğu dikkat çekmektedir. Bunun sebebi ise VUK m.3'ün idareye yönelik bir düzenleme getirmesi, yargıyı da kapsayıcı bir yorumun ise sakıncalı olmasından kaynaklanmaktadır. Geçen sürede VUK m.3 herhangi bir değişikliğe uğramamış, öngörülen sakıncalı durum günümüze kadar devam etmiştir.<sup>118</sup> Kanun koyucunun iradesinin VUK m.3'ün mevcut haliyle uygulanmaması yönünde olduğu açıktır. Yine tutanaklara yansıyan ifadelerinden anlaşıldığı üzere, İYUK m.31/2'nin getirilme amacı vergi mahkemelerinin kurulmasından önce VUK'ta dağınık bir şekilde yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin kurallardan vergi yükümlülerinin yararlanmasını sağlamaktır. VUK m.3/B-2 ise vergiyi doğuran olayla sınırlı kalacak bir tanık beyanı öngördüğünden kanaatimizce kişileri koruyucu yapıdan uzaktır. Vergi yargısında tanık dinlemeyi bu maddeden ziyade re'sen araştırma ilkesine dayandırmak kişilerin adil yargılanma hakkını etkin kılmak bakımından daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu kabulden hareketle vergi idaresinin vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunan şahit ifadesine başvurabileceği, vergi yargısının da ilgili işlemin hukuka uygun-

zlı beyanının sonradan değiştirildiğini ispatlamak üzere şahitler dinleyebilir ve gerekirse bu şahitlere yemin ettirebilir. Hangi delilin kullanılacağı tamamen idarenin takdir yetkisi içerisindedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: *Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 242.

<sup>116</sup> Aynı yönde bkz. Danıştay VDDK, E. 2000/316, K. 2000/371, T. 17.11.2000, (Kazancı Hukuk Otomasyonu): Mahkeme VUK m.13 ile ilgili yaptığı bir değerlendirmede “... *Kanunun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Vergi Usul Kanunu hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili 31'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf yapılan haller dışında vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Vergi Usul Kanununa yapılan bu göndermenin 377, 378 ve mükerrer 378'inci maddesiyle ilgili olduğu kuşkusuzdur...*” şeklindeki ifadelerle İYUK m.31/2'yi VUK 377, 378 ve mük. m.378'e yapılan atıf şeklinde sınırlayarak yorumlamıştır.

<sup>117</sup> Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt 6, 91. Birleşim, 06.01.1982 [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_d01/c006/mgk\\_01006091.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_d01/c006/mgk_01006091.pdf) (Erişim Tarihi: 24.09.2020).

<sup>118</sup> Benzer yöndeki eleştiriler için bkz. AKKAYA, *Vergi Yargısında Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi*, s. 179-180.

luğu denetiminde bu hususu göz önünde bulundurması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun ötesinde VUK m.3/B-2'yi doğrudan vergi yargısında delil ve ispata yönelik bir düzenleme olarak değerlendirmek ise, kanaatimizce, olanaklı değildir.

### C. Vergi Usul Kanunu mük. m.378'in Anlamı ve Kapsamı Üzerine

VUK mük. m.378 düzenlemesinin tanıklık kurumu ile ilgili görüşlere dayanak teşkil ettiği yukarıda incelenmişti. Bununla birlikte VUK mük. m.378'in lafzı, dinlenilmesi öngörülen inceleme elemanı ve muhasebeciler ile mali müşavirlerin “*tanık*” sıfatına sahip olup olmadığı konusunda bir açıklık içermediğinden, bu kişilerin sıfatlarının açıklığa kavuşturulması ve söz konusu düzenlemenin getiriliş amacının tespiti gerekmektedir. Bunun tespiti için VUK mük. m.378'i de ihtiva eden 2791 sayılı Kanun<sup>119</sup> üzerinde tartışmaların yapıldığı ilgili Konsey<sup>120</sup> ve Meclis<sup>121</sup> Tutanakları incelenmelidir. Önerinin görüşüldüğü toplantılara ilişkin tutanaklar incelendiğinde düzenlemeye yönelik açıklamalarda bulunan Bakanlık temsilcilerinin dinlenilmesi öngörülen kişilerin “*tanık*” veya “*bilirkişi*” sıfatına sahip olmadığını sıklıkla vurguladığı ve bunun bilinçli bir tercih olduğu<sup>122</sup> görülmektedir.<sup>123</sup>

Kanaatimizce bu düzenleme, günümüzde de zaman zaman tartışmaya açılan “*mali müşavirlerin vergi uyuşmazlıklarının çözümünde mükellefi temsil edebileceği -başka bir ifadeyle dava vekilliği yapabileceği-*” yönündeki düşün-

<sup>119</sup> Resmi Gazete Tarih-Sayı: 22.01.1983-17936.

<sup>120</sup> Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt. 8, 128. Birleşim, 21.01.1983, ss. 132-138, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/d01/c008/mgk\\_01008128.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c008/mgk_01008128.pdf) (Erişim Tarihi: 21.09.2020); Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, Cilt. 8, 127. Birleşim, 11.01.1983, ss. 95-100, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/d01/c008/mgk\\_01008127.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c008/mgk_01008127.pdf) (Erişim Tarihi: 21.09.2020).

<sup>121</sup> Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt. 13, 39. Birleşim, 06.01.1983, ss. 398-399, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM\\_/d02/c013/dm\\_02013039.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c013/dm_02013039.pdf) (Erişim Tarihi: 21.09.2020); Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt. 13, 38. Birleşim, 05.01.1983, ss. 362-372, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM\\_/d02/c013/dm\\_02013038.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c013/dm_02013038.pdf) (Erişim Tarihi: 21.09.2020).

<sup>122</sup> Bu kişilerin “... *yemin verilip verilmemesi hususu mahkemece takdir edilmek üzere şahit sıfatıyla*” veya “*bilirkişi olarak*” dinlenebileceği hususunda verilen değişiklik önermeleri kabul edilmemiştir. Bkz. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 38. Birleşim, s. 372.

<sup>123</sup> “... *Bu vergi mahkemelerindeki tanık da değildir, ehlivukuf -bilirkişi- da değildir. Vergi davasının açıklığa kavuşması için, vergi davası sırasında dinlenecek kişilerdir. Vergi davasının niteliği icabıdır; ... Defter üzerinde rüyet edilecektir -bakılacaktır- bu dava. Muhasip olmadan o davanın rüyet edilmesine imkân yoktur. Yani ne yapacak? Dışardan ehlivukuf tayin edecek. Halbuki Batıda görüyorsunuz, muhasibi de mahkemede, hesap uzmanı da. «Bu madde hesap uzmanının defterinde nasıl yazılmış? Şöyle yazılmış...» diyorlar, hesap uzmanının defteriyle karşılaştırıyorlar, orada bitiyor. Yani, vergi davasının süratli görülmelerini isteyen Yüksek Meclisiniz bunun bir ehlivukufa havale edilip altı ayda incelenmesini arzu eder mi? Ehlivukuf da değillerdir, şahit de değillerdir. Davada mükellef ve Hazine vardır. Mükellefin de yanında eksperleri vardır, Hazinesinin de yanında eksperleri vardır. Bunlar dinlenerek dava rüyet olunur. Mesele bundan ibarettir...” Bkz. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 38. Birleşim, s. 367.*

cenin bir yansıması olup, anılan kişilerin -*özellikle muhasebeci ve mali müşavirler bakımından*- tanık veya bilirkişi olarak sınıflandırılmamasının sebebi budur. Bu görüşümüzün gerekçesi de yine Bakanlık temsilcilerinin düzenlemeye ilişkin açıklamalarında yer almaktadır.<sup>124</sup>

Bakanlık temsilcisinin açıklamaları, düzenlemenin anlam ve amacının açıkça belirlenmesi gerektiği ve bu çerçevede muhasebecinin veya mali müşavirin vekâlet olarak mükellefin bulunmadığı hallerde onu temsil edemeyeceği yönünde çokça itiraza uğramış<sup>125</sup> ve neticede mevcut haliyle yasalaşmıştır. Tüm bu açıklamalarla birlikte kanun metninde yer alan “*de*” bağlacına nasıl bir anlam yüklemek gerektiği sorusunun cevabı da yine tutanaklar incelendiğinde görülmektedir ki bu bağlaç VUK m.3/B-2’de tanık olarak dinlenebilecek kişilerden ziyade mükellefin kendisine bir göndermede bulunmakta ve maddeye “*mükellef de dinlenir bu kişiler de dinlenir*” anlamı katmaktadır.<sup>126</sup>

Özetlemek gerekirse VUK mük. m.378 kanaatimizce yukarıda ifade edilen düşüncelerle ihdas edilmekle birlikte 1136 sayılı Avukatlık Kanunu<sup>127</sup> m.35<sup>128</sup> gereği, düşünüldüğü şekilde uygulanması mümkün olmamış ve vergi yargılamasında dinlenebilecek bu kişilerin sıfatlarının belirlenmesi zorunluluğu doğ-

<sup>124</sup> “... Vergi davalarında; «vatandaşın kendisi olmadığı takdirde avukatla temsil edilir» dediğimiz zaman, vergi de yargı meselesi de bir engizisyon haline gelir. Bunu da özellikle arz etmek istiyorum. Demek istediğim odur ki; vatandaşın kendisi bizzat mahkemede hakkını savunamayacak durumda ise, diğer genel mahkemelerde olduğu gibi; «hakkını mutlaka avukatla savunabilirsin» şeklinde bir müeyyideye bağlamak doğru değildir... Bu şekilde getirmeyi düşündüğümüz; «vatandaşın mahkemelerdeki vergi davalarında mutlaka avukatla temsil edilir müessesesinin» dünyada bir örneği daha yoktur. Bu, Türkiye’de de bizi büyük bir çıkmaza sürükleyecektir ve ortada 500 bin vergi davasını temsil ettirecek avukatımız da yoktur. Onun için benim buradaki arzım; vatandaşın mahkemede kendisi ‘bulunmadığı takdirde, orada kendisinin yerine vergi mahkemelerinde (eğer hâkim duruşmayı kabul etmiş ise) muhasebecisi veyahut bu işten anlayan birisini dinletebilmesidir... Bu nedenle biz, «mutlaka vergi mahkemelerinde vatandaş kendi meselesini savunmadığı takdirde avukatla temsil edilir» konusunu gayet tehlikeli bir müessese olarak görmekteyiz...” Bkz. Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, 128. Birleşim, s. 135-136. Bakan Kafaoglu da Milli Güvenlik Konseyi’nde yapılan toplantılarda Konsey Başkanının bir nevi şahit bu şekildeki yorumuna karşılık, “*Bu ne şahit, ne de ehlivukuf.*” cevabını vermiştir. Bkz. Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, 127. Birleşim, s. 96.

<sup>125</sup> İtirazlar için bkz. Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, 128. Birleşim, s. 137.

<sup>126</sup> Şöyle ki, dönemin Plan-Bütçe Komisyonu Başkanı, Konsey Başkanı tarafında kendisine yöneltilen; “*mükellefin kendisi dinlenmez mi kendisi için burada bir hüküm yok*” şeklindeki soruya “*Kendisi de dinlenir, bunlar da dinlenebilir.*” şeklinde cevap vererek “*de*” bağlacının VUK m.3/B-2’de tanık olarak dinlenebilecek kişilerden ziyade mükellefin kendisine bir göndermede bulunduğu işaret etmiştir. Bkz. Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, 127. Birleşim, s. 95.

<sup>127</sup> Kanunun yayımlandığı Resmi Gazete Tarih-Sayı: 07.04.1969-13168.

<sup>128</sup> “*Yalnız avukatların yapabileceği işler:*

*Madde 35 - Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir...*”

muştur. Mevzuatımızda başka örneklerine<sup>129</sup> de rastlanan ve duruşmada taraflar dışında başka kişilerin de dinlenebilmesine olanak sağlayan bu düzenlemeler kapsamında dinlenen kişilerin, tanık sıfatından ziyade<sup>130</sup> uyuşmazlık konusu hakkında sahip oldukları bilgiler dolayısıyla “uzman memur” veya konuya ilişkin “bilgi sahibi kişi” sıfatıyla dinlendiği ifade edilmektedir.<sup>131</sup>

Bütün bu nedenlerden ötürü düzenlemenin tanıklık kurumuna ilişkin bir düzenlemeden ziyade vergi yargılamasının doğasına özgü taraflara ve hakime yardımcı özel bir kurum oluşturma amacı taşıdığı görülmektedir. Bu nedenle VUK mük. m.378’in tanık dinlemeye yönelik bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz.

#### D. Vergi Yargısında ve İdari Yargıda Tanık Dinlemenin Gerekliliği Üzerine

İYUK’ta yazılı yargılama usulü ile birlikte uygulanan sözlü yargılama usulünün kendisinden beklenen faydayı sağlaması için tanık dinlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>132</sup> Öyle ki birçok durumda uyuşmazlığın temelini oluşturan maddi vakıaların aydınlatılması tanık beyanı ile olanaklı hale gelmektedir.<sup>133</sup>

<sup>129</sup> Benzer bir düzenleme 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (Resmî Gazete Tarih-Sayı: 02.11.2011-28103) m.4/6’da da yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca: “İdari davalarda; gerekli görülmesi halinde, idarede görevli bir personel, uzmanlığından faydalanılmak üzere idare vekili veya temsilcisi ile birlikte duruşmalara iştirak ettirilebilir.”.

<sup>130</sup> DOĞRUSÖZ, Ezhan: “Vergi Yargısında Duruşma”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 144, Eylül/2000, s. 156. Aksi yönde, KARAKOÇ, *Vergi Yargılaması Hukuku*, s. 264.

<sup>131</sup> YENİCE, Kazım / YÜKSEL Esin: *İdari Yargılama Usulü*, 1983, s. 535, (Aktaran: KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 435, 49. dipnot); TOPÇU, s. 318; SARICAOĞLU, Ercan: *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s. 348; “Burada dikkat edilecek husus vergi yargılamalarında bu kişilerin tanık sıfatıyla dinleniyor olmamalarıdır. Bu durum, olayın aydınlatılması noktasında delil serbestisi içinde, hakiminki gerekli gördüğü hallerde kanunun tanıdığı yetki çerçevesinde başvuru bir yoldur...”.

<sup>132</sup> KAPLAN, *Sözlülük Usulü ve Tanık*, s. 38; YASİN, s. 42. Bu ihtiyacın ortaya çıkardığı bir yöntem olarak, uygulamada tanık beyanının yazılı şekle dönüştürülerek dosyaya konulduğu görülmektedir. Tanığı mahkemeye çıkaramayan taraf, noter huzurunda dinletip noter tarafından tespit edilen yazılı beyanı ya da notere gitmeden tanığın beyan ve imzasını taşıyan belgeyi dosyaya intikal ettirebilmektedir. Bkz. KARAKOÇ, *Tanık Beyanı*, s. 475; BİYAN, *İspat*, s. 164; ERSÖZ, s. 40; ÇINARLI / AĞAR, s. 57; ŞENLEN, s. 589; ERGÜN, s. 82. Benzer bir şekilde mahkeme, vereceği bir ara kararla kolluk makamlarından, uyuşmazlığa yol açan maddi vakıalar hakkında bilgi sahibi olan kişilerin konu hakkındaki bilgilerinin tutanağa geçirilerek kendisine gönderilmesini de talep edebilmektedir. Bkz. KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 436. Bununla birlikte maddi olayın anlaşılmasında güçlük çekilen hallerde hakiminki vicdani kanaate ulaşmasında tanığı doğrudan doğruya dinlemesi gerekir. Bkz. KIRBAŞ, Sadık: *Vergi Hukuku*, 20 Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 219; HONDU, Selçuk: “İdari Yargılama Usulünde Tanık”, *1. Ulusal İdare Hukuku Danıştay Kongresi*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 268; ÖZBİLEN, Şevki: *Vergi Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 268; BİYAN, s. 166; Kaldı ki AY m.9’a göre yargı yetkisi bağımsız mahkemelerce kullanıldığından ve tanık dinlenmesi de yargısal bir faaliyet olduğundan taraflarca mahkeme dışı yollardan bu şekilde elde edilmeye çalışılan ve dosyaya intikali sağlanan ifadelerin *tanık ifadesi/beyanı* olarak ni-

Vergi yargılamasında tanık dinlemenin yasal bir düzenleme ile açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır.<sup>134</sup> Bu düzenleme, İYUK m.31 ile HMK'ya atf yapılan konular arasına *tanık* delilinin eklenmesi ile gerçekleşebileceği gibi<sup>135</sup>, İYUK m.31 başta olmak üzere mevcut idari yargılama usulü sistemimizde HMK'ya atf yapılan kurum ve uygulamaların gözden geçirilmesi<sup>136</sup> ve yeni baştan idari yargılama usulünün ilke ve esaslarına göre *-tanıklığa ilişkin kuralları da kapsayacak şekilde-* İYUK'ta özel olarak düzenlenmesi<sup>137</sup> ile de gerçekleşebilir.<sup>138</sup> Bu durum duruşmaların da daha etkin bir hale gelmesine katkı sağlayacaktır.<sup>139</sup> Yapılacak düzenlemelerde mahkemenin gerek gördüğü veya tarafların istemi üzerine mahkemenin uygun gördüğü durumlarda tanığın duruşmalarda dinlenebilmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Burada odak noktasının AY m.36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı olması gerekmektedir. Bu hakkın etkin kullanımının sağlanması için birçok ölçüt bulunmaktadır.<sup>140</sup> Kimi

telendirilemeyeceği de belirtilmektedir. Bkz. ASLAN ve diğerleri, s. 194; BİYAN, *İspat*, s. 164-165; GÜMÜŞKAYA, *Duruşma*, s. 37; IŞIKLAR, s. 81.

<sup>133</sup> KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKÇI, s. 510; KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 434; YILDIRIM, s. 762. BİYAN, *İspat*, s. 166. "Kişilerin özel hukuk ilişkileri çerçevesinde meydana gelen vergiyi doğuran olayın çoğu zaman tek ispat vasıtası tanık beyanı olabilmektedir. Özellikle ikrazatçılık ve daire alım-satımı gibi konularda gizlenen ekonomik gerçekliğin kavranmasında tanık beyanlarından yararlanılmaması düşünülemez." Bkz. KARAKOÇ, *Delil Sistemi*, s. 130. Birçok kişiye borç verdiği için bahisle ikrazatçılık faaliyeti yürüttüğü kabulüyle hakkında cezalı gelir vergisi tarh edilen bir kişinin, borç ilişkisinin akrabalık ve hatır ilişkilerine dayandığı, faiz geliri elde etmediği savunmasında, borç verdiği kişileri mahkeme huzurunda dinletmek istemesi bu duruma örnektir, bkz. HONDU, ss. 265-266. Danıştay kararlarına konu olmuş çeşitli vergilendirme işlemleri üzerinden vergi yargılamasında tanık beyanının önemini vurgulayan detaylı bir çalışma için bkz. UZUN, s. 233 vd. İdari yargıda tanık delilinin gerekliliği üzerine ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ERSÖZ, s. 40 vd.

<sup>134</sup> Aynı yönde bkz. SANCAKDAR, Oğuz: "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", *Danıştay ve İdari Yargılama Günü 144. Yıl Sempozyumu*, (Ed.) SANCAKDAR, Oğuz, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2012, s. 94, dipnot 49; DOĞRUSÖZ Ezhan, s. 156; BİYAN, *İspat*, s. 166; ŞENLEN, s. 590; CENAN, s. 151; ÇINARLI / AĞAR, s. 59; IŞIKLAR, s. 81.

<sup>135</sup> BİYAN, *İspat*, s. 166.

<sup>136</sup> ERSÖZ, s. 40.

<sup>137</sup> Aynı yönde, bağımsız bir idari yargıdan söz ediliyorsa, idari yargı alanında ispat ve delil hususlarının idari yargının da özellikleri dikkate alınarak İYUK'ta yeniden düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. ŞENLEN, s. 590. İYUK m.31'in bu haliyle idari yargılama usulünün özgünlük ve bağımsızlığını zedelediği ve idari yargılama usulüne medeni yargılama usulünün özel bir türü kimliği verdiği ifade edilmektedir. Bkz. DURAN, Lütfi: "İdari Yargı Adilleşti", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1-3, s. 66.

<sup>138</sup> HONDU s. 293.

<sup>139</sup> 521 sayılı Kanun döneminde idari yargının ülke çapında örgütlenmemesinin sonucu olarak Danıştay'ın iş yoğunluğu ve mahkemeye erişim zorluğu nedenlerinin tanık dinlenilmesine engel oluşturduğu ancak günümüzde böyle bir zorluktan bahsedilemeyeceği yönünde bkz. HONDU, s. 267.

<sup>140</sup> Adil yargılanma hakkı, "adli mekanizmanın işleyiş ve organizasyonunda bireye bir dizi usulî güvence sağlayan bir haklar bloku" şeklinde tanımlanmakta ve usul hukukuna ilişkin koruma mekanizmaları içeren bu düzenleme bir "adalet standardı" oluşturmaktadır. Bkz. YALTI, Billur: *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 80 vd.

zaman bu ölçütler birbirine denk düşmekte kimi zamansa birbiriyle çatışmakta ve yarışmaktadır. Tanık dinleme konusu ele alındığında, yargılama sürecinin hızlı yürümesi<sup>141</sup> ile tarafların iddia ve savunmalarını doğrudan doğruya hakime iletebilmesi birbiriyle yarışacak olan iki esası oluşturmaktadır. Bazı durumlarda hakimin konu ile ilgili olarak tanıkları dinlemesi, hak arama özgürlüğünü daha etkin bir şekilde kullanılması için gerekli olabilmektedir. Ayrıca duruşmalarda tanığın dinleneceği durumlarda tarafların daha hazırlıklı olma zorunluluğu, muhakemeye katkı sunabilecektir.<sup>142</sup>

Özetlemek gerekirse vergi yargısında ve onun içinde bulunduğu idari yargıda re'sen araştırma ilkesi uyarınca gerekli durumlarda -*VUK m.3/B-2 ile sınırlı kalmaksızın*- tanık dinlenebileceğini, ancak tereddütleri gidermek adına yasal bir düzenleme yapılmasının faydalı olacağını düşünmekteyiz.

<sup>141</sup> Tanık dinlenmesi, geçmişe nazaran günümüz imkanlarında kolaylıkla ve gecikmeden gerçekleştirilebilir, bkz. HONDU, s. 267.

<sup>142</sup> HONDU, s. 267.



**KAYNAKÇA**

- AKBABA, Ahmet, “Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 2, s. 435-463.
- AKINCI, Müslüm, “İdari Yargıda Duruşma”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Eylül/2010, Cilt 5, Sayı 49, s. 127-143.
- AKKAYA, Mustafa: *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- AKKAYA, Mustafa: “Vergi Yargısında Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi”, *Danıştay ve İdari Yargılama Günü 144. Yıl Sempozyumu*, (Ed.) Oğuz SANCAKDAR, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2012, s. 179-184.
- ASLAN, Zehreddin / BARLAS, İrfan / BERK, Kahraman / ARAT, Nilay / SAYHAN, Şebnem / BARDAKÇI, Mehmet Akif / GÜMÜŞKAYA, Gamze / KAĞITCIOĞLU, Mutlu / ALTINDAĞ, Halil: *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (Ed.) Zehreddin ASLAN, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim: *Medeni Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ATAY, Ender Ethem: *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: *Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- BİYAN, Özgür: *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2020.
- BİYAN, Özgür: *Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- CANDAN, Turgut: *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara, 2017.
- CANYAŞ, Oytun, “İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Arasındaki Çatışmaların Klasik Yöntemle Çözümü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 110, 2014, s. 189-218.
- CENAN, Eren: *İdari Yargıda Hakkaniyete Uygun Yargılanma İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

- CEYLAN, Mahmut, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2018, s. 325-341.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003, s. 195-206.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdari Yargılama Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÇINARLI, Serkan / AĞAR, Baykal, “İdari Yargıda Duruşmaların Verimliliği Sorunu”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Temmuz/2016, s. 45-65.
- DOĞRUSÖZ, Bumin, “Duruşmanın Önemi”, *Dünya Gazetesi*, 26 Nisan 2016.
- DOĞRUSÖZ, Ezhan, “Vergi Yargısında Duruşma”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 144, Eylül/2000, s. 147-161.
- DURAN, Lütfi, “İdari Yargı Adlileşti”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1-3, 1982, s. 53-83.
- ERGÜN, Çağdaş Evrim, “Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 2, Aralık/2006, s. 64-89.
- ERSÖZ, Kürşat, “İdari Yargılama Usulünde Tanıklık”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, Haziran/2015, s. 31-48.
- GÜMÜŞKAYA, Gamze: *Vergi Hukukunda İspat*, İstanbul Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2015.
- GÜMÜŞKAYA, Gamze, “Türk Vergi Yargılaması Hukuku’nda Duruşma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 66, Sayı 2, 2008, s. 15-48.
- GÜNEŞ, Gülsen, “Vergi Hukukunda Deliller”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 51, Sayı 1-4, 1985, s. 475-494.
- HONDU, Selçuk: “İdari Yargılama Usulünde Tanık”, *1. Ulusal İdare Hukuku Danıştay Kongresi*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991, s. 263-268.
- IŞIKLAR, Celal, “İdari Yargıda Duruşma”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, Ocak/2011, s. 45-100.

- KALABALIK, Halil: *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI, Mahmut: *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KAPLAN, Gürsel: *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- KAPLAN, Gürsel, “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 13, Sayı 1, s. 33-46.
- KARAÇOBAN GÜNEŞ, Tuğçe: *Vergi Usul Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KARAKOÇ, Yusuf: *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, 3. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.
- KARAKOÇ, Yusuf: *Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılaması Hukuku)*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KARAKOÇ, Yusuf, “Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanının Delil Olması”, *Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997, s. 455-493.
- KARATAŞ DURMUŞ, Neslihan, “Vergi Hukukunda İspat ve Delil”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 3-4, s. 505-528.
- KIRBAŞ, Sadık: *Vergi Hukuku*, 20. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.
- KURU, Baki: *Medeni Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- OKTAR, Ateş: *Vergi Hukuku*, 14. Bası, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2019.
- ORAL, Hasan, “Vergi Yargılaması Hukukunda Tanık Beyanı (Türkiye Uygulamasının Avrupa Yaklaşımı Işığında Değerlendirilmesi)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 147, 2020, s. 75-109.
- ORTAÇ, Fevzi Rifat / ÜNSAL, Hilmi: *Genel Vergi Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenker: *Vergi Hukuku*, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- ÖNER, Erdoğan: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÖZBİLEN, Şevki: *Vergi Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- SABAN, Nihal: *Vergi Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- SANCAKDAR, Oğuz: “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, *Danıştay ve İdari Yargılama Günü 144. Yıl Sempozyumu*, (Ed.) Oğuz SANCAKDAR, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2012, s. 13-96.
- SARICAOĞLU, Ercan: *Türk Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat*, Adalet Yayınları, Ankara, 2017.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 10. Baskı, Ankara, 2020.
- ŞENLEN, Süheyla, “İdari Yargılama Usulü’nde İsbat ve Delil”, *Argumentum*, Sayı 33, s. 586-593.
- ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2020.
- TAŞKAN, Yusuf Ziya: *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- TOPÇU, Kader Melis: *Vergi Hukuku Özelinde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- UZUN, Mine, “Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 63, Sayı 1, s. 219-245.
- YALTI, Billur, “İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 225, 2007, s. 7-20.
- YALTI, Billur: *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- YALTI, Billur, “Vergi Hukukunda Susma Hakkı, (VUK 359)(a),(2)’nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 285, Mayıs/2005. (<https://www.vergidunyasi.com.tr/arsiv/makaleler/vergi-hukukunda-susma-hakki-vuk-359-a-2-nin-anayasaya-aykirligi-sorunu-3576>, Erişim Tarihi: 12.11.2020).
- YASİN, Melikşah: *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2015.

YAVUZDOĞAN, Seçkin: *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi*, İstanbul Üniversitesi SBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2007.

YENİCE, Kazım / YÜKSEL, Esin: *İdari Yargılama Usulü*, 1983.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: *İdare Hukuku*, (Ed.) Turan YILDIRIM, 7. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018.



## Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk<sup>(\*)</sup>

### The Law Applicable on the Merits of the International Arbitration Agreement

Gülser Banu USLU<sup>(\*\*)</sup>

#### Öz

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk öncelikle tarafların seçmiş oldukları hukuka tabidir. Ancak uygulamada genel olarak tahkim anlaşmasının ayrı bir anlaşma olarak değil, temel sözleşmenin içerisine konulan bir tahkim şartı ile yapıldığı görülmektedir. Taraflarca çoğu zaman temel sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenmesine rağmen, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemektedir. Tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlememiş olması durumunda ise tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası gündeme geldiğinde hangi hukuka göre tespit yapılacağı konusunda mahkemeler ve hakem heyetleri tarafından farklı kararlar verildiği görülmektedir.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması durumunda temel sözleşmeye uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku, ulusal ülke hukukları, milletlerarası teamüller ve milletlerarası düzeyde kabul gören prensiplere göre bir belirleme yapılmaktadır. Bu durumda uygulamada genel olarak tahkim yeri hukukunun uygulandığı görülmektedir. Bunun dışında temel sözleşmeye uygulanan hukukun, tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiğine yönelik uygulamalar da mevcuttur. Ancak uluslararası tahkim anlaşmalarına uygulanabilen hukuk seçimi kuralları birçok eksikliğe sahiptir ve bu sebeple keyfi sonuçlara neden olmaktadır. Daha güçlü bir hukuk seçimi politikası için tarafların uluslararası tahkim anlaşması yapma niyetlerini esas alan bir geçerlilik ilkesi ve ayrımcılık yapmama kuralı son zamanlarda mahkemeler tarafından esas alınan diğer yaklaşımlardır.

#### Anahtar Kelimeler

Tahkim Anlaşması, Esasa Uygulanacak Hukuk, Tahkim Yeri, Temel Sözleşme, Bağımsızlık Prensibi, Geçerlilik İlkesi, Ayrımcılık Yapmama Kuralı.

#### Abstract

The law applicable on the merits of the arbitration agreement is primarily subject to the law which is chosen by the parties. However, in practice, the arbitration agreement is generally just an arbitration clause included in the contracts, not drafted as a completely separate agreement. Although the parties often determine the law to be applied to the main contract, the law appli-

(\*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 21.12.2020, Makalenin Kabul Tarihi: 20.01.2021.

(\*\*) Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,

E-mail: gbuslu@anadolu.edu.tr,

Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0001-9611-7868>.



cable to the arbitration agreement is not typically determined by the parties. If the parties have not determined the law to be applied to the merits of the arbitration agreement and the issue of invalidity of the arbitration agreement comes to the agenda, in this case, different decisions have been taken by courts or the arbitral tribunals.

In the case of the parties have not determined the law to be applied to the arbitration agreement; the determination will be made according to the law applicable to the main contract, the seat of arbitration, international laws, international customs, and internationally accepted principles. The law of the seat of arbitration often applies to the arbitration agreement. There are also decisions that apply the law of the main contract to the arbitration agreement. However, the rules of choosing law that is applicable to international arbitration agreements have many shortcomings and therefore cause an arbitrary result. For a stronger choice of law policy, a validation principle based on the parties' intention to conclude an international arbitration agreement and a non-discrimination rule are other approaches recently taken by the courts.

### Keywords

Arbitration Agreement, The Law on the Merits, The Seat of Arbitration, The Main Contract, The Principle of Independence, The Validation Principle, The Non-discrimination Principle.

## I. GİRİŞ

Milletlerarası ticaret ilişkilerinin gün geçtikçe çoğalması ile bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün hangi merci tarafından sağlanacağı konusunun önem kazandığı görülmektedir. Zira milletlerarası karakterli uyuşmazlıklarda hukuki uyuşmazlığın çözümünde ulaşılabilecek sonuç, uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağına ve uyuşmazlığın hangi merci tarafından çözümlendiğine göre değişiklik arz edecektir.<sup>1</sup> Milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası bir mahkeme bulunmadığından taraflar ya devlet yargısına başvuracak ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuracaktır.<sup>2</sup> Milletlerarası ticaret uygulamalarına bakıldığında bağlayıcı etki, icra edilebilirlik, tarafsızlık, bağımsızlık, hız, uzmanlık gibi kıstaslar bakımından hukuki riskleri en az seviyede tutan uyuşmazlık çözüm yönteminin tahkim olduğu görülmektedir.<sup>3</sup> Bu durum da taraflarca milletlerarası karakterli ticari uyuşmazlıklarda yaygın olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından tahkimin tercih edilmesine sebep olmaktadır.

Yargı devletin bir fonksiyonu olup, bu görev devlet tarafından kurulmuş mahkemelerce yerine getirilmektedir. Ancak maddi hukukta taraflara sağlanan

<sup>1</sup> AKINCI, Ziya: "Türkiye'de Milletlerarası Tahkim", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 2005, Sayfa: 13-24, s. 13.

<sup>2</sup> ÖZÇELİK, Nesli Şen: "Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği", *MHB*, Yıl 36, S. 2, Sayfa: 53-81, s. 55.

<sup>3</sup> AKINCI, "Türkiye'de Milletlerarası Tahkim", s. 13; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 612.



irade serbestisinin usul hukukunda uygulanması sonucunda taraflar, mahkemelere verilmiş bu yargı yetkisini aralarında yapacakları bir sözleşme ile özel kişilere verebilmektedir.<sup>4</sup> Bu şekilde taraflar özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarını tahkime götürmeye karar verdiğinde bu uyuşmazlıkların ulusal bir mahkeme tarafından karara bağlanması hakkından vazgeçerek uyuşmazlıkları hakkında karar vermek için deneyimine, bilgisine ve kararlarına güvendikleri ve kendilerine hakem denilen kişileri yetkilendirebilmektedirler.<sup>5</sup>

Uyuşmazlığın çözümünde tahkim yoluna gidilebilmesi için taraflarca geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış olması bir gerekliliktir. Taraflarca yapılmış bulunan tahkim anlaşmasının geçersiz olması halinde hakemlerce verilen kararların iptal edilmesi veya tenfiz engeliyle karşılaşması gibi hakem kararlarının icrasını engelleyici sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir durumda ise tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusu, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Ancak tahkim anlaşmasının şekline ve ehliyete ilişkin hususların aksine tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda bir netlik bulunmadığından esasa uygulanacak hukukun tespitiinde doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur.

Bu bağlamda çalışmada öncelikle tahkim anlaşması ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi incelenecek ve sonrasında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk incelenecektir. Son olarak da tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin tespitinde dikkate alınan yaklaşımlar ve uyuşmazlığın bulunduğu aşamaya göre, tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesi konusu üzerinde durulacaktır.

## II. TAHKİM ANLAŞMASI

Aşağıda öncelikle genel olarak tahkim anlaşmasının nasıl bir sözleşme olduğu üzerinde durulduktan sonra tahkim anlaşması ve temel sözleşmenin akıbetlerinin birbirine bağlı olmadığını öngören tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi üzerinde durulacaktır.

### A. Genel Olarak

Tarafları veya konusu bakımından yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıkların, taraflarca tahkim anlaşması yapılarak uyuşmazlığın çözümünde hakemlerin

<sup>4</sup> EKŞİ, Nuray: *Millîterarası Ticaret Hukuku*, 2. Bası, Beta, 2015, s. 160.

<sup>5</sup> MOSES, Margaret L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Edition, Cambridge University Press, 2017, s. 20; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 4. Bası, Ankara, Yetkin, 2016, s. 647; ÖZÇELİK, s. 56.



yetkilendirilmesine milletlerarası tahkim denir.<sup>6</sup> Milletlerarası tahkim yoluna gidilebilmesi için tahkim anlaşmasının yapılmış olması bir zorunluluk olduğundan tahkim anlaşmasının tahkimin temeli olduğu söylenebilir.

Tahkim anlaşması, henüz uyuşmazlık doğmadan veya doğmuş olan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğinin taraflarca kararlaştırılması olarak ifade edilebilir<sup>7</sup>. Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)<sup>8</sup> m.4/1’de de “*tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünü veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma*” şeklinde tanımlanmış ve bu tanım yapılırken de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10.06.1958 Tarihli New York Sözleşmesi<sup>9</sup>’nin II(1) maddesinde yer alan “*Âkit devletlerden her biri, tarafların akte dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.*” hükmü dikkate alınmıştır. Ayrıca MTK m.4/1’de düzenlenmiş olduğu üzere tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık mutlaka sözleşmeden kaynaklı olmak zorunda değildir. Bu nedenle tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışındaki hukuki ilişkilerden de kaynaklanabilecektir.<sup>10</sup>

Geçerli bir tahkimin varlığı için tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekmektedir. Zira tahkim, hareket noktasını tarafların irade serbestisi prensibinden almaktadır.<sup>11</sup> Geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulamamış olması hakem kararlarının iptali davası açılmasına, tanıma ve tenfiz davalarında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi gibi sonuçlara neden olabilir.<sup>12</sup> Tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulup kurulmadığının tespitinde ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk önem arz etmektedir.

<sup>6</sup> EKŞİ; s. 162; YENER KESKİN, Cansu: *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Yetkisi*, Onikilevha, İstanbul, 2017, s. 6.

<sup>7</sup> BUCHER, Eugen: “Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit In Der Schweiz”, (Çev. Vedat Buz) *BATIDER*, C. XVII, S. 2, 1993, Sayfa: 1-22, s. 16; İLHAN, Hüseyin Afşin: *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 6.

<sup>8</sup> R.G. 05.07.2001 tarihli S. 24453, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu.

<sup>9</sup> R.G. 25.09.1991, S. 21002, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21002.pdf>, E.T.: 02.11.2020.

<sup>10</sup> EKŞİ, s. 160-161; İNANÇ, Adnan: “Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 91, Sayı: 5, Sayfa: 203-212, s. 204; YENER KESKİN, s. 13.

<sup>11</sup> ÖZÇELİK, s. 56.

<sup>12</sup> ERDEM, H. Ercüment: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Onikilevha, 1. Baskı, 2017, s. 530.

## B. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi

Tahkim anlaşması, taraflar arasındaki temel sözleşmeden bağımsız olarak ayrı bir sözleşme şeklinde düzenlenebileceği gibi, esas sözleşme içerisine konulacak bir tahkim şartı ile de düzenlenebilir.<sup>13</sup> Bu husus MTK m.4/1’de “*Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.*” denilmek suretiyle de açıkça düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmasının ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiği durumlarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin temel sözleşmenin geçerliliği şartına bağlanamayacağı, yani tahkim anlaşmasının maddi ve şekli anlamda geçerliliğinin temel sözleşmeden bağımsız olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.<sup>14</sup> Tahkim anlaşmasının temel sözleşme içerisinde yer alan bir tahkim şartı şeklinde yapıldığı durumlarda ise temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşması için de geçerli olup olmadığı konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır.<sup>15</sup> Her ne kadar tahkim şartı temel sözleşme içerisinde yer alsada bu iki sözleşmenin mahiyetleri birbirinden farklıdır. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi dolayısıyla tahkim anlaşması temel sözleşmeden ayrıdır ve geçerliliği konusunda tespit yapılırken de ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>16</sup> Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiğinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin birbirlerine yönelttikleri irade beyanları ile temel sözleşmeyi kurmak amacıyla birbirlerine yönelttikleri irade beyanları birbirinden farklıdır.<sup>17</sup>

Bağımsızlık prensibi, tahkim şartının mevcudiyetinin, geçerliliğinin ve etkililiğinin temel sözleşmenin varlığı, geçerliliği ve etkililiğinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelir.<sup>18</sup> Bu nedenle tahkim anlaşmasının yer aldığı temel sözleşme geçersiz olsa bile tahkim anlaşmasının geçerliliği bu durumdan etkilenmez ve uyuşmazlığa karar vermek üzere hakemlerin yetkisi

<sup>13</sup> AKINCI, Ziya: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 13-24, s. 21; ERKAN, Mustafa: “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, *GÜHFD*, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, Sayfa: 535-562, s. 537; DEREN YILDIRIM, Nevhis: *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 51; NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN, Günseli: *Milletlerarası Tahkim*, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s. 14.

<sup>14</sup> ERKAN, s. 537.

<sup>15</sup> IŞIK, Fatih: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2015, s. 77; YÖNEY, Can: “Viyana Satım Sözleşmesi’nin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanabilirliği”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, Temmuz 2019, Sayfa: 745-781 s. 761.

<sup>16</sup> BUCHER, s. 17; GÜLERCİ, Altan Fahri: *Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi (MTK m.4)*, Kocatepe Akademi Yayınları, Afyonkarahisar, 2014, s. 109; İLHAN, s. 12; ÖZEL, Sibel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul, 2008, s. 62; YENER KESKİN, s. 86.

<sup>17</sup> İLHAN, s. 13; NAZZINI, s. 1.

<sup>18</sup> NAZZINI, s. 3.



devam eder.<sup>19</sup> MTK m.4/4'e göre "Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz." şeklinde bir düzenleme bulunduğundan, Türk hukukunda da tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı prensibinin kabul edildiği açıktır. Kural olarak tahkim anlaşması ve temel sözleşme birbirinden bağımsız olmasına rağmen temel sözleşmenin geçerliliğini etkileyen irade sakatlıkları, ehliyetsizlik, muvazaa gibi durumların tahkim anlaşmasını da etkiler nitelikte olması halinde tahkim anlaşmasının geçerliliği de temel sözleşmenin geçerliliğinden etkilenebilir.<sup>20</sup>

Tahkim anlaşması ve temel sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğu düşüncesinin bir sonucu da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı kıstaslara tabi olması gerektiğidir. Tahkim anlaşmasının bağımsız olması, temel sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına farklı bir hukuk uygulanabilmesine imkanı sağlamaktadır.<sup>21</sup> Bu prensibe göre, temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk ile tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuk aynı temele dayanmamaktadır.<sup>22</sup> Bu nedenle her iki sözleşmeye de uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespiti gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olduğunun kabulünde temel sözleşmenin tabi olduğu hukuk otomatik olarak tahkim sözleşmesi için de söz konusu olmayacaktır.<sup>23</sup> New York Sözleşmesi m.V/I(a)'nın da lafzından temel sözleşmeye uygulanacak olan hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmasının kabul edilmediği, bu nedenle de tahkim şartına uygulanacak hukuk ayrıca belirtilmediği durumlarda bu şartın tahkim yeri hukukuna tabi olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>24</sup>

Yukarıda bahsedilen tüm bu sebeplerden dolayı tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tespit edilirken doğrudan temel sözleşmeye uygulanacak hukuk esas alınamayacağından, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ayrıca tespiti gerekmektedir.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 113; KALPSÜZ, s. 133; MOSES, s. 21.

<sup>20</sup> GÜLERCİ, s. 106; IŞIK, s. 79.

<sup>21</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>22</sup> ESEN, Emre: "Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi*, İstanbul, 2008, s. 73.

<sup>23</sup> ÖZEL, s. 79.

<sup>24</sup> IŞIK, s. 88.

<sup>25</sup> ÖZEL, s. 79.

### III. TAHKİM ANLAŞMASINA UYGULANACAK HUKUK

Aşağıda öncelikle genel olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk üzerinde durulacak olup, sonrasında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ve bağımsızlık prensibi de dikkate alındığında tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tespit edilirken esas alınabilecek yaklaşımlara değinilecektir.

#### A. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tahkim anlaşmasının geçersizliği, tahkim anlaşmasının şekli, tahkim anlaşmasının esası, ehliyetsizlik ve tahkime elverişlilik gibi konulara ilişkin uyumsuzluklarda önem taşıyacaktır.<sup>26</sup> Yabancı-lık unsuru içeren tahkim anlaşmalarında, tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığı, tarafların tahkim iradelerini geçerli bir şekilde ifade edip etmediği, tahkim anlaşmasının yorumlanması gibi konularda da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun esas alınması gerekmektedir.<sup>27</sup>

Türk hukuku bakımından tahkim anlaşmasının şekline uygulanacak hukuk MTK m.4/2’de açık olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağı kabul edilmiş olup, bu yazılı şekilden kasıt ise adi yazılı şekildir.<sup>28</sup> Ancak bu maddeye göre, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir.<sup>29</sup> İlgili maddede tahkim anlaşmasının yazılı şekil tarifi yapılmış olduğundan bu konuda herhangi bir kanunlar ihtilafı problemi bulunmamaktadır.<sup>30</sup> Ayrıca bu düzenleme gereğince tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olması için tarafların imzasının bulunması bir zorunluluk teşkil etmemektedir.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>27</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere De Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, Ocak, 2017, Sayfa: 510-534, s. 518.

<sup>28</sup> NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN, s. 14; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FIGANMEŞE, s. 655-656.

<sup>29</sup> AKINCI, s. 115; ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 532; EKŞİ, s. 161.

<sup>30</sup> ESEN, Emre: “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, C. 28, S. 1-2, 2008, Sayfa: 65-114, s. 105.

<sup>31</sup> ESEN, “Tahkim Anlaşmalarının Şekli” s. 105.



Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ise MTK m.4/3'te "Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir." şeklinde düzenlenmiştir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuk, tarafların temel sözleşmeleri için seçtikleri hukuktan farklıdır. Bu şekilde tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olduğunun kabulü, temel sözleşme için yapılan hukuk seçiminin tahkim anlaşması için de geçerli olduğu varsayımına engel olmaktadır.<sup>32</sup>

Uygulamaya bakıldığında tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku nadir olarak belirlediği, genel olarak tarafların yalnızca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlediği görülmektedir.<sup>33</sup> Ancak her zaman tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk ile uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk aynı olmayabilir. New York Sözleşmesi'ne göre de esas uyuşmazlığa uygulanmak üzere kararlaştırılan hukuk ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk aynı olmak zorunda değildir.<sup>34</sup> Bu sebeplerle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ileri sürüldüğünde öncelikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekecektir.<sup>35</sup> Böyle bir durum söz konusu olduğunda MTK m.4/3'ten hareketle, tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasının geçerliliği, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere aralarında bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda Türk hukukuna göre belirlenecektir. Bu durumda Türk hukukuna göre bir belirleme yapılırken Türk hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları değil, maddi hukuk kuralları uygulanacaktır.<sup>36</sup>

## B. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının taraflar arasında bağlayıcı bir nitelikte mevcut olup olmadığı, yani tahkim anlaşmasının esastan geçerli olup olmadığı milletlerarası tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka bakılarak tespit edilmekte-

<sup>32</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 518.

<sup>33</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545; NAZZINI, Renato: The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 65, Issue 03, 2016, p. 681-703, King'sResearchPortal, s. 1; [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/54329181/Law\\_Applicable\\_to\\_the\\_Arbitration\\_Agreement\\_Towards\\_Transnational\\_Principles.pdf](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/54329181/Law_Applicable_to_the_Arbitration_Agreement_Towards_Transnational_Principles.pdf), (E.T: 16.12.2020); ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 518.

<sup>34</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>35</sup> ERDEM, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>36</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 112; ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara, 2004, s. 205; GÜLERCI, s. 109; KALPSÜZ, Turgut: *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 132.

dir.<sup>37</sup> Tahkim anlaşmasının irade sakatlıklarının varlığı halinde veya genel sözleşmeler hukuku prensiplerine göre kesin hükümsüzlük hallerine dayanarak geçersiz olduğu iddiası durumunda tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı yine bu kapsamda tespit edileceğinden, tahkim anlaşması hazırlanırken ilgili hükümlerin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukla uyumlu olup olmadığına dikkat edilmelidir.<sup>38</sup> Tüm bunların dışında esasa uygulanacak hukuka göre değerlendirilecek diğer durumlar ise tahkim anlaşmasının taraflarının kimler olduğu, tahkim anlaşmasının hangi uyuşmazlıkları kapsadığı, tahkim anlaşmasının ifası, temliki, devri ve sona ermesine ilişkin hususlardır.<sup>39</sup>

New York sözleşmesi V(1)(a) maddesinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği, tarafların bir seçim yapmamış olması durumunda ise hakem kararının verildiği yer ülkesi hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.<sup>40</sup> Duruma MTK açısından bakacak olursak bu kanuna göre, taraflar tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin bir hukuk seçimi yapmışlar ise öncelikle bu hukuk uygulanacak olup, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda ise tahkim anlaşmasının maddi açıdan geçerli olup olmadığı Türk hukukuna göre tespit edilecektir.<sup>41</sup>

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun yukarıda da belirtildiği üzere sözleşmenin tarafları arasında açıkça belirlenmiş olması durumunda bir problem bulunmamakla birlikte tarafların seçtikleri hukuka göre tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilecektir. Burada problem sözleşmenin taraflarının tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku tespit etmemeleri durumunda söz konusu olmaktadır. Türk hukukunda MTK'daki düzenleme gereği taraflar arasında bir hukuk seçimi bulunmadığı durumlarda sözleşmenin geçerliliği Türk hukukuna göre tespit edileceği açıktır.<sup>42</sup> Ancak MTK'da yabancı bir ülkede tahkimi öngören bir anlaşma bulunmasına rağmen taraflardan birinin Türk mahkemelerinde dava açmış olması durumunda tahkim şartı veya anlaşmasının geçerli olup olmaması konusunda hangi hukuka göre tespit yapacağı konusunda

<sup>37</sup> ÖZEL, s. 79; YENER KESKİN, s. 104.

<sup>38</sup> ÖZEL, s. 79; SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: "Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan II, *DE-ÜHFD*, C. 16, Özel Sayı 2014, İzmir, 2015, Sayfa: 2015-2061, s. 2027; TEKİN, Selin Ece: *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk*, Onikilevha, İstanbul, 2019; YENER KESKİN, s. 104.

<sup>39</sup> ÖZEL, s. 79; YENER KESKİN, s. 104; YÖNEY, s. 753.

<sup>40</sup> AKINCI, Ziya: "Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi", Ankara, 1994, s. 119; SARIÖZ BÜYÜKALP: "Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", s. 2028.

<sup>41</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 557.

<sup>42</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 112.

bir netlik bulunmamaktadır.<sup>43</sup> Uygulamada taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapılmamış olması durumunda hakemler ve mahkemeler tarafından farklı yaklaşımlar esas alınarak bir belirleme yapılmaktadır.

### 1. Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk Tespit Edilirken Esas Alınabilecek Yaklaşımlar

Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak olan hukuk hakemler tarafından belirli ölçütler çerçevesinde belirlenmektedir. Bu ölçütlerin başında sözleşmenin esasına uygulanan hukuk ve tahkim yeri hukuku gelmekte olup,<sup>44</sup> bahsi geçen ölçütlerin belirlenmesinde tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi de dikkate alınmaktadır.

#### a. Temel Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Bu yaklaşıma göre, temel sözleşme içerisinde düzenlenen tahkim şartında veya ayrı olarak düzenlenmiş olan tahkim anlaşmasında, tarafların açıkça tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemiş olmaları durumunda, tarafların seçmiş oldukları hukuk tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacaktır. Yukarıda da değinilmiş olduğu üzere çoğu zaman taraflar temel sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmalarına rağmen temel sözleşme içerisinde tahkim şartı olarak yer verdikleri tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku ayrıca belirlememektedir. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi gereği temel sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşması için de geçerli olduğunu söylemek tam olarak doğru olmayacaktır. Ancak bu durum tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun her zaman temel sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olması sonucunu da doğurmamaktadır.

Bu yaklaşımda tarafların temel sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmaları fakat tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku ayrıca seçmemiş olmaları durumunda bu hukukun sadece temel sözleşme için öngörülmediği, aksi açıkça öngörülmedikçe belirlenmiş olan bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacağı kabul edilmektedir.<sup>45</sup> Bu yaklaşımın temelinde tahkim anlaşmasına, tarafların seçmemiş oldukları bir hukukun uygulanmasındansa temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçmiş oldukları bir hukukun uygulanmasının daha uygun olduğu ve tahkim şartının da diğer maddeler gibi sözleşmenin bir parçası

<sup>43</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 658.

<sup>44</sup> ERDEM, *Millîterarası Ticaret Hukuku*, s. 545.

<sup>45</sup> IŞIK, s. 84; KENAR, Hasibe Gülşah: "Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 90, S. 3, 2016, Sayfa: 181-192, s. 189, ÖZEL, s. 84; TEKİN, s. 113.



olduğundan sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tahkim şartına da uygulanması gerektiği gibi bir takım düşünceler yer almaktadır.<sup>46</sup> Ayrıca bu görüşe göre, temel sözleşme açısından taraflarca yapılan geçerli bir hukuk seçimi, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda da tarafların niyetinin güçlü bir göstergesidir.<sup>47</sup>

Buna bağlı olarak da bazı hakem heyetleri ve mahkemeler tahkim şartının geçerliliğinin belirlenmesinde temel sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.<sup>48</sup> Örneğin, bir ICC kararında hakem heyeti “esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçiminin, belirli bir hükmün yokluğunda tahkim şartının durumunu zımnen yönettiği genel olarak kabul edilmektedir.” demiştir.<sup>49</sup> Her iki sözleşme için de aynı hukukun geçerli olmasının mantıklı olduğu çünkü aksi takdirde farklı zamanaşımı sürelerine tabi olmaları gibi bir takım zorlukların ortaya çıkabileceği söylenmektedir.<sup>50</sup>

Ancak bu yaklaşım en büyük eleştirisi tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle taraflarca temel sözleşmeye için belirlenmiş olan hukukun tahkim anlaşması için de uygulanamayacak olmasıdır. Kanaatimizce de tahkim anlaşmasının temel sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle taraflarca temel sözleşme için belirlenen hukukun, tahkim anlaşmasına da uygulanması uygun olmayacaktır. Ayrıca bu iki sözleşme nitelikleri ve amaçları bakımından da birbirlerinden farklı sözleşmelerdir. Zira tahkim anlaşması uyuşmazlığın çözüm usulü ile ilgili bir sözleşme iken, temel sözleşme uyuşmazlığın maddi açıdan çözümü ile ilgilidir. Temel sözleşme için taraflarca seçilen hukukun tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak nitelikte olması durumunda otomatik olarak bu hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması tarafların tahkime gitme iradeleri ile de uyuşmayacağından bu yaklaşımı benimsemek doğru olmayacaktır.

#### b. Tahkim Yeri Hukuku

Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun belli olmaması durumunda uygulanacak hukuk belirlenirken dikkate alınacak bir diğer ölçüt ise tahkim yeri hukukudur. Model Kanun m.36/1'e göre taraflara arasında bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hu-

<sup>46</sup> ERDEM, H. Ercüment, “Tahkim Anlaşması”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul, 2017, Sayfa: 242-273, s. 262; IŞIK, s. 84; TEKİN, s. 113.

<sup>47</sup> NAZZINI, s. 6.

<sup>48</sup> MOSES, s. 76.

<sup>49</sup> ICC Award in Case No. 2626, MOSES, s. 76.

<sup>50</sup> MOSES, s. 76.



kuku uyarınca belirleneceği düzenlenmiştir.<sup>51</sup> New York Sözleşmesi m.V/1(a)'da da tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tarafların bir hukuk seçimi yapmadığı halde kararın verildiği yer hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.<sup>52</sup> Bunların dışında tahkim anlaşması ile en yakın ilişkili yer hukukunun da tahkim yeri hukuku olduğu ileri sürülmekte olup, bunun temelinde ise tahkim anlaşmasını geçerli tutmak fikri olduğu düşünülmektedir.<sup>53</sup> ICC kararlarında da tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulandığı görülmektedir. Prensipler olarak ICC hakemleri tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespitinde serbesttir. Ancak ICC Tahkim Kuralları m.35 hükmünde ICC hakemlerinin hakem kararlarının tenfiz edilebilirliğinin temini ile yükümlü oldukları öngörüldüğünden, bu hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini tahkim yeri hukukuna göre tayin etmeleri gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>54</sup> Ayrıca tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiasının iptal aşamasında ulusal mahkeme önüne gelmesi durumunda mahkeme, hakem kararının iptaline ilişkin bir karar verirken tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunda kendi hukukuna yani tahkim yeri hukukuna göre karar verecektir.<sup>55</sup> Böylece tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna göre geçerli olması halinde ileride hakem kararının iptalinin de önüne geçilmiş olacaktır.<sup>56</sup>

Örneğin, bir ICC kararında tahkimin erken bir aşamasında esasa ilişkin bir geçerlilik tespiti istendiğinde tahkim kurulu, tahkim anlaşmasının taraflarca sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka göre geçersiz olduğu iddiası ile karşı karşıya kalmıştır.<sup>57</sup> Ancak tahkim kurulu, tahkim sözleşmesinin temel sözleşmeye uygulanacak hukuka göre değil, tahkim yeri hukukuna tabi olduğuna ve tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar vermiştir.<sup>58</sup>

Kanaatimizce de yukarıda bahsedildiği gibi tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanması hakem kararlarının ileride icra edilebilir olması ve iptali gündeme geldiğinde iptalinin önüne geçilmesi adına daha uygun bir yaklaşımdır. Ayrıca hakem kararlarının iptal yerlerinin önceden belli olması da tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanmasını tahkim anlaşmasının ayakta tutulması açısından daha güvenli hale getirmektedir.

<sup>51</sup> MOSES, s. 75.

<sup>52</sup> International Commercial Arbitration, United Nations Conference on Trade and Development, New York and Geneva, 2005, s. 12, [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39_en.pdf), (E.T.: 02.12.2020).

<sup>53</sup> IŞIK, s. 89; NAZZINI, s. 9.

<sup>54</sup> ESEN, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", s. 76.

<sup>55</sup> TEKİN, s. 102.

<sup>56</sup> TEKİN, s. 102.

<sup>57</sup> ICC Award in Case No. 6162, MOSES, s. 75.

<sup>58</sup> MOSES, s. 75.

### c. Ülke Hukukları ve Uluslararası İlkeler

Tahkim anlaşmasına temel sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ve tahkim yeri hukukundan farklı olarak bazı ülke hukuklarında, ülkelerin kendi hukuklarının veya tahkim şartına doğrudan uygulanabilen milletlerarası teahmüller ile milletlerarası düzeyde kabul göre prensiplerin ve dürüstlük kuralının uygulanması gerektiği düşünülmektedir.<sup>59</sup> Tahkim sözleşmesinin geçerliliği konusunda hakemlerin belli bir milli hukuka dayanma zorunlulukları olmamakla birlikte, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespitinde bir milli hukuka dayanmaları da mümkündür.<sup>60</sup> Örneğin, Fransa’da uluslararası ilkelerin uygulanması kabul edilmiş olup, mahkemeler tahkim anlaşmasının varlığının ve geçerliliğinin herhangi bir ulusal hukukun hükümlerine göre değil, tarafların niyetine bağlı olduğuna karar vermiştir.<sup>61</sup> İsviçre, İran ve Türk hukuklarında ise ülkeler kendi hukuklarına göre tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemişlerdir.<sup>62</sup> İsviçre, tahkim anlaşmasının asli geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağına konusuna dair çok geniş bir kavrama sahiptir.<sup>63</sup> İsviçre MÖHUK m.178/2’de tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuka veya İsviçre hukukuna göre geçerli olması aranmaktadır.<sup>64</sup> Bu nedenle İsviçre’de taraflarca seçilen hukuka, temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuka veya İsviçre hukukuna göre geçerli ise mahkeme veya hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar verecektir.<sup>65</sup> Burada tahkim anlaşmasının geçerliliğinin birden farklı yöntemle belirlenebileceği düzenlenerek tahkim anlaşmasını ayakta tutmanın amaçlandığı söylenebilir. Türk hukukunda ise bu konuya ilişkin düzenleme MTK m.4/3’te “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulamak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” şeklinde yer almaktadır. Görüldüğü üzere Türk hukukunda taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmemiş ise bu durumda temel sözleşmeye uygulanacak hukuk veya başka bir alternatif uygulanmadan doğrudan Türk hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır.

<sup>59</sup> IŞIK, s. 92; NAZZINI, s. 11.

<sup>60</sup> ESEN, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, s. 77; TEKİN, s. 119.

<sup>61</sup> MOSES, s. 76; TEKİN, s. 97.

<sup>62</sup> IŞIK, s. 93.

<sup>63</sup> MOSES, s. 75.

<sup>64</sup> MOSES, s. 75; NAZZINI, s. 4.

<sup>65</sup> MOSES, s. 75.



#### d. Geçerlilik İlkesi ve Uluslararası Ayrımcılık Yapmama Kuralı

Yukarıda tartışılan çeşitli hukuk seçimi kurallarının uygulanmasından kaynaklanan tutarsızlıkların tahkim sürecinin amaçlarıyla veya New York Sözleşmesi ve Model Kanunla uyumlu olmadığı, bu nedenle bu uluslararası belgelerin amaçlarıyla ve tarafların uluslararası tahkim anlaşmalarının yapılmasındaki amaçlarıyla daha uyumlu ve daha tutarlı ilkeli bir çözüme ihtiyacı olduğu düşünülmektedir. Diğer yaklaşımların sebep olduğu karmaşıklıklar ve belirsizlikler nedeniyle bazı yetkililer, uluslararası tahkim anlaşmalarının uluslararası hukukun tek tip ilkelerine veya alternatif olarak özel bir geçerlilik ilkesine tabi olduğuna karar vermişlerdir.<sup>66</sup>

Geçerlilik ilkesi, bir uluslararası tahkim anlaşmasının uygulanabilir hukuk seçeneklerinden herhangi biri kapsamında geçerli olmasa bile, anlaşmanın geçerli olduğu başka bir uygulanabilir hukuk aranacağı ve kendisi için potansiyel olarak geçerli olabilecek bir hukuka göre önemli ölçüde geçerli olması durumunda geçerliliğinin korunacağını öngörür.<sup>67</sup> Tarafların uluslararası tahkim anlaşmalarını akdetmelerindeki öncelikli amaç, geçerli ve uygulanabilir bir anlaşma yaparak ticari anlaşmazlıklarını çözmek için etkili ve tarafsız bir yol sağlamaktır.<sup>68</sup> Uluslararası tahkim anlaşmalarına uygulanan hukuku belirlemek için keyfi bağlayıcı faktörleri uygulamak yerine, tarafların tahkim anlaşmaları yapma niyetine, yani uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözüme kavuşturma niyetine bakmalıdır.<sup>69</sup> Tarafların gerçek niyetlerini yerine getirmenin en iyi yolu mahkemelerin ve hakem heyetlerinin tahkim anlaşmasını geçersiz kılan hukuktan ziyade tahkim anlaşmasını onaylayan hukuku uygulamaları gerektiğidir.<sup>70</sup>

Bu ilke yalnızca sağlam bir hukuk seçimi analizi için değil, aynı zamanda New York Sözleşmesi Madde II ve Madde V (1) (a)'nın ve Model Kanun'un 8, 34 ve 36. maddeleri şartları ve amaçları için de gereklidir.<sup>71</sup> Zira New York Sözleşmesi'nin temel amaçlarından biri, uluslararası tahkim anlaşmalarının tanınmasını ve uygulanmasını kolaylaştırmaktır.<sup>72</sup> Sözleşmeyi hazırlayanlar, tahkim anlaşmalarını tek tip uluslararası standartlara uygun olarak daha kolay uygulanabilir hale getirmeyi amaçlamışlardır.

<sup>66</sup> BORN, Gary B: "The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, (2014) 26, Sayfa: 814-848, s. 834.

<sup>67</sup> BORN, s. 834; NAZZINI, s. 17.

<sup>68</sup> BORN, s. 835.

<sup>69</sup> BORN, s. 835.

<sup>70</sup> BORN, s. 835.

<sup>71</sup> BORN, s. 837.

<sup>72</sup> BORN, s. 836.

İsviçre, milletlerarası tahkim anlaşmalarına geçerlilik ilkesini uygulayan ilk yargı alanlarından biridir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 178 (2). maddesinde şu şekilde bir geçerlilik ilkesi öngörülmüştür: İsviçre hukuku, tahkim şartını sürdürmek için öncelikle tarafların hukuk seçimini dikkate alacak, tarafların seçtiği hukuku göre tahkim anlaşması geçersizse tahkim anlaşmasını ayakta tutabilmek için ya temel sözleşmeyi düzenleyen yasayı ya da İsviçre hukukunu uygulayacaktır.<sup>73</sup> Bu ilke giderek ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri tarafından daha yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır. Örneğin bir ICC kararında, tarafların uyuşmazlıklarını tahkime sunma niyetlerini hayata geçirmek için tahkim anlaşmalarının geçerliliğini koruyacak şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.<sup>74</sup>

İngiliz Temyiz Mahkemesi, Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engelharia kararında tarafların maddi sözleşmeyi idare etmek için Brezilya hukukunu açıkça seçmesinin tahkim anlaşmasını da yönetmek için Brezilya hukukunun zımni olarak seçimine dair yeterli kanıt oluşturmadığından ve bu hukukun uygulanması anlaşmayı önemli ölçüde zayıflatacağından Brezilya hukukunu uygulamayı reddetmiştir.<sup>75</sup> Mahkeme “en yakın ve en gerçek bağlantı” analizine atıfta bulunarak tahkim yeri olan İngiliz hukukunu uygulamıştır. Bahsedildiği gibi mahkeme tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak hukukun uygulanmasından kaçınarak tahkim anlaşmasını onaylayan farklı bir hukuku uyguladığından Sulamérica kararı, geçerlilik ilkesinin bir uygulaması olarak anlaşılmalıdır.<sup>76</sup>

ABD ve Fransa’da tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak veya kısıtlayacak başka uygulanabilir ulusal yasalara bakılmaksızın, uluslararası ilkelerin doğrudan uygulanması, geçerlilik ilkesinin bir çeşidi olarak görülmektedir.<sup>77</sup> Son yirmi yılda Fransız mahkemeleri, uluslararası tahkim anlaşmalarının herhangi bir ulusal hukuk sisteminden “özerk” olduğuna ve sonuç olarak doğrudan uluslararası hukukun genel ilkelerine tabi olduğuna karar vermişlerdir.<sup>78</sup>

Daha sınırlı da olsa ABD mahkemeleri New York Sözleşmesi'nin esaslı bir uluslararası ayrımcılık yapmama kuralına yol açtığına karar vermiştir. Bu analizin dayanağı uluslararası tahkim anlaşmalarına uygulanan ulusal hukuk kuralla-

<sup>73</sup> BORN, s. 839; NAZZINI, s. 17.

<sup>74</sup> ICC Award in Case No. 11869, NAZZINI, s. 17.

<sup>75</sup> BORN, s. 840.

<sup>76</sup> BORN, s. 841.

<sup>77</sup> BORN, s. 844.

<sup>78</sup> BORN, s. 844.



rının, ayrımcı veya kendine özgü ulusal hukuk hükümlerinin uygulanmasını engelleyen uluslararası sınırlamalara tabi olduğudur.<sup>79</sup> Ayrımcılık yapmama ilkesine göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği için bir ulusal hukuk halen geçerli olmasına rağmen, tahkim anlaşmasını geçersiz kılan ulusal politika çıkarları hariç tutulmaktadır. Bu yaklaşıma göre, bir tahkim anlaşması ancak uluslararası ölçekte tarafsız olarak uygulanabilecek gerekçelerle geçersiz kılınabilir.<sup>80</sup> Örneğin, Ledee v Ceramiche Ragno davasında, ABD temyiz mahkemesi, New York Sözleşmesi'nin II (3). maddesine dayanarak otomobil bayi sözleşmelerindeki tahkim hükümlerini geçersiz kılan Porto Riko hukuku kurallarını uygulamayı reddetmiştir.<sup>81</sup>

Kanaatimizce de tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilirken tarafların tahkime gitme iradelerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilkeler, tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürme niyetleri ve New York sözleşmesi ve Model Kanun'un hedefleriyle de uyumludur. Uygulamada belirsiz sonuçlara neden olabilecek bağlama noktalarının tercih edilmesinden geçermelik ilkesi dikkate alınarak tahkim anlaşmasını ayakta tutan hukuku uygulamak taraf iradelerine saygı gösterilmesi açısından kabul edilebilir bir yaklaşımdır.

## 2. Uyuşmazlığın Bulunduğu Aşamaya Göre ve Geçermelik Tespitini Kimin Yapacağına Göre Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk

Yukarıda bahsedilen bağımsızlık prensibinin yorumu dışında tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitinde uyuşmazlığın hangi aşamada olduğu ve geçermelik tespitinin kim tarafından yapılacağı da önem arz etmektedir. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının varlığının resmi yargı önünde ileri sürülmesi, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin iptal davası aşamasında ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem kararının tenfizi aşamasında ileri sürülmesi şeklinde bir sınıflandırma yapılmıştır.<sup>82</sup>

### a. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Ulusal Mahkeme Önünde İleri Sürülmesi

MTK m.5/1'e göre, "*Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazla-*

<sup>79</sup> BORN, s. 845.

<sup>80</sup> NAZZINI, s. 15.

<sup>81</sup> BORN, s. 845; NAZZINI, s. 15.

<sup>82</sup> ÖZÇELİK, s. 60; ÖZEL, s. 79.

*ra ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.” Görüldüğü üzere, taraflar arasında akdedilmiş bulunan bir tahkim anlaşması bulunmasına rağmen, uyuşmazlığın ulusal mahkeme önüne götürülesi halinde davalıya tahkim itirazında bulunma ve davanın reddini talep etme imkanı verilmiştir.<sup>83</sup> Esen’e göre, MTK m.5/1’de yer alan “Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir.” ifadesi mahkemenin tahkim itirazını değerlendirirken, tahkim anlaşmasının geçerliliğini de inceleyeceği izlenimi verdiği için tereddütlere neden olmaktadır.<sup>84</sup> Doktrinde genel olarak, taraflardan birinin tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ulusal mahkemede dava açması durumunda, diğer tarafın da uyuşmazlığın tahkimde görülmesini arzu etmesi halinde tahkim itirazında bulunması ve davanın reddini talep etmesi üzerine, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>85</sup> Zira tahkim anlaşmasının geçerli olması durumunda mahkemenin o uyuşmazlığı esastan inceleyip karar vermesi mümkün olmadığından, uyuşmazlıktan el çekerek yargılamaya devam etmeyecektir. Buna karşılık tahkim anlaşmasının geçerli olmaması durumunda ise mahkeme yargılamaya devam edecektir.<sup>86</sup>*

Mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin izleyeceği uygulama, kompetenz-kompetenz prensibini<sup>87</sup> benimsemiş bir ulusun mahkemesi olup olmadığına göre farklılık gösterecektir.<sup>88</sup> Kompetenz- kompetenz prensibinin temelinde bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinde dava açılmış olması durumunda mahkemelerin yalnız kendi yetkilerini düzenleyen kurallara göre değil, hakem heyetinin yetki sınırlarını belirleyen hükümler de dahil olmak üzere tahkim mevzuatının tümüne, daha da önemlisi tahkim kanunlarının ruhuna uygun bir inceleme yaparak tahkim yargılamasının teşvikine ilişkin eğilim ve

<sup>83</sup> ESEN, Emre: “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2011, C. 10, S. 1, s. 355-380, s. 355.

<sup>84</sup> ESEN, “Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, s. 356.

<sup>85</sup> AYDEMİR, Fatih: *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul, 2017, s. 373; IŞIK, s. 98. ÖZEL, s. 80.

<sup>86</sup> AYDEMİR, s. 374; ÖZEL, s. 80.

<sup>87</sup> Kompetenz-kompetenz prensibi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar vermesi anlamına gelmektedir. Bu prensibe göre, tahkim anlaşmasının geçersizliğine veya hakem heyetinin yetkisine ilişkin ihtilaflarla ilgili olarak karar verme yetkisi hakemlere ait bulunmaktadır. ESEN, “Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, s. 357; TÖRE, Nazlı, “Tahkim Yargılamasında Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 11, 2019, Sayfa: 208-216, s. 208.

<sup>88</sup> ÖZÇELİK, s. 61.



amaçları dikkate alarak karar vermesi yatmaktadır.<sup>89</sup> Kompetenz-kompetenz prensibinin benimsendiği milli hukuk, kurumsal tahkim kuralları ve birtakım uluslararası konvansiyonlarda tahkim anlaşmalarının varlığı, geçerliliği ve genel olarak tahkim yetkisine ilişkin itirazlar hakem heyetince karara bağlanacaktır.<sup>90</sup> Kompetenz-kompetenz prensibinin benimsenmediği hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusundaki uyuşmazlığın mahkemenin önüne gelmesi durumunda mahkeme bu konuda karar verebilecektir.

Kompetenz-kompetenz prensibinin benimsendiği hukuk sistemlerinde uyuşmazlığın mahkemeye taşınması durumunda tahkim itirazı ile birlikte mahkemenin tahkim anlaşması konusunda karara varıp varamayacağı ile ilgili tartışmalar mevcuttur. MTK'nın mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması başlıklı 5. maddesinde tahkim anlaşmasının geçerliliği yönünde bir inceleme yapılacağı konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>91</sup> Buna karşılık MTK m.7/H'de tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına hakem veya hakem kurulunun karar vereceği düzenlenmiştir.<sup>92</sup>

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespitinde esas alınacak hukuk konusunda, ulusal mahkeme önünde gelişen bu durumda hakimin kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edeceği hukuk uygulanacaktır. Yukarıda değinildiği üzere MTK m.4/3 hükmüne göre tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar ya da hakem kurulunun MTK hükümlerini seçmiş olmaları durumlarında tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları halinde ikinci basamakta yer alan Türk hukuku uygulanacaktır.<sup>93</sup> Yani taraflar temel sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçmiş olsa dahi bu tahkim anlaşması için genişletilemez ve taraflarca tahkim anlaşması için bir hukuk seçimi yapılmamışsa Türk hukuku uygulanır.

<sup>89</sup> SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 121-122, Sayfa: 195-224, s. 204.

<sup>90</sup> ÖZÇELİK, 61.

<sup>91</sup> MTK m.5'e göre, "Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder."

<sup>92</sup> MTK m.7/H'ye göre, "Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup, olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz."

<sup>93</sup> SARIÖZ BÜYÜKALP, Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları, s. 2028.



Ulusal hukuklarda da tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuklar konusunda farklı bağlama noktaları belirlenmiş olmasına rağmen irade muhtariyeti ortak nokta olarak kabul edilmiştir.<sup>94</sup> Ancak yukarıda da üzerinde durulduğu üzere tarafların tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları durumunda hangi hukukun uygulanacağı konusunda değişik görüşler mevcuttur. Genel olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmemiş olması ancak taraflarca tahkim yerinin belirlenmiş olması durumunda tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukukun tahkim yeri hukuku olduğu, taraflarca tahkim yerinin belirlenmemiş olduğu durumlarda ise temel sözleşmeye uygulanacak hukukun en yakın bağlantılı hukuk olduğu düşünülmektedir.<sup>95</sup>

Tahkim yeri yabancı bir ülke olmasına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılmış olması durumunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe tarafından bu durumda bir boşluk olduğu, tahkim yerinin Türkiye olduğu durumlarda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun bu durumda da kıyasen uygulanması gerektiği söylenmekte olup, yine Özel de aynı yönde MTK 4/3 hükmünün uygulanması gerekeceğini belirtmektedir.<sup>96</sup> Tahkim yerinin belirlenmemiş olması halinde ise Sarıöz-Büyükalp'e göre mahkemenin bulunduğu yerin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınarak tahkim anlaşmasına uygulanacak olan hukukun tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>97</sup>

Kanaatimizce de tahkim yeri yabancı bir ülke olmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçersizliğinin Türk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi durumunda for'un kanunlar ihtilafı kurallarına göre bir belirleme yapılacağından taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemişse kıyasen MTK m.4/3 gereğince tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespiti Türk hukukuna göre yapılmalıdır. Ancak bu durum, tahkim itirazının mahkemeler önünde ileri sürülmesi halinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine mahkemelerce karar verilmesi durumu için geçerlidir. Oysa ki MTK m.7/H hükmü hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar vereceğini düzenleyerek kompetenz-kompetenz prensibini kabul etmiştir. Bu nedenle mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ileri sürüldüğünde mahkeme tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusunda bir tespit yapmadan temel sözleşmenin bir tahkim şartı içerip içermediğinin tespitini yapmakla yetinmeli ve tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunu hakemlere bırakmalıdır.

<sup>94</sup> ÖZEL, s. 80.

<sup>95</sup> NAZZINI, s. 18.

<sup>96</sup> ÖZEL, s. 82; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 658.

<sup>97</sup> SARIÖZ BÜYÜKALP, "Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları", s. 2030.

### b. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Hakem Heyeti Önünde İleri Sürülmesi

Tahkim anlaşmasının tarafı tahkim anlaşmasının hile veya tehdit altında yapıldığını bu nedenle de iradesinin sakatlandığını ileri sürerek hakem heyeti önünde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia edebilir.<sup>98</sup> Hakem heyeti geçersizlik iddiasını incelerken öncelikle taraf iradelerine saygı göstererek tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuka göre karar verecektir.

Tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda ise genel olarak ülkelerin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusunda bir tahkim kuralları bulunmadığından hakemler kendi kanunlar ihtilafı kurallarını kendileri belirleyecektir.<sup>99</sup> Uygulamada hakemler tarafından dört metot izlenerek tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka karar verilmektedir.<sup>100</sup> Birinci grup hakemler tahkimin cereyan ettiği ve hakem kararının verildiği yere önem atfederek hakem kararının iptalinin de engellenmesi açısından faydalı olacağı gerekçesiyle tarafların hukuk seçimi yapmamış olduğu durumlarda tahkim yeri hukukuna göre karar vermektedir.<sup>101</sup> Ayrıca New York Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşmesi de tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir.<sup>102</sup> Kararın icrası açısından da tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda tahkim yeri hukukunun esas alınması, ileride iptal davası açılabilirliği dikkate alındığında ve iptal davasını görmeye yetkili mahkeme çoğu zaman tahkim yeri mahkemesi olduğundan hakem kararının iptalinin önlenmesi bakımından önem taşımaktadır.<sup>103</sup> İkinci grup hakemler, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanacak olduğunu kabul etmektedir. Zira esas sözleşmeye uygulanan hukukun tahkim anlaşması için en yakın bağlantılı hukuk olduğunu kabul edilmektedir.<sup>104</sup>

Üçüncü grup hakemler, tarafların kurumsal tahkime gittiği durumlarda bu kurumun kurallarına göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar vermekte olup, burada hakemler milletlerarası örf ve adetlerin dikkate alınacağı hükmüne dayanarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemiştir.<sup>105</sup> Özellikle hakem heyetlerinin Milletlerarası Tahkim Odası'na bağlı olmaları durumunda milletlerarası kabul gören prensipleri, lex mercatoriayı esas alarak anlaşmaya uygulan-

<sup>98</sup> ÖZEL, s. 83.

<sup>99</sup> TEKİN, s. 87.

<sup>100</sup> ÖZEL, s. 83; TEKİN, s. 93.

<sup>101</sup> IŞIK, s. 97; ÖZEL, s. 84; TEKİN, s. 94; YENER KESKİN, s. 106.

<sup>102</sup> IŞIK, s. 97.

<sup>103</sup> IŞIK, s. 97; ÖZEL, s. 85.

<sup>104</sup> ÖZEL, s. 84; YENER KESKİN, s. 106.

<sup>105</sup> ÖZEL, s. 84; YENER KESKİN, s. 106.

çak hukuku tespit ettikleri görülmektedir.<sup>106</sup> Ancak bu uygulamada hakemler, kararların icrası için her türlü gayreti sarf etme prensipleri gereğince tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna uygun olup olmadığını da kontrol etmektedir.<sup>107</sup> Dördüncü grup hakemler ise sözleşmesel alanda milletlerarası kabul gören prensiplere göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını incelemektedir.<sup>108</sup>

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tespit edilirken eğer tenfiz ülkesi tahmin edilebiliyor ise tenfiz ülkesi hukuku da dikkate alınabilecek bir husustur.<sup>109</sup> Ancak hakem kararının iptalinin talep edileceği ülkenin aksine, kararın tenfiz ülkesi yargılama esasında belli olmadığından tenfiz ülkesinin hukukunu uygulamak her zaman mümkün olmayabilir.

### c. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İptal Davası Aşamasında İleri Sürülmesi

Hakem kararlarına karşı hem HMK hem de MTK'daki düzenlemeye göre, başvurulabilecek olan tek kanun yolu iptaldir. Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının geçersiz olması durumu bir iptal sebebidir.<sup>110</sup> İptal davası aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda geçersizlik, iptal davasının açıldığı mahkemenin hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenecektir.<sup>111</sup> UNCITRAL Model Kanunu'na göre, mahkeme öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka göre değerlendirme yapar. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde ise iptal davasının açıldığı devlet mahkemesinin kendi hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür.<sup>112</sup>

İptal davasında önemli olan iptal davasını görmeye yetkili devlet mahkemesi olup, bu mahkeme çoğu zaman tahkim yeri mahkemesi olmaktadır.<sup>113</sup> Ancak MTK m.1/2'ye göre tahkim yerinin Türkiye dışı olduğu ancak MTK hükümlerinin seçildiği hallerde de yine taraflarca seçilen bir hukuk yoksa tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğinin Türk hukukuna göre tespit edileceği düzenlenmiştir.<sup>114</sup>

<sup>106</sup> ÖZÇELİK, s. 64.

<sup>107</sup> ÖZEL, s. 84.

<sup>108</sup> ÖZEL, s. 84; YENER KESKİN, s. 106.

<sup>109</sup> ÖZÇELİK, s. 64; TEKİN, s. 97.

<sup>110</sup> AYDEMİR, s. 381.

<sup>111</sup> IŞIK, s. 99; ÖZEL, s. 85.

<sup>112</sup> MOSES, s. 76.

<sup>113</sup> ÖZEL, s. 85.

<sup>114</sup> ÖZEL, s. 85.



#### d. Tahkim Sözleşmesinin Geçersizliğinin Tenfiz Aşamasında İleri Sürülmesi

Türkiye, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 New York Sözleşmesi'ne de taraf olduğundan yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi hakkında 1958 New York Sözleşmesinin kapsamına giren durumlarda bu sözleşme; kapsamına girmeyen durumlarda ise MÖHUK hükümlerine göre karar verilecektir.<sup>115</sup> New York Sözleşmesine göre, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.<sup>116</sup> Bu nedenle tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tenfiz aşamasında da önem arz etmektedir. Tenfiz hakimi bu meseleyi taraflarca seçilen hukuka göre, seçilmiş bir hukuk bulunmaması halinde ise hakem kararının verildiği yer hukukuna yani, tahkim yeri olarak belirlenen yer hukukuna göre çözecektir.<sup>117</sup> MÖHUK m, 62/1-e'de de New York Konvansiyonunca belirlenen bağlama noktaları kabul edilmiş olup, taraflarca seçim yapılmamış olması durumunda tahkim sözleşmesinin geçerliliğine hakem kararının verildiği ülke hukukunun uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır.<sup>118</sup>

Ancak tarafın tahkim anlaşmasının ifası yönünde hareket etmiş, hakemini seçmiş, yargılamaya katılmış olmasına rağmen, tenfiz aşamasında New York Sözleşmesi m.V(1)(a) bendi uyarınca, tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık sözleşmenin tarafının tahkim anlaşmasının ifası ile ilgili bir girişimde bulunmamış olması durumunda ise tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>119</sup>

#### IV. SONUÇ

Bu makalede esas olarak milletlerarası hukukta tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk konusu üzerinde durulmuştur. Tahkim anlaşması, tahkimin temelini oluşturmakta olup, MTK m.4'e göre; tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma şeklinde tanımlanmaktadır. Tahkim

<sup>115</sup> AYDEMİR, s. 390; ESEN, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", s. 83.

<sup>116</sup> ÖZEL, s. 85.

<sup>117</sup> AYDEMİR, s. 393; DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 144; ESEN, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", s. 83; IŞIK, s. 100; ÖZEL, s. 85.

<sup>118</sup> MÖHUK 62/1-e: "Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise yabancı hakem kararının tenfiz isteminin reddine karar verilecektir."

<sup>119</sup> AYDEMİR, s. 393-394.

anlaşmalarının yabancılık unsuru içermesi durumunda tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığı, tarafların tahkim iradelerinin geçerli bir şekilde ifade edilip edilmediği, tahkim anlaşmasının yorumlanması gibi konularda tahkim anlaşmasına hangi hukukun uygulanacağı konusunda net bir görüş bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının esastan geçerli olup olmadığı milletlerarası tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka bakılarak tespit edilmektedir. Uygulamada tarafların genellikle temel sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikleri, ancak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapmadıkları görülmektedir. Bu konuda herhangi bir seçim yapılmamış olması durumunda hangi hukukun uygulanacağı konusu tartışmalı bulunmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmemiş ise tahkim anlaşmasının geçerliliği tespit edilirken temel sözleşmeye uygulanacak hukukun, tahkim yeri hukukunun, ulusal ülke hukuklarının, milletlerarası teamüllerin ve milletlerarası düzeyde kabul gören prensiplerin esas alındığı farklı birtakım uygulamalar mevcuttur. Bu konuda genel olarak tahkim yeri hukukunun esas alındığı söylenebilir. New York Sözleşmesine ve Model Kanun'a göre de taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk belirlenmemiş olması durumunda tahkim yeri hukukunun esas alınacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar tahkim yeri hukuku yaygın olarak uygulanmakta olsa da bu konuda herhangi net bir düzenleme bulunmamaktadır. MTK m.4/3'te tahkim anlaşmasının taraflarca seçilmiş bir hukuk bulunmadığında Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olduğu düzenlenmiştir. Türk hukukunda sözü edilen madde dolayısıyla taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda Türk hukukunun uygulanacağı açık olarak düzenlenmiş olduğundan bu konuda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak MTK'nın uygulama alanı dışında kalan hususlarda ise geçerlilik tespitinin hangi hukuka göre tespit edileceği hususu ihtilafli olmaya devam etmektedir. Tahkim sürecinin amaçlarıyla veya New York Sözleşmesi ve Model Kanunla uyumlu olmayan, öngörülemeyen ve keyfi sonuçlara yol açan farklı yaklaşımlar yerine son zamanlarda mahkemeler tarafından tahkim anlaşmalarının yapılmasındaki amaçla daha uyumlu ve daha tutarlı olan tarafların tahkime gitme niyetlerini esas alan geçerlilik ilkesi ve ayrımcılık yapmama kuralı yaygın olarak uygulanmaya başlamıştır. Bu ilkeler, tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürme niyetleri ve New York sözleşmesi ve Model Kanun'un hedefleriyle de uyumludur.

Kanaatimizce de bu konuda farklı uygulamalar olması nedeniyle hakem kararlarının iptali veya tenfizi hususlarında olumsuz sonuçların meydana gelmesi için ve tarafların uyuşmazlıklarını tahkime götürme iradelerine saygılı olmak adına geçerlilik ilkesinin ve ayrımcılık yapmama kuralının önemli bir

yeri bulunmaktadır. New York Sözleşmesi'ne bu şekilde yaklaşmak da bu ilkenin tüm sözleşmeciler tarafından uygulanmasını gerektireceğinden, bu yaklaşımın tahkim anlaşmasının esastan geçerliliği konusunda tahkim anlaşmasını ayakta tutmak adına kabul edilebilir bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

**KAYNAKÇA**

- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.
- AKINCI, Ziya: “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 4, Sayı 1, s. 13-24.
- AYDEMİR, Fatih: *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BORN, Gary B: “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective”, *Singapore Academy of Law Journal*, 2014/26, s. 814-848.
- BUCHER, Eugen / (Çev.) BUZ, Vedat: “Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit In Der Schweiz”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1993, Cilt 27, Sayı 2, s. 1-22.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.
- DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ERKAN, Mustafa: “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 535-562.
- ESEN, Emre: “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 10, Sayı 1, s. 355-380.
- ESEN, Emre: “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2008, Cilt 28, Sayı 1-2, s. 65-114.
- ESEN, Emre: “Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi*, İstanbul, 2008.
- ERDEM, H. Ercüment: *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ERDEM, H. Ercüment: “Tahkim Anlaşması”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 242-273.
- ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

- GÜLERCİ, Altan Fahri: *Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi (MTK m.4)*, Kocatepe Akademi Yayınları, Afyonkarahisar, 2014.
- International Commercial Arbitration, United Nations Conference on Trade and Development, New York and Geneva, 2005 [https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39_en.pdf).
- İŞİK, Fatih: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- İLHAN, Hüseyin Afşin: *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- İNANÇ, Adnan: “Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 91, Sayı 5, s. 203-212.
- KALPŞÜZ, Turgut: *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- KENAR, Hasibe Gülşah: “Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2016, Cilt 90, Sayı 3, s. 181-192.
- MOSES, Margaret L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- NAZZINI, Renato: The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles, *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, 65(3), p. 681-703, King’s College London, [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/54329181/Law\\_Applicable\\_to\\_the\\_Arbitration\\_Agreement\\_Towards\\_Transnational\\_Principles.pdf](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/54329181/Law_Applicable_to_the_Arbitration_Agreement_Towards_Transnational_Principles.pdf).
- ÖZÇELİK, Nesli Şen: “Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2016, Cilt 36, Sayı 2, s. 53-81.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 510-534.
- ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Eylül-Ekim 2014, Cilt 9, Sayı 121-122, s. 195-224.



SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: “Uluslararası Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Cilt II, 2015, s. 2015-2061.

ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

TEKİN, Selin Ece: *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

TÖRE, Nazlı, “Tahkim Yargılamasında Kompetenz-Kompetenz Prensipleri”, *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2019, Cilt 6, Sayı 11, s. 208-216.

YENER KESKİN, Cansu: *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*, Onikilevha, İstanbul, 2017.

YÖNEY, Can: Viyana Satım Sözleşmesi’nin Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanabilirliği, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, Temmuz 2019, s. 745-781.

<http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>.



## 7179 Sayılı Kanun ile Sürekli Hale Getirilen Bedelli Askerlik Düzenlemesinin İş Hukukuna Yansımaları<sup>(\*)</sup>

Reflections of the Permanent Paid Military Service Regulation and Law No. 7179 on Labor Law

Mehmet Şükrü YILDIZ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Askerlik hizmeti, anayasal çerçevede düzenlenen bir yükümlülüktür. Anayasal düzenlemeden hareketle askerlik hizmetinin ne şekilde yerine getirileceği veya yerine getirilmiş sayılacağı kanuni düzenlemelerle belirlenmektedir. Tarihsel anlamda askerlik hizmetinin yerine getirilmesi bakımından muvazzaf askerliğe alternatif olarak bedelli askerlik düzenlemelerine yer verilmiştir. 7179 sayılı Kanun, geçmişte geçici hükümlerle düzenlenen bedelli askerlik uygulamalarından farklı olarak sürekli bir bedelli askerlik sistemi kurmayı amaçlamıştır. Sürekli bir bedelli askerlik sistemi kurulmaya çalışılması, konunun iş hukuku bağlamında etkilerinin de ortaya konulmasını gerektirmektedir. 7179 sayılı Kanunun bedelli askerliğe ilişkin düzenlemesinde işçinin iş sözleşmesinin durumunun ne olacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle bedelli askerliğin çeşitli açılardan değerlendirilerek iş hukuku açısından kurumun temelini oluşturulması gerekmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Askerlik Hizmeti, Bedelli Askerlik, Temel Askerlik Eğitimi, 7179 Sayılı Kanun, İş Sözleşmesinin Askıda Kalması, İş Sözleşmesinin Feshi, Kıdem Tazminatı, İhbar Tazminatı, İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü.

### Abstract

Military service is an obligation regulated in the constitutional framework. Based on the constitutional regulation, how the military service will be performed or deemed fulfilled is determined by legal regulations. Historically, in terms of performing military service, paid military service arrangements have been included as an alternative to active duty. The Law No. 7179 aims to establish a permanent paid military service system, in contradistinction to previous paid military service applications that were regulated by temporary provisions. Attempting to establish a permanent paid military service necessitates the analysis of the effects of the issue in the context of labor law. The Law No. 7179 on military service falls short with regards to providing the status of labor contract. Therefore, the foundation of the paid military service must be established in terms of labor law by valuating the institution from various perspective.

(\*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 29.12.2020, Makalenin Kabul Tarihi: 15.01.2021.

(\*\*) Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,

E-mail: msyildiz@anadolu.edu.tr,

Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0001-9730-3427>.



**Keywords**

Military Service, Paid Military Service, Basic Military Training, Law No. 7179, Suspension of Labor Contract, Termination of Labor Contract, Severance Pay, Notice Pay, Obligation to Contract.

**GİRİŞ**

Askerlik, erkekler açısından anayasal bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Askerlik hizmetinin ne şekilde yerine getirileceği veya yerine getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenmektedir. Bu bağlamda askerlik hizmeti temelde muvazzaf askerlik şeklinde yerine getirilmektedir. Tarihsel süreçte askerlik hizmetinin yerine getirilmesi noktasında bedelli askerliğe ilişkin sıkça tartışmalar yaşanmıştır. Yıllar içerisinde geçici düzenlemelerle askerliğin bedelli askerlik şeklinde yerine getirilmesine imkân tanınmıştır. 1111 sayılı Askerlik Kanunu<sup>1</sup> yürürlükten kaldıran 7179 sayılı Askerlik Kanunu<sup>2</sup>, bedelli askerlikle ilgili kalıcı bir çözüm sağlamayı amaçlamaktadır<sup>3</sup>. Bu bağlamda sürekli hale getirilen bu kurumun iş hukukuna yansımalarını ele almanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Yasal askerlik ödevi nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan işçinin iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı konusunun incelenmesi gerekmektedir. 7179 sayılı Kanun düzenlenmesinde konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda genel askı koşulları çerçevesinde konunun irdelenmesi gerekmektedir. Bunun yanında işçinin temel askerlik eğitimini yerine getirmek için iş sözleşmesini feshetmesi de mümkündür. Söz konusu durumda başvurulacak feshin türünün ne olacağı, kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmayacağı ve iş sözleşmesi sona eren işçinin temel askerlik eğitimi sonrası işverene başvurusu üzerine işverenin yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunup bulunmadığı meselelerinin incelenmesi gerekmektedir. Yine konu bağlamında bedelli askerliğin toplu iş hukuku bakımından ortaya çıkacak sonuçlarının da irdelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada öncelikle bedelli askerliğe ilişkin hukuki düzenlemeler üzerinde durulacak daha sonra konunun iş hukuku bağlamında bazı sonuçları ele alınacaktır.

<sup>1</sup> RG. 12-17.07.1927, Sayı: 631-635.

<sup>2</sup> RG. 26.6.2019, Sayı: 30813.

<sup>3</sup> 7179 sayılı Askerlik Kanununun 63. maddesine göre "21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu ile 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Mevzuatta 1111 sayılı Kanun ile 1076 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır."

## I. 7179 SAYILI KANUN BAĞLAMINDA BEDELLİ ASKERLİK

“Vatan hizmeti<sup>4</sup>” başlıklı Anayasanın 72. maddesi uyarınca “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*” Görüldüğü üzere Anayasamız askerliği vatan hizmeti olarak tanımlamış ve hak ve ödev<sup>5</sup> olarak nitelendirmiştir. Anayasal düzenlemede askerlik ödevinin ne şekilde yerine getirileceğine dair bir sınırlama söz konusu değildir. Söz konusu belirlemenin kanun ile yapılacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda kanunla yapılacak bedelli askerlik düzenlemesinin Anayasaya aykırı düşmeyeceği açıktır<sup>6</sup>.

Tarihsel açıdan bakıldığında askerliğin bedelli askerlik şeklinde yerine getirilmesine ilişkin birçok geçici düzenleme söz konusu olmuştur<sup>7</sup>. 7179 sayılı Kanun, diğer düzenlemelerden farklı olarak bedelli askerliğe ilişkin kalıcı çözüm getirmeyi amaçlamaktadır. Bedelli askerliğin düzenli hale gelmesi, bu kurumun temel esaslarını ortaya koymayı gerektirmektedir.

<sup>4</sup> Vatan hizmeti ifadesinin genel ve soyut bir ifade olması nedeniyle madde başlığının “Askerlik Hizmeti” olmasının daha isabetli olacağı eleştirisi için bkz. OKUR, Ali Rıza: “Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2012, Sayı 25, s. 16.

<sup>5</sup> Askerliğe ilişkin bu düzenleme siyasi haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi 2012 tarihli kararında konuya ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur. Karara göre “*Anayasa'nın 72. maddesinde, vatan hizmetinin sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için bir hak ve ödev olduğu kural altına alındıktan sonra bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde yerine getirilebileceği ya da yerine getirilmiş sayılacağı kanunla düzenleneceği belirtilmiş olup, vatan hizmetinin yalnızca silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde yerine getirilmesi bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir. Yasama organı, vatan hizmetinin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirilebileceği yönünde karar alabileceği gibi yerine getirilmiş sayılması yönünde de karar alabilecektir. Bu hususa ilişkin kanuni düzenleme yapma konusunda yasama organının takdir yetkisi bulunduğu açıktır. Bu durumda, dövizle askerlik hizmet usulü için temel askerlik eğitimi yapma şartının kaldırılmasına ve bedelli askerlik hizmet usulü için temel askerlik eğitimi yapmaksızın askerlik hizmetinin yerine getirilmiş sayılmasına ilişkin iptal davasına konu kurallarda, Anayasa'nın 72. maddesine aykırılık bulunmamaktadır. Öte yandan, 6252 sayılı Kanun'un iptal davasına konu edilen kuralları uyarınca dövizle askerlik ve bedelli askerlik hizmet usullerinden faydalanarak vatan hizmetini yerine getirmiş sayılacaklarla, temel askerlik eğitimi yapacakların hukuksal durumlarının farklı olması nedeniyle aynı konumda görülemeyeceklerinden bunlar arasında eşitlik karşılaştırmasının yapılamayacağı, kanun koyucunun yapılan düzenlemede aynı koşulları taşıyan herkese bu fırsatı tanıması nedeniyle sosyal hukuk devleti ilkesine de aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle iptal davasına konu kurallar Anayasa'nın 2, 10. ve 72. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.*” AYM, T. 5.7.2012, E. 2012/15, K. 2012/105.

<sup>7</sup> Ülkemizdeki ilk bedelli askerlik uygulaması 1987 yılında yapılmıştır. Daha sonra 1992, 1999, 2011, 2014 ve 2018 tarihlerinde bedelli askerliğe ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemelere ilişkin detaylı bilgi için bkz. ARSLAN ERTÜRK, Arzu: “7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2019, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 784 vd.; MANAV ÖZDEMİR, Eda / GÖKTAŞ, Seracettin: “Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, Sayı 40, s. 50 vd.

7179 sayılı Kanunun 5. maddesine göre askerlik çağı; yoklama, muvazzaflık ve yedeklik olmak üzere üç döneme ayrılmaktadır. Muvazzaf ifadesi Kanunun tanımlar başlıklı 3. maddesinin o bendi uyarınca askerlik hizmetini yerine getirmek üzere fiilen silahlaltına alınanları ifade etmektedir. Esasen halk arasında “vatani hizmet” olarak adlandırılan kısım muvazzaflık bölümüdür<sup>8</sup>. 7179 sayılı Kanunun tanımlar başlıklı 3. maddesinin jj bendi uyarınca yükümlü “*askerlik hizmetini bu Kanun hükümleri gereğince yerine getirmek veya yerine getirmiş sayılmak zorunda olan erkek Türk vatandaşı*” ifade etmektedir. Temel düzenleme muvazzaf askerliğe yönelik olsa da görüldüğü üzere Kanun askerlik ödevinin yerine getirilmesi noktasında yalnızca muvazzaf askerlikten hareket etmemiştir<sup>9</sup>. Bedelli askerlik sürekli hale getirilerek muvazzaf askerliğe alternatif olarak düzenlenmiştir<sup>10</sup>. Bu bağlamda doktrindeki yazarlarca da ileri sürüldüğü üzere askerlik hizmetinin yerine getirilmesi bakımından muvazzaf askerlikle bedelli askerlik arasında herhangi bir fark söz konusu değildir<sup>11</sup>.

Bedelli askerlik kavramının tanımı 7179 sayılı Kanunun 3. maddesinin e bendinde yer almaktadır. Tanıma göre bedelli askerlik “*Kanunda belirtilen yararlanma şartlarını taşımak kaydıyla bedelli askerliğe seçilenlerin belirlenen bedeli ödemesi ve temel askerlik eğitimi yapması şartı ile yerine getirilen askerlik hizmetini ifade eder.*” Burada görüldüğü üzere bedelli askerlik görevinin yerine getirilmesi noktasında temel askerlik eğitimi yapma şartına yer verilmiştir. Temel askerlik eğitiminin ne olduğu yine aynı maddenin y bendinde tanımlanmıştır. Tanıma göre temel askerlik eğitimi “*Silahlaltına alınan yükümlülere sınıf farkı gözetmeksizin beden ve ruhen askerlik hizmetine hazırlayıcı temel bilgi, beceri ve alışkanlıkları kazandırmak amacıyla verilen ve süresi Bakanlıkça belirlenen eğitimi ifade eder.*”

Bedelli askerliğe ilişkin asıl düzenlemeler 7179 sayılı Kanunun 9. maddesi ile Askeralma Yönetmeliğinin<sup>12</sup> 61. maddesinde yer almaktadır. Yönetmeliğin 61. maddesi bedelli askerliğe ilişkin detaylı düzenlemeler içermektedir. Maddeye göre:

<sup>8</sup> ARSLAN ERTÜRK, s. 782.

<sup>9</sup> Ayrıca Askeralma Yönetmeliğinin 87. maddesinin 1. fıkrasında “*muvazzaflık hizmetini, 61’inci madde kapsamında bedelli askerlikle yerine getirenler hariç olmak üzere, erbaş ve er olarak yapanlara aşağıda belirtilen haklar sağlanır*” ifadesinden de askerlik hizmetini yerine getirme bakımından bedelli askerlikle muvazzaf askerlik arasında farklılık bulunmadığına işaret edilmiştir.

<sup>10</sup> ARSLAN ERTÜRK, s. 783.

<sup>11</sup> ŞEN, Murat, “İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu”, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 2001, Cilt 27, Sayı 3, s. 561; OKUR, s. 17.

<sup>12</sup> RG. 22.07.2020, Sayı: 31193.

“Bedelli askerlik yararlanma şartları ve başvuru esasları şunlardır: a) Askerlik çağına girmiş yükümlülerden herhangi bir yaş sınırlandırması olmaksızın fiili askerlik hizmetine başlamamış olmak. b) Bakaya olmamak. c) Yoklamasının yapıldığı tarihte yoklama kaçağı veya saklı olmamak. ç) İstekli olmak ve kendisi, eşi, birinci veya ikinci derece kanuni yakınları, vekilleri ya da vasileri aracılığıyla e-Devlet üzerinden veya askerlik şubeleri aracılığıyla 31 Aralık tarihine kadar başvuru yaparak bedelli askerlik tercihinde bulunmak. d) Yoklaması olmayan yükümlüler için, yoklamaya esas sağlık muayenelerini (ç) bendindeki süre içerisinde tamamlayarak “Askerliğe Elverişlidir” kararı verilmiş olmak. e) Kanunda belirtilen bedel tutarını başvuru tarihinden itibaren iki ay içerisinde (ç) bendindeki süreyi aşmamak üzere peşin ödemek. f) Temel askerlik eğitimine alınacağı yılın celp ve sevk dönemleri için tercihte bulunmak. g) Sınıflandırma veya kura işlemi sonucunda bedelli askerliğe hak kazanmak. ğ) Bir aylık temel askerlik eğitimini tamamlamak.”

Yönetmelikten açıkça anlaşılacağı üzere bedelli askerlik başvurusu yapabilmek için, geçmişteki geçici düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir yaş sınırlandırması söz konusu değildir. Yine bakaya veya yoklama kaçağı olmak da şartlar arasında yer almaktadır<sup>13</sup>. Bunun yanında bir aylık temel askerlik eğitimi tamamlama şartına da yer verilmiştir. Böylelikle sürekli bir bedelli askerlik sistemi kurgulanmış ve askerlik hizmetinin yerine getirilmesi noktasında alternatif bir imkâna yer verilmiştir.

Bedelli askerliğin sürekli hale getirilme amacının ne olduğu Askeralma Kanunu teklifinde<sup>14</sup> şöyle gerekçelendirilmiştir. Genel gerekçeye göre:

“Askerlik yükümlülüğünün iş hayatını bölen, aile kurulmasını engelleyen veya geciktiren, iş verimini ortadan kaldıran, işsizlik süresini uzatan ve iş bulmayı zorlaştıran bir süreç olmaktan çıkarılarak, bir yandan sayılan süreçleri hızlandırıp ekonomiye ciddi katkılar getirilmesi, diğer yandan sisteme dâhil olan yetenekli personelin sistem içinde kalması ve Türk Silahlı Kuvvetlerine profesyonel katkı sağlaması

<sup>13</sup> Bakaya veya yoklama kaçağı olmamak bedelli askerliğin temel şartları arasında yer alırken Kanun, geçici madde ile Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte bakaya veya yoklama kaçağı olanlar açısından özel bir düzenleme ile bedelli askerlik başvurusu yapabilmelerine imkân tanımıştır. Geçici madde 1/3 uyarınca “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte her ne sebeple olursa olsun henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış yoklama kaçağı, bakaya veya saklı olanlardan; istekli olanlar, 1.11.2019 tarihine kadar başvurmaları ve bu tarihe kadar 9’uncu maddede belirlenen bedeli peşin ödemeleri şartıyla kura ya tabi tutulmaksızın 9’uncu madde hükümlerinden yararlandırılırlar.”

<sup>14</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss69.pdf>, (E.T: 20.11.2020).

*umulmaktadır.(...) Bu kapsamda hazırlanan Kanun Teklifi ile bedelli askerlik hizmetinin yoklama kaçağı ve bakaya durumunda olan yükümlüler hariç sürekli hale getirilmesi ve Kanunda belirtilen bedel miktarını ödemeleri ve bir aylık temel eğitimi yapmaları şartıyla askerlik hizmetini yapmış sayılmaları öngörülmektedir.”*

## II. 7179 SAYILI KANUN BAĞLAMINDA BEDELLİ ASKERLİĞİN İŞ HUKUKUNA ETKİLERİ

Sürekli bir kurum olması amaçlanan bedelli askerlik kurumunun iş hukuku bağlamında etkilerinin ortaya konulması son derece önem arz etmektedir. Bu bağlamda çalışmanın bu bölümünde ilk olarak bir aylık temel askerlik eğitimi için işyerinden ayrılmak zorunda kalan işçinin iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı konusu incelenmeye çalışılacaktır. Daha sonra bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumu ele alınacak; iş sözleşmesinin feshi halinde kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılamayacağı konusu incelenecek devamında söz konusu halde yapılacak feshin türü incelenmeye çalışılacak ve işten ayrılmak zorunda kalan işçi ile yeniden iş sözleşmesi kurma yükümlülüğünden bahsedilecektir. Son olarak ise bedelli askerlik hizmetinin toplu iş hukukuna yansımaları ele alınacaktır.

### A. Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi

7179 sayılı Kanun bağlamında bedelli askerlik hizmetinin yerine getirilmesinde bir aylık temel askeri eğitimi tamamlamış olma şartının arandığına yukarıda değinilmişti. Bu nedenle söz konusu durumun iş sözleşmesi bağlamında doğuracağı sonuçların da incelenmesi gerekmektedir. 7179 sayılı Kanundan önceki son bedelli askerlik düzenlemesi 1111 sayılı Kanuna 2018 yılında eklenen<sup>15</sup> geçici madde 55 hükmünde yer almaktaydı. Hükme göre:

*“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte her ne sebeple olursa olsun henüz fiilî askerlik hizmetine başlamamış ve 1 Ocak 1994 tarihinden (bu tarih dâhil) önce doğan 1076 sayılı Kanun ile bu Kanuna tabi yükümlüler; istekleri hâlinde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde askerlik şubelerine veya yurt dışı temsilciliklerine başvurmaları, 15.000 Türk lirası veya Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuruna göre ödeme tarihindeki karşılığı kadar konvertibl yabancı ülke parasını defaten ödemeleri ve 21 gün temel as-*

<sup>15</sup> Söz konusu hüküm 7146 sayılı Askerlik Kanunuyla Diğer Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun ikinci maddesi bağlamında eklenmiştir (RG. Tarih: 03.08.2020, Sayı: 30498).



*kerlik eğitimini yerine getirmeleri şartıyla askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar. (...) Bu madde hükümlerinden yararlananlar temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar.”*

Tarihsel anlamda diğer geçici bedelli askerlik düzenlemelerinde olduğu gibi bu düzenlemede de belli yaşı doldurmuş kişiler açısından özel bir imkân sunulmuştu. Hükümün iş hukuku bağlamında asıl can alıcı noktası ise söz konusu düzenlemeden yararlananların işyerinden ayrılmak zorunda kalacakları temel askerlik eğitimi esnasında ücretsiz izinli sayılacağına ilişkin düzenlemeydi. Söz konusu hüküm diğer başlıkta inceleneceği üzere kıdem tazminatı noktasında tartışmalara yol açmıştı. Doktrinde bir görüş<sup>16</sup> söz konusu düzenlemenin işçi açısından seçimlik bir hak niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre işçi isterse bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek için iş sözleşmesini feshedebilecek isterse de ücretsiz izne ayrılabilirdi. Doktrindeki diğer görüş<sup>17</sup> ise söz konusu düzenlemenin işçi açısından da fesih nedeni olmayı ortadan kaldırdığını ifade etmektedir. Bu görüş uyarınca söz konusu hüküm her iki tarafın menfaati ni korumayı amaçlamaktadır. Kanaatimizce de söz konusu hüküm işçi açısından ek bir imkân sağlamaktaydı. Buna göre işçi bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek amacıyla iş sözleşmesini feshetmediği takdirde sözleşme kanun hükmü gereği askıda kalacaktı.

7179 sayılı Kanuna ve Askeralma Yönetmeliğine baktığımızda ise bedelli askerliğe ilişkin genel şartların ve sonuçların düzenlendiğini görmekteyiz. Bu bağlamda 1111 sayılı Kanunun geçici madde 55 hükmünden farklı olarak ücretsiz izne ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>18</sup>. 7179 sayılı Kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemesini isabetli buluyoruz. Zira her ne kadar ücretsiz izin düzenlemesi işçi açısından ek bir imkân sağlamış olsa da konunun askerliğe ilişkin temel esasların yer aldığı bir kanunda düzenlenmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ücretsiz izne ilişkin hükümün yerindeliği konusu ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunması durumunda söz konusu düzenlemenin İş Kanununda yer alması gerek-

<sup>16</sup> ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 693; TAŞDEMİR, Yasemin: "7146 Sayılı Kanun ve 7179 Sayılı Askeralma Kanunu Kapsamındaki Bedelli Askerlik Uygulaması Bağlamında Kıdem Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmamasına İlişkin Değerlendirme", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Nisan 2020, Cilt 5, Sayı 1, s. 3090; ÖZDEMİR, Erdem: Bedellide Tazminat Tartışması, <https://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869>, E.T: 22.11.2020; ARSLAN ERTÜRK, s. 789.

<sup>17</sup> MANAV ÖZDEMİR / GÖKTAŞ, s. 59.

<sup>18</sup> BEDÜK, Mehmet Nusret: "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 27, Sayı 2, s. 713.

tiğini düşünüyoruz. Geçici hükümler açısından söz konusu düzenlemenin 1111 sayılı Kanunda yer alması olağan görülebilirse de sürekli bir bedelli askerlik sistemi kurmak isteyen bir kanunda böyle bir hükmün yer almasının kanun yapma tekniği açısından doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

7179 sayılı Kanun bağlamında bir aylık temel askerlik eğitimi dolayısıyla işyerinden ayrılmak zorunda kalan işçinin durumunun tartışılması gerekmektedir. Zira belirtildiği üzere söz konusu hale ilişkin özel bir düzenleme söz konusu değildir. Bu durumda iş sözleşmesinin sona erdirilmesine gerek kalmadan bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek isteyen işçinin durumu ne olacaktır? Konunun iş sözleşmesinin askıya alınması meselesi çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

Askı, geniş anlamda iş güvencesini koruyan kurumlardan birisidir<sup>19</sup>. İş sözleşmesinin askıya alınması durumunda iş sözleşmesinden doğan temel borçlar olan ücret ve iş görme borçları geçici süreyle askıya alınmaktadır. Ücret ve iş görme borcu dışındaki işçiyi gözetme, itaat borcu gibi borçlar varlığını sürdürmektedir<sup>20</sup>. Askı halinin söz konusu olması yasal bir düzenlemenin gereği olabileceği gibi, taraflar anlaşarak da sözleşmesel askı hali oluşturabilirler<sup>21</sup>.

İş sözleşmesinin yasa hükmü gereği askıya alındığı hallerden birisi de 4857 sayılı İş Kanununun (İK) 31. maddesidir. Maddenin birinci fıkrasına göre:

*“Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silahlı altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır.”*

Söz konusu düzenleme maddeden açıkça anlaşılacağı üzere muvazzaf askerliği dışarıda bırakmaktadır<sup>22</sup>. Maddenin düzenleme amacı manevra, ihtiyat

<sup>19</sup> SÜZEK, Sarper: *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi*, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, s. 13 (Askı).

<sup>20</sup> SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 495; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Birreysel İş Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020, s. 232; SÜZEK, Sarper: “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 9, Özel Sayı: Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, s. 115 (Ücretsiz İzinler); YAMAN, Rabia: “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı Cilt II, s. 765.

<sup>21</sup> BOSTANCI, Uygur: “Muvazzaf Askerliğin İş Sözleşmesinin Sürekliliğine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, Sayı 40, s. 170.

<sup>22</sup> BAYBORA, Dilek: “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü”, *Çimento İşveren Dergisi*, Temmuz 1998, Cilt 12, Sayı 4, s. 8.

askerlik veya talim gibi nedenlerle geçici süreyle silahaltına alınan işçinin iş sözleşmesinin sürekliliğini korumaktır<sup>23</sup>.

Muvazzaf askerliğin iş sözleşmesine etkisinin ne olduğu konusunda doktrinde tartışmalar söz konusudur<sup>24</sup>. Söz konusu tartışma, muvazzaf askerliğin süresinin uzunluğu noktasında toplanmaktadır. Süzek<sup>25</sup> ve Başterzi,<sup>26</sup> muvazzaf askerlik süresinin niteliği itibariyle geçici nitelik taşıması nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmayacağı kanaatindedir. Doktrindeki diğer görüş ise söz konusu halin askı durumu yaratacağı kanaatindedir<sup>27</sup>. Kanaatimizce 7179 sayılı Kanunla muvazzaf askerlik hizmetinin altı aya indirilmesi de göz önüne alınacak olursa muvazzaf askerliğin iş sözleşmesine etkisi konusunda somut durum gözetilerek sonuca varılmalıdır. Muvazzaf askerlik durumunda iş sözleşmesinin askıya alınmasını engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim İK madde 7 uyarınca “a) Bu Kanunun 13’üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74’üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde geçici iş ilişkisi kurulabilir.” Söz konusu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere askerlik halinde iş sözleşmesi askıya alınabilecektir<sup>28</sup>. Ancak askı halinin oluşmasına engel bir hukuki düzenleme bulunmaması, her durumda askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınabileceği anlamına gelmemelidir. Askerliğin türü, iş sözleşmesinin niteliği, süresi, iş ilişkisinde işçinin rolünden hareket edilerek sonuca varılmalıdır.

Bedelli askerlik açısından konuyu inceleyecek olursak sözleşmesel askı koşullarını<sup>29</sup> şu şekilde sıralayabiliriz: İlk olarak işçinin iş görme edimini ifası maddi veya manevi nedenlerle imkânsız olmalıdır. Bedelli askerlik açısından koşula bakılacak olursa temel askerlik eğitimi nedeniyle iş görme ediminin yerine getirilmesi, maddi anlamda imkânsızlaşmaktadır. Zira yasal bir ödev gereği iş görme ediminin yerine getirilmesi mümkün olmamaktadır. İkinci olarak iş

<sup>23</sup> AKDENİZ, Ayşe Ledün: *İş İlişkilerinde İmkânsızlık*, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2018, s. 128; BAŞTERZİ, Süleyman: *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*, 72 Tasarım Basımevi, Ankara 2007, s. 117; SÜZEK, s. 507.

<sup>24</sup> Konuya ilişkin detaylı inceleme için bkz. BİRECİK, Mustafa: *Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 10 vd.

<sup>25</sup> SÜZEK, s. 507.

<sup>26</sup> BAŞTERZİ, s. 116.

<sup>27</sup> YÜREKLİ, Sabahattin: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, s. 20, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/22179.pdf>, E.T.: 22.11.2020; AKDENİZ, s. 127, dn. 195.

<sup>28</sup> BOSTANCI, s. 170.

<sup>29</sup> İş sözleşmesinin askıya alınmasının koşulları için bkz. TAŞKENT, Savaş: “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2006, Sayı 3, s. 21 vd.; SÜZEK, Ücretsiz İzinler, s. 122 vd.; SÜZEK, Askı, s. 45 vd.; YAMAN, s. 765 vd.

görme ediminin yerine getirilmemesinin geçici nitelikte olması gerekir. Bedelli askerlik açısından koşulu incelediğimizde bir aylık temel askerlik süresi geçici niteliktedir. Söz konusu sonuca İş Kanununun 31. maddesinden hareketle de ulaşılabilecektir. Yasal askı hallerinden birisi olan düzenlemede muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silahaltına alınma hali açısından iki aylık bir askı süresi öngörülmüştür. Bedelli askerlik açısından çok daha kısa bir süre olan bir aylık sürenin de sözleşmenin askıya alınması bakımından geçici nitelikte olduğu sonucuna varılması gerekir. Üçüncü koşul, iş görme ediminin yerine getirilmemesinin işçinin kusurundan ileri gelmemesi ve edimin mutlaka belirli zamanda yerine getirilmesi zorunluluğu bulunmaması koşuludur. Bedelli askerlik açısından söz konusu koşul incelendiğinde bedelli askerlik yasal bir ödevin yerine getirilmesi niteliğinde olduğundan işçinin kusuru söz konusu değildir. İş görme ediminin mutlaka belirli zamanda yerine getirilme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı ise somut olay bağlamında değerlendirilebilecek bir koşuldur. Son olarak işçi ve işverenin iş sözleşmesinin askıya alınması noktasında anlaşmaları gerekmektedir<sup>30</sup>. Burada genellikle askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması talebinin işçiden geleceği açıktır. Bu durumda İş Kanununun 22. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işçi ve işveren aralarında anlaşarak iş sözleşmesinin askıya alınması yoluna gidebilirler. İşçinin tek taraflı olarak iş sözleşmesini askıya alabilmesi mümkün değildir<sup>31</sup>. Söz konusu koşullar oluştuğu takdirde iş sözleşmesi, temel askerlik eğitiminin bitimine kadar askıya alınmış sayılacaktır. Son olarak belirtilmelidir ki sürekli bir sistem kurgulanması ve iş sözleşmesinin durumuna net bir çözüm getirilmesi ihtiyacı nedeniyle bir aylık temel askerlik eğitimi bakımından yasal bir askı hali oluşturulmasının amaca uygun düşeceği açıktır. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından meselenin İş Kanununda yasal bir askı hali olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İşçinin anayasal anlamda düzenlenen<sup>32</sup> dinlenme hakkının yansımalarından birisi de yıllık ücretli izindir<sup>33</sup>. Yıllık ücretli izin, İş Kanununun 53 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bedelli askerlik açısından temel askerlik eğitimi yerine getirmek zorunda kalan işçinin söz konusu eğitimi yıllık ücretli izin süresinde yerine getirmesinin mümkün olup olmadığının tartışılması ge-

<sup>30</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. YAMAKOĞLU, Efe / KARAÇÖP, Eda: "İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, s. 488 vd.

<sup>31</sup> YAMAN, s. 766.

<sup>32</sup> Anayasanın 50. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca "Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir."

<sup>33</sup> Yıllık ücretli izne ilişkin detaylı bilgi için bkz. URHANOĞLU, İhtar: *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020; SÜZEK, s. 848 vd.

rekmetedir. İş Kanununun 58. maddesi gereği “Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir.” Askerlik hizmeti, yasal bir ödev niteliğinde olduğundan dolayı “ücret karşılığı çalışılan iş” kapsamına dâhil değildir. Ancak yıllık ücretli izin düzenlemesinin yer alma amacının işçinin dinlenmesi olmasından dolayı temel askerlik eğitiminin yıllık ücretli izin süresinde yapılamaması gerekmektedir<sup>34</sup>. Yine İş Kanununun 56. maddesinin 3. fıkrası uyarınca “İşveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilemez.” Söz konusu hükmün bedelli askerlik bağlamında da geçerli olabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle temel askerlik eğitiminde geçen sürelerin yıllık izin süreleri kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.

İncelenmesi gereken bir diğer konu ise bedelli askerlik nedeniyle askıda olan iş sözleşmesi açısından söz konusu askı sürelerinin kıdem süresine ve yıllık ücretli izne etkisinin ne olacağı meselesidir. Kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde “(...) işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı” ödeneceği hükmüne yer verilmiştir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere kıdem tazminatına esas sürenin belirlenmesinde iş sözleşmesinin devam süresi dikkate alınmalıdır<sup>35</sup>. Bu bağlamda bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda söz konusu olacak bir aylık temel askerlik eğitiminde geçirilen sürelerin de kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekir. Askı sürelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 67. maddesinin 3. fıkrasında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre:

*“Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz.”*

Bu bağlamda kanun koyucunun askı sürelerini kıdem tazminatı hesabında dikkate almama yönünde bir tercihi söz konusu olsaydı bu yönde bir istisna hükmünün düzenlenmesine ihtiyaç kalmaması gerektiği sonucuna varılabilecek-

<sup>34</sup> MANAV ÖZDEMİR, s. 54; ARSLAN ERTÜRK, s. 800.

<sup>35</sup> ÖZKARACA, Ercüment / ÜNAL, Canan: “Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi”, *Çimento İşveren Dergisi*, Temmuz 2020, Cilt 34, Sayı 4, s. 24 vd.; SÜZEK, s. 771; Aynı Yazar, Askı, s. 109 vd.; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 706; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 233; ARSLAN ERTÜRK, s. 801.

tir. Yargıtay kararlarına baktığımızda ise kıdem tazminatı hesabında esas alınacak sürenin tespitinde fiilen çalışılan veya çalışılmış sayılan sürelerin<sup>36</sup> dikkate alındığını görmekteyiz. Bu yönde bir karara göre<sup>37</sup>:

*“Mahkemece fiili çalışma süresi yanında çalışılmayan süre için de kıdem tazminatı ödemesi yapılmasının işyeri uygulamasına dönüştüğü kabul edilmiş ise de, 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesine kıdem tazminatının işçilerin işyerinde geçen çalışma sürelerine göre hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. İş sözleşmesinin askıya alındığı ve işçinin fiili çalışmasının olmadığı dönem için kıdem tazminatı ödenmesi yasaya aykırıdır. Davalı işverence birkaç işçiye hatalı olarak askıda geçen süreler için kıdem tazminatı ödenmesi, aksine işyeri uygulamasının varlığını ortaya koymaz. İşverence birkaç işçiye fazladan kıdem tazminatı ödenmiş ancak daha sonra bu hatasından dönerek davacı ve diğer işçilere fiili çalışma sürelerine göre kıdem tazminatı ödemiştir. Hatalı ödeme durumu, çalışmış olan ve halen çalışmaya devam eden tüm işçiler bakımından hak bahşetmez.”*

Yüksek Mahkeme sözü edilen kararda somut olay bağlamında işyeri uygulaması oluşup oluşmadığını dikkate almaktadır. Bu bağlamda askı süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması noktasında bir işyeri uygulaması oluşmıyorsa söz konusu süreler tazminat hesabında kıdeme dâhil edilmeyecektir. Yıllık ücretli izin bağlamında da benzer bir yorum yapılmalıdır. 4857 sayılı Kanunun 55. maddesinin j bendi uyarınca *“işveren tarafından verilen diğer izinler”* yıllık ücretli izin sürelerinin tespiti bakımından çalışılmış gibi sayılan haller arasındadır<sup>38</sup>. Bedelli askerlik bakımından yasal ödev nedeniyle işyerinden ayrılmak durumunda kalan işçi açısından da bu yönde yorum yapılmalıdır<sup>39</sup>. Bu bağlamda bedelli askerlik ödevi nedeniyle iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürenin yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller kapsamına dâhil edilmesi gerekmektedir. Burada sürekli hale getirilen bedelli askerlik bağ-

<sup>36</sup> Yargıtay'ın görüşünün benimsenmesi durumunda dahi bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin askıda olduğu süreyi kıdem tazminatı bağlamında dikkate almak gerekmektedir. Zira Yargıtay'ın kıdem süresi bağlamında İş Kanununun 55. maddesini (yıllık izinli ücret bakımından çalışılmış gibi sayılan süreler) dikkate alması karşısında bedelli askerliğin *“işveren tarafından verilen diğer izinler”* kapsamında dikkate alınabileceği kanaatindeyiz.

<sup>37</sup> Yargıtay, 9. HD., T. 18.03.2015, E. 2013/16765, K. 2015/11084.

<sup>38</sup> Söz konusu düzenleme, ücretsiz izni yıllık ücretli izin hesabına dâhil etmeyi mümkün kılacak bir düzenleme niteliğindedir. Düzenlemede yer alan *“diğer izinler”* ifadesi oldukça geniş bir kapsama sahiptir. Bkz. AKIN, Levent: “Covid - 19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2020, Cilt 34, Sayı 3, s. 53.

<sup>39</sup> SÜZEK, s. 854; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 808; MANAV ÖZDEMİR, s. 55; ARSLAN ERTÜRK, s. 803.

lamında konunun kanuni çerçevede özel olarak düzenlenmesinin tereddütleri sona erdirme açısından yarar sağlayacağı kanaatindeyiz<sup>40</sup>.

Konumuz açısından incelenmesi gereken bir diğer madde ise Türk Borçlar Kanununun 409. maddesidir. Maddeye göre:

*“Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakka niyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.”*

Düzenlemenin iş hukuku kapsamındaki iş ilişkilerine uygulanma olanağı olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Akdeniz’in<sup>41</sup> bizce de isabetli görüşüne göre 409. madde İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde özel bir düzenleme bulunmaması kaydıyla uygulanabilecektir<sup>42</sup>. Bu bağlamda İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından bedelli askerliğe ilişkin özel bir düzenleme söz konusu olmadığından hüküm uygulama alanı bulacaktır<sup>43</sup>.

## **B. Bedelli Askerlik Hizmetini Yerine Getirmek Amacıyla İş Sözleşmesinin Feshedilmesi**

Şüphesiz iş sözleşmesinin askıya alınması yerine feshedilmesi yoluna gidilmesine engel bir durum söz konusu değildir. Bu bölümde bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmayacağı konusu incelenecek devamında söz konusu halde yapılacak feshin türü incelenmeye çalışılacak ve askerlik nedeniyle işten ayrılmak zorunda kalan işçiyle yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü ele alınacaktır.

### **1. Bedelli Askerlik Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Kıdem Tazminatı**

İş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarından birisi de kıdem tazminatıdır. Kıdem tazminatı, yasada öngörülen asgari çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin yine yasada belirtilen nedenlerle sona ermesi halinde ödenmesi

<sup>40</sup> Yasal askı hallerinden birisi olan işçinin muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi hali, İş Kanununun 55. maddesinde yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller arasında düzenlenmiştir.

<sup>41</sup> AKDENİZ, s. 71-72.

<sup>42</sup> Borçlar Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından söz konusu düzenlemenin uygulama alanı bulacağına kuşku yoktur (SÜZEK, s. 511).

<sup>43</sup> Basın İş Kanununun 16. maddesinin 3. fıkrasında konuya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemeye göre *“İlk muvazzaf askerlik hizmeti için silahaltına alınan gazeteciye normal askerlik müddetince son aldığı ücret yarı nispetinde ödenir.”* Söz konusu hüküm askerlik hizmetini bedelli askerlik şeklinde yerine getirenler açısından da işlerlik kazanacaktır. Aynı yönde bkz. ARSLAN ERTÜRK, s. 793.

gereken tazminat olarak tanımlanmaktadır. Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için bazı koşulların kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. İşçi iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır<sup>44</sup>. İş sözleşmesinin sona ermesi durumunda hangi hallerde kıdem tazminatına hak kazanılacağını belirlemek için 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin incelenmesi gerekmektedir<sup>45</sup>. 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi uyarınca İş Kanununa tabi işçilerin iş sözleşmelerinin muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla feshedilmesi durumu, kıdem tazminatına hak kazanılabilecek haller arasında sayılmıştır. Bu bağlamda bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin de bu kapsamda olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Konu incelenirken ilk olarak 1111 sayılı Kanunun geçici madde 55 hükmü bağlamındaki tartışmalara yer verilecek devamında ise 7179 sayılı Kanun bağlamında genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

1111 sayılı Kanunun geçici madde 55 hükmü bağlamında ileri sürülen bir görüş, bedelli askerlik hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla iş sözleşmesinin feshini kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olarak görmemektedir. Bu görüşe göre bedelli askerlik süresince işçilerin ücretsiz izinli sayılacağına ilişkin düzenleme, işçi açısından da iş sözleşmesinin feshini engelleyici niteliktedir. Bu nedenle işçinin söz konusu hükme rağmen bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirmesi, kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldıracaktır<sup>46</sup>. Söz konusu düzenlemenin işçi açısından seçimlik hak teşkil ettiğini savunan görüşe göre ise madde hükmü, işçinin işten ayrılıp kıdem tazminatına hak kazanabilmesine engel teşkil etmemektedir<sup>47</sup>.

Yargıtay 2015 tarihli bir kararında<sup>48</sup> ilk derece mahkemesinin bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshini kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olarak gören hükmünü onamıştır. İlk derece mahkemesi hükmünde şu tespitlerde bulunulmuştur. Karara göre<sup>49</sup>:

<sup>44</sup> Kıdem tazminatı konusu hakkında detaylı bilgi için bkz. EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 619 vd.; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 688 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 337 vd.; SÜZEK, s. 752 vd.

<sup>45</sup> 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi uyarınca "25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 14'üncü maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır". Yine geçici madde 6 uyarınca "Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14'üncü maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır."

<sup>46</sup> AKYİĞİT, Ercan: "7146 Sayılı Kanunla Gelen Bedelli Askerlik ve Kıdem Tazminatı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Kasım 2018, Cilt 13, Sayı 146, s. 62-71. (Bedelli Askerlik ve Kıdem Tazminatı); MANAV ÖZDEMİR / GÖKTAŞ, s. 60; BOSTANCI, s. 177.

<sup>47</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 682; ARSLAN ERTÜRK, s. 789; TAŞDEMİR, s. 3094.

<sup>48</sup> Yargıtay, 9. HD., T. 05.11.2015, E. 2014/15064, K. 2015/31360.

<sup>49</sup> İstanbul Anadolu 12. İş Mahkemesi, 20.03.2014, E. 2012/31, K. 2014/151.



“Uyuşmazlık; davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı ve askerlik nedeni ile yapılan feshin geçerli olup olmadığı yönündedir. Davacı 31.05.2012 tarihinde askerlik yapacağını bu nedenle işten ayrılacağını bildirir dilekçesini ve askerlik sevk belgesini işverene sunmuştur. Bu konuda taraflar arasında uyuşmazlık yoktur. Davacı iş aktinin feshinden sonra (...) Hastanesinde ameliyat olmuş ve 6252 sayılı Askerlik Kanununda yapılan değişiklik nedeniyle 04.06.2012 tarihinde (...) askerlik şubesine bedelli askerlik için başvuruda bulunmuştur. 1475 sayılı yasanın halen yürürlükte olan 14. maddesinde evlenme, muvazzaf askerlik, emeklilik gibi nedenlerle işten ayrılanların kıdem tazminatı almaya hak kazanacakları yönündedir. Yasa muvazzaf askerlikten bahsetmektedir. Zira yasada bedelli askerlikle ilgili bir düzenleme yoktur. Bulunan askerlik yasasında yapılan bir değişiklik ile getirilmiştir. Davacının işten ayrılması sırasında askerlik sevk belgesini işverene sunmuş olması ile bu iradesini ortaya koyduğu, yani davacının muvazzaf askerlik nedeni ile işten ayrıldığı açıktır. Ancak sonradan değişen durum nedeni ile bu haktan faydalanmak istemesi ve işverenin ise kıdem tazminatını ödememek istemesi iyi niyet ve hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaz.”

İlk derece mahkemesi kararı incelendiğinde mahkemenin ilk olarak muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi ve devamında durum değişikliği olması nedeniyle kıdem tazminatına hükmedilmesi gerektiği sonucuna vardığı anlaşılmaktadır.

Söz konusu hüküm Yargıtay tarafından onanmış olsa da kararda bir karşı oy yazısı bulunmaktadır. Karşı oya göre:

“Davacının istifadan 4 gün sonra 04.06.2012 tarihinde bedelli askerlik başvurusunda bulunduğu ve askerliğini bedelli yaptığı, bir gün dahi silahaltına alınmadığı da sabittir. 1475 sayılı Yasanın 14/1-3 maddesiyle tanınan hakkın fiilen askerlik yapmak için mecburen işyerinden ayrılmak zorunda olanlara yönelik olması karşısında askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek yerine bedelini ödeyerek bu yükümlülüğünden kurtulan işçi 1475 sayılı Yasanın 14/1-3 maddesinde tanınan haktan yararlanamaz. Bu itibarla kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulü doğru olmamıştır.”

Karşı oy yazısından anladığımız kadarıyla söz konusu tarihteki bedelli askerlik düzenlemesinin temel askerlik eğitimi öngörmemiş olması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanılamayacağı sonucuna varılmıştır. Kıdem tazminatına hak kazanılacağına ilişkin düzenleme, yasal bir ödevin yerine getirilmesi

için işyerinden ayrılmak zorunda olan işçi için getirilen bir düzenleme olduğu göz önüne alınırsa, temel askerlik eğitiminin yer almadığı bir bedelli askerlik türü bakımından söz konusu değerlendirmenin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Hemen belirtilmelidir ki, hem geçici madde 55 hükmü hem de 7179 sayılı Kanun bağlamında temel askerlik eğitimi yerine getirme şartı söz konusudur. Bu nedenle kararda yer alan karşı oy yazısının güncel düzenlemeler bağlamında geçerli olmayacağı kanaatindeyiz.

Konuya ilişkin güncel bir yargı kararında İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 28. Hukuk Dairesi, bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde kıdem tazminatına hükmedilebileceği sonucuna varmıştır. Karara göre<sup>50</sup>:

*“Somut uyuşmazlıkta; davacı vekili dava dilekçesinde davacının bedelli askerlik nedeniyle iş akdini sonlandırdığını iddia etmiş; davalı vekili ise bedelli askerlik ile ilgili yasal düzenleme olmadığını ve davacının devamsızlık yaptığını belirtilmiştir. Buradaki uyuşmazlık bedelli askerlik iş akdini haklı olarak feshetme imkânı verip vermediği konusudur. Dosyada yer alan bilgi ve belgeler incelendiğinde; davacının bedelli askerlik görevi nedeniyle iş akdini feshettiği, 1475 Sayılı yasanın 14. maddesinin 3. bendinde belirtildiği gibi muvazzaf askerlik nedeniyle iş akdini fesheden işçinin kıdem tazminatı alabileceği gibi bedelli askerlik nedeniyle iş akdi fesheden işçinin de kıdem tazminatı hakkı olduğu, davacının bedelli askerlik nedeniyle iş akdini feshettiği ve dosyada yer alan askerlik sevk kağıdından anlaşıldığı, davalı tarafından tutulan devamsızlık tutanaklarının davacı tarafından gönderilen fesih (askerlik nedeniyle) ihtarnamesinden sonra olduğu, fesih beyanından sonra tutulan devamsızlık tutanaklarının hiçbir hüküm ifade etmeyeceği, bu nedenle kıdem tazminatı hakkı olduğu, davacının iş akdini askıda bırakma niyeti olmadığı ve iş akdini tek taraflı feshetme hakkını kullandığı, davacının iş akdinin feshettiğine dair ihtarnameyi 27/09/2019 tarihinde davalıya çektiği, davalının bu tarihten sonra tuttuğu devamsızlık tutanaklarının bir hükmü olmadığı, zaten davacının iş akdini kendisi feshettiğinden devamsızlık tutanaklarının geçerli olmadığından davacının kıdem süresi de dikkate alınarak 1475 Sayılı yasanın 14. maddesinde öngörülen kıdem tazminatı talebinde haklılık bulunduğu sonucuna varılmıştır.”*

<sup>50</sup> İstanbul BAM, 28. HD., T. 26.12.2019, E. 2019/3156, K. 2019/3356; Aynı yönde Antalya BAM, 10. HD., T. 18/02/2020, E. 2020/233, K. 2020/349; Konya BAM, 8. HD., T. 24.01.2020, E. 2019/2257, K. 2020/167.

Söz konusu kararın 7179 sayılı Kanun bağlamında da geçerli olacağı şüphesizdir.

7179 sayılı Kanun bağlamında askerlik hizmetinin yerine getirilmesi bakımından muvazzaf askerlikle bedelli askerlik arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>51</sup>. Sürekli bedelli askerlik düzenlemesi bağlamında söz konusu imkândan yararlanacak işçiler açısından kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmayacağına ilişkin durumun net şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda sorun, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesindeki “*muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle*” ibaresinin bedelli askerlik için de söz konusu olup olmayacağına değerlendirilmesi noktasında toplanmaktadır. İlk bölümde de dile getirildiği üzere ülkemizde bedelli askerlik düzenlemeleri geçici maddelerle düzenlenmekteydi. Sonuç bakımından bizce farklı bir yorum söz konusu olmaması gerekse de sürekli bedelli askerlik düzenlemesinin amaçlandığı sistemde 14. maddedeki hükmün dar anlamda yorumlanması amaca uygun düşmeyecektir. 7179 sayılı Kanun bağlamında yasal ödevin yerine getirilmesi bakımından hiçbir farkı olmayan iki kuruma farklı hukuki sonuçlar bağlanması kanaatimizce uygun değildir. Burada iş sözleşmesinin askıya alınmadığı durumlarda sözleşmeyi feshederek ayrılmak zorunda kalacak olan işçi açısından farklı bir yorumun benimsenmesi hakkaniyete uygun değildir. Ayrıca belirtilmelidir ki bir aylık temel askerlik eğitimi süresinden hareketle aksi sonuca varılması kanaatimizce doğru değildir<sup>52</sup>. Maddenin amacı yasal ödev nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan işçiyi korumaktır. Söz konusu yoruma işçi lehine yoruma gidilmesine gerek kalmadan<sup>53</sup> maddenin lafzi ve amaçsal yorumundan hareketle ulaşılmaktadır<sup>54,55</sup>. Yukarıda yer verilen güncel kararlar bağlamında da aynı sonuca varılacaktır. Kanaatimizce 7179 sayılı Kanun bağlamında da bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır<sup>56,57,58</sup>.

<sup>51</sup> ASTARLI, Muhittin: *İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 357.

<sup>52</sup> İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmek için iş sözleşmesini feshi yeterliği olduğu, askerliğin süresinin ya da türünün önemi olmadığına ilişkin görüş için bkz. ASTARLI, s. 356.

<sup>53</sup> Amaçsal yoruma rağmen kural hala şüpheli kalıyorsa işçi lehine yoruma gidilebileceği konusunda detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 28.

<sup>54</sup> Yorum yöntemleri açısından konunun detaylı değerlendirmesi için bkz. TAŞDEMİR, s. 3099.

<sup>55</sup> Konunun sadece iş hukukunu ilgilendirmemesi nedeniyle işçi lehine yorum ilkesinin uygulanamayacağına ilişkin görüş için bkz. BOSTANCI, s. 175, dn. 52. Yazarın söz konusu görüşü 1111 sayılı Kanunun geçici madde 55 hükmünde yer alan ücretsiz izin düzenlemesi için dile getirdiği anlaşılmaktadır.

<sup>56</sup> Aynı yönde TAŞDEMİR, s. 3100. Yazar işçinin sözleşmeyi sonlandırarak kıdem tazminatı alma noktasında seçimlik hak kazanacağını dile getirirse de söz konusu tespitin 7179 sayılı Kanun bağlamında söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz. Zira 7179 sayılı Kanun ücretsiz izne ilişkin spesifik bir düzenlemeye yer vermemiştir. Söz konusu tespitin geçici madde 55 hükmü bağlamında söz konusu olacağı kanaatindeyiz.

Bedelli askerliğe ilişkin bir başka sorun ise 7179 sayılı Kanun ve Askeralma Yönetmeliğinde yer alan bir düzenlemeden dolayı yaşanabilecektir. 7179 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*İstekli sayısının bedelli askerlik için belirlenen sayıdan fazla olması hâlinde, bedelli askerlikten yararlanabilecek olanlar kura ile seçilir. İstekli sayısının yararlandırılacak sayısından az olması durumunda kura çekimi yapılmadan tüm istekliler bedelli askerlik hizmeti için seçilir. Yararlanma şartlarını haiz olanlar yasal erteleme hakları devam ettiği sürece seçime tabi tutulur.*” Buna göre istekli sayısının belirlenen sayıdan fazla olması durumunda kura ile bedelli askerlikten yararlanacaklar tespit edilecektir. Yasal erteleme hakları söz konusu olanlar daha sonra yeniden bedelli askerlikten yararlanmak için talepte bulunabilirler. Askeralma Yönetmeliğinin 61. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*Erteleme hakkı olanlar hariç, bedelli askerlik tercihinde bulunmayanlar veya son hakkında tercihte bulunduğu halde kurada çıkmayıp da diğer statülerde sınıflandırılmış olanlar bedelli askerlikten yararlandırılmaz.*” Aynı maddenin 3. fıkrasının 3. bendine göre ise “*Kura sonucu bedelli askerliğe seçilemeyenler, yasal erteleme hakları devam ettiği sürece müteakip yıllarda yeniden bedelli askerlik hizmetinden yararlanmak üzere başvuruda bulunabilir. Bunların ödedikleri bedel, başvurularını müteakip kendilerine iade edilir.*” Askerlik ödevini yerine getirmek için iş sözleşmesini fesheden ancak daha sonra kura sonucu bedelli askerlikten yararlanmaya hak kazanamayan işçi açısından durum ne olacaktır? Belirtelim ki tecil hakkı bulunmayanlar açısından problem söz konusu olmayacaktır. Zira Askeralma Yönetmeliği bağlamında son tercihinde bulunduğu halde kurada çıkmayanlar diğer statülerde sınıflandırılacaklardır. Uygulamada sorun yaşanma ihtimali az olabilecek olsa da eğer kura işlemi söz konusu olursa işçi, kuradan önce iş sözleşmesini fes-

<sup>57</sup> ASTARLI, s. 357; BİRECİK, s. 15; OKUR, s. 21; YÜREKLİ, s. 102. Yazarların bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde kıdem tazminatına hak kazanılacağına ilişkin görüşü güncel mevzuatımız bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

<sup>58</sup> İş sözleşmesinin sona ermesinin bir diğer sonucu ise işsizlik sigortasıdır. Bedelli askerlik nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan işçinin işsizlik ödeneğine hak kazanabilmesinin mümkün olup olmadığının da incelenmesi gerekmektedir. İlk olarak belirtelim ki temel askerlik eğitimi yerine getirmek amacıyla işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda ise işsizlik ödeneğinden yararlanılması söz konusu olmayacaktır. Zira işsizlik sigortasından yararlanmak için “işsiz” olmak gerekmektedir. Yine söz konusu tartışma, temel askerlik eğitiminin tamamlanmasından sonraki zamana ilişkindir. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğin 1. maddesi uyarınca muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesi sona erenler, terhis tarihinden itibaren otuz gün içerisinde Kuruma başvurmaları halinde işsizlik ödeneği işlemleri başlatılacaktır. Söz konusu düzenlemenin bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesi sona erdiren işçiler açısından da geçerli olacağı kanaatindeyiz. Ancak söz konusu durumda işsizlik sigortasından yararlanmanın diğer şartlarının da, özellikle 4447 sayılı Kanunun 50. maddesi bağlamında belirli bir süre sigortalı olarak çalışma ve prim ödemiş olma şartı, gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aynı görüş için bkz. BAYSAL, Mustafa: Askere Giden İşçi İşsizlik Maaşı Alır mı?, <https://iscidunyasi.com/askere-giden-iscisizlik-maasi-alir-mi>, E.T.: 26.11.2020; İşsizlik sigortası hakkında detaylı bilgi için bkz. BAL BEKTAŞ, Özlem: *İşsizlik Sigortası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

hetmemelidir. İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi açısından temel askerlik eğitimine katılmadan makul bir süre önce iş sözleşmesini feshetmesi şartı aranmalıdır<sup>59</sup>.

## 2. Bedelli Askerlik Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Başvurulacak Fesih Türü

Askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde başvurulacak fesih türünün ne olduğu konusunun da incelenmesi gerekmektedir. İş hukuku bağlamında fesih türleri, haklı nedenle fesih ve süreli fesih olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>60</sup>. İş Kanununun 17. maddesi uyarınca süreli fesih açısından belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde bildirim sürelerine uyulması zorunluluğu söz konusudur. Haklı nedenle derhal fesih açısından ise bildirim sürelerine uyulması zorunluluğu söz konusu değildir. Askerlik nedeniyle fesihte başvurulacak fesih türünün süreli fesih olarak kabul edilmesi halinde, bildirim sürelerine uymayan işçi aleyhine ihbar tazminatına hükmedilecektir. Söz konusu durumda başvurulacak fesih türünün haklı nedenle fesih olması gerektiği kabul edilecek olursa, iş sözleşmesi derhal sona ereceğinden, işçi aleyhine kıdem tazminatına hükmedilemeyecektir.

Doktrinde bir görüş askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde başvurulacak fesih türünün süreli fesih olduğu görüşündedir. Söz konusu görüşün temel dayanağı, askerlik ödevinin işçi açısından İş Kanununun 24. maddesi kapsamına girmemesidir. Bu görüş bağlamında işçinin belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından<sup>61</sup> iş sözleşmesini feshederken bildirim sürelerine uyma zorunluluğu söz konusudur<sup>62</sup>. Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise bu durumda bildirim sürelerine uyulmasını gerektirmeyen, iş sözleşmesini derhal sona erdiren özel bir fesih türü söz konusudur<sup>63</sup>. Söz konusu durum özel bir fesih türü olarak nitelenirse de hukuki sonuçları bakımından haklı nedenle fesih ile özdeştir.

Yüksek Mahkeme de yerleşik içtihatlarında askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde bildirim sürelerine uyulması gerekliliğinin söz konusu olmadığı

<sup>59</sup> Muvazzaf askerlik açısından da fesih tarihi ile askere gitme tarihi arasında makul bir aralık bulunmalıdır. Konuya ilişkin değerlendirme ve yargı kararları için bkz. SÜZEK, s. 761; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 691; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 343; AKYİĞİT, Bedelli Askerlik ve Kıdem Tazminatı, s. 64 vd.; ARSLAN ERTÜRK, s. 788; MANAV ÖZDEMİR / GÖKTAŞ, s. 57; BEDÜK, s. 711.

<sup>60</sup> Süreli fesih ve haklı nedenle fesih konusunda detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 524 vd.; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 476 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 241 vd.; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 469 vd.

<sup>61</sup> Belirli süreli iş sözleşmeleri açısından durumun değerlendirilmesi için bkz. SÜZEK, s. 770.

<sup>62</sup> OCAK, Saim: "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı: M. Polat Soyer'e Armağan, s. 592 vd.; SÜZEK, s. 769, dn. 56'da belirtilen yazarlar.

<sup>63</sup> ASTARLI, s. 359.

sonucuna varmaktadır. Yüksek Mahkemenin bu yönde vermiş olduğu bir karara göre<sup>64</sup>:

*“İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir sebebe dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Yine, işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca yürürlüğü devam eden mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi sebeplerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.”*

İş hukuku sistemimizde haklı nedenle fesih ve süreli fesih dışında başka bir fesih türü bulunmamaktadır. İşçi açısından haklı nedenle fesih sebebi oluşturacak haller İş Kanununun 24. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu sebepler; sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı sebepler olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır. Bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi sözü edilen kategoriler arasında yer almamaktadır. Özel bir fesih türünün kabul edilmesi ise yasal çerçevelere sahip fesih kurumuna aykırı düşecektir. Bu bağlamda yasal anlamda farklı bir fesih türünün yer almaması ve bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin haklı nedenle fesih sebebi oluşturulmaması nedeniyle söz konusu halde başvuru-  
lacak fesih türünün süreli fesih olmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

### 3. Bedelli Askerlik Bağlamında Yeniden İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü

İş Kanunu bağlamında bedelli askerlik açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer hüküm, Kanunun 31. maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Hükme göre:

*“Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder.”*

<sup>64</sup> Yargıtay, 22. HD., T. 25.05.2015, E. 2014/8486, K. 2015/18216. Ayrıca karara ilişkin değerlendirme için bkz. ASTARLI, s. 358.

İş hukuku bağlamında sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırıldığı hallerden birisi de askerlik ödevi nedeniyle işten ayrılanlarla iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmasıdır<sup>65</sup>. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde de düzenleme alanı bulan bu hükümde hukuki yaptırım söz konusu değildi<sup>66</sup>. 4857 sayılı Kanunda iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne uyulmamasının yaptırımı üç aylık ücret tutarında tazminat olarak düzenlenmiştir. Belirtelim ki, söz konusu hüküm bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek için iş sözleşmesinden ayrılan işçiler açısından da söz konusu olacaktır<sup>67</sup>. Söz konusu hüküm, yeniden iş sözleşmesi yapılmasına ilişkindir. Eğer iş sözleşmesi önceki bölümde incelediğimiz üzere askıya alınmışsa, bu madde hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Zira iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde iş sözleşmesi sona ermemektedir<sup>68</sup>. İş Kanununun 31. maddesinin son fıkrası hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için iş sözleşmesinin feshedilerek askere gidilmesi gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2006 tarihli bir kararında<sup>69</sup> benzer tespitlerde bulunmuştur. Karara göre:

*“Askerlik sonrası işe alınmama halinde, askı hali ve somut olayda işveren tarafından bu yönde bir kabul de bulunmadığından, işveren tarafından gerçekleştirilen bir fesih işleminden söz edilemez. Çünkü iş sözleşmesi askerlik nedeni ile işçi tarafından daha önce sona erdirilmiştir. Yukarıda belirtilen 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31. maddesi ve buna paralel TİS’teki düzenleme, işverene askerlik sonrası işçiyi işe alma konusunda bir yükümlülük getirmiş ve başlatılmaması halinde cezai yaptırım olarak tazminat ödenmesini öngörmüştür. Bu yükümlülük ve yaptırım, askerlik sonrası işe alınmayan işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği anlamına gelmemektedir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”*

İşçi temel askerlik eğitiminin bitiminden itibaren iki ay içerisinde işverene başvuru yapmalıdır<sup>70</sup>. Söz konusu süre hak düşürücü süre niteliğindedir<sup>71</sup>. İş söz-

<sup>65</sup> İş hukuku bağlamında sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırıldığı hallerle ilgili detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 321. vd.; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 283 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 110 vd.

<sup>66</sup> YÜREKLİ, s. 66.

<sup>67</sup> KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal: *İş Kanunu Şerhi Cilt 2*, 2. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 447.

<sup>68</sup> BİRECİK, s. 34 vd.; ŞEN, s. 589 vd.; ARSLAN ERTÜRK, s. 794 vd.; MANAV ÖZDEMİR / GÖKTAŞ, s. 61 vd.

<sup>69</sup> Yargıtay, 9. HD., T. 04.12.2006, E. 2006/23768, K. 2016/31653.

<sup>70</sup> Hak düşürücü sürenin başlangıcı terhis olunan tarihtir. Yüksek Mahkemenin konuyla ilgili bir kararında yer alan karşı oy yazısı dikkat çekicidir. Bahsedilen karara göre “*Kıdem tazminatının hesaplanmasından askerlikte geçen sürenin hizmet süresine eklenerek tazminatın hesaplanmasının hatalı olduğu, 23.08.2004 tarihli başvuru dilekçesinin fotokopi olup, işverene giriş kay-*

leşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren, üç aylık ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. Söz konusu tazminata esas ücret, çıplak ücrettir<sup>72</sup>. Yasada söz konusu yükümlülüğe aykırılıktan dolayı hukuki yaptırım öngörüldüğü için işçinin aynen ifa davası açarak yargı kararıyla iş sözleşmesi kurulmasını istemesi mümkün değildir<sup>73</sup>. Bu nedenle bedelli askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılmak durumunda kalan işçinin süresinde başvurusuna rağmen işe alınmaması durumunda işçi, yalnızca tazminat yaptırımıyla yetinmek zorunda kalacaktır. Aynen ifa davası açarak işvereni iş sözleşmesi yapmaya zorlaması mevcut yasal düzenlememiz karşısında mümkün görünmemektedir.

### C. Bedelli Askerliğin Toplu İş Hukukuna Yansımaları

İncelenmesi gereken bir diğer konu ise bedelli askerliğin sendika üyeliğine etkisinin ne olacağı meselesidir. Temel askerlik eğitimini yerine getirmek için işyerinden ayrılmak zorunda olan işçinin sendika üyeliğinin akıbeti; beraberinde toplu iş hukuku bağlamında da bazı sonuçlar doğuracaktır.

Askerlik hizmetinin yerine getirilmesinin sendika üyeliğine etkisinin ne olacağı ile ilgili olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. “Sendika Üyeliğinin Sona Ermesi ve Askıya Alınması” başlıklı 19. maddenin 10. fıkrasına göre:

*“Herhangi bir askeri ödev nedeniyle silahaltına alınan üyenin üyelik ilişkisi bu süre içinde askıda kalır.”* Konuya ilişkin 2821 sayılı Sendikalar Kanununda da hüküm bulunmaktaydı. Söz konusu Kanunun 24. maddesine göre “Askerliği meslek edinmemiş bulunan askeri şahısların bu Kanuna göre sahip oldukları hak ve yükümlülükler silahaltında buldukları süre için askıda kalır.”

*dinin olmadığı bu nedenle başvuruyu kanıtlayıcı bir belge olmadığı, diğer başvuru belgesinin ise davalıya askeri birlik kanalıyla gönderilip gönderilmediği araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı denilerek bozulmuştur. Çoğunluk azınlık arasındaki görüş ayrılığı askeri birlikler kanalı ile gönderildiği iddia edilen evrakın sonucunun araştırılıp araştırılmaması konusunda toplanmaktadır. İş Yasasının 31/son maddesindeki 3 aylık tazminatı talep edebilmek için askerlik ödevinin sona ermesinden itibaren 2 ay içinde işverene başvuruda bulunmak gerekir. Somut olayda; davacının gönderdiği iddia edilen işe başvuru evrakı doğru kabul edilse bile geçerli bir başvuru kabul edilemez. Çünkü başvurunun yapılabilmesi için askerlikten terhis olmak şarttır. Terhis belgesi ile başvuruyu yapılması gerekir. Askerlik ödevi devam ederken yapılan başvuru henüz doğmamış bir hakkın istenmesidir, hukuk buna müsaade etmez. Bu nedenle 3 aylık ücret tutarındaki tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekirken başvuru dilekçesinin doğruluğu yönünden araştırılması konusundaki çoğunluk bozma kararına açıklanan gerekçelerle katılamıyorum”. Yargıtay, 9. HD., T. 02.05.2011, E. 2009/12918, K. 2011/12793.*

<sup>71</sup> SÜZEK, s. 325.

<sup>72</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 113.

<sup>73</sup> SÜZEK, s. 328.



İş sözleşmesinin askıya alınması ile sendika üyeliğinin askıya alınması kavramları arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun düzenlemesine baktığımızda yalnızca askerlik hizmetinde üyeliğin askıya alınacağına ilişkin hüküm sevk edildiği görülmektedir<sup>74</sup>. Buradan hareketle iş sözleşmesinin askıya alınması ile sendika üyeliğinin askıya alınması kurumlarının birbirinden farklılık arz ettiği sonucuna ulaşılabılır<sup>75</sup>. Düzenlemenin isabetliliği tartışmaya açık olsa da<sup>76</sup> 6356 sayılı Kanun, herhangi bir askeri ödev nedeniyle silahlıta alınmada üyeliğin askıda kalacağını düzenlemiştir. Söz konusu askı halinin etkisinin ne olacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun temelde muvazzaf askerlik hizmetini dikkate alarak bu yönde bir düzenlemeye yer verse de sürekli hale getirilen bedelli askerlik hizmeti bakımından da üyelik ilişkisinin askıda olacağı sonucuna varılmalıdır<sup>77</sup>. Sendika üyeliğinin askıya alınmasının sonucu olarak işçi, askı süresi boyunca üyelik aidatı ödemek zorunda kalmayacaktır<sup>78</sup>. Sendika üyeliği temel askerlik eğitiminin bitimine kadar askıda kalacaktır. Temel askerlik eğitiminin bitiminden itibaren sendika üyeliği devam edecektir. Bu bağlamda işçinin yeniden üyelik başvurusunda bulunmasına gerek yoktur.

Bedelli askerliğin toplu iş sözleşmesinden yararlanma bakımından etkisinin incelenmesinde ise iş sözleşmesinin askıya alınmasından hareketle sonuca ulaşılmalıdır. Bu bağlamda genel askı teorisinin bir sonucu olarak bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek için iş sözleşmesi askıya alınan işçi, temel askerlik eğitimi süresince, toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır. Söz konusu sonuca sendika üyeliğinin askıya alınmış olmasından ziyade iş sözleşmesinin askıda olmasından hareketle ulaşılmaktadır. Bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek için iş sözleşmesini fesheden işçiler açısından ise toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânının olmayacağı kuşkusuzdur.

<sup>74</sup> BAŞBUĞ, Aydın: "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Sendika Üyeliği", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2012, Sayı 28, s. 183.

<sup>75</sup> Mevsimlik işçiler açısından iş sözleşmelerinin askıda kaldığı dönemde de üyeliklerinin devam ettiği kabul edilmelidir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi: *Toplu İş Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 232 vd.; ŞAHLANAN, Fevzi: *Sendikalar Hukuku*, Banksis Yayınları No. 76, İstanbul, 1995, s. 186 vd. (Sendikalar); TUNCAY, A. Can / SAVAŞ KUTSAL, Burcu: *Toplu İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 128; DEMİR, Fevzi: *Sorularla Toplu İş Hukuku 2. Cilt*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 99 Sorularla Hukuk Dizisi: 3, Ankara, 2006, s. 86.

<sup>76</sup> BAŞBUĞ, s. 183.

<sup>77</sup> AKYİĞİT, Ercan: *Toplu İş Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 266; YÜREKLİ, s. 110.

<sup>78</sup> SUR, Melda: *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 151; AKYİĞİT, s. 268; ŞAHLANAN, s. 234; ŞAHLANAN, Sendikalar, s. 187; BAŞBUĞ, s. 183.

Sendika üyeliğinin askıda olmasının sendikaların açmış olduğu davalara etkisinin ne olacağına da incelenmesi gerekmektedir<sup>79</sup>.6356 sayılı Kanununun 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez.” İşçinin yazılı başvurusu üzerine sendika tarafından yürütülen davası söz konusuysa, bedelli askerlik sonucu, sendika üyeliğinin askıya alınmasının davaya etkisinin ne olacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bunun yanında dava sürecinde sendika üyeliğinin sona ermesinin davaya etkisinin ne olacağı özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün sendika üyeliğinin askıya alınması durumunda da uygulama alanı bulabileceği ileri sürülebilir. Sendika üyeliğinin askıya alınması, tarihsel olarak asker kişilerin sendika üyesi olamayacağına ilişkin düzenlemenin bir sonucu olarak düzenleme alanı bulmuştur. Bedelli askerlik nedeniyle temel askerlik eğitimine katılmak zorunda olan işçinin sendika üyeliği devam etmekte; yalnızca özel düzenleme gereği askıda kalmaktadır. Dolayısıyla sendika tarafından yürütülen bir dava söz konusuysa işçinin temel askerlik eğitimine katılması nedeniyle sendika üyeliği askıya alınmış olsa da herhangi bir yazılı onay verilmesine gerek kalmadan davanın devamının sağlanması gerekmektedir.

Bedelli askerlik hizmeti nedeniyle sendika üyeliğinin askıya alınmasının yetki tespitinde ve grev oylamasında etkisinin ne olacağı meselesinin de incelenmesi gerekmektedir. 6356 sayılı Kanununun 41. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.” Belirtelim ki bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, hem işyerinde çalışan toplam işçi hem de üye sayısı bağlamında dikkate alınmamalıdır. Temel askerlik eğitimini yerine getirmek amacıyla iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde durum tartışmalara yol açabilecektir. Zira söz konusu halde esasen iş sözleşmesi devam etmekte; yasal düzenleme gereği sendika üyeliği askıya alınmaktadır. Yetki şartları başvuru tarihindeki

<sup>79</sup> Sendikaların yargılama alanına ilişkin bireysel faaliyetleri hakkında detaylı inceleme için bkz. İZMİRLİOĞLU, Ayça: “Sendikaların Yargılama Alanına İlişkin Bireysel Nitelikli Faaliyetleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Sayı 2, s. 129-176.

durum dikkate alınarak belirlenmektedir<sup>80</sup>. Yetki tespiti bakımından iş sözleşmesi askıya alınan işçiler işyerinde çalışan işçi sayısına dâhildir<sup>81</sup>. Bu nedenle bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek için iş sözleşmesi askıya alınan işçinin de işyerinde çalışan toplam işçi sayısına dâhil edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte sendika üyeliği askıda olan işçinin işyerinde çalışan sendika üyesi kapsamında sayılıp sayılamayacağını da incelenmesi gerekmektedir. Sendika üyeliğinin askıda olması istisnai bir düzenlemenin sonucudur. Mevcut düzenlemenin yerindeliliği konusu tartışılabilir olsa da sendika üyeliğinin askıda olmasının yetki tespiti bağlamında üye sayısının belirlenmesinde dikkate alınmaması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır<sup>82</sup>.

Grev oylaması<sup>83</sup> 6356 sayılı Kanununun 61. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre “*Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin ilan tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu üzerine, görevli makamca talebin yapılmasından başlayarak altı iş günü içinde grev oylaması yapılır.*” Bedelli askerlik bağlamında temel askerlik eğitimini yerine getirmek için iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işçi, en az dörtte birlik nisap bakımından dikkate alınmayacaktır<sup>84</sup>. Bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek için iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda ise işçi nisap bakımından dikkate alınmalıdır<sup>85</sup>. Ancak bu durumda işçinin grev oylamasına katılması mümkün değildir<sup>86</sup>.

## SONUÇ

Askerlik, erkekler açısından anayasal bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasamızın “Vatan Hizmeti” başlıklı 72. maddesi askerlik hizmetine ilişkin düzenleme içermektedir. Anayasamızın 72. maddesinin 3. fıkrası

<sup>80</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 368; TUNCAY, A. Can / SAVAŞ KUTSAL, Burcu, s. 249.

<sup>81</sup> TUNCAY, A. Can / SAVAŞ KUTSAL, Burcu, s. 251; DEMİR, s. 243.

<sup>82</sup> YÜREKLİ, s. 113.

<sup>83</sup> Grev oylaması hakkında detaylı inceleme için bkz. ERKANLI, Betül: “Türk İş Hukukunda Grev Oylaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, s. 2209-2250.

<sup>84</sup> TUNCAY, A. Can / SAVAŞ KUTSAL, Burcu, s. 418.

<sup>85</sup> Grev oylaması bakımından çalışan ifadesinin fiilen çalışıyor olma değil, iş sözleşmesinin devam etmesi şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. CENTEL, Tankut: “Yasal Greve Müdahalede Grev Oylaması Uygulaması”, *TISK Akademi*, 2014, Cilt 9, Sayı 16, s. 11; DEMİR, Fevzi: “Grev Oylamasının Önemi ve Uygulaması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2011, Sayı 22, s. 133. (Grev Oylaması).

<sup>86</sup> Aksi görüş için bkz. YÜREKLİ, s. 113.



bağlamında askerlik hizmetinin ne şekilde yerine getirileceği veya yerine getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir. Bu bağlamda bedelli askerlik düzenlemesinin Anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

Tarihsel süreçte geçici düzenlemelerle askerlik hizmetinin bedelli askerlik şeklinde yerine getirilmesine imkân tanınmıştır. 7179 sayılı Kanun, geçmişteki düzenlemelerden farklı olarak sürekli bir bedelli askerlik düzenlemesi getirmeyi amaçlamaktadır. Askerlik hizmeti, temelde muvazzaf askerlik şeklinde yerine getirilmektedir. Belirtelim ki, askerlik hizmetinin yerine getirilmesi bakımından muvazzaf askerlikle bedelli askerlik arasında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. 7179 sayılı Kanun bağlamında muvazzaf askerliğe alternatif olarak sürekli bedelli askerlik düzenlemesine yer verilmiştir. 7179 sayılı Kanunun bedelli askerlik düzenlemesinde bir aylık temel askeri eğitimi yerine getirme şartı söz konusudur. Bu nedenle söz konusu eğitimi yerine getirmek zorunda olan işçi işyerinden ayrılmak zorunda kalacaktır. Yine 7179 sayılı Kanunun bedelli askerlik sisteminde düzenlemeden yararlananlar açısından herhangi bir yaş sınırlamasına da yer verilmemiştir.

Bir aylık temel askerlik eğitimini yerine getirmek amacıyla işyerinden ayrılmak zorunda olan işçinin iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı meselesinin incelenmesi gerekmektedir. 7179 sayılı Kanun öncesindeki son bedelli askerlik düzenlemesi olan 1111 sayılı Kanunun geçici madde 55 hükmünde temel askerlik eğitimini yerine getirmek amacıyla işyerinden ayrılan işçilerin ücretsiz izinli sayılacakları düzenlenmişti. Bu bağlamda işçi açısından ek bir imkân söz konusuydu. İşçi, temel askerlik eğitimini yerine getirmek için isterse ücretsiz izne ayrılabilir isterse de iş sözleşmesini feshedebilecekti. 7179 sayılı Kanunda bu yönde bir hükme yer verilmemiştir. Bize göre söz konusu hükmün askerliğe ilişkin temel esasların düzenlendiği bir kanunda yer almaması isabetli olmuştur. Kanun koyucunun bu yönde bir tercihte bulunması durumunda konunun İş Kanununda düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. 7179 sayılı Kanunda bedelli askerliğin iş sözleşmesine etkisi noktasında bir düzenleme yer almadığından konunun genel askı koşulları çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

Yasal bir ödev olan bedelli askerlik hizmetinin yerine getirilmesi bağlamında işyerinden ayrılmak zorunda olan işçi açısından maddi ifa imkânsızlığı söz konusudur. Söz konusu imkânsızlık, yasal bir ödevin gereği olduğundan işçinin kusuru söz konusu değildir. Yine iş görme ediminin yerine getirilmemesi geçici niteliktedir. İş görme ediminin belirli bir zamanda yerine getirilmesi zorunluluğunun bulunup bulunmadığı koşulunun somut olay çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Son olarak işçi ve işverenin iş sözleşmesinin askıya alınması noktasında anlaşmaları gerekmektedir. Söz konusu koşullar oluştuğu

takdirde iş sözleşmesi bir aylık temel askerlik eğitiminin bitimine kadar askıya alınacaktır. Olması gereken hukuk açısından meselesinin yasal bir askı hali olarak düzenlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

İşçinin anayasal dinlenme hakkının görünümünden birisi de yıllık ücretli izin hakkıdır. Yıllık ücretli izin hakkının vazgeçilemez olması ve asıl amacın işçinin dinlenmesi olmasından hareketle temel askerlik eğitiminin yıllık ücretli izinde yapılamaması gerektiği kanaatindeyiz.

İncelenmesi gereken bir diğer konu ise bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda söz konusu askı sürelerinin kıdem ve yıllık ücretli izin süresine etkisinin ne olacağı meselesidir. Kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler içeren 1475 sayılı Kanununun 14. maddesi, kıdem sürelerinin tespitinde iş sözleşmesinin devam süresini dikkate almıştır. Bu nedenle bedelli askerlik nedeniyle temel askerlik eğitiminde geçirilen sürelerin de kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Yargıtay kararlarına baktığımızda ise kıdem süresinin tespitinde fiilen çalışılan veya çalışılmış sayılan sürelerin dikkate alındığını görmekteyiz. Yıllık ücretli izin süreleri bakımından ise 4857 sayılı Kanununun 55. maddesi bağlamında “işverence verilen diğer izinler” ifadesinin temel askerlik eğitimi nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda da geçerli olacağı kanaatindeyiz.

Tartışılması gereken bir diğer durum ise Türk Borçlar Kanununun 409. maddesinin bedelli askerlik bağlamında uygulama alanı bulup bulamayacağı meselesidir. Maddeye göre:

*“Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkeniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.”*

İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından konuya ilişkin özel düzenleme bulunmaması nedeniyle hükmün bedelli askerlik bağlamında da uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz.

İşçi iş sözleşmesinin askıya alınması yerine sözleşmeyi feshetmeyi tercih edebilir. İşçinin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağını da incelenmesi gerekmektedir. 1111 sayılı Kanunun geçici madde 55 hükmünde yer alan işçilerin temel askerlik eğitimi boyunca ücretsiz izinli sayılacaklarına ilişkin düzenlemenin kıdem tazminatı bağlamında etkisinin ne olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılıkları söz konusudur. Doktrinde bir görüş söz konusu durumun işçi açısından ek bir imkân teşkil ettiğini,

bu nedenle iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını ileri sürmektedir. Diğer görüş ise madde düzenlemesinin işçi açısından da feshi engelleyici nitelikte olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce ilk görüşün benimsenmesi amaca daha uygun düşecektir. 7179 sayılı Kanunda ise işçilerin temel askerlik eğitimi boyunca ücretsiz izinli sayılacaklarına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu bağlamda bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatına hak kazanması gerektiği kanaatindeyiz. 7179 sayılı Kanun düzenlemesi açısından, hangi görüş benimsenirse benimsen sin, aynı sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Yine belirtelim ki işçinin temel askerlik eğitimine katılmadan makul bir süre önce iş sözleşmesini feshetmesi gerekmektedir.

Bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda başvurulacak fesih türünün ne olduğu meselesinin de incelenmesi gerekmektedir. Doktrinde yer alan bir görüş söz konusu halin süreli fesih olduğunu ileri sürmektedir. Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise söz konusu durumda bildirim süresi verilmesini gerektirmeyen özel bir fesih türü söz konusudur. Bu görüş kabul edilecek olursa, bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçi sözleşmeyi derhal sona erdirebilecektir. Yüksek Mahkeme de yerleşik içtihatlarında askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde bildirim sürelerine uyulmasının gerekmediği sonucuna varmaktadır. Yasal anlamda başvurulacak fesih türlerinin sınırlı olması ve askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaması karşısında başvurulacak fesih türünün süreli fesih olması gerektiği kanaatindeyiz.

İş Kanununun 31. maddesinin son fıkrasında askerlik nedeniyle işten ayrılan işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Belirtelim ki madde düzenlemesi bedelli askerlik hizmeti nedeniyle işyerinden ayrılan işçiler açısından da işlerlik kazanacaktır. İş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde söz konusu hüküm uygulanmayacaktır. İş Kanununda söz konusu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde üç aylık ücret tutarında tazminat ödeneceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu hale ilişkin yaptırım kanunda açıkça öngörül-müş olduğundan işçinin aynen ifa davası açarak yargı kararıyla iş sözleşmesi kurulmasını istemesi mümkün değildir.

Bedelli askerlik hizmetinin toplu iş hukuku bağlamında yansımalarının da incelenmesi gerekmektedir. 6356 sayılı Kanunun 19. maddesinin 10. fıkrasına göre “*Herhangi bir askeri ödev nedeniyle silahaltına alınan üyenin üyelik ilişkisi bu süre içinde askıda kalır.*” Kanuni düzenlemenin bir sonucu olarak sürekli hale getirilen bedelli askerlik hizmeti bakımından da sendika üyeliğinin askıda kalacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu bağlamda sendika üyeliğinin askıda kalma-

sının sonucu olarak işçinin söz konusu süre boyunca aidat ödeme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Yine iş sözleşmesinin askıda olmasından hareketle temel askerlik hizmeti süresince işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı belirtilmelidir.

Bedelli askerlik hizmeti nedeniyle sendika üyeliğinin askıya alınmasının sendika tarafından yürütülen davaya etkisinin ne olacağı konusunun da incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda esasen sendika üyeliğinin sona ermediği; askıda kaldığı düşüncesinden hareketle söz konusu davalara herhangi bir yazılı onaya gerek kalmaksızın devam edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınmasının yetki tespitinde ve grev oylamasında etkisinin ne olacağı konusunun da incelenmesi gerekmektedir. Belirtelim ki bedelli askerlik hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işçi ne yetki tespitinde ne de grev oylamasında dikkate alınacaktır. Zira söz konusu hallerde iş sözleşmesi sona ermektedir. Temel askerlik eğitimini yerine getirmek amacıyla iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda ise yetki tespiti bakımından işçinin, iş sözleşmesi devam ettiğinden, işyerinde çalışan toplam işçi sayısına dâhil olması gerektiği kanaatindeyiz. Yetki tespiti bakımından üye sayısının belirlenmesinde ise üyelik askıda olduğundan dikkate alınmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Grev oylaması bakımından ise bedelli askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesi askıda olan işçi en az dörtte birlik nisap bakımından dikkate alınmalıdır. Ancak söz konusu durumda işçi grev oylamasına katılamayacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKDENİZ, Ayşe Ledün: *İş İlişkilerinde İmkânsızlık*, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2018.
- AKIN, Levent: “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2020, Cilt 34, Sayı 3, s. 17-71.
- AKYİĞİT, Ercan: *Toplu İş Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- AKYİĞİT, Ercan: “7146 Sayılı Kanunla Gelen Bedelli Askerlik ve Kıdem Tazminatı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Kasım 2018, Cilt 13, Sayı 146, s. 62-71 (Bedelli Askerlik ve Kıdem Tazminatı).
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: “7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2019, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 781-807.
- ASTARLI, Muhittin: *İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BAL BEKTAŞ, Özlem: *İşsizlik Sigortası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- BAŞBUĞ, Aydın: “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Sendika Üyeliği”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2012, Sayı 28, s. 173-185.
- BAŞTERZİ, Süleyman: *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*, 72 Tasarım Basımevi, Ankara, 2007.
- BAYBORA, Dilek: “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü”, *Çimento İşveren Dergisi*, Temmuz 1998, Cilt 12, Sayı 4, s. 4-22.
- BAYSAL, Mustafa: Askere Giden İşçi İşsizlik Maaşı Alır mı?, <https://iscidunyasi.com/askere-giden-isci-issizlik-maasi-alir-mi>, E.T.: 26.11.2020.
- BEDÜK, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 27, Sayı 2, s. 679-726.
- BİRECİK, Mustafa: *Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- BOSTANCI, Uygur: “Muvazzaf Askerliğin İş Sözleşmesinin Sürekliliğine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, Sayı 40, s. 166-178.
- CENTEL, Tankut: “Yasal Greve Müdahalede Grev Oylaması Uygulaması”, *TİSK Akademi*, 2014, Cilt 9, Sayı 16, s. 6-23.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 33. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.



- DEMİR, Fevzi: *Sorularla Toplu İş Hukuku 2. Cilt*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 99-Sorularla Hukuk Dizisi: 3, Ankara, 2006.
- DEMİR, Fevzi: “Grev Oylamasının Önemi ve Uygulaması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2011, Sayı 22, s. 121-137.
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ERKANLI, Betül: “Türk İş Hukukunda Grev Oylaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, s. 2209-2250.
- İZMİRLİOĞLU, Ayça: “Sendikaların Yargılama Alanına İlişkin Bireysel Nitelikli Faaliyetleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Sayı 2, s. 129-176.
- KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal: *İş Kanunu Şerhi Cilt 2*, 2. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul, 2008.
- MANAV ÖZDEMİR, Eda / GÖKTAŞ, Seracettin: “Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, Sayı 40, s. 48-65.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- OCAK, Saim: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı: Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, s. 573-608.
- OKUR, Ali Rıza: “Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2012, Sayı 25, s. 15-23.
- ÖZDEMİR, Erdem: Bedellide Tazminat Tartışması, <https://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869>, E.T.: 22.11.2020.
- ÖZKARACA, Ercüment / ÜNAL, Canan: “Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresi-ine Etkisi”, *Çimento İşveren Dergisi*, Temmuz 2020, Cilt 34, Sayı 4, s. 20-37.
- SUR, Melda: *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

- SÜZEK, Sarper: *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi*, Savaş Yayınları, Ankara, 1989 (Askı).
- SÜZEK, Sarper: “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 9, Özel Sayı: Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, s. 115-133 (Ücretsiz İzinler).
- ŞAHLANAN, Fevzi: *Toplu İş Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ŞAHLANAN, Fevzi: *Sendikalar Hukuku*, Banksis Yayınları No. 76, İstanbul, 1995 (Sendikalar).
- ŞEN, Murat, “İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu”, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 2001, Cilt 27, Sayı 3, s. 557-596.
- TAŞDEMİR, Yasemin: “7146 Sayılı Kanun ve 7179 Sayılı Askeralma Kanunu Kapsamındaki Bedelli Askerlik Uygulaması Bağlamında Kıdem Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmamasına İlişkin Değerlendirme”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Nisan 2020, Cilt 5, Sayı 1, s. 3083-3103.
- TAŞKENT, Savaş: “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2006, Sayı 3, s. 20-28.
- TUNCAY, A. Can / SAVAŞ KUTSAL, Burcu: *Toplu İş Hukuku*, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- URHANOĞLU, İhtar: *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- YAMAKOĞLU, Efe / KARAÇÖP, Eda: “İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, s. 479-506.
- YAMAN, Rabia: “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı Cilt II, s. 765-787.
- YÜREKLİ, Sabahattin: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/22179.pdf>, E.T.: 22.11.2020.

# **Kitap İncelemesi**

---



## Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in *Hatıralarım* Eseri Bağlamında 1933 Üniversite Reformu ve *Hukukçu* Olmak

[Prof. Dr. Ernst HIRSCH: *Hatıralarım. Kayser Dönemi - Weimar Cumhuriyeti - Atatürk Ülkesi. Zaman Sınırlarını Aşan Bir Hayat Hikâyesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985]

Burak IŞIK<sup>(\*)</sup>

### I. GİRİŞ

“*Geldiğin Yeri Unutma Sakın!*”<sup>1</sup> bölümüyle başlayan eser<sup>2</sup>, dört yüzden fazla insan, yaklaşık bir düzine şehir ve beş hukuk fakültesine değinerek Prof. Hirsch'in *zaman sınırlarını aşan hayat hikâyesinin* ilk elli yılını anlatmaktadır. Prof. Hirsch, otuz bir yaşındayken, Almanya'da yükselen nasyonal sosyalizmin etkisiyle ülkesini terk etmek zorunda kalmış ve 1933 üniversite reform hareketinin bir parçası olarak Türkiye'ye gelmiştir. Henüz yetişme aşamasında bir akademisyen olmasına rağmen, büyük bir sorumluluk yüklenmiş, kitabın ikinci bölüme ismini veren “*Çalışan Kazanır*” sloganını hayatının her aşamasında ve özellikle Türkiye'de yürüttüğü faaliyetler özelinde benimsemek suretiyle, çağdaş Türkiye Cumhuriyeti'nin inşasında gerekli görülen birçok projede görev alma imkânı bulmuştur.

Eserin ilk bölümü yazarın çocukluk dönemine yoğunlaşmakta, Prof. Hirsch'in yetişkinlik hayatına yön veren insanlar ve olaylara yer vermektedir.

(\*) Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,  
E-mail: burak\_isik@anadolu.edu.tr,  
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-5387-5498>.

<sup>1</sup> Birinci bölüme ismini veren bu özdeyişin hikâyesini yazar şu sözlerle açıklamaktadır: “... *Ama benim için asıl etkili olan rolü, çocukluğumda kendime örnek aldığım insanlar oynamıştır. Çocuk, ahlaka uygun davranışlarına bakarak öğrenir. Nitekim baba ocağından ilk gurbete çıktığımda, babamın beni 'geldiğin yeri unutma, sakın' sözleriyle uğurlaması boşuna değildi.*”, bkz. HIRSCH, Ernst: *Hatıralarım. Kayser Dönemi - Weimar Cumhuriyeti - Atatürk Ülkesi. Zaman Sınırlarını Aşan Bir Hayat Hikâyesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985, s. 47.

<sup>2</sup> İlk kez “*Aus des Kaisers Zeiten durch die Weimarer Republik in das Land Atatürks: Eine unzeitgemässe Autobiographie*” adı ile 1982 yılında Münih'te Sweitzer Verlag tarafından 1982 yılında yayınlanmış eserin Türkiye'de yayınlama hakkı Prof. Dr. Ernst E. Hirsch tarafından Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'ne bağışlanmış, eser 1985 yılında “*Hatıralarım. Kayser Dönemi - Weimar Cumhuriyeti - Atatürk Ülkesi. Zaman Sınırlarını Aşan Bir Hayat Hikâyesi*” başlığıyla, Fatma Suphi'nin çevirisi ve Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Prof. Dr. Nuşin Aytiner, Prof. Dr. İlhan Akipek ve Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'ın katkılarıyla Ankara'da yayınlanmıştır. Eser, 1997 yılından sonra Tübitak Yayınları tarafından basılmaya devam etmiştir.



Bölüme ismini veren özdeyişin yazarın hayatının her döneminde ne denli önemli bir yer arz ettiğini tüm kitap boyunca görmek mümkündür. Sadece bir hukukçu olarak değil, aynı zamanda bir insan olarak gelişiminin mimarı sayılabilecek aile üyeleri ve öğretmenlerinin Hirsch'in üzerinde bıraktıkları etki ve henüz bir lise öğrencisiyken patlak veren I. Dünya Savaşı'nın ve ilerleyen yıllarda yazarı ülkesini terk etmek zorunda bırakacak Yahudi karşıtlığı ile ilk tanışmasının izleri bu bölümde açıkça ortaya konmuştur.

Prof. Hirsch'in ilk yetişkinlik yıllarını, yükseköğrenim sürecini ve meslek hayatının ilk dönemini anlatan “*Çalışan Kazanır*”<sup>3</sup> başlıklı ikinci bölümde, 1920'ler Almanya'sının hukuk eğitimi ve hukuk mesleklerinin faaliyet şekillerine ilişkin detaylı tasvirler yapılmış, dönemin sosyal, ekonomik ve siyasi koşullarına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Frankfurt Üniversitesi'nde doçentlik görevine başlamadan önce, bankacılık, avukatlık ve *inhouse* hukuk danışmanlığı<sup>4</sup> yapan Prof. Hirsch'in yetişkinlik hayatının neredeyse tamamını vakfettiği hukuk bilimi ve akademisyenlik mesleğini seçiş öyküsü, yazarın mesleki anlamdaki gelişiminin ve bu gelişiminin hem içsel hem de dışsal etkilerinin net bir şekilde izlenebilmesine imkân sağlamaktadır.

“*Atatürk'ün Ülkesinde Bir Hukuk Hocası*” başlıklı üçüncü ve son bölümde ise, Prof. Hirsch, Türkiye'nin toplumsal, siyasi ve sosyal yaşantısı ile hukuk düzenine ilişkin gözlem ve tecrübelerine yer vererek, Türkiye'de geçirdiği yaklaşık yirmi yılı anlatmış, cumhuriyet rejiminin gereklerini karşılayacak üniversitelerin kurulması, Türk bilim insanlarının yetiştirilmesi ve özellikle çağdaş hukuk eğitiminin kurgulanması hususlarına ışık tutmuştur. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesi, yerleşik sorunları, mevcut iktidarların çözüm arayışları ve eğilimleri, entelektüel bir bilim insanı olmanın gerektirdiği nesnellikle irdelenmiştir.

İncelemede eser, yazarın *çoğunlukla* takip ettiği kronolojik yöntemden bağımsız olarak, özellikle Türk okuyucular için büyük önem arz ettiği düşünülen, iki temel açıdan ele alınmıştır. Bu çerçevede, öncelikle, sadece hukukçular için değil, çağdaş Türkiye Cumhuriyeti'nin inşa edilme çabaları, bu doğrultuda sosyal, ekonomik ve siyasi hayatı yeniden düzenlemeyi hedefleyen devrimler ve bu

<sup>3</sup> Prof. Hirsch hayatını yönlendirebilmesini, I. Dünya Savaşı'nın bitimiyle başlayan ve Büyük Buhrana kadar devam eden Almanya'nın “*Altın 1920'leri*”nde, I. Dünya Savaşı'nın sebep olduğu büyük yıkımın onarılması için gerekli olan vatandaşların kolektif çabası ve meritokratik devlet düzenine geçiş eğiliminin sembolü olan bu *slogana* borçlu olduğunu itiraf etmektedir. bkz, HIRSCH, s. 112. Zira Prof. Hirsch'in, akademik, mesleki ve sosyal yaşantısındaki üretkenliği ve bu özelliği ile günümüzde dahi sayısız hukukçunun ve devlet adamının övgülerine mazhar olduğu bu durumu kanıtlar niteliktedir.

<sup>4</sup> Belirli bir hukuk firması ya da avukatlık ortaklığına bağlı olmadan, doğrudan bir şirket bünyesinde, bağlı olunan şirketin hukuki meselelerine ilişkin olarak yapılan danışmanlık ve avukatlık faaliyeti olarak tanımlanabilir.

devrimlerin etkinliği, çok partili hayata geçiş ve Türkiye'de hala tartışılmaya devam eden eski ile yeni arasındaki ikilik ve dengeye ilişkin farklı bir bakış açısı okumak isteyen herkes için, yazarın Atatürk'ün 1933'te gerçekleştirdiği üniversite reformu ve döneme ilişkin gözlem ve tecrübelerine yönelik değerlendirmelere yer verilecektir. Ardından, hayatını hukukun bilimsel çerçevede gelişmesi ve hukukçu bilim insanlarının yetişmesine adanmış Prof. Hirsch'in, hukuk eğitimine ve *hukukçuluğa* dair görüşleri ele alınacaktır.

## II. ATATÜRK TÜRKİYE'Sİ VE 1933 ÜNİVERSİTE REFORMU

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Prof. Hirsch'in Türkiye'de geçirdiği yaklaşık yirmi yılda edindiği tecrübeler ve gözlemler, hayatını hukukun gelişimine vakfetmiş titiz bir *yabancı* bilim insanının nesnelliği ve otuz bir yaşında ülkesini terk etmek zorunda kaldıktan sonra aldığı davet üzerine Türkiye'ye gelen ve kısa sürede bu yeni ülkeye bağlandığını hisseden bir *Türk* samimiyetiyle kaleme alınmıştır.<sup>5</sup> Bu çerçevede, hukuki meseleler dışında, gözlemlediği sosyal ve kültürel hususlar bir sorun olarak nitelendirilmeden ve dolayısıyla bir çözüm getirme çabası içine girilmeden, salt *tespit dili* ile okuyucuya sunulmuştur. Bu nedenle, yazarın döneme ve Türkiye'ye ilişkin gözlem ve tespitlerine yönelik özgün bakış açısının, tarihsel perspektife ışık tutması bakımından da, değer taşıdığı kabul edilmelidir.

Türkiye'de modern rejimin gereklerini karşılayabilecek düzeyde eğitim verecek çağdaş üniversitelerin kurulması amacıyla 1933'te İstanbul Üniversitesi'nin kurulması<sup>6</sup> ile başlayan Üniversite Reformu'nun önemli bir ayağını, birçoğu 1933

<sup>5</sup> Prof. Hirsch'in Türkiye'ye bağlılığı, eserde yer alan birçok hatırasında açıkça belli olmakta ve yazar tarafından da defalarca vurgulanmaktadır. Türkiye'ye gelişinden birkaç hafta sonra, Türkiye Cumhuriyeti'nin 10. Yıl Resepsiyona katılmasını şu sözlerle anlatmaktadır: "Ve işte ben, kendi Alman vatanında Yahudi olduğu için hor görülen, "aşâğılık" ırka mensup olduğu için işgal ettiği mevkilerden kovulan, evini yurdunu terk edip, yabancı ülkelere kaçmak zorunda bırakılan ben, "mülteci" ben, "dünyanın bir ucundaki Türkiye'de" nice billurlarla, mermerler, somaki taşı, su mermeri, paha biçilmez kakma işlerinin ihtişamıyla parıldayan, nice değerli mobilyayla, halıyla, resimle süslü, bir zamanların taht salonu olan bu mekânda, ülkenin ilk bin seçkininden sayılan, saygıdeğer bir Alman profesör sıfatıyla hazır bulunmaktaydım!" (bknz. HIRSCH, s. 240) Resmen Türk uyruğuna geçiş talebinin kabul edildiği haberinin verilmesinden sonra ise ilk sözleri "Ne mutlu Türküm diyene!" olmuştur. (bknz. HIRSCH, s. 356) Prof. Hirsch 1952 yılında Almanya'ya bir Türk profesör olarak dönmüş, Berlin'de de Türk menfaatlerini savunmayı ve onları kollamayı kendine görev bildiğini, burada da çevresine birçok Türk hukukçu toplandığını, Türk hukukuna katkı sunmaya devam ettiğini belirtmiştir. (bknz. HIRSCH, s. 452) Ancak, Türkiye'de çalıştığı süre boyunca, resmen Türk uyruğuna geçmiş olmasına rağmen, *yabancı profesör* olarak görülmeye devam ettiğini de yer yer tekrarlamıştır.

Prof. Hirsch'in Türkiye'de doğan oğluna *Enver Tandoğan* ismini veriş hikayesi için bknz. HIRSCH, s. 402.

<sup>6</sup> Widmann, Türkiye'de çağdaş yükseköğretim kurumlarının kurulmasını dört döneme ayırır. Birinci dönem reform yapan sultanların okul ve yükseköğretim kurumlarıyla başlar. İkinci dönem, I. Dünya Savaşı sırasında Alman profesörlerin Türkiye'ye gelmesi ile denenen ve kısmen başarılı olan ikinci atı-

ila 1945 yılları arasında Türkiye’de yaşayan Alman profesörler oluşturur.<sup>7</sup> Bu reformun amacı, Prof. Dr. Albert Malche tarafından 1932 yılında hazırlanan raporda tespit edilen hususların düzeltilmesidir. Raporda, Prof. Malche, pratik uygulama ve seminerlerin azlığı, derslerin daha çok ansiklopedik bilgi verme biçiminde ve ezbere dayalı olduğu, ders yöntemlerinin eskimişliği, Türkçe bilimsel yayınların eksikliği, yabancı dil bilgisinin yetersizliği ve geleceğin bilim insanlarının ancak yurt dışında yetiştirilebilecekleri meseleleri üzerinde durmuştur.<sup>8</sup>

Prof. Malche’nin raporunda, Darülfünun’un eğitim sistemine yönelik eleştirilerin tümüne Türkiye’deki akademik kariyeri süresince, bireysel ve kolektif çabalarla çözüm getirmeye çabalayan Prof. Hirsch, kendisinden beklenenden çok daha fazla sorumluluk alarak, İstanbul ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültelerinin kütüphanelerinin oluşturulması ve geliştirilmesi,<sup>9</sup> hukuk fakültelerinde seminer ve pratik çalışmaların yaygınlaştırılması için faaliyetler yürütmüştür. Ayrıca, hukuk derslerinin interaktif bir yöntemle verilmesi,<sup>10</sup> Türkçe bilimsel hukuk yayını sayısının artırılması,<sup>11</sup> Türk bilim insanlarının yetiştirilmesi<sup>12</sup> ve özellikle hukuk eğitiminin gelişimi açısından büyük bir engel teşkil eden yabancı dil sorununun çözülmesi<sup>13</sup> için büyük gayret göstermiştir.

İlim dönemidir. 1933 Üniversite Devrimi ile İstanbul Üniversitesi ile Ankara Üniversitesi’nin kurulması üçüncü dönemde gerçekleşir. Alman etkisinden uzaklaşarak, Amerikan örneklerine göre organize edilmiş İzmir, Erzurum ve Trabzon’da kurulan üniversitelere ek olarak, ODTÜ ve Hacettepe Üniversitesi’nin kurulması dördüncü döneme tekabül eder. Bknz., WIDMANN, Horst: *Atatürk Üniversite Reformu*, (Çev.) KAZANCIGİL, Aykut / BOZKURT, Serpil: İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Atatürk’ün Yüzüncü Doğum Yılı Kutlama Yayınları Özel Seri 3, İstanbul, 1981, s. 20-22.

<sup>7</sup> 18.11.1933 Tarihinde açılan İstanbul Üniversitesi’nin akademik kadrosu, Darülfünun’un 240 hocasından kadroya alınan 71 profesör (Hukuk Fakültesi için 14), 1924 yılından itibaren Avrupa üniversitelerinde öğrenimlerini tamamlayarak yurda dönen ve bir iki yıl içinde doçent olmaları beklenen genç öğretim elemanları ve yabancı profesörlerden oluşmaktadır. KURUYAZICI, Nilüfer: “Farklı Bir Sürgün: 1933 Türkiye Üniversite Reformu ve Alman Bilim Adamları”, *Alman Dili ve Edebiyatı Dergisi*, 1998, Sayı 11, s. 41.

<sup>8</sup> KURUYAZICI, s. 41. Detaylı bilgi için bknz. *Eski Üniversiteye İlişkin Eleştiriler* bölümü WIDMANN, s. 31 vd.

<sup>9</sup> Detaylı bilgi için bknz. *Kütüphaneci Olarak* bölümü HIRCSH, s. 279 vd.

<sup>10</sup> Detaylı bilgi için bknz. HIRCSH, s. 287 vd.

<sup>11</sup> Prof. Hirsch’in Türkçe eserleri için bknz. *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan*, s. XXIII vd.

<sup>12</sup> Çağdaş Türk hukukunun en önde gelen isimlerinden Prof. Dr. Halil Arslanlı, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu, Prof. Dr. İlhan Akipek, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, yazarın kitabında isimlerini zikrettiği asistanlarıdır. Prof. Hirsch Türkiye’den ayrıldıktan sonra bile Türk hukuk bilim insanlarının yetişmesi için çaba sarf etmeye devam etmiştir. Halen Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi olarak görev yapmakta olan Prof. Dr. Zühtü Aytaç, Freiburg Albert Ludwigs Üniversitesi’nde tamamladığı (1975) doktora eğitimi sırasında Prof. Hirsch ile yakinen çalışma imkânı bulduğunu, Prof. Hirsch’in, çalışmalarına büyük titizlik ve gayretle destek verdiğini ifade etmiştir.

<sup>13</sup> Her ne kadar 1933 Üniversite Reformu kapsamında Türkiye’ye davet edilen Alman profesörler ile yapılan sözleşmelere “Profesör, üçüncü yıldan sonra derslerini Türkçe olarak vermek için elinden geleni yapmakla yükümlüdür.” şeklinde bir hüküm konmuşsa da, profesörlerin birçoğu



1933 yılının Ocak ayında, Almanya'da hükümetin nasyonal sosyalistler tarafından devralınması ile birlikte çeşitli yollarla görevlerinden uzaklaştırılan Alman profesörler, "Yurt Dışındaki Alman Bilim Adamları Yardım Cemiyeti" çatısı altında toplanmaya başlamış, bu cemiyetin faaliyetleri vasıtasıyla farklı ülkelerde görev başlamıştır. Yardım Cemiyeti bünyesinde İstanbul ile bizzat iletişim kuran Prof. Schwartz'ın girişimleri ile birlikte Alman profesörler için Türkiye yolu açılmıştır.<sup>14</sup> İstanbul Üniversitesi'nin ihtiyaçları ve Prof. Malche'nin raporu doğrultusunda belirlenen profesörler Türkiye'de ders vermek üzere davet edilmiştir. 1933'te kırk iki kişi olan yabancı profesör sayısı ilerleyen yıllarda hızla artmıştır.<sup>15</sup>

İstanbul Üniversitesi'nin faaliyete geçmesi ve bilimsel çalışmaların hızlandırılması amacıyla Türkiye'ye gelen yabancı profesörler, akademik çalışmalarının yanında, dönemin şartları itibarıyla merkezi yönetim ekonomisi ekseninde şekillenen politikalar çerçevesinde, Türkiye'de tarım ve sanayinin geliştirilmesi ve gerekli altyapının inşası için görevler üstlenmişler, Türkiye Cumhuriyeti'nin yürütmekte olduğu politika ve faaliyetlerin yurt dışında tanıtılması için çalışmalar yürütmüşlerdir.<sup>16</sup>

Prof. Hirsch, çağdaş Türk hukuk sisteminin kurulması ve geliştirilmesi amacıyla birçok projede yer almış, birçok kanun tasarısı hazırlamıştır. Eserde bu çalışmalara ek olarak, Türkiye'nin demografik yapısı, 1933 ile 1952 yılları arasındaki siyasi durumu, üniversite reformu, özdil hareketi ve Soyadı Kanunu gibi Atatürk devrimlerinin etkinliği hakkında gözlemlere yer verilmiştir. Alman profesörlerin Türk yükseköğretim sistemine entegrasyonu<sup>17</sup>, anekdotlar vasıtasıyla, tahlil edilmiştir.<sup>18</sup>

bu şartı yerine getirememişken, Prof. Hirsch, Prof. Arslanlı'nın da desteğiyle, Türkiye'ye geldikten üç yıl sonra derslerini Türkçe verebilecek düzeye gelmiş, Türkçesi'ni ilerleyen yıllarda hukuk sözlükleri, akademik çalışmalar ve kanun tasarıları hazırlayacak düzeye getirmiş, hukukta özdil hareketine katkı sunmuştur. Detaylı bilgi için bkz. *Dil Maddesi* bölümü HIRCSH, s. 249 vd.

<sup>14</sup> Detaylı bilgi için bkz. WIDMANN, s. 41 vd.; HIRCSH, s. 216 vd.

<sup>15</sup> WIDMANN, s. 54.

<sup>16</sup> Detaylı bilgi için bkz. *Türkiye'de Yüksek Okulların Gelişmesine Mültecilerin Katkıları* bölümü WIDMANN, s. 169 vd.

<sup>17</sup> Detaylı bilgi için bkz. *İltica Fenomenine Katkıları*, WIDMANN, s. 160 vd.

<sup>18</sup> Bu görüşlerden birisi şu şekildedir: "*Bunun sonucunda bazı profesörler, isteyerek ya da istemeyerek, tüm grubun eleştirilmesine sebep olmaktadır. Oysa gerçekte homojen olmayan grupta birlik de yoktur. Zaten içimizden her biri kendi burnunun doğrultusuna gitmese, kendi çalışma alanını ve kişisel çıkarlarını kısıpçlıkla kollamasa ve Alman meslektaşlarına karşı -meslektaş hoşlanmadığımız kimselere verilen addır- duygusunu beslemese idi bize sahiden Alman profesör denilebilir miydi?*"

*Herkes birer bulunmaz Hint kumaşydı, bireyselliği ve özgünlüğünde eşi emsali yoktu. Yabancı diyarların geleneklerini, göreneklerini hor görerek homurdanmak, 'bizim orada' âdet olan neyse ona sıkı sıkıya sarılmak şeklinde tezahür eden, daha önce de değindiğim emigrant zihniyeti şu şekillerde kendini gösteriyordu: ...*" HIRCSH, s. 246.

### III. HUKUKÇU OLMAK

1924 yılında hukuk doktorası veren Prof. Hirsch, Ocak 1930'da Frankfurt Üniversitesi'nde doçentlik tezini vermiş, bunu takiben medeni hukuk, ticaret hukuku, Alman Devletleri hususi hukuku ve devletlerarası hususi hukuk derslerini okutmuştur.<sup>19</sup> Hukuk eğitimi süresince ve öğretim üyeliği görevine kadar avukat stajyerliği, avukatlık ve hâkim stajyerliği görevlerini sürdürmüş, 1931 yılından itibaren Frankfurt'ta *Landgericht*<sup>20</sup> üyesi olmuştur.

Özellikle eserin ikinci bölümünde, yazarın çeşitli hukuk mesleklerindeki tecrübeleri ve bu tecrübelere ilişkin hissiyatları, günümüzde de geçerliliğini koruyacak şekilde, ilgili meslekler arasındaki farklılıkların net bir şekilde ortaya konması bakımından yol gösterici niteliktedir.<sup>21</sup> Zira her ne kadar hukuk merkezli olsalar da, bu mesleklerin her biri farklı beceri setleri ve bakış açısı gerektirdikleri gibi, nihai hedefleri bakımından da farklılık arz ederler.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki görevlerini dört ana başlıkta aktaran Prof. Hirsch, akademisyenlik mesleğini de farklı eksenlerden irdelemiştir. Şöyle ki, fakülte içinde, fakülteler arası ya da üniversite içinde, başta hukuk eğitimi olmak üzere Türk yüksekokullarında çağdaş eğitim verilmesi amacıyla gerekli planlamaların ve organizasyonun yapılması ve ilgili süreçlerin yönetilmesine ilişkin görevlerini, öğretim üyesi olarak devam ettirdiği görevleri altında açıklamıştır. Diğer yandan, fakültede vermekte olduğu dersler ve ilgili çalışmalarını, bir öğretmen olduğunu da belirterek, üniversite hocası<sup>22</sup> olarak üstlendiği görevler arasında saymıştır. Çağdaş teorik hukuk sisteminin inşası amacıyla yeni hukuk materyallerinin hazırlanması ile Türk hukuk mevzuatının ülkenin ihtiyaçlarını karşılayacak düzeye getirilmesi amacıyla yürüttüğü görevlerden, araştırmacı olarak üstlendiği görevler altında açıklamıştır. Dördüncü olarak kütüphanecilik görevini yürütmüştür.

Prof. Hirsch, dönemin Milli Eğitim Bakanı Dr. Reşit Galip'in, İstanbul Üniversitesi'nin kurulması ve kuruma "üniversite" isminin verilmesi yönündeki açıklamalarına ilişkin olarak şunları yazmıştır:

<sup>19</sup> *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan*, s. V.

<sup>20</sup> Almanya yargı sisteminde eyalet mahkemeleri olarak tanımlanabilir.

<sup>21</sup> Örneğin, avukatlık ve hâkimlik meslekleri için şu sözleri söylemiştir: "Bir avukat olarak, kendi tarafınızın zafer kazanması için çalışmak zorundasınız, objektif hukukun değil; objektif hukukun zafer kazanması için çalışmak, hâkimin işidir. Hâkim yalnızca kendi vicdanına karşı sorumludur, müvekkillerin çıkarlarından sorumlu değildir." HIRCSH, s. 170.

<sup>22</sup> Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'nun Prof. Hirsch'in derslerinde izlediği yöntem ve başarısına ilişkin görüşleri için bkz. TOPÇUOĞLU, Hamide: "Aziz Hocamız Hirsch", *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan*, s. XXXIII.

“... bir üniversitenin temel görevinin pratik davranış biçimleri aramak yerine saf bilimsel bir kültür yaratmak olduğuna dikkat çekti. Gerçi bazı fakülteler, örneğin tıp ve hukuk fakülteleri, bir çeşit meslek okuldurlar; fakat, bu fakültelerin hazırladığı meslekler, son derece kapsamlı bir bilim kültürünü zorunlu kılar. Üniversite, her şeyden önce spekülâtif düşüncenin odak noktası ve kaynağıdır ki, bu da bilim adamlarının işidir...”

Prof. Hirsch'in, sürdürülen görev her ne olursa olsun, akademisyenliğe yaklaşımının, bu üniversite tanımlaması üzerine inşa edildiğini görmek mümkündür.

Yazarın kendi tabiri ile *kodifikatör* olarak, Türk hukuk sisteminin gelişmesine sunduğu katkıların başında 1956 tarihli, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanması gelmektedir. Yaklaşık on beş yıllık bir çalışmanın ürünü olan bu Kanun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 2011 yılında yürürlüğe girmesine kadar varlığını sürdürmüştür. Prof. Hirsch, ayrıca Türk fikir ürünlerinin şekillenmesinde etkili olan 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Marka Patent Sınâî ve Faydalı Modeller Kanunu ile 1946 tarihli Üniversiteler Kanunu tasarlarının hazırlanmasına büyük katkı sunmuştur. Eserde, Prof. Hirsch'in kanun tasarlarının hazırlanmasına ilişkin tecrübe ve görüşleri ile hazırlanan kanunların hangi sorunları ne şekilde çözmeyi amaçladığına ilişkin ipuçlarına da yer verilmiştir.

Son olarak, uzmanlık alanı ticaret hukuku olmakla birlikte, Türkiye'de hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi ve hukukta metot derslerinin okutulması<sup>23</sup>, bu derslerin çağdaş Türk hukuk eğitiminin temel parçalarından biri haline getirilmesi Prof. Hirsch'in çabaları sayesinde mümkün olmuştur<sup>24</sup>. Hukuk eğitiminin, ezberci ve dogmatik kalıptan çıkarılarak, bir bilim dalı olarak öğretilmesi ve öğrenilmesi, sadece akademik açıdan değil, hukuk mesleklerinin icra edilmesi bakımından da önem arz etmektedir.

Prof. Hirsch'in çok yönlülüğü sadece mesleki açıdan değil, aynı zamanda yazarın sosyal hayatı, ilgileri ve insan ilişkileri yönünden de kendini belli etmektedir. Şöyle ki, daha çok küçük yaşlarda başta müzik olmak üzere sanatın çeşitli dallarına merak salmanın yanında, bir hukukçu olarak da çok faydasını gördüğünü ifade ettiği dilleri öğrenmek, seyahat etmek, felsefe ile ilgilenmek

<sup>23</sup> Bu derslerin anlam ve amacı için bkz. HIRCSH, s. 392.

<sup>24</sup> Justus-Liebig Üniversitesi Hukuk Bilimleri Dekanı Prof. Dr. Gunter Kisker, Prof. Hirsch'in doktora sınavını başarıyla geçmesinin 50. yıl dönümü sebebiyle gönderdiği mektupta, Prof. Hirsch'in Almanya'daki tanınırlığını hocanın, Berlin'deki Freie Universität'in kurulması ve hukuk sosyolojisinin tekrar canlandırılmasına bağlamaktadır. HIRCSH, s. 159.

gibi uğraşların, insanın manevi bakımından ilerlemesi ve *hukukçu* olması için de gerekli olduğunu vurgulamıştır.<sup>25</sup> Nitekim yaşam öyküsü ve *Hatıralarım* Prof. Hirsch'in haklılığını açıkça ortaya koymaktadır.

#### IV. SONUÇ

Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'ın da ifade ettiği gibi, Weimar Cumhuriyetinin çöküş yılları, Hitler'in iktidara gelişi, hukukçuların davranışı, Atatürk Türkiye'sinin ilk otuz yılı ile ilgili görüşler ve gözlemler, hukukçu olsun olmasın, yakın tarihle, toplum ve siyaset hayatı ile ilgilenen her aydın için yararlıdır.<sup>26</sup> Şüphesiz yirminci yüzyılın en büyük ve travmatik olaylarından olan dünya savaşlarının bizzat kaybedeni Prof. Dr. Hirsch'in, her şeye rağmen etkileri onlarca yıl devam eden olağanüstü üretkenlik, idealizm ve bilim güdümlü, çok yönlü yaşam öyküsü, "Bir ömür nasıl yaşanır?" sorusuna, özellikle hukukçular ve akademisyenler için, güçlü ve özgün bir cevap niteliği taşımaktadır.

<sup>25</sup> "Dün akşam çalışma odam yatılı öğrencilerle dopdoluydu. Önemli bir sorunu tartıştık. İnsanın sadece ekmele yaşamadığını, bedeninin bakımının yanı sıra manevi bakımdan ilerlemek için de çaba sarf etmesi gerektiğini açıklamıştım onlara. Bunu yapamıyor değiliz ki, dediler; derslerimize sıkı bir şekilde çalışıyoruz. Bu gelecekte tutacağınız mesleğiniz için gerekli, diye cevap verdim. Ama hukukun yanı sıra, bir dolu kültürel alan vardır ve bunları, öyle haftada bir sinemaya giderek doldurmak mümkün değildir. Kitap okumaya ve hukuk dışındaki alanlarda kendilerini yetiştirmeye hiç ihtiyaç duymuyorlardı..." HIRCSH, s. 378.

<sup>26</sup> HIRCSH, s. X.

## KAYNAKÇA

- (Ed.) TOPÇUOĞLU, Hamide / KARAYALÇIN Yaşar / AKİPEK, İlhan: “Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan”, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1964.
- HIRSCH, Ernst: *Hatıralarım. Kayser Dönemi - Weimar Cumhuriyeti - Atatürk Ülkesi. Zaman Sınırlarını Aşan Bir Hayat Hikâyesi*, (Çev.) SUPHİ, Fatma: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1985.
- KURUYAZICI, Nilüfer: “Farklı Bir Sürgün: 1933 Türkiye Üniversite Reformu ve Alman Bilim Adamları”, *Alman Dili ve Edebiyatı Dergisi*, 1998, Sayı 11, s. 37-50.
- TOPÇUOĞLU, Hamide, “Aziz Hocamız Hirsch” (Ed.) TOPÇUOĞLU, Hamide / KARAYALÇIN Yaşar / AKİPEK, İlhan: *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. XXXI-XLIV.
- WIDMANN, Horst: *Atatürk Üniversite Reformu*, (Çev.) KAZANCIGİL, Aykut / BOZKURT, Serpil: İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Atatürk’ün Yüzüncü Doğum Yılı Kutlama Yayınları Özel Seri 3, İstanbul, 1981.



## **Kararlar**

---





## Güncel Yargı Kararları

### Kamu Hukuku

#### *Anayasa Mahkemesi, T. 24.09.2020, E. 2019/21, K. 2020/51*

Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin incelemesine konu olan kararda, itiraz yoluna başvuran mahkeme İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi'dir. İtirazın konusu ise 09.06.2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 21. maddesinin (c) bendi ile bentleri bağlayan hükümleridir.

Çocukların mağdur olduğu bir olaya ilişkin yapılan yaygın nedeniyle ulusal bir gazetenin yetkililerinin cezalandırılması talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 10., 26., 28., 32., 38. ve 90. maddelerine aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur. İptali istenen düzenleme, on sekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının, kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanların para cezasıyla cezalandırılacağına ilişkindir. Ancak ceza miktarı cezaya konu yayının bölgesel veya yaygın olmasına göre farklı biçimde düzenlenmiştir.

AYM yaptığı incelemede ifade ve basın özgürlüklerine getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlandırma rejimine uygunluğu açısından değerlendirme yapmış; on sekiz yaşından küçük olan suç mağdurlarına ilişkin haber yapılmasının değil mağdurların kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde haber yapılmasının suç olarak düzenlendiğine vurgu yapmış, ayrıca 10. madde açısından da yaptığı incelemede Anayasa'ya aykırılık tespit edemediği için normun Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

*Arş. Gör. Dr. H. Derya ORMANOĞLU*



#### *Anayasa Mahkemesi, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33*

Anayasa Mahkemesi önceki Yargıtay içtihatlarıyla da uyumlu şekilde, basit yargılama usulünün uygulanmaya başlanacağı zamana ilişkin bir uygulama hükmünün iptaline karar vermiştir. Yargıtay yıllardır yerleşik uygulamasında, temelde ceza muhakemesi kurumu olmakla birlikte, yargılamanın yapılmasına ve cezanın miktarına dolaylı da olsa etkisi olan hukuki kurumları, çifte karakterli (hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku niteliği olan) kurumlar olarak kabul etmektedir. Buna bağlı olarak (şikâyet, izin, HAGB gibi) bu



tür kurumlara ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında ise lehe kanun uygulaması yapılacağına hükmetmektedir. Basit yargılama usulünün uygulanması sanık bakımından cezada dörtte bir oranında indirim sağladığı için CMK m.251 vd. yürürlüğe girdikten sonra, kapsamında yer alan ve kesin hükmle sonuçlandırılmamış tüm uyuşmazlıklar bakımından etkili olmalıdır (Bkz. TCK m.7/2). Bu husus AY m.38'in de bir gereğidir.

*Arş. Gör. Dr. Asuman İNCE TUNCER*



***Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 26.10.2020, E. 2020/500, K. 2020/620***

Devlet Hastanesi'nde taşeron işçi olarak çalışmaktayken, sürekli işçi kadrosuna geçirilen davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin 1/A/VIII uyarınca atanma şartlarına haiz olmadığından bahisle belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshine ilişkin Afyonkarahisar İl Sağlık Müdürlüğü'nün hukuka aykırı olduğunu belirterek işlemin iptali istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır. İdari yargı yeri, hakkında işlem tesis olunan kişinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabi olarak görev yapması dolayısıyla dava konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının (İş Mahkemelerinin) görevli olduğu sonucuna varmış ve dosyada görevsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine olumsuz görev uyuşmazlığının çözümünün sağlanması amacıyla konu Uyuşmazlık mahkemesine taşınmış mahkeme ise uyuşmazlığa konu olayda, davacının, davalı idarede taşeron işçilerin kamuda sürekli işçi kadrosunda istihdam edilmeleri kapsamında, idarenin tek yanlı olarak ve kamu gücüne dayanarak belirlediği şartlar çerçevesinde davalı idarenin statüsü ve ayrıca atanma işlemini ortadan kaldıran sözleşmenin feshine ilişkin işlemin de, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uyarınca tesis edilmiş olması birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu işlemin idari nitelikte olduğu dolayısıyla davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

*Öğr. Gör. Merve Gül GÜN BÜYÜKSÜTCÜ*



***Uluslararası Adalet Divanı'nın Chagos Takımadaları'nın Mauritius'tan Ayrılmasının Hukuki Sonuçlarına İlişkin Verdiği Danışma Görüşü<sup>(\*)</sup>***

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 22 Haziran 2017'de, Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı'na sunulan önergede şu iki soru hakkında danışma görüşü talep edilmiştir:

14 Aralık 1960, 16 Aralık 1965, 20 Aralık 1966 ve 19 Aralık 1967 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarında yansıtılan yükümlülükler de dâhil olmak üzere, 1968 yılında Mauritius'un bağımsızlık kazanması ve İngiltere'nin Mauritius'u, Chagos Takımadaları ayrı tutarak uyguladığı sömürgesizleştirme süreci, uluslararası hukuk göz önünde bulundurularak, hukuka uygun bir şekilde tamamlanmış mıdır?

Mauritius'un, özellikle de Chagos kökenli vatandaşlarının, Chagos Takımadaları'na yeniden yerleşmesi için bir program uygulayamaması da göz önüne alınarak, İngiltere'nin Chagos Takımadaları üzerinde devam eden yönetiminin uluslararası hukuk kapsamındaki sonuçları nelerdir?

Bunun üzerine 25 Şubat 2019 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı, özetle, Mauritius'un 1968 yılında Chagos Takımadaları'nın ayrı tutularak bağımsızlığa kavuştuğunda, sömürgesizleştirme sürecinin yasal olarak tamamlanmadığı ve Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadaları yönetimine acilen son vermekle yükümlü olduğu görüşündedir.

*Arş. Gör. Figen TABANLI*

<sup>(\*)</sup> Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95 vd.; Ayrıca bkz. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-00-EN.pdf>.



## Özel Hukuk

### ***Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 29.11.2019, E. 2018/5, K. 2019/6***

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.6/A'ya göre; müşteri tarafından satıcıya verilecek olan kıymetli evrak niteliğindeki senedin nama yazılı olması zorunluydu. Maddede ayrıca buna aykırı olarak düzenlenen kambiyo senetlerinin “geçersiz” olacağı ifade edilmekteydi. Bu geçersizlik halinin, senedi ciroyla devralan iyiniyetli kişiye karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği gerek Yargıtay daireleri arasında gerekse de doktrinde tartışmalı bir husustu. Bu konuda talep edilen içtihatların birleştirilmesi talebi üzerine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, verdiği ilgili kararda 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4/5'i gerekçe göstererek içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Kurul'a göre; ilgili fıkrada yer alan “senetler tüketici yönünden geçersizdir” ifadesiyle Kanun Koyucu, içtihat farklılıklarını giderecek şekilde düzenleme yapmıştır. Kararın gerekçesinde belirtildiği üzere, artık tüketici tarafından nama yazılı düzenlenmesi gerekirken emre yazılı düzenlenen kıymetli evrak niteliğindeki senette yer alan tüketiciye ait imza kendisini bağlamayacak; ancak senetteki diğer imza sahiplerinin sorumluluğu “imzaların istiklali ilkesi” gereği bu durumdan etkilenmeyecektir.

*Arş. Gör. Mehmet Arif TUĞ*



### ***Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 16.01.2020, E. 2019/11-474, K. 2020/26***

Bilgisayar programlarının imali ve devri kadar, bu programların güncelliğinin sağlanması, bakımlarının zamanında yapılması da büyük önem arz eder. Bu işlemlerin yapılabilmesi, -bilgisayar programından beklenen amacın/menfaatin gerçekleşmesi için- aynı zamanda bilgisayar programına ait şifrelerin ve kaynak kodlarının iş sahibine devredilmesini gerekli kılabılır. Dolayısıyla bilgisayar programlarına ilişkin şifrelerin ve kaynak kodlarının iş sahibine aktarılacağı yönünde bilgisayar programı imal sözleşmesinde (eser sipariş sözleşmesi) hüküm bulunmasa dahi, bakım ve destek gibi satış sonrası işlemlerin sağlanabilmesi için söz konusu şifrelerin ve kaynak kodlarının iş sahibine tesliminin hakkaniyete uygun olacağı ifade edilmelidir. Yine bilgisayar programının iş sahibine tesliminden sonra mali hakların ihlali yönünde herhangi bir girişimde bulunulmaması, programın kullanımına belirli bir süre rıza gösterilmişse, sonrasında

mali hakların ihlal edildiğine yönelik taleplerin ileri sürülmesi, TMK m.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil eder. Son olarak taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu durumlarda, mali hakların ihlaline ilişkin iddianın FSEK m.68 kapsamında değerlendirilmesi doğru olmayacaktır.

*Arş. Gör. Abdülhamit YILMAZ*



***Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 25.11.2019, E. 2019/3541, K. 2019/20865***

Davalı işveren, davacı işçinin 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi sırasında sosyal medya hesabından yapmış olduğu paylaşımları, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden görerek, İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iş ilişkisini sona erdirmiştir. Bunun üzerine davacı işçi, feshin geçersizliğinin belirlenmesi ve buna bağlı olarak işe iadesi istemiyle dava açmıştır. Yerel mahkeme, sosyal medya paylaşımlarının yazılı fesih sebebinde fesih sebebi olarak belirtilmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. İstinaf mahkemesi ise davacının paylaşımlarını Anayasanın 25. maddesi ve İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrası kapsamında düşünce ve kanaat hürriyeti çerçevesinde değerlendirerek istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Yapılan temyiz başvurusu neticesinde ise Mahkeme, feshin haklı nedene dayandığını kabul ederek, İlk Derece Mahkemesinin ve Bölge Adliye Mahkemesinin kararlarının bozularak ortadan kaldırılmasına hükmetmiştir. İlgili bu karar, bir sosyal medya paylaşımının ifade özgürlüğünün sınırları içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesi açısından farklı görüşleri barındırması nedeniyle incelemeye değerdir.

*Arş. Gör. Doğukan KÜÇÜK*



***Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 24.11.2020, E. 2020/5617, K. 2020/16556***

İlgili karara konu olayda yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan alacaklara uygulanacak hukukun tespiti sorunu bulunmaktadır. Taraflar arasında hukuk seçimi anlaşması ile işçinin işi ifa ettiği yer olan Umman hukuku seçilmiştir. Buna rağmen ilk derece mahkemesi olaya doğrudan Türk hukukunu uygulamış ve Bölge Asliye Mahkemesi davalılardan birinin işyeri Türkiye'de bulunduğundan bu kararda isabetsizlik bulunmadığı kararına varmıştır. Yargıtay taraflar arasında MÖHUK m.27/1 gereği kararlaştırılan hukukun Umman hukuku olduğundan, bu hukukun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle,



yetkili yabancı hukuka göre değerlendirme yapılması gerekli iken yazılı şekilde karar verilmesini hatalı bularak bozma kararı vermiştir. İlgili karar, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin hukuk seçimini göz ardı ederek doğrudan Türk hukukunu uygulama eğiliminin önüne geçilmesi bakımından önem arz etmektedir.

*Arş. Gör. Ayşe Kübra ALTIPARMAK*



***Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 15.09.2020, E. 2016/22178, K. 2020/7846***

Uyuşmazlık, taraflar arasındaki iş sözleşmesi nedeniyle bakiye süre ücret alacağına hak kazanılıp kazanılmayacağına ilişkindir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi daha önceki içtihatlarında objektif koşul bulunmadan yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı sonucuna varmaktaydı. Bu durum bazı hallerde işçi açısından daha avantajlı olan bakiye süre ücret alacağı, cezai şart alacağı gibi alacakların talep edilmesini engeller nitelikteydi. İşverenin belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasını sağlaması ve devamında sözleşmeyi haklı bir sebep bulunmaksızın feshetmesine rağmen sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu nedenle işverenin sözleşmenin belirsiz süreli sayılmasına ilişkin itirazı kabul edilmemelidir. Yine sözleşmenin belirsiz süreli olması gerektiği işçi tarafından ileri sürülmedikçe yargı organı tarafından da resen dikkate alınmamalıdır. 9. Hukuk Dairesi belirtilen uyuşmazlık bağlamında eski içtihatlarından farklı bir sonuca varmış ve sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürme hakkının yalnızca işçiye ait olduğu sonucuna varmıştır.

*Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ*



***Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 17.02.2020, E. 2017/14500, K. 2020/2329***

Somut olayda Yargıtay, işyerinde usulsüz işlemler gerçekleştirdiği için hakkında soruşturma başlatılan ve bu soruşturma sırasında alınan savunmasında suçlamaları kabul eden işçinin, soruşturmanın aleyhine sonuçlanacağını ve işten çıkarılacağını öngörmesiyle birlikte iç denetim raporunun düzenlendiği tarihten sonraki bir tarih olan 12.04.2015 tarihinde evlenip noterden gönderdiği 24.04.2015 tarihli ihtarnameyle evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmek istediğini bildirdiği, davalı işverenin de usulsüzlükler nedeniyle davacının iş sözleşmesini 29.04.2015 tarihinde

feshettiği bir olayda; işçinin fesih iradesinin işverenin başlattığı soruşturma sonrasında gerçekleştirileceği anlaşılan haklı feshin sonuçlarını ortadan kaldırmak maksadıyla yapıldığını ve hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğunu belirtmiş; davacı işçinin kıdem tazminatı talebinin reddine karar vermiştir.

Bilindiği üzere Türk Hukukunda işçiye kıdem tazminatı hak kazandıran iş sözleşmesinin sona erme hallerinden biri, kadın işçinin evlenmesi halinde evlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini kendi iradesiyle sona erdirmesidir (1475 s. Kanun m.14). Bu halde bir yıllık kıdemini dolduran işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından kural olarak taşınması gereken başka bir koşul yoktur. Ancak bu durumun istisnası hukukun temel ilkeleri olup Yargıtay kararında da buna değinilmiştir. Yüksek Mahkeme, haksız feshin sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirilen evlenme işleminin hakkın kötüye kullanılması olduğuna ve işçiye kıdem tazminatı talep hakkı vermeyeceğine hükmetmiştir. Karar kanımızca da isabetlidir.

*Arş. Gör. Burcu EZER*



***Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, T. 07.09.2020, E. 2019/3186, K. 2020/4622,***

İnceleme konusu Yargıtay kararı, yasal önalım hakkıyla (TMK m.732) ilgili uzun süredir var olan yerleşik bir içtihadı değiştirmesi yönüyle ehemmiyetlidir. Uygulamada sıklıkla, önalım olayının taraflarının aralarında anlaşarak, başta tapu harcından tasarruf etmek üzere muhtelif saiklerle resmi şekilde akdedilen taşınmaz satış sözleşmesinde bedeli düşük gösterdikleri vakidir. Paydaşlardan biri önalım hakkını alıcı üçüncü kişiye dava açmak suretiyle kullandığında, satıcı paydaş ve alıcı üçüncü kişi arasındaki bu bedel muvazaasından faydalanarak, ilgili payı ederinden çok daha düşük bir bedele önalım olayının alıcısı olan üçüncü kişiden alabilmektedir. Alıcı taşınmazı, başta ödediğinden çok daha düşük bedele devre zorlanmaktadır. Söz konusu sonucun temel gerekçesi ise kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağıdır. Eldeki içtihat, önalım davasının davalısı olan alıcı üçüncü kişiye, dava açılmadan önce yapılması kaydıyla, önalım olayının konusu olan ilk satıştaki tapu harcını gerçek değer üzerinden hesaplatarak, eksik kısmını tamamlamış olması halinde, diğer bir ifadeyle bedelde muvazaayı gidermesi halinde, artık önalım davasının da bu bedel üzerinden karara bağlanacağına hükmetmektedir.

*Arş. Gör. Ömer Ali GİRGİN*



**Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T. 04.12.2020, E. 2020/1943, K. 2020/4052**

İtirazın iptali davası, para alacağının tahsiline yönelik icra takibine borçlu tarafından yapılan itirazın hükümden düşürülmesi ve söz konusu alacağın miktarına ilişkin belirlemeyi de içeren takip hukukuna özgü bir tahsil davasıdır. Bu noktada itirazın iptali davasının, ticari davalar için öngörülen arabulucuya başvurma dava şartına tabi olup olmadığı değerlendirilirken, ilgili hükmün yani TTK m.5/A'nın kapsamı ortaya konmalıdır. Öncelikle ilgili hükümde dava türü esas alınmamış; doğrudan ya da dolaylı şekilde para alacağının ödenmesini amaç edinen davalar işaret edilmiştir. İtirazın iptali davasının özüne bakıldığında, icra takibinin devamı ve bu bağlamda alacağın ödenmesi amaçlarına hizmet ettiği görülmektedir. Yine itirazın iptali davasında, feragat ve kabul gibi tarafların dava konusu alacak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri göz ardı edilmemelidir. Bu doğrultuda Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, daha önce yine tarafımızca dile getirildiği gibi, ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davalarının, TTK m.5/A hükmü kapsamında yer aldığı ve davadan önce arabulucuya başvurma dava şartına tabi olduğu sonucuna varmıştır.

*Arş. Gör. Abdülhamit YILMAZ*



**Rekabet Kurumu, 20-36/485-212 Sayılı 28.07.2020 Tarihli Kararı**

7246 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenerek Türk rekabet hukukuna kazandırılan *taahhüt mekanizmasına* ilişkin olarak verilen *ilk* kararda, fiyat tespiti ve müşteri paylaşımı yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak başlatılan soruşturmada, başvuruda bulunanın sunmuş olduğu taahhütler çerçevesinde hakkında yürütülen soruşturmanın sonlandırılması talebi değerlendirilmiştir.

Rekabet Kurumu tarafından yapılan incelemede, ilgili düzenleme uyarınca, taahhütlerin değerlendirilmesi için soruşturma safhasının tamamlanmamış olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. İlgili teşebbüsün sunmuş olduğu taahhütler çerçevesinde hakkında yürütülen soruşturmanın sonlandırılması talebini içeren başvurusunun, soruşturmaya konu davranışın açık ve ağır ihlal teşkil edip etmediğine bakılmaksızın, soruşturma sürecinin bitmesinden sonra Kurum kayıtlarına intikal etmesi nedeniyle, reddine karar verilmiştir.

İlgili karar, haklarında önaraştırma veya soruşturma başlatılan teşebbüslerce sıkça başvurulması beklenen taahhüt mekanizmasına ilişkin olarak verilen ilk



karar olmanın yanında, başvuruda bulunanlar tarafından getirilen taahhütlerin kabul edilebilmesi için aranan iki önkoşulun değerlendirilmesi bakımından emsal teşkil ettiği için önem arz etmektedir.

*Arş. Gör. Burak IŞIK*



***Alman Federal Mahkemesinin (BGH), 23 Temmuz 2020 Tarih ve I ZB 42/19 ve I ZB 43/19 Sayılı “Çikolata Ambalajı” Kararı***

Somut olayda kendisi de çikolata üreticisi olan davacı, davalı çikolata firmasının 1996 ve 2001 tarihlerinde marka olarak tescil ettirdiği, çikolatanın kare şeklindeki ambalajını konu alan iki adet üç boyutlu markanın hükümsüzlüğünü talep etmiştir. Federal Patent Mahkemesi (BPatG), Alman Marka Kanunu m.3/f.2,Nr.1’e dayanarak, uyumsuzluk konusu markaların, malın doğası gereği sahip olduğu şekle ilişkin olduklarından bahisle talebi yerinde görmüştür. Bunun üzerine davacı, hükümsüzlük kararının kaldırılması için Alman Federal Mahkemesi’nde temyiz başvurusunda bulunmuş, Federal Mahkeme, m.3/f.2,Nr.1 koşullarının somut olayda bulunmadığını, incelemenin esasen m.3/f.2,Nr.3’e göre yapılması gerektiğine hükmederek kararı bozmuş ve mahkemeye geri göndermiştir. Söz konusu bende göre, mala önemli bir değer veya fayda katan şekillerin marka olarak tescili mümkün değildir. Buna göre yeniden inceleme yapan BPatG, kare ambalajın, mala ilişkin önemli bir değer veya fayda sağlamadığına hükmederek bu defa davacının talebini reddetmiştir. Davacının itirazı üzerine konu yeniden Federal Mahkeme önüne gelmiş ve mahkeme, ticari marka olarak tescil edilen mal ambalajının tek temel özelliğinin kare tabanlı olduğundan bahisle, bunun tüketicilerin söz konusu malı satın alma kararını objektif ölçüde etkileyecek değerde olmadığını belirterek davacının itirazını reddetmiştir. Alman hukukunda emsal teşkil etmesi bakımından önemli olan bu kararlar birlikte, davalı, kare ambalaj üzerindeki inhisari hakkını korumaya devam etmiştir.

*Arş. Gör. Damla Özden ÇELT*



***Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2016/10454, Karar Tarihi: 12.12.2019***

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvuru söz konusudur. Başvurucunun eşine ait olan ve aile konutu güvencesinden yararlanan taşınmazın tapu sicil kaydına haciz şerhi işlenmiş; başvurucu ise İcra Mahkemesine meskeniyet iddiasına dayalı haczedilemezlik şikâyetinde bulunmuştur. Başvurucunun bu şikâyeti Mahkeme tarafından dava ehliyeti yokluğundan reddedilmiş; alınan bu ilam Yargıtay ilamıyla onanmıştır. Bunun üzerine başvurucu karar düzeltme yoluna başvurmuş; ancak talebi Yargıtay'ın ilgili Dairesince reddedilmiştir. Nihai kararın kendine tebliği ile, başvurucu bireysel başvuru hakkını kullanmıştır. Yapılan bu başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi, 12.12.2019 tarihinde verdiği kararlar, eşlerden birinin borcundan dolayı aile konutunun haczedilemeyeceğine ilişkin olarak diğer eş tarafından yapılan itirazın aktif dava ehliyeti olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir. Bu yöndeki kararın temelinde ise, aile konutunun haczedilmesine karşı borçlunun eşinin de yargı yoluna gitmekte hukuki yararının bulunduğu; aile konutu güvencesinden kaynaklanan haklarını ileri sürebilme ve bunları yargı merciinde tartışabilme olanağına sahip olması gerektiği görüşü yer almaktadır.

*Arş. Gör. Dr. Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN*



***İstanbul BAM, 12. Hukuk Dairesi, T. 13.02.2020, E. 2020/19, K. 2020/184***

Satıcıya karşı açılan ayıplı malın iadesi ile katlanılmak zorunda kalınan masrafların tazminine ilişkin davada ilk derece mahkemesi tahkim ilk itirazında bulunan davalının itirazını kabul ederek davanın görevsizlik nedeniyle reddine karar vermiştir. Davacı ise 805 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince, yabancı dilde yapılan tahkim sözleşmesinin hükümsüz olduğunu iddia ederek istinaf başvurusunda bulunmuştur. İstinaf mahkemesi, yabancı şirketler bakımından ilgili düzenlemenin 2. madde yapılmış olduğu ve bu maddede yabancı şirketler bakımından 1. maddede öngörülen zorunluluğun bulunmadığı gerekçesiyle istinaf talebini reddetmiştir.

Her ne kadar istinaf mahkemesi sonuç olarak yerinde bir karar vermiş olsa da Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4/2'de ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde tahkim sözleşmele-

rinin yazılı şekilde yapılması öngörülmüş olup, yapılan sözleşmenin diline yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. New York Sözleşmesi'ne taraf devletlerce tahkim sözleşmesinin şekli bakımından farklı bir uygulamanın mümkün olmaması ve MTK'da bulunan düzenleme nedeniyle milletlerarası tahkim sözleşmelerinin şekli bakımından 805 sayılı Kanun'un uygulanması isabetli değildir.

*Arş. Gör. Gülser Banu USLU*